

Les ruptures d'un commun accord

par *François Gaudu*,

Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne

PLAN

I. Classification des ruptures d'un commun accord

- A. Classification au regard du droit national
- B. Classification au regard des exigences communautaires

II. Les conditions de la rupture conventionnelle

- A. Conditions procédurales
- B. Conditions de fond

1. Après la phase des controverses sur le bien-fondé de la réforme réalisée par la loi du 25 juin 2008 (1), la phase des débats devant les tribunaux commence. Le contexte, il est vrai, est très modifié : le commentateur sait maintenant que la première application de la loi aura lieu dans une phase de récession, voire de dépression mondiale. Si l'on se réfère à d'autres périodes de ce type (2), ce n'est pas un climat favorable à la dérégulation du droit du licenciement.

2. Dans l'un des premiers commentaires publiés (3), le professeur Gérard Couturier écrit qu'il s'agit, dans la doctrine travailliste, de « l'un des clivages les plus significatifs : il y a ceux qui croient à la rupture du contrat de travail d'un commun accord et ceux qui n'y croient pas » (4).

L'auteur de ces lignes se rangerait volontiers dans la première catégorie : il y a des ruptures d'un commun accord, et l'on peut au moins en donner deux exemples. **Rupture d'un commun accord à l'initiative du salarié** : le salarié a trouvé un autre emploi, et il souhaite être immédiatement libéré des obligations qui l'empêcheraient sinon de saisir cette opportunité (5). Il ne veut donc pas démissionner (cela entraînerait, la plupart du temps, l'obligation de respecter un préavis). Il offre donc la rupture en espérant une acceptation de l'employeur. **Rupture d'un commun accord à l'initiative de l'employeur** : l'employeur a formulé une offre de rupture conventionnelle dans un PSE. L'offre a été mal rédigée et vise tout le personnel – y compris des salariés que l'employeur n'a aucunement l'intention de licencier. Précisément, certains de ces derniers, pensant qu'il leur sera facile de retrouver un emploi ou l'ayant déjà fait, annoncent leur intention de quitter l'entreprise avec la prime de départ. L'employeur veut refuser, mais il ne peut plus : en acceptant l'offre qui a été formulée par l'employeur, les salariés ont formé une « convention de rupture » (6).

3. De façon un peu provocatrice, je viens de parler de rupture « à l'initiative » du salarié ou de l'employeur, en utilisant ce terme pour désigner l'auteur de l'offre de rupture. Or ce n'est pas le vocabulaire retenu par la loi. À

(1) Sur l'accord du 11 janvier 2008, v. Liais. soc., Conventions et accords, Accords interprofessionnels 01/08 ; DS, n° spéc. mars 2008, p. 267 s. ; D. Boulmier, Dr. Ouv. 2008.54 ; RPDS mars 2008 numéro spécial.

(2) On pouvait ainsi penser, au moment de l'alternance de 1993, que la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 (nullité de la procédure de licenciement en cas d'irrégularité du plan social) ne passerait pas l'été. La récession a cependant rendu politiquement impossible une mesure de facilitation des licenciements, et préservé la loi qui devait déboucher sur la jurisprudence *Samaritaine*...

(3) V. aussi G. Auzero « La rupture conventionnelle du contrat de travail : l'illusion de la sécurisation », RDT 2008.522 ; G. Brédon et L. Flament, « La rupture conventionnelle : une rupture amiable encadrée », JCP 2008, S, 1431 ; F. Favennec-Héry, « La rupture conventionnelle, mesure phare de l'accord », DS 2008.311 ; « Rupture du contrat de travail pour motif économique et droit du licenciement », JCP 2008, S, 1392 ; J.-Y. Frouin, « Les ruptures à l'initiative du salarié et le droit de la rupture du contrat de travail », JCP 2008, S, 1407 ; J. Pélissier, « Modernisation de la

rupture du contrat de travail », RJS 2008.679 ; X. Prétot, « L'homologation de la rupture conventionnelle par l'autorité administrative », DS 2008.316 ; Liais. soc., Droit du travail 02/08. V. aussi circ. DGT n° 2008-11 du 22 juill. 2008, Liais. soc., Rupture du contrat, Ruptures atypiques 01/08.

(4) « Les ruptures d'un commun accord », in « Un nouveau droit de la rupture du contrat de travail », Journée Gérard Lyon-Caen organisée par le Centre de recherches en droit social de l'université Paris 1, DS 2008.923.

(5) En effet, l'employeur qui recrute un salarié tenu d'un préavis se rend coupable de débauchage (article 1237-3 C. trav.), et peut dans certains cas être poursuivi pour concurrence déloyale.

(6) Soc. 27 fév. 1992, pourvoi n° 90-45994 ; rapp. Soc. 31 janv. 2007, pourvoi n° 04-45715 ; Soc. 11 oct. 2005, pourvoi n° 03-44985 ; Soc. 31 mai 2006, pourvoi n° 04-44085 (usage abusif du droit d'opposition reconnu à l'employeur). L'arrêt de 1992 démontre qu'il y a de vraies ruptures d'un commun accord à l'initiative de l'employeur

l'article L. 1231-1 du Code du travail (qui ne s'écarte en cela pas vraiment de l'ancien article L. 122-4, même si la loi utilise ce vocabulaire dans une intention qui auparavant n'existait pas), l'initiative désigne l'auteur de l'acte de résiliation unilatérale. Toutefois, dans le langage courant des juristes du travail, on emploierait plutôt le terme d'initiative pour désigner celui qui déclenche le processus de rupture, sans pour autant être toujours l'auteur de l'acte de résiliation, sans que celle-ci lui soit nécessairement *imputable* (la « prise d'acte » de la rupture par l'employeur ou par le salarié). C'est ce que faisait, dans un article récent dont le titre n'a surpris personne, le conseiller Jean-Yves Frouin (7). Le terme d'initiative est également employé par le droit communautaire à propos des licenciements collectifs (8), par opposition (ou du moins par distinction) avec celui de licenciement, et donc dans un autre sens que celui que retient la loi de 2008.

La discussion n'est pas seulement terminologique : la rupture amiable acceptée par l'employeur sur l'offre du salarié n'a pas le même enjeu que la rupture amiable acceptée par le salarié sur l'offre de l'employeur. En effet, la rupture conventionnelle, par définition, échappe au domaine d'application des règles qui gouvernent la résiliation par volonté unilatérale. Or, la réglementation de la résiliation par volonté unilatérale étant dissymétrique – il est plus facile de démissionner que de licencier –, les impacts de la rupture d'un commun accord le sont par conséquent aussi. Dans le premier cas, il ne s'agit la plupart du temps pour le salarié que de quitter l'entreprise en se dégageant du préavis. Dans le second, il s'agit pour l'employeur de rompre le contrat en s'affranchissant du droit du licenciement.

