

# La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée : mode d'emploi (1)

par *Paul BOUAZIZ*, Avocat au Barreau de Paris  
et *Nicolas COLLET-THIRY*, Juriste en droit social,  
membre du laboratoire de Droit social de l'Université Paris II Panthéon-Assas

## PLAN

Première partie : **L'économie générale du texte**

I. **Le droit de la rupture du contrat de travail avant le 25 juin 2008**

II. **L'institution de la rupture conventionnelle par la loi du 25 juin 2008**

Deuxième partie : **Le processus**

I. **La première rencontre**

II. **Le déroulement des négociations**

III. **L'accord de rupture**

IV. **La rétractation**

V. **L'intervention de l'Administration du travail**

VI. **Après la rupture**

Troisième partie : **Les contentieux**

I. **Le contentieux des conventions soumises à homologation de la Direction départementale du travail**

II. **Le contentieux des conventions soumises à autorisation de l'Inspecteur du travail**

Conclusion : **premiers bilans**

## Première partie : L'économie générale du texte

### I. Le droit de la rupture du contrat de travail avant le 25 juin 2008

1. La rupture d'un contrat par la volonté commune des contractants est vieille comme le Code Napoléon. L'article 1134 du Code civil le permet expressément : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* ». Mais le contrat spécial dit contrat de travail a semblé par nature se situer en marge de ces dispositions. Toute l'histoire de l'évolution du contrat de travail conduisait à ne prévoir qu'une rupture à l'initiative du salarié, la démission, manifestation de la volonté de quitter l'entreprise parce que tel était le bon plaisir du salarié, et une rupture à l'initiative de l'employeur, le licenciement, très fortement réglementé dans la forme et sur le fond. Même s'il a pu sembler que les modes de rupture traditionnels s'estompaient au fil des ans, le diptyque rupture à l'initiative de l'un ou de l'autre des contractants a toujours constitué le socle de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée (2).

2. Le licenciement s'est progressivement affirmé comme le seul mode de rupture du contrat de travail à durée indéterminée ouvert à l'employeur, réserve faite des cas de mise à la retraite et de rupture en cours de période d'essai (3). Les voies de la prise d'acte (4) ou encore de la résiliation judiciaire (5), sauf dans les hypothèses expressément prévues par la loi (6), sont donc fermées à l'employeur.

La démission a été revêtue d'une définition rigide et protectrice du salarié (« *manifestation claire et non équivoque de démissionner* »). En effet, certains employeurs il y a quelques décennies ont « *pris acte de la démission du salarié* » en interprétant l'attitude du salarié qui, par exemple, n'était pas revenu en temps utile de ses congés, notamment pris à l'étranger pour les travailleurs migrants ou avait envoyé tardivement un arrêt maladie, etc. (7). Sur la base de cette jurisprudence ancienne, la Cour de cassation a pu ensuite juger qu'une démission n'était

(1) Cet article est la reprise actualisée et augmentée d'une communication présentée au cours du Campus des avocats du barreau de Paris (Sorbonne, 1<sup>er</sup>, 2, 3 juillet 2008) dans le cadre de la formation continue obligatoire des avocats dispensée par la commission ouverte de droit social du barreau de Paris.

(2) J.-Y. Frouin, « Les ruptures à l'initiative du salarié et le droit de la rupture du contrat de travail », JCP S 2008 n° 1407 ; E. Fraise « Les ruptures du contrat de travail à l'initiative du salarié » RPDS 2007 p. 383.

(3) Soc. 14 octobre 1997, n° 94-42604 : « *Toute rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée par l'employeur, hors la rupture en cours d'essai et les cas de force majeure et de mise à la retraite lorsque les conditions légales en sont remplies, constitue un licenciement* ».

(4) Soc. 7 janvier 1992, D. 1992, p. 477.

(5) Soc. 9 mars 1999, RJS 4/1999 n° 505 ; Soc. 5 juillet 2005, Dr. Ouv. 2006 p. 91 n. A. de Senga ; RJS 10/2005 n° 971 ; JCP S 2005, 1176, note P.-Y. Verkindt.

(6) Notamment en matière de contrat d'apprentissage ; Code. Trav. art L. 6222-18.

(7) Soc. 24 janvier 1996, n° 92-43868 ; Soc. 13 juillet 2004, n° 02-45302 ; Soc. 23 janvier 2008, n° 07-40082. Sur cette question, voir notamment : « *Réflexions sur l'imputabilité de la rupture du contrat de travail* », P. Chaumette, Dalloz 1986, p. 68 ; « *Les ruptures du contrat de travail et le droit du licenciement* », P. Waquet, RJS 10/04, p. 675.

pas une démission parce qu'elle était équivoque, ayant été motivée par le comportement fautif de l'employeur. Elle a ensuite consacré la prise d'acte comme mode autonome de rupture, à l'occasion de plusieurs arrêts du 25 juin 2003 (8). Dans cette perspective, lorsqu'un salarié prenait acte de la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur, l'expression "auto-licenciement" a été avancée (8 bis) tant il semblait inconcevable qu'un salarié puisse prendre l'initiative de rompre le contrat de travail en imputant la responsabilité à l'employeur, de sorte qu'il fallait lui prêter les habits du licenciement pour que son initiative puisse prospérer.

On peut tout au contraire considérer que, tant du côté de l'employeur que du côté du salarié, l'initiative de la rupture comporte une interface nécessaire, l'imputation de la responsabilité de la rupture. Dans le licenciement, l'imputation de responsabilité est nécessairement précisée dans les motifs du licenciement, inhérent ou non inhérent à la personne du salarié (à qui ou à quoi). De même, la responsabilité de la démission est soit imputable au salarié lorsqu'il désire, sans avoir à donner de motif, quitter l'entreprise, soit imputable à l'entreprise lorsqu'il lui est fait grief de manquements. Dans ce dernier cas, aux termes mêmes de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation, cette démission n'est pas requalifiée en licenciement. Elle doit être analysée en prise d'acte de la rupture imputable à l'employeur ayant les mêmes effets qu'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits sont avérés ou les mêmes effets qu'une démission imputable au salarié si les faits ne sont pas avérés.

3. Entre la rupture à l'initiative du salarié (démission ou prise d'acte) et la rupture à l'initiative de l'employeur (licenciement), on pouvait néanmoins relever une certaine tendance jurisprudentielle à admettre la rupture d'un commun accord, mais très fortement encadrée, notamment par une condition d'absence de litige préalable entre les parties (9), et par son exclusion pour les salariés protégés.

On pouvait également relever une tendance de la pratique à recourir, sous la forme détournée d'un licenciement, à des ruptures d'un commun accord. Ces pratiques consistaient à conclure un accord sur les conséquences d'une rupture future, à s'accorder sur les conséquences d'un licenciement et sur la rédaction d'une future transaction mettant une fin définitive à tout litige et ayant la même valeur qu'un jugement définitif. Elles consistaient ensuite à mettre en œuvre le processus du licenciement, chacune des parties prenant le risque d'une rétractation de l'autre partie. La jurisprudence n'admettait pas qu'un accord préalable, même s'il était possible d'en rapporter la preuve, soit déclaré exécutoire. On reconnaît là les modalités d'une négociation précontractuelle. Si l'employeur s'était engagé à licencier selon des modalités préalablement précisées et qu'il ne le faisait pas, le salarié ne pouvait bénéficier du droit d'être licencié. Si l'employeur prenait le risque de licencier et que le salarié refusait d'exécuter ses engagements et soumettait le litige aux juges, nul ne pouvait le contraindre à exécuter une transaction qui n'était qu'un projet. Il y a lieu de relever que ces "bricolages" étaient presque toujours arrêtés dans le cadre de la confidentialité et qu'ils n'ont pas donné lieu à contentieux visible.