4. Autre difficulté de vocabulaire : il n'y a pas une seule « rupture d'un commun accord », mais plusieurs :

– La loi du 25 juin 2008 institue une « rupture conventionnelle » (article L. 1237-11 s. C. trav.).

– L'article L. 1237-16 *nouveau* du Code du travail distingue cette rupture conventionnelle de celles qui résultent d'un accord de GPEC ou d'un PSE. Et, en effet, l'article L. 2242-17 du Code du travail vise des « départs volontaires » de salariés dont les emplois sont menacés par les évolutions économiques ou technologiques dans le cadre d'un accord de GPEC.

– Plusieurs dispositions relatives au reclassement emploient l'expression de « rupture d'un commun accord » : article 1233-67 du Code du travail (convention de reclassement personnalisé) ; article 1233-80 (congé de mobilité) ; article 3 de l'ordonnance n° 2006-433 du 13 avril 2006 (contrat de transition professionnelle).

– Enfin, le contrat de travail, comme tous les contrats privés, est soumis au « principe général » (9) qui permet la rupture par consentement mutuel, sur le fondement de l'article 1134, alinéa 2 du Code civil.

5. La loi du 25 juin 2008 soulève ainsi des interrogations de divers ordres.

L'attention se porte bien évidemment vers le deuxième alinéa de l'article L. 1237-11 du Code du travail (« La rupture conventionnelle... ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties »), et plus largement vers les conditions de la rupture conventionnelle (II).

Il y a, tout autant, lieu de se demander quel est le champ d'application des diverses ruptures négociées : la « rupture conventionnelle » des articles 1237-11 et suivants du Code du travail, lorsqu'elle est possible, est-elle la forme d'ordre public de la résiliation par consentement mutuel ? Peut-elle en particulier intervenir de façon concomitante à l'édition et à la mise en œuvre d'un PSE ? Tout doit ainsi, comme souvent, commencer par une classification (I).

(7) Art. préc. V., pour la jurisprudence récente, Soc. 25 juin 2003, B. n° 208 ; Soc. 13 janv. 2004, B. n° 5 ; Soc. 11 fév. 2004, B. n° 49. Dans le Code du travail, il y a au moins deux occurrences où le terme d'initiative est utilisé dans un autre sens que celui de la loi de 2008 : à l'article 1221-18, pour évoquer la mise à la retraite d'office, qui n'est pas un licenciement (art. L. 1237-8). L'argument, il est vrai, est réversible. Dans les dispositions relatives à la suspension du contrat de travail et à la formation

professionnelle, il n'est pas rare que le terme d'initiative désigne l'auteur d'une offre (art. L. 5134-13, art. 6323-10, art. L. 6324-7).

(8) Directive n° 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, art. 1^{er}, 1, b. Cf. Pierre Rodière, colloque Gérard Lyon-Caen préc., DS 2008.895, « L'influence du droit communautaire et du droit international ».

(9) Cf. R. Vatinet, « Le *mutuus dissensus* », R.T.D. Civ. 87. 252.

I. Classification des ruptures d'un commun accord

6. Les ruptures que le Code du travail dénomme « conventionnelles » ou « d'un commun accord » (termes qu'il n'est guère possible de distinguer) diffèrent par leurs effets à bien des égards au regard du droit national (A). Alors même qu'elles emporteront, au regard du droit interne, les conséquences d'une véritable rupture conventionnelle, elles se rattacheront parfois au régime des licenciements collectifs en droit communautaire (B).

A. Classification au regard du droit national

1) Notions

7. *Accords à objet limité et accords de rupture par consentement mutuel.*

L'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, en recodifiant, a abrogé l'ancien article L. 511-1, alinéa 3 du Code du travail. Ce texte prévoyait, de façon peu explicite, mais indiscutable, que les départs en convention de conversion, « ruptures d'un commun accord » (10), pouvaient être contestés devant le Conseil des prud'hommes, sur le terrain notamment de l'absence de cause réelle et sérieuse. L'abrogation est compréhensible, puisque les conventions de conversion ont disparu (11). On pouvait cependant, jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau Code du travail, tirer argument des dispositions de l'article L. 511-1 pour justifier, par analogie, l'application d'un régime identique, notamment, aux conventions de reclassement personnalisé de l'ancien article L. 321-4-2 (devenu l'article 1233-65) : finalités et économie générale identiques, rédaction identique, recherche de l'effet utile de la loi...

L'abrogation n'en donne que plus de relief aux arrêts et avis rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation les 5 mars et 7 avril 2008 (12). Au visa des articles L. 321-1 (article L. 1233-3 et 4) et L. 321-4-2 (L. 1233-65) du Code du travail, la Cour de cassation décide que « si l'adhésion du salarié à une CRP entraîne une rupture qui est réputée intervenir d'un commun accord, elle ne le prive pas de la possibilité d'en contester le motif économique ». Il était permis d'hésiter quant à l'interprétation du premier arrêt, mais les décisions prises par la suite lèvent toute éventuelle ambiguïté en énonçant clairement que le salarié peut contester, non seulement l'existence d'un motif

économique, mais aussi le caractère et sérieux de celui-ci et, outre cela, l'ordre des licenciements.

Il faut donc distinguer deux types de « ruptures d'un commun accord » : les départs en CRP (auxquels il convient selon toute apparence d'assimiler les congés de mobilité et les contrats de transition professionnelle (13)) sont soumis pour une large part au droit du licenciement. S'il y a en ce qui les concerne un accord entre employeur et salarié, ce n'est pas sur le principe de la rupture, mais sur une mesure de reclassement – ce qui ouvre d'ailleurs une autre discussion sur le point de savoir si cet accord interdit au salarié de contester l'exécution globale par l'employeur de ses obligations qui tiennent au reclassement. À côté de ces accords à objet limité, il y a les accords de rupture par consentement mutuel, qui interdisent notamment au salarié de contester le caractère réel et sérieux du motif de la rupture. Encore y a-t-il au moins deux variétés d'accords de rupture par consentement mutuel.

8. *Accords soumis à la loi du 25 juin 2008 et accords soumis au régime antérieur.*

Il y a chez les juristes un consensus absolu, sur le fait que, contrairement à ce que beaucoup d'orateurs ont dit dans le cadre des débats parlementaires (14), la rupture par consentement mutuel ne constitue pas une innovation : elle est en principe possible (15), que ce soit à l'initiative du salarié (16) ou à celle de l'employeur (17), et même dans le contexte d'un PSE (18). L'innovation porte ailleurs. Elle tient à une intention, et à un fait.

L'intention, c'est très certainement de faire échapper les ruptures conventionnelles aux incertitudes, ou aux limites, qui pouvaient auparavant affecter les ruptures par consentement mutuel. Le fait, c'est que ces ruptures sont dorénavant encadrées, dans une nouvelle section du Code du travail, par des exigences de fond et de procédure. Cela ne les soustrait bien évidemment pas aux règles du droit commun des contrats (art. L. 1221-1 C. trav.). Mais cela les fait en revanche échapper à la jurisprudence antérieure, sous bénéfice de l'interprétation à venir des dispositions nouvelles.

Sauf revirement, les ruptures par consentement mutuel qui ne relèvent pas de la nouvelle section du Code du travail demeureront en revanche soumises à la jurisprudence auparavant formée par la Chambre sociale

(10) Ancien article L. 321-6, al. 3 C. trav.

(11) Ord. n° 2004-602 du 24 juin 2004, article 13-1.

(12) Arrêt n° 07-41964, avis n° 0800001 et 08-0000 ; l'arrêt est reproduit au Dr. Ouv. 2008 p. 305 n. A. Guyon.

(13) Il s'agit en effet également de mesures tendant au reclassement dans un contexte de licenciement pour motif économique, et les rédactions sont analogues.

(14) V. p. ex. X. Bertrand, AN, Séance du 15 avr. 2008 ; V. Létard, Sénat, Séance du 6 mai 2008.

(15) Soc. 29 mai 1996, B. n° 215, DS 96.687, note Savatier.

(16) Soc. 2 déc. 2003, B. n° 308, DS 2004.318, obs. Savatier, Dr. Ouv. 2004 p.237 (1ere esp.) n. F. Héas.

(17) Crim. 28 nov. 1984, B. n° 375.

(18) Soc. 2 déc. 2003, B. n° 309, Dr. Ouv. 2004 prec. (2eme esp.).

de la Cour de cassation. La loi semble implicitement l'admettre (accord de GPEC, PSE). Les limites qui s'imposent alors peuvent être résumées ainsi : la rupture par consentement mutuel doit être distinguée de la transaction de l'article 2044 du Code civil, qui a pour but de mettre fin à un litige entre les parties (19). S'il s'agit de régler un litige entre les parties (20), ce n'est pas d'une rupture par consentement mutuel de l'article 1134, alinéa 2 du Code civil qu'il peut être question (21), mais d'une transaction. La solution conventionnelle du litige doit attendre la notification d'un licenciement, puisque la transaction relative à la rupture du contrat de travail n'est auparavant pas admise.

En l'absence de litige, la rupture d'un commun accord est possible. Mais il faut que le départ soit « volontaire » (22). Cela signifie, indubitablement, que le salarié n'ait pas fait l'objet d'un licenciement. Mais il faut aussi, très vraisemblablement, que le licenciement ne lui ait pas été présenté comme inéluctable à défaut d'accord (23). En revanche, il ne semble pas, lorsque les départs volontaires rentrent dans le cadre d'un PSE, que celui-ci doive nécessairement résulter d'un accord collectif (24).

9. Au total, il y a donc trois catégories de rupture d'un commun accord : les « *accords à objet limité* », les ruptures par consentement mutuel de la loi de 2008, et les ruptures par consentement mutuel – on n'ose pas écrire « de droit commun », mais n'est-ce pourtant pas la règle *specialia generalibus derogant* (25) qui fait échapper le nouveau mode de rupture aux principes dégagés par la Cour de cassation sur le fondement du Code civil ? La question est alors de savoir quels sont les domaines respectifs des deux variétés de rupture par consentement mutuel.

2) Domaines respectifs

10. La loi nouvelle, en écartant son application aux ruptures résultant d'accords de GPEC ou de PSE, fait-elle obstacle à l'utilisation concomitante des modes de rupture ? Est-il possible, en même temps, de mettre en œuvre des départs volontaires dans le cadre d'un accord de GPEC ou d'un PSE, et de négocier des ruptures

conventionnelles au titre de la loi nouvelle avec certains salariés ?

Il est difficile de répondre par la négative, en ce qui concerne les entreprises qui ont conclu et appliquent un accord de GPEC, car celui-ci ne couvre pas par définition toutes les hypothèses dans lesquelles la rupture conventionnelle peut intervenir. Cependant, lorsque l'accord de GPEC prévoit la possibilité de départs volontaires, il faudra prendre garde à ce qu'une offre individuelle de départ volontaire, intervenant dans des conditions analogues à celles prévues par l'accord (26), ne donne pas lieu à un traitement moins favorable.

Il est plus délicat d'admettre le recours aux ruptures conventionnelles lorsqu'une procédure de licenciement économique impliquant la mise en place d'un PSE est en cours. Cependant, si le motif qui conduit l'employeur à proposer la rupture n'est pas de nature économique, il ne semble pas que cette rupture « *résulte du PSE* ». La rupture conventionnelle serait donc possible. Il en va de même lorsque c'est le salarié qui demande la rupture (étant bien entendu que lorsque le salarié accepte un départ volontaire prévu par le PSE, il ne se trouve pas dans ce cas, puisqu'il se borne alors à accepter une offre faite par l'employeur).

11. En dehors des accords de GPEC et des PSE, est-il obligatoire de passer par la rupture conventionnelle telle que prévue par la loi nouvelle ?

Il s'agit, en somme, de se demander si les nouvelles dispositions sont d'ordre public, ou bien si elles ne constituent qu'une option offerte aux parties, qui ne leur interdit pas de réaliser une rupture par consentement mutuel « informelle » en écartant les avantages et les garanties offertes aux salariés par la loi nouvelle, à condition de respecter des exigences de fond peut-être plus fortes posées par la jurisprudence antérieure (27).

La loi est rédigée au présent de l'indicatif, ce qui évoque une législation d'ordre public (« *Les parties au contrat de travail conviennent du principe d'une rupture conventionnelle lors d'un ou plusieurs entretiens...* », art. L. 1237-12 C. trav.). Mais il s'agit, en toute hypothèse, d'un ordre public de protection du salarié (28).

(19) Cf. R. Vatinet, *op. cit.*, n° 11 ; G. Couturier, *op. cit.*, p. 924 ; J. Pélessier, *op. cit.*, p. 683.