## II. L'institution de la rupture conventionnelle par la loi du 25 juin 2008

### A. Les textes

4. Après l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 (10), largement transposé dans la loi du 25 juin 2008 (11), après la publication rapide du décret d'application du 18 juillet 2008 (12) et de l'arrêté du même jour (13), après la publication d'une première circulaire mode d'emploi par le ministère du Travail le

22 juillet 2008 (14), une nouvelle circulaire ministérielle relative aux modalités de la rupture conventionnelle a été publiée le 17 mars 2009 (15). L'ACOSS a publié un communiqué le 30 juin 2008, explicatif du régime social de l'indemnité spécifique de rupture, puis une circulaire le 10 juillet 2009 sur le même thème (16). Le règlement de l'assurance-chômage a été modifié pour intégrer la rupture conventionnelle.

(8) Soc. 25 juin 2003, pourvois n° 01-42679, n° 01-42335, n° 01-43578, RPDS 2003 p. 362 n. M. Carles ; RJS 8-9/2003 p. 647 note J.-Y. Frouin ; Dr. Soc. 01/2004 p 90 note J. Mouly ; Dr. Soc. 9-10/2003 p. 817 note G. Couturier et J.-E. Ray.

(8 bis) Expression utilisée par certains commentateurs à propos de Soc. 26 sept. 2002, Mocka, Bull. n° 284, Dr. Ouv. 2003 p. 456 n. M. Carles.

(9) Voir pour une application récente : Soc. 6 février 2008, n° 06-40507 ; Soc. 11 février 2009, Dr. Soc. 2009, p. 557, note C. Radé.

(10) Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, étendu par arrêté du 23 juillet 2008.

(11) Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail.

(12) Décret n° 2008-715 du 18 juillet 2008 portant diverses mesures relatives à la modernisation du marché du travail.

(13) Arrêté du 18 juillet 2008 fixant les modèles de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle de contrat de travail à durée indéterminée.

(14) Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008 relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée.

(15) Circulaire DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009 relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée.

(16) Circulaire DSS 2009-210 du 19 juillet 2009 relative au régime social des indemnités versées en cas de rupture conventionnelle ou à l'issue d'un contrat à durée déterminée à objet défini.

Le socle de la rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée a été très clairement défini par la loi, qui ajoute dans le Code du travail, au sein de la partie 1 ("Les relations individuelles de travail"), dans son livre II ("Le contrat de travail"), titre III ("Rupture du contrat de travail à durée indéterminée"), chapitre 7 ("Autres cas de rupture"), une nouvelle section III ("rupture conventionnelle"), faisant suite aux sections 1 et 2 respectivement relatives à la « rupture à l'initiative du salarié » et à la « retraite », composée de six articles. Au sein de cette nouvelle section, le principe de la rupture conventionnelle est fixé par l'article L.1237-11, qui dispose : « *L'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie. La rupture conventionnelle, exclusive du licenciement ou de la démission, ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties. Elle résulte d'une convention signée par les parties au contrat. Elle est soumise aux dispositions de la présente section destinées à garantir la liberté du consentement des parties* ».

## B. Les finalités

### 1. Modernisation

5. La loi du 25 juin 2008, tout comme l'ANI du 11 janvier 2008, entend porter « modernisation du marché du travail ». Il est plutôt difficile de définir ce qui est moderne pour l'appliquer au marché du travail. On suppose que le moderne est toujours préférable à l'ancien bien que, si on se réfère à l'analyse de Charlie Chaplin dans *Les temps modernes*, on peut en douter. Certes, le moderne dont il est question n'est pas le moderne actuel, mais le moderne à venir qui reste à définir. Évidemment à chacun ses objectifs, donc sa conception du moderne. Dans un contexte d'opposition peut-on concevoir un moderne qui fasse consensus ? Les sept signataires de l'ANI le pensent dans l'exposé des finalités de la rupture conventionnelle : « *la recherche de solutions négociées vise, pour les entreprises, à favoriser le recrutement et développer l'emploi tout en améliorant et garantissant les droits des salariés* ».

6. Mais il ne suffit pas d'avoir un objectif commun. Encore faut-il que les instruments juridiques soient adaptés au but ou, à tout le moins, qu'ils n'aillent pas à l'encontre du but énoncé. Vaste débat qui agite notamment la doctrine. Le praticien a au moins un avantage. Il n'a pas à convoiter une loi qu'il n'a pas, mais à faire au mieux avec celle qu'il a, pour défendre, au juridique comme au judiciaire, les intérêts qu'il a pris en charge.

On peut néanmoins douter de l'efficacité de la règle de droit pour améliorer le marché du travail. Le volume de

l'emploi indispensable au marché est du domaine de l'économie et non du droit. La panacée annoncée du contrat unique ayant été abandonnée, il est apparu que la modernité se nichait dans la rupture. Il est indiscutable qu'il y a un avant et un après 25 juin 2008. Les anciens ont connu pendant des décennies deux modes de rupture du contrat de travail. Les modernes connaissent un troisième mode de rupture autonome et légalisé. Mais on peut s'interroger sur la capacité de ce nouveau mode de rupture à « alléger » le marché du travail.

Si on se réfère aux mesures de caractère juridique prises par le législateur au regard de l'emploi, on constate que les dispositifs mis en place ont pour objet, ou pour résultat, d'alourdir le marché du travail. L'incitation à proposer et à faire faire des heures supplémentaires a eu pour conséquence d'augmenter ou de consolider le nombre d'heures supplémentaires effectuées par les salariés qui avaient un emploi. Ce qui ne pouvait que les satisfaire s'ils désiraient gagner plus. Mais ces heures supplémentaires ne pouvaient guère donner satisfaction aux sans-emploi et cette mesure n'avait ni pour objet, ni pour effet, de rééquilibrer le marché du travail grâce à des offres d'emploi supplémentaires. Le report à 70 ans de l'âge maximum de départ à la retraite par la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2009 (17) n'est évidemment pas non plus fait pour fluidifier le marché du travail. La troisième mesure-phare, la rupture conventionnelle du contrat de travail, si elle devait produire des effets, aurait pour seule conséquence d'ajouter au marché de l'emploi de nouveaux demandeurs d'emploi qui n'en étaient pas involontairement privés. A cet égard, Tiennot Grumbach et Pierre Bouaziz ont pu relever qu'il « *est relativement surprenant, à l'heure où l'on parle de déficit de l'assurance chômage, de prévoir un dispositif permettant de faire bénéficier des allocations-chômage un salarié qui est titulaire d'un emploi et d'un contrat de travail et qui, pour une convenance personnelle, décide de le quitter* » (18).

L'économie générale de la loi qui reprend celle de l'ANI, souffre d'une certaine difficulté de cohérence résultant d'un compromis sur des finalités contradictoires. Pour l'employeur, "libérer" la rupture du contrat de travail des conditions de forme et de fond qui constituaient l'ossature d'un statut protecteur du salarié. Pour le salarié, maintenir des garanties sociales comparables à celles dont il bénéficie en cas de licenciement. Comme le relève Jean Pelissier, « *en réalité la loi de modernisation est plus soucieuse de sécurité juridique que de sécurité de l'emploi* », et son « *objectif serait de compenser les facilités accordées aux employeurs pour rompre ou*

(17) Loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009, JO du 18 décembre 2008.

(18) Pierre Bouaziz et Tiennot Grumbach, colloque du Syndicat des avocats de France 2008, dont les actes sont publiés au Dr. Ouv. avril 2009 p. 165 s.

modifier le contrat de travail par l'attribution de droits nouveaux aux salariés qui perdraient leur emploi » (19).