(20) Du moins, un litige relatif à la rupture envisagée du contrat.

(21) Soc. 6 février 2008, pourvois n° 06-40507, 06-44989 et 06-44990 ; Soc. 31 oct. 2007, pourvoi n° 06-43570.

(22) Soc. 13 sept. 2005, B. n° 252, Dr. Ouv. 2006 p.360.

(23) Soc. 6 nov. 1996, pourvoi n° 93-46197 ; comp. Soc. 13 mars 2002, pourvoi n° 99-45270.

(24) Soc. 12 juin 2008, 07-41461 (plan « approuvé par le CE ») ; Soc. 12 fév. 2008, pourvoi n° 06-45128 (convention conclue « dans le cadre d'un plan social »).

(25) « *Les règles spéciales dérogent aux règles générales* ». Règle générale du Code civil, qui concerne tous les contrats, et constitue donc le droit commun ; règle spéciale de la loi de 2008...

(26) L'article L. 2242-17 du Code du travail prévoit d'ores et déjà implicitement deux modes de départs volontaires dans le cadre

d'un accord de GPEC. En effet, les exonérations fiscales des indemnités de départ volontaire sont réservées au cas où l'emploi du salarié correspond à un « emploi menacé » et où il a retrouvé un emploi dont le caractère stable a été reconnu par un comité de suivi. Mais c'est une disposition fiscale, qui n'interdit pas des mesures « *d'accompagnement de la mobilité géographique et professionnelle* » (art. L. 2242-15, 2°) de salariés dans d'autres cas.

(27) Dans le sens du second terme de l'alternative, G. Brédon et L. Flament, *op. cit.* ; contra, G. Couturier, *op. cit.*

(28) Peu importe à cet égard que la loi puisse être considérée comme une déréglementation partielle. Les lois qui dites « de flexibilité » n'en comportent pas moins des dispositions, qui, techniquement, sont des dispositions de protection. Cf. F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, Bibl. Institut A. Tunc, t. 14, LGDJ-Paris1 2007, n° 253 s.

L'hypothèse la plus sensible (29) est celle d'une offre faite par l'employeur. Sans doute, il est bien difficile de démêler le point de savoir ce qui est plus favorable, des nouvelles dispositions ou de l'ancienne jurisprudence (30). Mais ce n'est au fond pas la question : la loi, en effet, a été rédigée sur le mode impératif, et le législateur a entendu mettre en place un régime de protection des salariés. À partir du moment où c'est l'employeur qui est l'auteur de l'offre, on voit mal comment il se déroberait aux obligations – entretien préalable, indemnité, faculté de rétractation... – que ce régime comporte, le salarié bénéficiant ensuite des mêmes droits que s'il avait été licencié au regard de l'assurance-chômage.

Il n'est en revanche pas certain que la loi nouvelle s'impose, lorsque c'est le salarié qui formule l'offre de rupture.

La loi relève d'un ordre public de protection. Cela implique en principe que seul le salarié peut demander la nullité de la rupture conventionnelle, au cas où les exigences légales n'auraient pas été respectées (31). Le salarié peut s'abstenir de contester une convention de rupture, réalisée à sa demande, mais qui ne respecte pas les exigences de la loi nouvelle (32). Il peut également démissionner, et obtenir que l'employeur le libère aussitôt après du préavis – auquel cas il retrouve sa liberté d'action immédiate, mais sans les avantages de la rupture conventionnelle instituée par la loi nouvelle (faculté de rétractation, indemnité...). Le résultat de la démission suivie d'une renonciation de l'employeur au préavis et d'une rupture par consentement mutuel « informelle » est exactement identique, mais la situation du salarié est juridiquement meilleure en cas de rupture par consentement mutuel qu'en cas de démission – parce qu'il ne risque pas que l'employeur refuse après l'acte de démission de le libérer du préavis. Si l'on interprète la règle d'ordre public en fonction de son but de protection, ne faut-il pas par conséquent admettre, la possibilité d'une rupture par consentement mutuel informelle, lorsque c'est le salarié qui est l'auteur de l'offre ?

On peut certes avancer que l'ordre public de protection a aussi pour objet de protéger les individus contre eux-mêmes, mais dans ce cas précis, ce n'est pas un argument absolument convaincant. En effet, si les nouvelles dispositions constituent le mode unique de

rupture d'un commun accord à la demande du salarié, il y aura bien évidemment des cas où l'employeur, n'ayant pas vraiment intérêt à la rupture, refusera pour ne pas avoir à payer l'indemnité. Très concrètement, le salarié a trouvé un meilleur emploi que le sien, mais cet emploi est à saisir immédiatement. Le salarié peut se passer d'indemnité de rupture, il pense ne pas risquer le chômage, mais il a besoin du consentement rapide de l'employeur. Ne vaut-il pas mieux considérer que l'ordre public de protection admet un traitement dissymétrique des demandes, suivant qu'elles émanent de l'une ou l'autre des parties ? Le salarié, qui peut démissionner, pourrait *a fortiori* formuler une offre de rupture sans formalités. Le salarié, et lui seul, disposerait ainsi d'une option.

Il est au total bien difficile de raisonner sans distinguer entre les ruptures conventionnelles à l'initiative du salarié et celles qui ont lieu à l'initiative de l'employeur (33). La même distinction pourrait s'imposer en droit communautaire.

B. Classification au regard des exigences communautaires (34)

12. La discussion naît du II de l'article 5 de la loi du 25 juin 2008, qui amende l'article L. 1233-3 du Code du travail. Il s'agit du champ d'application du chapitre du Code du travail consacré aux licenciements économiques. Suivant ce texte, « *les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant [d'un motif économique]* ». Elles s'appliquent, par conséquent, aux ruptures d'un commun accord pour motif économique. Mais la loi de 2008 ajoute : « *à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants* ».

Les débats parlementaires n'éclairent en rien cette nouvelle disposition, qui a fait son apparition très tardivement, au stade de la commission mixte paritaire. Une ligne dans le rapport de la CMP (il s'agit d'une « *précision rédactionnelle, afin de sécuriser la rupture conventionnelle par rapport au droit du licenciement économique* » (35)) confirme que la « sécurisation » constitue maintenant le degré zéro de l'explication juridique. La question n'a été évoquée lors de la deuxième lecture, ni au Sénat, ni à l'Assemblée nationale.

(29) Ce qui ne signifie pas que l'hypothèse inverse sera quantitativement négligeable : il y a plus de ruptures du contrat de travail par démission que par licenciement...