## 2. Sécurisation

7. La partie employeur, tant dans ses premières propositions qu'au cours des négociations, a fortement insisté et proclamé qu'il s'agissait d'un nouveau mode de rupture « sécurisé », la sécurisation étant synonyme d'absence de contentieux ultérieur à l'initiative du salarié. Il y a loin de la coupe aux lèvres. L'ANI et la loi ont expressément prévu le recours contentieux à l'encontre de la convention de rupture et de son homologation administrative, simplement inséré dans un délai d'une année, avec de surcroît un bloc de compétence au profit du Conseil de prud'hommes. Les hypothèses de contentieux sont nombreuses (20) et, comme le souligne Gilles Auzero, « ceux qui espéraient une "déjudiciarisation" de la rupture du contrat de travail devront se rendre à l'évidence et constater que le juge conserve un rôle de premier plan » (21).

En réalité, la sécurisation ne résultera pas d'une interdiction du recours au juge, mais ne pourra résulter que d'une application loyale des règles de rupture, le salarié, notamment, étant pleinement informé, son consentement devant être conditionné à un strict respect de sa liberté. En ce sens, Gérard Couturier relève que « la perspective d'un moindre recours au juge est surtout fondée sur la réalité de l'accord réellement conclu et sur les avantages en résultant pour le salarié. On est porté à ne pas remettre en cause aussitôt ce à quoi on a consenti en connaissance de cause » (22).

8. En résumé, il y a lieu de prendre acte de la naissance d'un troisième mode de rupture du contrat à durée indéterminée, résultant de la volonté des trois organisations professionnelles patronales et de quatre des organisations syndicales de salariés presque fidèlement transposée dans la loi. De la sorte, se trouve consolidé le régime des ruptures d'un CDI, puisqu'il est mis fin à la controverse qui a tant agité la doctrine à propos de la licéité des ruptures d'un commun accord, étant entendu que, si elle n'est pas juridiquement exclue, « la rupture amiable fondée sur l'antique article 1134 du Code civil sera très certainement à ranger au rayon des antiquités dans les années à venir » (23).

Deux lectures restent possibles du nouveau dispositif. La première lecture consiste à considérer que primauté est donnée à l'autonomie de la volonté et à la liberté contractuelle, l'encadrement de la convention de rupture étant limité aux conditions de forme (processus et contenu), de fond (consentement libre et éclairé), de respect des exclusions (GPEC et PSE) et de validation par l'administration du travail (homologation ou autorisation). Dans cette optique, aucune autre condition ne peut être imposée aux cocontractants. La rupture conventionnelle exclut totalement les deux concepts d'initiative et d'imputabilité, et son champ d'application doit être entendu largement. La deuxième lecture, se référant à la situation du salarié sous lien de subordination, reprend en les transposant toutes les interdictions de licenciement (atteintes aux droits fondamentaux, accidentés du travail et maladies professionnelles, état de grossesses, maladie, etc.), et restreint le champ de la rupture conventionnelle.

## Deuxième partie : Le processus

### I. La première rencontre

#### A. Qui ?

Le champ d'application de la rupture conventionnelle est très large tant s'agissant du salarié (1.) que de l'entreprise (2.).

#### 1. Le salarié

9. Tout salarié titulaire d'un contrat à durée indéterminée, après la période d'essai s'il y en a une, sans condition d'ancienneté et sans limite d'âge, peut conclure une convention de rupture. Le salarié pouvant bénéficier

d'une retraite d'un régime légalement obligatoire peut également contracter, seules les dispositions sociales et fiscales de l'indemnité spécifique de rupture étant écartées (24). La circulaire du 17 mars 2009 précise que les salariés français travaillant pour une entreprise étrangère en France et titulaires d'un contrat de travail à durée indéterminée de droit français sont concernés (25).

10. Le représentant du personnel peut conclure un tel contrat. Seule l'intervention de l'administration du travail diffère, à l'homologation par la Direction départementale étant substituée l'autorisation par l'inspection du travail.

(19) Jean Pélissier, « Modernisation de la rupture du contrat de travail », RJS 8-9/08 p. 679.

(20) Voir *infra* Partie 3, n° 37 et s.

(21) G. Auzero, « La rupture conventionnelle du contrat de travail : l'illusion de la sécurisation », RDT 2008 p 522.

(22) G. Couturier et E. Serverin, controverse, « Quel contentieux pour la rupture conventionnelle du contrat de travail à durée

indéterminée ? », RDT 2009 p 205, sous la direction de A. Jeammaud.

(23) C. Radé, « Retour sur une espèce en voie de disparition : la rupture amiable du contrat de travail », Dr. Soc. 2009, p. 557.

(24) CGI, art. 80 duodécies.

(25) Circulaire DGT du 17 mars 2009.

L'article L. 1237-15 dispose en effet que *"Les salariés bénéficiant d'une protection mentionnés aux articles L. 2411-1 et L. 2411-2 peuvent bénéficier des dispositions de la présente section. Par dérogation aux dispositions de l'article L. 1237-14, la rupture conventionnelle est soumise à l'autorisation de l'inspecteur du travail dans les conditions prévues au chapitre Ier du titre Ier du livre IV, à la section 1 du chapitre Ier et au chapitre II du titre II du livre IV de la deuxième partie. Dans ce cas, et par dérogation aux dispositions de l'article L. 1237-13, la rupture du contrat de travail ne peut intervenir que le lendemain du jour de l'autorisation"*

Il y a lieu de relever que le médecin du travail, qui ne peut être licencié qu'après avis du comité d'entreprise (26), puis autorisation préalable de l'inspecteur du travail et avis du médecin inspecteur du travail (27), ne figure pas dans cette liste (28). Il ne peut s'agir que d'un oubli, que la dernière circulaire du 19 mars 2009 croit pouvoir combler en indiquant que *"la rupture conventionnelle dont une des parties est un médecin du travail doit suivre la procédure requise pour les salariés dits "protégés" »*.

11. Les avocats salariés ne sont pas exclus du droit de rupture conventionnelle. Seule la procédure est adaptée, conformément à l'article 5-VII de la loi qui prévoit l'arbitrage du bâtonnier (29).

12. Les salariés bénéficiant d'une protection particulière (arrêt de travail consécutif à un accident du travail ou une maladie professionnelle, congé maternité) ne sont pas exclus par la loi. Cependant le ministère du Travail, dans ses circulaires d'interprétation (30), présente des exigences élargies quant à la validité d'une rupture conventionnelle. Par référence expresse aux règles de protection particulière de certaines catégories de salariés contre les ruptures à l'initiative de l'employeur, il est suggéré qu'un tel accord ne peut être conclu avec un

salarié accidenté du travail, un salarié atteint d'une maladie professionnelle, une salariée en congé maternité, ni même avec un salarié victime d'une maladie de droit commun. Cette proposition part sans doute d'un bon sentiment : protéger le salarié en situation inégalitaire toujours dans les liens du contrat de travail en transposant les règles relatives à la rupture à l'initiative de l'employeur à la rupture conventionnelle qui, par nature, et comme le dit de façon redondante la loi, n'est pas un licenciement (31).

On peut légitimement s'inquiéter de cette orientation donnée par la circulaire. Si le directeur départemental refuse l'homologation en se fondant sur les motifs suggérés, on peut concevoir aisément que l'un ou l'autre, voire les deux cocontractants, saisissent la juridiction prud'homale aux fins d'annulation du refus d'homologation. On peut également craindre que si la direction départementale du travail ne tient pas compte, soit à l'occasion d'une homologation explicite, soit par son silence, des suggestions de la circulaire, l'une ou l'autre des parties saisisse la juridiction prud'homale en annulation de l'homologation. On peut faire mieux pour éviter le contentieux et pour assurer une certaine sécurité juridique.