(30) Il n'est guère nécessaire de développer ce point dans une revue de la CGT, qui a refusé de signer l'accord du 11 janvier 2008...

(31) La solution d'une nullité absolue, qui pourrait donc être sollicitée par tout intéressé, serait du reste fort gênante pour les employeurs. V. toutefois *infra*, note 48.

(32) Mais l'employeur n'a évidemment aucune garantie qu'il s'abstiendra.

(33) A noter toutefois que le Parlement a repoussé plusieurs amendements à l'article 5 de la loi qui tendaient à établir une telle distinction pour soumettre la rupture à l'initiative de l'employeur à une obligation de motivation.

(34) Cf. P. Rodière, *Traité de droit social de l'Union européenne*, LGDJ 2008, n° 372 s. ; B. Teyssié, *Droit européen du travail*, Litec 2006, n° 590 s. Les développements qui suivent doivent presque tout à l'article de Pierre Rodière cité plus haut.

(35) Rapport au nom de la CMP, AN n° 920, Sénat n° 364, examen des articles, p. 2.

13. Il est très possible que la nouvelle disposition place la France en contradiction avec le droit communautaire. En effet, la directive du 20 juillet 1998 assimile aux licenciements les « cessations du contrat de travail intervenues à l'initiative de l'employeur » (1.). Du reste, la directive porte sur les licenciements que l'employeur « envisage » (36), si bien qu'en toute hypothèse, la perspective de la rupture conventionnelle comme alternative au licenciement ne dispense pas nécessairement d'engager la procédure d'information et de consultation des travailleurs (2.).

1) Rupture à l'initiative de l'employeur et licenciement

14. Suivant l'article 1^{er}, b, alinéa 2 de la directive de 1998, « pour le calcul du nombre de licenciements..., sont assimilées aux licenciements les cessations du contrat de travail intervenues à l'initiative de l'employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs, à condition que les licenciements soient au moins au nombre de cinq ».

On peut penser un instant que cette disposition ne s'applique pas aux ruptures d'un commun accord, puisque l'article L. 1231-1 du Code du travail distingue dorénavant celles-ci des ruptures à l'initiative du salarié ou de l'employeur. Mais les dispositions de la loi française n'ont ici aucune pertinence. En effet, suivant la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), « il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit communautaire que du principe d'égalité que les termes d'une disposition de droit communautaire qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des Etats membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute la communauté, une interprétation autonome et uniforme » (37). Du reste, le sens du terme d'initiative, comme on l'a vu (38), se prête lui-même à discussion en droit interne.

15. Dans une importante affaire jugée le 12 octobre 2004 par la CJCE, on trouve cependant un élément de rédaction qui fait hésiter.

Il s'agit de savoir si le droit portugais est conforme à la directive initiale du 17 février 1975. La loi portugaise, à l'époque, ne prévoit pas l'information et la consultation des représentants des travailleurs pour les ruptures de contrats de travail résultant de certaines hypothèses de « faillite » ou de force majeure. La commission considère qu'il s'agit de licenciements au sens de la directive. La CJCE lui donne raison. Pour arriver à cette conclusion, la

Cour énonce que la notion de licenciement « doit être interprétée en ce sens qu'elle englobe toute cessation de contrat de travail non voulue par le travailleur, donc sans son consentement. Elle n'exige pas que les causes correspondent à la volonté de l'employeur ».

Est-il possible de raisonner *a contrario*, et de dire : lorsque la volonté du salarié a une part dans la rupture, comme c'est le cas dans la rupture d'un commun accord, il ne s'agit donc pas d'un licenciement au sens du droit communautaire ? Cette déduction rencontre plusieurs objections.

Première objection, conceptuelle. Il serait assez illogique de traiter comme licenciement économique la rupture qui résulte d'un cas de force majeure, dans laquelle la volonté de l'employeur n'a aucune part, et de soustraire à ce régime la rupture d'un commun accord, dans laquelle il a donné son consentement.

Deuxième objection, technique. Dans l'arrêt de 2004, la commission et, par suite, la CJCE se situent sur le terrain de la notion de licenciement *stricto sensu* (39) (art. 1^{er}, 1, a). La CJCE n'écrit pas, comme on pouvait le faire en droit français, que les ruptures consécutives à un cas de force majeure ont lieu « à l'initiative de l'employeur », et qu'elles doivent donc à ce titre être assimilées à un licenciement économique, « à condition que les licenciements soient au moins au nombre de cinq » (art. 1^{er}, 1, b). Elle procède à l'inverse explicitement à une distinction avec cette hypothèse (40).

Ainsi, le raisonnement *a contrario* ne tient pas. Car l'arrêt, s'il définit les licenciements comme des ruptures « sans le consentement » du salarié, ne fait aucunement obstacle à ce que les « départs volontaires », dès lors qu'ils ont lieu « à l'initiative de l'employeur », soient « assimilés à des licenciements ». Cette interprétation paraît au contraire difficile à éviter, si l'on veut, sur ce point, donner un effet utile à la directive.

16. Il est d'ailleurs déjà arrivé que la CJCE assimile les départs volontaires à des licenciements. Ainsi, dans l'arrêt *Burton* (41), la CJCE, pour traiter sur le terrain de la directive 76/207 la question soulevée par un salarié de sexe masculin qui se plaignait de ne pas bénéficier des mêmes conditions de départ volontaire que les femmes, assimile le départ volontaire à un licenciement (point 9). Même solution, dans l'arrêt *Vergani* (42).

Il y a une autre raison qui impose, au regard du droit communautaire, de traiter les ruptures conventionnelles comme des licenciements : le droit communautaire

(36) Art. 2, 1.

(37) CJCE 12 octobre 2004, C-55/02, 45. V. aussi arrêt *Junk*, 27 janv. 2005, aff. C-188/03, point 29, Dr. Ouv. 2005 p. 416 n. M. Bonnechère ; *Agorastoudis et. a.*, 7 déc. 2006, aff. C-187/05 à C-190/05, point 28.

(38) Cf. *supra*, note 7.

(39) V. le § 43, qui vise le a) de l'article 1^{er}, 1.

(40) § 56, qui renvoie aux conclusions de l'avocat général.

(41) Aff. 19/81, Rec. 82, p. 554.

(42) CJCE 21 juill. 2005, aff. C-207/04, point 27.

impose d'informer et de consulter les représentants des travailleurs lorsque l'employeur « envisage » des licenciements collectifs, avant même par conséquent que l'on sache s'ils se traduiront pas des licenciements ou par d'autres mesures.

2) Mesure décidée ou mesure projetée ?

17. Les effets vraisemblablement attendus de l'amendement de l'article 1233-3 du Code du travail peuvent être présentés ainsi : parmi les ruptures conventionnelles, il est clair que celles qui ont lieu à l'initiative du salarié, comme celles que l'employeur propose pour un motif inhérent à la personne du salarié, n'ont rien à voir avec le droit du licenciement économique. Il est tout aussi clair que, lorsqu'un employeur souhaite procéder à une compression des effectifs, la mise en place de ruptures conventionnelles peut lui permettre de le faire. Puisque ces ruptures ne sont pas considérées comme des licenciements économiques, elles ne seraient pas décomptées, elles n'auraient pas d'incidence sur les choix des procédures à suivre pour procéder à des licenciements qui seraient par ailleurs nécessaires, ni sur l'obligation éventuelle de mettre en place un PSE.

Mais d'un autre côté, la directive du 20 juillet 1998 impose une consultation « en vue d'aboutir à un accord », qui porte « au moins sur les possibilités d'éviter ou de réduire les licenciements collectifs ainsi que sur les possibilités d'en atténuer les conséquences... » (43). On pourrait soutenir que les ruptures conventionnelles, accompagnées d'indemnités appropriées, servent à « atténuer les conséquences... », mais de toute évidence, elles interviennent alors après l'accomplissement de la procédure d'information et de consultation, et l'on ne résoudra pas ainsi la question de savoir si elles doivent être prises en compte pour déterminer si des seuils quantitatifs ont été franchis.

18. En réalité, au regard du droit communautaire, comme d'ailleurs en droit français, la procédure porte sur un « projet ». Ce qui veut dire que les appréciations quantitatives qui déterminent les obligations de l'employeur n'ont rien à voir avec le nombre de licenciements qui seront en définitive prononcés. Lorsqu'un employeur pense qu'il sera contraint, dans le cas où le salarié refuse la rupture conventionnelle, de le licencier ou d'en licencier un autre, on se trouve bien en présence d'un « licenciement envisagé », et s'il y en a suffisamment, on voit mal comment le droit français

pourrait dispenser l'employeur de respecter les exigences communautaires.

Le caractère préalable à toute mesure de rupture de l'information et de la consultation des représentants des travailleurs a été bien mis en lumière par l'arrêt *Junk*, qui a vu la condamnation de l'Allemagne (43 bis). La procédure allemande est complexe (44) : en cas de restructuration (*Betriebsänderung*), l'employeur doit négocier avec le *Betriebsrat* (équivalent allemand du comité d'entreprise), en vue d'arriver à un accord sur la décision économique et sur le *Sozialplan*, c'est-à-dire les mesures qui tendent à limiter le nombre des licenciements et plus largement à atténuer les conséquences de la restructuration. Par ailleurs, tous les licenciements, économiques ou non, doivent faire l'objet d'une consultation préalable du *Betriebsrat*, à défaut de quoi ils sont nuls. Puis l'employeur peut procéder au licenciement, étant entendu que (1.) si le *Betriebsrat* s'est opposé au licenciement, le salarié peut obtenir son maintien dans l'entreprise jusqu'à ce que la question qui a fondé l'opposition ait été tranchée par un jugement ayant force de chose jugée, que (2.) le *Betriebsrat* ne peut pas s'opposer au licenciement parce que le motif ne lui paraît pas fondé (45) ; mais que le salarié peut cependant sur ce terrain obtenir d'un tribunal sa réintégration en cas de licenciement « socialement injustifié » (46) ; et que (3.) les propositions de modification du contrat sont assimilées à des licenciements conditionnels, suivant le modèle d'analyse autrefois soutenu par Paul Durand et Camerlynck – auquel cas le contrat n'est en définitive pas rompu si le salarié accepte.

Le droit allemand plaçait cependant l'exécution de certaines des obligations prévues par la directive de 1998 après la notification du licenciement (*Kündigung*), notamment la délivrance de certaines informations au *Betriebsrat* et la notification du projet à l'administration. On peut cependant dire qu'à certains égards le droit allemand fait plus que ne l'exige la directive ; et que la notification du licenciement ouvre en réalité une « zone grise », où il n'est pas absolument certain que les contrats seront définitivement rompus, vu la nature des recours et des événements visés. C'est d'ailleurs le terme qui désigne la fin du préavis (*Entlassung*) que visait la version allemande de la directive. La CJCE n'en a pas moins condamné l'Allemagne, parce que « les obligations de consultation et de notification naissent antérieurement à une décision de l'employeur de résilier des contrats de travail ».

(43 bis) Prec. note 37.

(43) Art. 2.

(44) Cf. P. Rémy, "Les pouvoirs des représentants des salariés dans les licenciements collectifs en droit allemand", journée Gérard Lyon-Caen préc., DS 2008.902.

(45) C'est surtout le non-respect des critères sociaux qui gouvernent l'ordre des licenciements et ce que l'on appellerait en droit français la méconnaissance de l'obligation de reclassement qui peut fonder l'opposition.

(46) *Sozialungerechtfertigt*.

19. Au vu de cette jurisprudence et quoique les questions soient techniquement distinctes, on voit mal, à partir du moment où la rupture conventionnelle sera utilisée par l'employeur pour mettre en œuvre un projet de suppression d'emplois, comment la procédure

d'information-consultation pourrait être écartée sans méconnaître les exigences de la directive (47).

L'impact de la loi du 25 juin 2008 sur les rapports collectifs de travail serait, si l'analyse est exacte, assez limité (48). En revanche, l'impact sur les relations individuelles est notable.

II. Les conditions de la rupture conventionnelle

20. La rupture conventionnelle est soumise à des exigences procédurales dont la sanction est encore incertaine (A). Mais c'est évidemment la question des conditions de fond qui retient le plus l'attention (B).

A. Conditions procédurales

21. Celles-ci ne sont pas seulement « de forme », puisque leur violation pourra affecter la validité de la convention.

La convention de rupture ne peut être conclue qu'au cours d'un (au minimum) ou de plusieurs entretiens préalables. Au cours de cet entretien, ou de ces entretiens, le salarié peut se faire assister par un membre du personnel de l'entreprise ou, suivant les mêmes modalités que celles de la procédure de licenciement, par un conseiller du salarié. Lorsque le salarié décide de se faire assister (49), l'employeur peut également faire appel à l'assistance, soit d'un membre du personnel de l'entreprise, d'une personne appartenant à son organisation syndicale d'employeur ou à un autre employeur (50).