Si on veut bien considérer que la condition fondamentale d'une rupture conventionnelle est le consentement libre et totalement éclairé du salarié, partie cocontractante la plus faible, mais également citoyen à part entière qui peut vouloir bénéficier de cette nouvelle forme de rupture du contrat de travail à durée indéterminée, il semble préférable d'interpréter la loi telle qu'elle est rédigée, sans ajouter d'interdiction, tout en déverrouillant tout ce qui peut entraver l'accès au droit, l'accès aux conseils et à l'assistance juridique, l'accès à la parfaite connaissance de ses droits et obligations pour négocier dans un rapport de force favorable.

(26) Code trav. art. L. 4623-4.

(27) Code trav. art. L. 4623-5.

(28) Le Code du travail vise les salariés suivants : "1° Délégué syndical ; 2° Délégué du personnel ; 3° Membre élu du comité d'entreprise ; 4° Représentant syndical au comité d'entreprise ; 5° Membre du groupe spécial de négociation et membre du comité d'entreprise européen ; 6° Membre du groupe spécial de négociation et représentant au comité de la société européenne ; 7° Représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ; 8° Représentant du personnel d'une entreprise extérieure, désigné au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail d'un établissement comprenant au moins une installation classée figurant sur la liste prévue au IV de l'article L. 515-8 du Code de l'environnement ou mentionnée à l'article 3-1 du Code minier ; 9° Membre d'une commission paritaire d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en agriculture prévue à l'article L. 717-7 du Code rural ; 10° Salarié mandaté, dans les conditions prévues à l'article L. 2232-25, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ; 11° Représentant des salariés mentionné à l'article L. 662-4 du Code de commerce lors d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire ; 12° Représentant des salariés au

conseil d'administration ou de surveillance des entreprises du secteur public ; 13° Membre du conseil ou administrateur d'une caisse de sécurité sociale mentionné à l'article L. 231-11 du Code de la Sécurité sociale ; 14° Membre du conseil d'administration d'une mutuelle, union ou fédération mentionné à l'article L. 114-24 du code de la mutualité ; 15° Représentant des salariés dans une chambre d'agriculture, mentionné à l'article L. 515-1 du Code rural ; 16° Conseiller du salarié inscrit sur une liste dressée par l'autorité administrative et chargé d'assister les salariés convoqués par leur employeur en vue d'un licenciement ; 17° Conseiller prud'homme" (L. 2411-1) ; "Délégué syndical, délégué du personnel, membre du comité d'entreprise, représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, institués par convention ou accord collectif de travail" (L. 2411-2).

(29) Voir *infra*, n° 38.

(30) Circulaires DGT du 22 juillet 2008 et du 17 mars 2009.

(31) *"La rupture conventionnelle, exclusive du licenciement ou de la démission..."* (article L. 1237-11 du Code du travail).

## 2. L'entreprise

13. Toute entreprise ayant des liens de droit privé avec son personnel, quel qu'en soit l'effectif et quelle qu'en soit la forme, peut conclure une rupture conventionnelle, seul l'arbitrage du bâtonnier étant substitué à l'homologation pour les cabinets d'avocats. En cas de procédure collective, aucun cas d'exclusion n'est prévu. Les seules exclusions liées à la situation de l'entreprise sont relatives aux cas de difficultés économiques et dans la mesure seulement où un plan de sauvegarde de l'emploi a été établi et, d'une façon plus générale, si un accord de gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences a été conclu avec les organisations syndicales.

## B. Comment ?

### 1. L'initiative des négociations

14. Avec la nouvelle rupture, le concept "d'initiative" a disparu. Mais il a disparu au moment où est conclu l'accord de rupture. Aussitôt passé par la porte, il revient par la fenêtre. La loi a précisé que la convention devait être conclue à l'issue d'une ou plusieurs rencontres, la dernière, consacrée à la conclusion de l'accord, étant parfaitement encadrée, mais sans aucune précision sur la rencontre initiale.

Qu'en est-il du premier acte d'un processus qui aboutit à une rupture d'un commun accord ? Peut-on concevoir un premier acte sans une initiative de l'une ou de l'autre des parties ? Il est certes possible d'imaginer qu'en application du principe de "séparabilité", à la suite d'une rencontre inopinée, l'employeur et le salarié s'exclament en chœur : *"et si nous rompions d'un commun accord notre contrat ?"*. Il est cependant plus que probable que l'une des deux parties fera les premières avances pour aboutir à un démariage. En ce sens, c'est à juste titre que Pierre Masanovic et Stéphanie Baradel considèrent que c'est « *contre la réalité* » que « *l'idée retenue est qu'il s'agit d'une rupture qui n'est à l'initiative d'aucune partie* » (32). Dans le même sens, François Gaudu constate que « *la loi a essayé de faire de la rupture conventionnelle une "boîte noire" en gommant l'identité de l'auteur de la rupture* », mais relève 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* », et rappelle qu'« *en droit privé des contrats, les notions d'offre et d'acceptation sont des*

*notions centrales, et [qu']il est difficile de penser le régime du contrat en faisant mine d'ignorer qui est l'auteur de l'une ou l'autre* » (33).

15. Dans la mesure où, lors de l'ouverture d'une négociation, rien ne permet de savoir quelle en sera l'issue, il semble préférable de préférer le consensualisme au formalisme quant à la proposition de première rencontre. Il y a lieu de relever que, dans le processus légal, en dehors de l'écrit obligatoire concrétisant l'accord, il n'y a qu'une seule référence implicite à l'écrit, à l'article L.1237-12, alinéa 2, qui dispose à propos de l'assistance des parties : *"Le salarié en informe l'employeur auparavant ; si l'employeur souhaite également se faire assister, il en informe à son tour le salarié"*.

### 2. L'initiative de la rupture conventionnelle au cours d'autres processus de rupture

*a. L'initiative de la rupture conventionnelle à l'occasion d'un entretien ayant une autre finalité*

16. Si la rupture est déjà intervenue à l'initiative de l'employeur ou du salarié, et à défaut de rétractation d'un commun accord de cette rupture, toute rupture conventionnelle est exclue. D'autres cas sont plus incertains. Peut-on par exemple envisager qu'à l'issue d'un entretien d'évaluation, celui-ci se transforme en processus d'accord amiable ? Par ailleurs, on peut imaginer qu'à la suite d'une convocation du salarié par l'employeur à un entretien préalable, l'employeur qui envisage une sanction disciplinaire ou un licenciement se mette d'accord avec le salarié pour entamer le processus d'une rupture d'un commun accord. N'y aurait-il pas lieu dans ces deux situations de requalifier la rupture d'un commun accord en rupture à l'initiative de l'employeur ?

Deux analyses diamétralement opposées sont concevables. On peut considérer que l'intégralité des règles protectrices du salarié applicables à un licenciement s'impose, et il est possible d'étendre considérablement le champ d'interdiction de la rupture conventionnelle. En ce sens, Evelyne Serverin considère qu'« *il suffit qu'existent des éléments de preuve de la volonté de licencier de la part de l'employeur, quel que soit le motif, qui se sera exprimée antérieurement à la proposition de rupture d'un commun accord, pour revenir au droit du licenciement* » (34). On peut à l'inverse considérer, comme le fait notamment Bernard Gauriau (35), que dès lors que la rupture n'est pas

(32) P. Masanovic et S. Baradel, « Les nouveaux modes de rupture du contrat de travail », Dr. Ouv. 2009 p. 182.

(33) F. Gaudu, « Les ruptures d'un commun accord », Dr. Ouv. 2008 p. 594.

(34) E. Serverin, RDT 2009 p. 205. En ce sens également, la circulaire du 22 juillet 2008 qui écarte la rupture conventionnelle en cas de « *procédure de licenciement*

*engagée* ». V. également obs. sous Soc. 6 nov. 1996, Dr. Ouv. 2009 p. 98.