La convention de rupture comporte des mentions obligatoires, notamment le montant de l'indemnité de rupture, qui ne peut être inférieure à l'indemnité légale de licenciement à laquelle aurait droit le salarié (51), et la date de la rupture.

La rupture ne peut cependant intervenir avant l'homologation de la convention par l'autorité administrative (52). Celle-ci ne peut pas être saisie avant l'échéance d'un délai de rétractation de quinze jours calendaires, qui court à compter de la date de la signature de la convention.

L'administration est saisie par la partie la plus diligente d'une demande d'homologation. Elle dispose dès lors de

quinze jours ouvrables pour procéder à des contrôles qui portent sur le respect des dispositions relatives à la rupture conventionnelle et de la liberté du consentement des parties. À défaut de refus d'homologation notifié dans le délai légal, celle-ci est réputée acquise (53).

22. « *La validité de la convention est subordonnée à son homologation* ». Le contentieux de la rupture conventionnelle, par voie de conséquence, devrait très largement devenir un contentieux de l'homologation (souvent tacite) ou du refus (nécessairement explicite, donc motivé). Il s'agira d'un contentieux prud'homal, puisque la loi (54), de façon très judicieuse, crée un « bloc de compétence » en faveur du Conseil des prud'hommes, qui exclut tout recours administratif hiérarchique ou contentieux.

Il en résulte que la décision administrative d'homologation ou de refus d'homologation peut être contrôlée, et donc annulée en cas d'illégalité, par le Conseil des prud'hommes. Il est logique de considérer, suivant le droit commun administratif, que l'annulation d'un refus ne crée pas une autorisation, mais oblige l'administration à reprendre le dossier à la demande de l'employeur. Pour ce qui est de l'annulation de l'homologation, on voit mal comment elle n'atteindrait pas la validité de l'accord de rupture, puisque cette dernière est explicitement présentée comme une condition de validité. La convention de rupture devrait être frappée de nullité pour les mêmes raisons qui déterminent l'annulation de l'homologation. En réalité, la saisine du Conseil des prud'hommes mettra souvent en cause d'un seul tenant la légalité de l'homologation et la validité de la convention.

23. Saisie d'une demande d'homologation, l'administration doit vérifier le respect de la

(47) V. les remarques de F. Favennec-Héry, *op. cit.*

(48) D'autant plus que l'accord étendu du 11 janvier 2008 stipule que la rupture conventionnelle est mise en place « sans porter atteinte aux procédures de licenciements collectifs pour cause économique ». S'il est en cela plus favorable que la loi, il devrait l'emporter au titre du principe de faveur. Cf. les remarques d'E. Dockès, DS 2008.280.

(49) Ce dont il a alors l'obligation d'informer l'employeur avant l'entretien (art. L. 1237-12, al. 2 C. trav.).

(50) C'est vraisemblablement la seule hypothèse dans laquelle il se conçoit que l'employeur puisse demander la nullité en soutenant qu'une règle de protection instituée à son bénéfice a été méconnue.

(51) Art. L. 1237-13 C. trav.

(52) Art. L. 1237-14 C. trav.

(53) Sur le régime d'un éventuel retrait de l'homologation, v. X. Prétot, *op. cit.*

(54) Art. L. 1237-14, al. 4 C. trav.

procédure (55) et la régularité de la convention, notamment le fait que celle-ci comporte les mentions obligatoires prévues par la loi (56). Elle doit s'assurer de la liberté du consentement des parties. Si elle manque à procéder à l'un de ces contrôles, sa décision est critiquable – étant donné que, dans le cas d'une autorisation tacite, le tribunal devra par la force des choses s'intéresser directement à la situation dont l'administration était censée se saisir. Les erreurs d'appréciation pourront également, selon toute vraisemblance, fonder une annulation de l'homologation et de la convention. C'est ainsi souvent le non-respect prétendu des conditions de fond posées par la loi qui devra être examiné par le juge.

B. Conditions de fond

24. L'article L. 1237-11 du Code du travail dispose que « l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail. La rupture conventionnelle, exclusive du licenciement ou de la démission, ne peut être imposée par l'un ou l'autre des parties ».

La rupture conventionnelle est un contrat – ou, pour ceux qui attachent de l'intérêt à la distinction, une convention – soumis aux articles 1108 et 1109 du Code civil : pour le conclure, il faut être civilement capable. Le contrat est nul, si le consentement est vicié.

On a, pendant les débats parlementaires, fréquemment évoqué la question du harcèlement. Sans faire preuve de trop de désinvolture, il s'agit au mieux d'enfoncer une porte ouverte, au pire de se donner bonne conscience en se situant sur un terrain à la mode. En effet, il va absolument de soi que le harcèlement, forme de violence, peut constituer un vice du consentement et, par suite, une cause de nullité de la convention de rupture (57). C'est ailleurs que se situent les difficultés d'interprétation.

On ne voit pas bien dans quelles circonstances l'erreur, au sens de l'article 1109 du Code civil, pourrait être invoquée, dès lors que le salarié aura saisi quel est l'objet de la convention. Pour convaincre le salarié de conclure une convention de rupture, l'employeur mettra assez souvent des motifs, qui tiennent, soit à la personne du salarié, soit à l'état des relations entre le salarié et l'entreprise, soit à la situation de l'entreprise. Admettons

ces motifs inexacts. L'erreur sur les motifs n'est pas une cause de nullité des contrats (58). La véritable interrogation portera donc sur le dol.

25. Qu'est ce que le dol ? Il s'agit traditionnellement de « manœuvres » qui ont déterminé l'autre partie à contracter (59). Ces manœuvres font naître une erreur dans l'esprit du partenaire, mais une erreur qui ne serait normalement pas suffisante pour justifier une annulation. En raison du dol, le contrat peut néanmoins être annulé (60). Il convient de signaler que la jurisprudence assimile au dol traditionnel (les manœuvres actives) la « réticence dolosive », c'est-à-dire la dissimulation ou la rétention d'informations qui auraient pu dissuader l'autre partie de contracter (61). Par exemple, on pourrait considérer comme une réticence dolosive le fait que l'employeur n'ait pas informé un salarié qu'en cas de licenciement économique, ce n'est vraisemblablement pas lui que les règles qui gouvernent l'ordre des licenciements auraient conduit à licencier...

Imaginons dès lors que, pour convaincre un salarié d'accepter une rupture conventionnelle, l'employeur lui fournisse une représentation inexacte de la situation. Par exemple, qu'il invoque des difficultés économiques imaginaires, ou des difficultés réelles, mais qui ne menacent en réalité pas le poste de l'intéressé. On peut concevoir que le salarié, ayant réalisé qu'il a accepté la rupture sous l'effet de cette représentation, attaque celle-ci en nullité pour dol.