(35) B. Gauriau, Dr. Soc. 2008 p. 1067, pour qui « *la rupture conventionnelle devrait se couler sans difficulté dans une procédure de licenciement déjà entamée, tout particulièrement lorsque le licenciement n'est pas encore notifié* ».

intervenue, seules les interdictions expressément prévues peuvent limiter le champ d'application de la rupture conventionnelle. L'engagement d'une procédure de licenciement ne serait alors pas un obstacle à la conclusion d'une rupture conventionnelle.

Au-delà de la question du champ d'application de la loi se pose également la question de l'appréciation de la libre volonté du salarié, au regard de la menace concrète de licenciement qui s'est exprimée préalablement à l'ouverture des négociations en vue de la rupture conventionnelle.

*b. L'initiative de la rupture conventionnelle en cours d'action judiciaire*

17. On peut également envisager la situation qui a conduit les parties devant la juridiction prud'homale à propos d'un litige relatif à l'exécution du contrat de travail avant sa rupture, ou dans le cadre d'une demande de résiliation judiciaire aux torts et griefs de l'employeur. Dans le cadre de ces procédures, serait-il possible aux parties de convenir de la rupture d'un commun accord avec abandon de la procédure une fois l'accord définitif ? La jurisprudence a déjà jugé que ni l'action en exécution du contrat de travail (36), ni l'action en résiliation

judiciaire (37), ne faisaient obstacle à la rupture du contrat de travail par la voie d'une prise d'acte du salarié.

Si, à l'usage, il apparaît que la rupture conventionnelle entraîne l'adhésion tant des employeurs que des salariés, et comporte, par ailleurs, toutes les garanties tant en ce qui concerne la loyauté de la négociation que l'équilibre des intérêts notamment au regard de l'indemnité arrêlée, il serait sans doute possible de considérer que le passage d'une procédure contentieuse à la rupture d'un commun accord est la solution la meilleure, au même titre que le rapprochement des parties et la conciliation est la solution généralement préférée à la poursuite du contentieux. Le champ d'application de la loi serait alors très largement ouvert, à l'exception des cas expressément exclus (PSE, GPEC).

S'il en était autrement, la loi devrait être interprétée dans un sens restrictif comme toutes les autres dispositions du Code du travail qui ont encore pour finalité de protéger le contractant le plus faible, celui qui est dans un rapport d'autorité, de subordination, de dominant à dominé et ce d'autant plus que c'est pendant l'exécution du contrat de travail que va se dérouler le processus conduisant à la rupture conventionnelle.

## II. Le déroulement des négociations

### A. L'information due aux salariés

18. Il est institué une obligation particulière d'information du salarié sur les conséquences d'une rupture négociée du contrat de travail. Le principe selon lequel le salarié doit être pleinement informé des conséquences de l'accord n'est pas précisé. En revanche, ce qui peut éventuellement sembler être la pierre angulaire incitative pour conclure l'accord doit faire l'objet d'une information spéciale. Le salarié doit être informé des conséquences de la rupture au regard du droit à l'indemnisation des salariés privés d'emploi à la recherche d'un emploi. Il doit lui être indiqué où il peut également prendre toutes informations utiles pour vérifier ses droits. La qualité de l'information fournie au salarié par l'employeur sera fonction de l'assistance dont ils vont bénéficier.

### B. L'assistance des parties

#### 1. Le droit d'être assisté

19. Le salarié a le droit de se faire assister tout au long des négociations qui vont s'ouvrir, mais il a l'obligation d'informer au préalable l'employeur qu'il entend se faire assister et par qui. Il serait sans doute utile de donner

cette information par écrit avec preuve de la réception de la lettre ou, mieux encore, de viser expressément dans la convention les conditions d'exécution de cette formalité essentielle à la validité de l'accord. Si le salarié use de sa faculté d'assistance, l'employeur peut à son tour bénéficier d'une assistance. En raison du principe du parallélisme des formes, il semble que l'employeur doit informer par écrit le salarié du nom de son assistant.

#### 2. Identification des assistants

20. En ce qui concerne les personnes habilitées à assister et conseiller les parties pendant la négociation, deux positions étaient possibles. La plus simple et la plus compliquée. La plus simple était la liberté totale laissée à chacune des parties de se faire assister par qui bon lui semblait, sous réserve de l'accord de l'autre partie. En effet, dans le cadre d'une négociation pour conclure un accord de rupture, la finalité du processus est d'arriver à un accord, chacune des parties étant parfaitement éclairée de ses droits, parfaitement au courant des conséquences de sa signature et recevant pour ce faire l'assistance la plus adéquate, toute restriction au libre choix de l'assistant allant à l'encontre de l'économie générale et du but recherché. Suivant les circonstances, le salarié pourrait vouloir, par exemple, se faire assister

(36) Soc. 21 décembre 2006, n° 04-43886, Dr. Ouv. 2007 p. 375, note B. Boudias.

(37) Soc. 31 octobre 2006, n° 05-42158, n° 04-48234 ; 04-46280, Dr. Ouv. 2007 p 90 n. M-F. Bied-Charreton ; JCP S 2006, n° 1948, note P.-Y. Verkindt.

par son conjoint ou un de ses parents, par le secrétaire de l'union locale du syndicat ou par un défenseur syndical ou par un avocat, lui seul étant maître du bon choix pour arriver à un bon résultat. L'employeur se ferait assister dans les mêmes conditions de son expert-comptable s'il le juge utile, de son avocat habituel ou du DRH du groupe.

21. La solution compliquée était évidemment de limiter et d'encadrer le choix de l'assistant. Il aurait été logique de se référer alors à l'assistance des parties dans un procès prud'homal. Cette assistance, qui a notamment pour objet de « concilier », était plus proche de la finalité de la rupture conventionnelle. Le législateur aurait pu à tout le moins adopter une liste d'assistants, dont le savoir et la mission sont plus adaptés à la négociation d'un contrat. C'est la liste prévue à l'article R. 1453-2 du Code du travail, qui vise les salariés ou employeurs de la même branche d'activité, les délégués des organisations d'employeurs et de salariés, le conjoint, concubin ou le partenaire pacsé et les avocats. Cela n'a pas été le choix du législateur qui a calqué la liste des assistants possibles sur celle prévue à l'occasion de l'entretien préalable d'une procédure disciplinaire ou lorsqu'un licenciement est envisagé.

Côté salarié, ce sont les dispositions relatives à l'assistance du salarié convoqué à un entretien préalable lorsque l'employeur envisage un licenciement qui ont été reprises, avec une restriction : lorsque l'entreprise est dépourvue d'institutions représentatives du personnel, seul le conseiller du salarié peut être choisi comme assistant, la loi ne prévoyant pas le recours à tout salarié de l'entreprise (38). Cette référence constitue à l'évidence une confusion des niveaux. L'objet et la finalité de l'entretien sont différents selon qu'il s'agit d'un licenciement ou d'une rupture conventionnelle : dans un cas, le but est de débattre des griefs de l'employeur et d'obtenir qu'il renonce à son intention de licencier, dans l'autre cas, le but est d'arriver tout au contraire à un accord sur la rupture.

22. Côté employeur, il y a lieu de distinguer deux situations bien différentes. Dans les entreprises de plus

de cinquante salariés, le choix de l'employeur est tout aussi limité que celui du salarié à une personne de l'entreprise, tout comme dans l'entretien préalable au licenciement. En revanche, dans les entreprises de moins de 50 salariés, l'employeur peut se faire assister par un représentant de son syndicat professionnel ou, mieux encore, par n'importe quel employeur de la même branche. Ce choix-là s'inscrit dans la perspective de la liberté de choix pour arriver à un accord de rupture mutuel entre co-contractants librement assistés.

23. L'article L. 1237-12 tel qu'il est rédigé laisse encore une certaine place à l'interprétation. On peut considérer que la liste des assistants que les parties à la convention peuvent choisir est une liste limitative et d'ordre public. On peut également considérer qu'il s'agit d'une liste indicative ne limitant pas le libre choix des cocontractants, qui pourraient convenir, dans le cadre de la négociation, de se faire librement assister si l'autre partie en est évidemment d'accord. Le texte n'aurait en fin de compte pour objet que de baliser les assistants de plein droit afin de faciliter le déroulement des négociations.

En revanche, l'autonomie de la volonté et la liberté de négociation laisseraient la porte ouverte à tout accord entre les parties pour convenir de ce qui est le meilleur pour elles. La circulaire du ministère du Travail est de ce point de vue ambiguë. Dans les conseils donnés à la direction départementale, il semblerait que, parmi les vérifications à effectuer pour accepter ou refuser l'homologation, se trouvent incluses les conditions de l'assistance. La lecture du texte *stricto sensu* devrait conduire à ne contrôler que la bonne information du salarié quant à sa possibilité d'être assisté, aucun autre contrôle ne devant être opéré. Mais la formule utilisée dans la circulaire : « *Il convient de souligner que l'assistant d'une ou des parties, lors de l'entretien, ne peut être un avocat* » laisse rêveur. Ou bien le ministère a considéré que la liste n'était pas exhaustive, ce qui est notre point de vue, et qu'il y avait libre choix de choisir tout assistant avec son interdiction de choisir un avocat, ou bien le ministère considère que la liste est fermée et la précision d'interdire la présence d'un avocat n'a guère de sens, sauf pour les mauvais esprits.

### III. L'accord de rupture

#### A. La forme de l'accord

24. La forme de l'accord est expressément prévue : il s'agit d'un écrit. Il a même été précisé par l'ANI que cet écrit serait établi en trois originaux, un revenant à l'employeur, le second au salarié et le troisième à l'administration du travail qui devra homologuer ou autoriser l'accord. Dans la pratique, cette petite erreur de

calcul doit être modifiée et le texte est établi en quatre exemplaires. En effet, il est prévu que la demande d'homologation doit être faite sur la base d'un formulaire, mais doit être accompagnée de l'original de l'accord. Comme employeur et salarié ont tous deux à égalité le droit de demander l'homologation, il faut donc bien qu'il y ait deux originaux pour la Direction départementale du travail, à moins qu'il ne s'agisse d'un acte manqué cher

(38) Code trav. art. L. 1237-12.



aux psychanalystes et que le texte ait été construit en supposant que seul l'employeur a intérêt à conclure l'accord et à en demander l'homologation.

Dans les faits et sous l'impulsion du ministère, les directeurs départementaux ont largement utilisé le « *formulaire de demande d'homologation* » pour en faire un document unique de convention de rupture et de demande d'homologation. Dans le même sens, la circulaire du 17 mars 2009 énonce que « *le formulaire de demande d'homologation (...) contient en sa partie 3 la convention de rupture. Ainsi, aucun document complémentaire n'est obligatoire pour la validité de la demande* ».

La circulaire précise cependant que « *si les parties le souhaitent, ce formulaire peut être éventuellement complété par des feuillets annexes explicitant les points d'accord de volonté des parties dans le cadre de la rupture. Un formulaire accompagné d'une convention de rupture portant identités et signatures des parties est recevable comme demande d'homologation* ». On peut s'interroger sur cette formule qui fait passer au second plan l'accord des parties en lui ôtant toute autonomie contractuelle au profit d'un formulaire administratif, au mépris des termes précis de la loi. C'est ajouter au texte de l'article L. 1237-11 du Code du travail (qui dispose que la rupture conventionnelle « *résulte d'une convention signée par les parties au contrat* ») et de l'article L. 1237-14 du même code (qui dispose que « *la partie la plus diligente adresse une demande d'homologation à l'autorité administrative, avec un exemplaire de la convention de rupture* ») une modalité tendant à fusionner en un seul et même acte le contrat de rupture et la demande d'homologation.

## B. Le contenu de l'accord

### 1. Le contenu obligatoire

25. Les clauses de la convention de rupture ne sont pas énumérées limitativement et de fait les clauses obligatoires sont très limitées. Un article doit préciser que les parties, à l'issue d'une ou plusieurs rencontre(s) de négociations, ont convenu librement de la rupture du contrat de travail, leur consentement étant éclairé. A ce titre, il y a lieu de prévoir une référence précise à l'information reçue ou recherchée par le salarié des conditions de son indemnisation au titre du chômage.

Un article doit préciser, s'il y a lieu, le nom du ou des assistant(s).

Un autre article doit préciser la date à laquelle doit prendre effet la rupture, au plus tôt le lendemain de l'homologation de l'accord par la Direction départementale du travail ou de l'autorisation de l'inspection du travail pour

les représentants du personnel. Pour les salariés ordinaires, dans la mesure où il n'existe aucun délai entre la fin de la période de rétraction et la saisine de l'administration du travail, il est difficile de fixer une date dans l'accord. Encore plus pour le salarié protégé : il n'est pas possible de la fixer dans le cadre d'une demande d'autorisation à l'inspection du travail dont l'autorisation ne peut être tacitement acquise à l'expiration d'un délai. Les parties ont néanmoins intérêt à fixer une date effective de rupture tenant compte du respect des différents délais, ou déterminer un mode de calcul objectif de la date de rupture après la date d'homologation expresse ou tacite, ou après la date de l'autorisation (par exemple : huit jours calendaires après la notification de l'autorisation ou la notification de l'homologation, ou encore rupture à la date d'expiration du délai valant homologation tacite). Il semblerait néanmoins qu'en pratique la Direction départementale du travail refuse l'homologation de conventions prévoyant un mode objectif de détermination de la date de la rupture, et exige une date énoncée précisément dans l'accord de rupture. Enfin, un article doit préciser le montant de l'indemnité de rupture conventionnelle que l'employeur s'engage à régler au salarié dès l'effectivité de la rupture.

### 2. L'indemnité spécifique de rupture

#### a. La question du plancher de l'indemnité

Deux sources de droit sont à l'origine de la fixation de ce plancher, malheureusement non coordonnées.

#### a-1. L'ANI

26. L'ANI dans sa rédaction conduit à retenir l'indemnité conventionnelle de licenciement applicable à l'entreprise comme étant le montant au-dessous duquel l'indemnité spécifique de rupture serait illicite. L'ANI dispose en effet, en son article 12, que « *l'accès aux indemnités de rupture (...) est assuré par le versement d'une allocation spécifique non assujettie aux prélèvements sociaux et fiscaux et dont le montant ne peut être inférieur à celui de l'indemnité de rupture prévue à l'article 11 ci-dessus* ». L'article 11 visé dispose que « *il est institué une indemnité de rupture interprofessionnelle unique dont le montant ne peut être inférieur, sauf dispositions conventionnelles plus favorables, à partir d'un an d'ancienneté dans l'entreprise, à 1/5<sup>e</sup> de mois par année de présence* ». Il résulte de ces textes que l'indemnité spécifique de rupture ne peut être inférieure à l'indemnité conventionnelle de licenciement plus favorable que l'indemnité légale.