Le principe est difficilement discutable, mais il supporte deux tempéraments de première importance : la preuve du dol suppose l'intention de tromper. Ainsi, il n'y aura pas dol chaque fois que l'employeur s'est trompé, et qu'il a présenté faussement la situation, mais sans intention d'induire le salarié en erreur. La différence avec le contrôle de la cause réelle et sérieuse est ainsi très nette. De surcroît, la preuve du dol incombe au salarié (62). Pour prouver le dol, il faut donc que le salarié soit en mesure d'établir le contenu des affirmations de l'employeur qui ont pesé sur son accord.

D'un point de vue pratique, ce qui précède devrait conduire ceux qui conseillent les salariés à faire figurer dans la convention, ou à défaut à consigner de toute autre façon fiable, les éléments d'information fournis par l'employeur au vu desquels le salarié consent à la

(55) Art. L. 1237-14 C. trav., al 2 : l'autorité administrative doit « s'assurer du respect des conditions prévues à la présente section et de la liberté de consentement des parties ».

(56) V. circ. DGT du 20 juill. 2008, préc.

(57) Soc. 30 nov. 2004, B. n° 303.

(58) Cf. Ghestin, *Traité de droit civil, Les obligations. Le contrat*, LGDJ 1980, n° 190 ; Terré, Simler, Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Précis Dalloz 2005, 9^e éd. n° 220.

(59) Cf. Terré, Simler, Lequette, préc. n° 228 s.

(60) Suivant la formule du Professeur Jacques Ghestin, « le caractère intentionnel du dol justifie un élargissement de la nullité pour erreur » (*op. cit.*, n° 419).

(61) Cf. Ghestin, *op. cit.*, n° 430 s ; Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, n° 233.

(62) Mais, s'agissant d'une faute civile, elle peut se faire par tous moyens.

rupture, chaque fois du moins que ces éléments déterminent l'accord.

26. Faut-il aller plus loin, et accorder une signification autre que rhétorique au deuxième alinéa de l'article L. 1237-11 ?

« *La rupture ne peut être imposée par l'une à l'autre des parties* » ; la loi reprend ici, presque textuellement, l'article 12, a, alinéa 2 de l'accord du 11 janvier 2008. La question se pose aussitôt de savoir s'il s'agit d'une simple redondance, d'une clause de style (la loi se bornant à réaffirmer que le consentement des parties ne doit pas être vicié, avec pour seul effet, peut-être, d'inviter les juges à un contrôle strict) ; ou bien si cette phrase a un sens, propre, distinct de la prohibition générale du vice de violence. Est-ce que cette phrase ajoute à la prohibition des vices du consentement, en évoquant une hypothèse où le consentement n'est pas vicié au sens classique, mais où néanmoins le salarié pourrait demander la nullité ?

Il sera vraisemblablement assez difficile d'obtenir des signataires de l'accord du 11 janvier une explicitation convergente de la formule retenue, parce qu'il va de soi que c'est précisément le genre de formule que l'on introduit dans un accord, non sans arrière-pensées, et dans laquelle chaque signataire met ce qu'il veut. Sans doute certains signataires ont-ils anticipé qu'il y aurait là matière à contestation judiciaire, et il serait en revanche dans l'ordre des choses que le patronat soutienne qu'il n'y a là que déclaration d'intention.

Dans quel cas cette formule pourrait-elle jouer un rôle ? Imaginons, non point que le salarié ait déjà été licencié (auquel cas la rupture conventionnelle n'aurait pas d'objet), mais que le licenciement économique lui soit présenté comme inéluctable. – « *Soit – lui dit l'employeur – vous acceptez la rupture conventionnelle, auquel cas vous touchez immédiatement une indemnité le cas échéant majorée ; soit vous attendez l'issue d'un procès prud'homal, au cours duquel je ne manquerai pas de faire appel, soit trois ou quatre ans, pour n'obtenir peut-être pas plus...* ». Lorsque la rupture est présentée par l'employeur comme un fait acquis, seules étant en débat ses modalités, n'est-elle pas « imposée » au salarié ? (63)

(63) Cf. *supra*, note 23.

Mais d'un autre côté, en parlant d'un accord sur les « conditions de la rupture », le premier alinéa de l'article L. 1237-11 ne signifie-t-il pas que l'accord ne porte pas vraiment sur le principe ? S'il est assez vraisemblable que la majorité parlementaire n'a pas envisagé l'annulation des conventions de rupture intervenues après que le licenciement ait été présenté comme inévitable à défaut, elle a néanmoins ouvert la porte à l'interprétation en reprenant les termes (volontairement ?) ambigus d'une convention collective. Les débats parlementaires ne permettant pas de trancher la question, la décision revient au juge judiciaire.

Une voie moyenne n'est d'ailleurs pas à exclure : elle consisterait, pour le juge, sans annuler toutes les conventions conclues après que le licenciement ait été présenté comme inévitable à défaut d'accord, à admettre en revanche largement le vice de violence économique (64).

27. À l'appui de la loi nouvelle, on a souvent invoqué des pratiques discutables auxquelles donnait lieu le régime antérieur : démissions habillées en licenciement à la demande du salarié ; transactions postdatées, pour respecter les exigences de la jurisprudence, à la demande de l'employeur. Il est vrai que la loi nouvelle permet au salarié qui souhaite quitter l'entreprise d'obtenir sans fraude accès à l'assurance-chômage, si du moins son employeur consent à supporter le coût afférent. Il est beaucoup moins certain qu'elle permette de contourner le droit du licenciement économique.

La loi a essayé de faire de la rupture conventionnelle une « boîte noire », en gommant l'identité de l'auteur de la rupture. Mais en réalité, il est très apparent qu'une rupture à la demande du salarié n'a pas la même signification qu'une rupture à la demande de l'employeur, encore qu'une convention de rupture puisse dans l'un et l'autre cas être conclue. En droit privé des contrats, les notions d'offre et d'acceptation sont des notions centrales, et il est difficile de penser le régime du contrat en faisant mine d'ignorer qui est l'auteur de l'une et de l'autre. Quel que soit le vocabulaire qui, à la fin, s'imposera, les tribunaux ne pourront pas ignorer l'identité de l'auteur de l'offre initiale.

François Gaudu

(64) Comp. Civ. I, 3 avr. 2002, B. n° 84 ; Civ. I, 30 mai 2000, B. n° 109.