Cette lecture a été confirmée par les signataires du PV d'interprétation de l'ANI (39) : « *C'est bien le montant des indemnités de licenciement prévues par la*

(39) PV d'interprétation en date du 15 décembre 2008 de l'ANI du 11 janvier 2008.

convention collective auquel renvoie l'article 12 qui, lorsqu'il est supérieur au montant de l'indemnité légale de licenciement, doit constituer le plancher de l'indemnité spécifique due en cas de rupture conventionnelle ». Il y a lieu de relever que le syndicat Force ouvrière a explicité son refus de signer l'accord d'interprétation par son désir d'éviter que la référence à l'indemnité conventionnelle de licenciement prévue par les accords collectifs en vigueur n'interdise aux partenaires sociaux de conclure de futurs accords collectifs instituant une indemnité spécifique de rupture plus favorable que l'indemnité conventionnelle de licenciement (40). La partie patronale, quant à elle a constamment soutenue que l'ANI visait comme plancher à l'indemnité spécifique de rupture l'indemnité conventionnelle de licenciement. Les partenaires sociaux ont réaffirmé leur position selon laquelle l'indemnité spécifique de rupture doit être au moins égale à l'indemnité conventionnelle de licenciement, lorsque celle-ci est supérieure à l'indemnité légale, à l'occasion d'un avenant du 18 mai 2009 (41). De manière tout à fait curieuse, ce texte prévoit que le plancher constitué par l'indemnité conventionnelle ne s'applique « qu'aux ruptures conventionnelles conclues après l'entrée en vigueur du présent avenant ». Il n'est pourtant pas possible de qualifier cet avenant d'avenant modificatif ne produisant d'effet que postérieurement à sa signature, alors qu'il présente toutes les caractéristiques d'un avenant interprétatif, qui par nature a un effet rétroactif (41 bis). Il est plus que probable que les juges, s'ils sont saisis, redonneront à cet accord sa véritable qualification.

#### a-2. La loi

27. Pour sa part, la loi du 25 juin 2008 n'a pas repris la formulation de l'ANI, ajoutant encore à la confusion, ce qui a conduit la majorité des auteurs et le ministère à affirmer que le plancher correspond dans tous les cas à l'indemnité légale de licenciement. En effet, l'article L. 1237-13 du Code du travail dispose : « La convention de rupture définit les conditions de celle-ci, notamment 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 ». L'article L. 1234-9 visé institue l'indemnité légale de licenciement. Pourtant l'arrêté d'extension de l'ANI ne comportait aucune réserve explicite tendant à écarter le plancher prévu par l'ANI. Il résulte de cette multiplicité des sources

de droit applicable, que la situation est complexe et non sécurisée.

#### a-3. Synthèse des sources

28. Cependant, si on s'en tient strictement aux règles applicables, il y aurait lieu de distinguer différentes situations.

Entre la promulgation de la loi du 25 juin 2008 et la publication de l'arrêté d'extension du 23 juillet 2008, deux planchers sont applicables :

- pour les entreprises adhérentes à l'une des trois organisations professionnelles signataires de l'ANI qui se trouvent engagées par leur signature, le plancher est l'indemnité conventionnelle de licenciement ;

- pour toutes les autres entreprises, c'est l'indemnité légale de licenciement, calculée selon la date de signature de l'accord soit sur la base de 1/10<sup>e</sup> de mois par année d'ancienneté, soit après le décret du 18 juillet 2008 (42) sur la base de 1/5<sup>e</sup> de mois par année d'ancienneté majorée de 2/15<sup>e</sup> de mois après la dixième année.

Après l'arrêté d'extension en date du 23 juillet 2008, il existe toujours deux planchers applicables, mais leur champ d'application respectif évolue :

- par application de l'arrêté d'extension, pour toutes les entreprises relevant du domaine de compétence des trois organisations professionnelles signataires de l'ANI, c'est l'indemnité conventionnelle de licenciement qui doit être retenue (42 bis) comme plancher, peu important leur non-adhésion aux organisations patronales ;

- dans la mesure où il n'a pas été pris d'arrêté d'élargissement, les entreprises n'entrant pas dans le champ professionnel de l'accord car exerçant une activité non représentée par une organisation patronale signataire, restent en dehors de l'application de l'ANI et sont soumises à la loi, c'est-à-dire à l'indemnité légale de licenciement, comme base minimale de l'indemnité spécifique de rupture.

#### b. Nature juridique et régime social et fiscal de l'indemnité

29. La nature juridique de cette indemnité reste nimbée dans un flou artistique. Il ne s'agit pas d'une indemnité de licenciement puisque justement il n'y a pas licenciement, mais rupture amiable. Il pourrait éventuellement s'agir de dommages et intérêts au regard du régime fiscal et social

(40) Sem. Soc. Lamy, 19 janvier 2009 n° 1383, p 5.

(41) Avenant n° 4 de l'ANI en date du 18 mai 2009, étendu par arrêté du 26 novembre 2009.

(41 bis) En sens contraire, l'instruction DGT n°2009-25 du 8 décembre 2009 considère qu'il s'agit d'un avenant modificatif, ne devant en conséquence s'appliquer aux employeurs non adhérents à une organisation patronale signataire qu'à compter de son extension par l'arrêté du 26 novembre 2009.

(42) Décret 2008-715 du 18 juillet 2008.

(42 bis) De manière contestable, l'instruction DGT précitée indique que lorsque la convention institue deux indemnités selon que le licenciement intervient pour motif économique ou personnel, si ces deux indemnités sont supérieures à l'indemnité légale c'est la plus faible des deux indemnités conventionnelles qui constitue le plancher, et si l'une d'elles est inférieure à l'indemnité légale, c'est l'indemnité légale qui constitue le plancher.

de cette indemnité, mais rien dans l'accord de rupture ne se réfère à l'indemnisation d'un préjudice.

30. S'agissant du régime fiscal et social de l'indemnité spécifique de rupture, le législateur a décidé de reproduire le régime applicable à l'indemnité de licenciement, tel qu'il résulte des articles 80 duodecimes du Code général des impôts et L. 242-1 alinéa 12 du Code de la Sécurité sociale.

Ces textes prévoient l'exonération fiscale et sociale de l'indemnité spécifique de rupture dans la limite du plus avantageux des plafonds constitués par :

– l'indemnité prévue par la convention collective de branche, l'accord professionnel ou interprofessionnel ou à défaut la loi ;

– le double de la rémunération annuelle brute perçue l'année civile précédant la rupture ou la moitié du montant de l'indemnité versée, dans la limite de six fois le montant du plafond annuel de la Sécurité sociale (soit 207 720 € en 2010 (43)).

S'agissant de la CSG et la CRDS, comme en matière d'indemnités de licenciement, l'indemnité spécifique de rupture est exonérée à hauteur de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, en application de l'article L 136-2 du Code de la Sécurité sociale, qui vise « toutes sommes versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail » (44). Cependant ces exonérations sont exclues si le salarié concluant une convention de rupture est en droit de bénéficier d'une pension de retraite d'un régime légal, à taux plein ou non, ce que rappelle la circulaire du 10 juillet 2009.

### 3. Le contenu utile

31. Les dispositions qui, dans le cadre des autres modes de rupture, doivent être prévues dans la lettre de licenciement ou durant le préavis, qui par définition n'existe pas en matière de rupture conventionnelle, doivent être envisagées dans l'accord de rupture.

En cas de clause de non-concurrence, dont l'employeur peut se dégager dans la lettre de licenciement, il devrait se positionner dans le cadre de l'accord de rupture. Certains ont avancé l'idée qu'il serait possible d'insérer dans l'accord une clause de non-concurrence qui n'aurait pas été prévue dans le contrat de travail initial selon les formules parfois utilisées dans des transactions. Cette opinion semble très contestable dans la mesure où rupture d'un commun accord et transaction sont antinomiques. De même, il est exclu que soit incluse une quelconque clause de renonciation au droit d'agir en justice.

L'accord de rupture doit préciser les droits acquis du salarié au titre du droit individuel à la formation. La loi reste muette sur ce sujet, mais les conséquences de la rupture sur les droits acquis au titre du DIF doivent être connues du salarié dont le consentement doit être éclairé. L'accord doit également inclure une projection de ce que sera l'arrêté de comptes définitif au titre des salaires pour les périodes travaillées, de l'indemnité compensatrice de congés payés, de l'indemnité des jours d'ARTT, étant par ailleurs rappelé que le salarié n'aura droit à aucun préavis, à aucun congé payé sur préavis ni à aucune indemnité conventionnelle de licenciement.

## IV. La rétractation

32. Afin de parachever les différentes mesures permettant de s'assurer qu'employeur et salarié ont bien exercé leur droit de contracter dans le total respect de l'autonomie de la volonté, il a été prévu un droit à rétractation après signature de la convention, ouvert à chacune des deux parties. Ce droit de rétractation s'explique par ce qu'il constitue, selon les termes de Pascal Lokiec, « une technique de plus en plus prise en compte de protection du consentement, qui permet aux contractants de prendre le temps de peser leur engagement » (45). Le point de départ du délai de rétractation est la date de l'accord. Le délai est de quinze jours calendaires. La rétractation, si on se réfère au droit de la consommation, doit intervenir par lettre recommandée avec accusé de réception. Elle n'a pas à

être motivée. En cas de rétractation, l'accord est réputé non écrit et le contrat de travail se poursuit normalement aux clauses et conditions anciennes.

On peut cependant craindre que les rapports de travail et l'atmosphère au sein de l'entreprise soient quelque peu perturbés, plus encore qu'ils ne l'auraient été en cas d'échec des négociations. Et ce d'autant plus que le mécanisme de négociation institué par la loi exclut tout caractère confidentiel et se déroule en présence de témoins qui peuvent attester. Dans les contentieux prévisibles, on ne peut exclure des demandes fondées sur des ruptures abusives des négociations ou des rétractations abusives, voire sur une mise en cause de la bonne foi qui doit régir le processus de négociation, sur le modèle du contentieux précontractuel de droit commun.

(43) arrêté du 18 novembre 2009 portant fixation du plafond de la Sécurité sociale pour 2010, fixant à 34 620 € le plafond annuel

(44) CSS, art. L. 132-6, II, 5°.

(45) P. Lokiec, « Garantir la liberté du consentement contractuel », Dr. Soc. 2009, p 127.

## V. L'intervention de l'Administration du travail

### A. L'homologation

Pour renforcer l'autorité de la convention de rupture, il a été prévu par le législateur une condition d'homologation, à laquelle est subordonnée « *l'efficacité juridique du consentement* » (46).

#### 1. Autorité homologatrice

33. Le problème s'est posé de savoir qui allait homologuer cet accord de droit privé. Il aurait été relativement normal de confier cette homologation au juge naturel du contrat de travail, le Conseil de prud'hommes, éventuellement en sa formation de référé. Mais c'est l'administration du travail qui a été choisie pour procéder à cette homologation. La compétence revient au directeur départemental du travail (47), qui peut la déléguer à « *son adjoint direct dans le champ des relations de travail* » (48).

Il a été précisé par la circulaire du 22 juillet 2008 que le directeur du travail territorialement compétent est celui dont relève l'établissement où est employé le salarié. Il est ajouté que si le directeur départemental saisi par les parties n'est pas territorialement compétent, il lui appartient de transmettre la demande à la direction compétente, le point de départ du délai dont dispose l'administration pour statuer étant reporté à la date de réception de la transmission.

L'étendue et les limites du pouvoir d'appréciation de l'administration en matière de licenciement sont définies plus ou moins précisément par le législateur, par les circulaires d'application qui n'ont pas de valeur normative et par la jurisprudence du conseil d'Etat. En ce qui concerne l'autorisation de licenciement d'un salarié protégé, au fil des ans, le conseil d'Etat a fixé un cadre intelligible (49). En ce qui concerne les pouvoirs de la Direction départementale du travail qui aura à homologuer ou à refuser d'homologuer un accord de rupture conventionnelle d'un CDI, la situation va être nouvelle. C'est la juridiction prud'homale et donc la Chambre sociale de la Cour de cassation qui aura, sur ce point, à jouer le rôle du Conseil d'Etat. La lecture de la circulaire et les premiers articles de doctrine laissent augurer un contentieux complexe, tout le contraire de la sécurité juridique.

#### 2. Délai d'homologation

34. L'administration dispose d'un délai de quinze jours ouvrables qui est apparu à chacun comme très bref (mais déjà allongé par rapport aux prévisions de l'ANI qui

prévoyait de le décompter en jours calendaires). Reprenant la méthode utilisée pour l'autorisation de licenciement pour motif économique de la loi de 1975, il a été prévu qu'à défaut de réponse dans un délai de quinze jours ouvrables, l'homologation est tacitement acquise. Cette homologation permettra de passer à la dernière phase de la rupture puisqu'elle déclare l'accord définitif sans possibilité de rétractation, seul le recours contentieux étant réservé. Si la Direction départementale n'est saisie que par l'un des deux cocontractants et que l'autre n'est plus d'accord (soit qu'il ait laissé passer les délais de rétractation, soit qu'il ait changé d'avis) il sera tenté d'utiliser la procédure d'homologation pour convaincre le directeur départemental du travail de la refuser plutôt que d'utiliser la voie prud'homale pour contester la convention et son homologation.

#### 3. Conditions d'homologation

35. La Direction départementale doit contrôler la régularité en la forme du contrat de rupture d'un commun accord et surtout au fond le libre consentement de chacune des parties. Concrètement, l'administration contrôlera le respect des différentes règles de procédure (tenue d'au moins un entretien, règles d'assistance, de délais...), le respect du montant minimal de l'indemnité spécifique de rupture, l'absence de vice du consentement chez l'une ou l'autre des parties résultant des conditions de conclusion de l'accord, le respect des exclusions légales (PSE et GPEC).

Une attention particulière doit être apportée au contrôle de l'absence de détournement de la procédure de rupture pour motif économique. L'article L. 1237-16 du Code du travail exclut expressément que des ruptures conventionnelles soient conclues dans le cadre d'un Plan de sauvegarde de l'emploi. Cela implique que si un PSE est effectivement établi, il n'est pas possible dans ce cadre de proposer des ruptures conventionnelles, ce qu'il est facile de contrôler. Mais cela implique également que le recours à la rupture conventionnelle ne doit pas être un moyen de contourner la législation d'ordre public relative à la rupture du contrat de travail pour motif économique, en particulier l'obligation d'élaborer un PSE. La fraude peut notamment se déduire de la conclusion coordonnée de ruptures conventionnelles, ou encore de la proposition coordonnée de ruptures conventionnelles aux salariés ayant refusé une proposition de modification de leur contrat de travail pour motif économique. Ce dernier cas fait d'ailleurs l'objet d'un contentieux devant le Conseil de prud'hommes de Bordeaux (50). Dans de

(46) P. Lokiec, art. prec. p. 129.

(47) En application de l'article R. 1237-3 du Code du travail.

(48) Circulaire DGT du 22 juillet 2008.

(49) H. Rose, Y. Struillou, *Droit du licenciement des salariés protégés*, 3<sup>e</sup> ed., 2008, Economica.

(50) Voir actuEL-CE.fr du 28 septembre 2009 et la présentation du litige par Monique Guédon, avocate.

telles hypothèses, la DDTE doit refuser l'homologation ; à défaut, la rupture conventionnelle encourt la requalification en licenciement pour motif économique.

## B. Autorisation

36. S'il s'agit d'un salarié protégé en tant que représentant élu ou désigné du personnel ou en fonction des mandats qu'il assume dans l'intérêt collectif de la profession, la voie de l'homologation de la convention par la Direction départementale du travail est abandonnée. Il est fait référence à la procédure classique d'autorisation de licenciement par l'inspecteur du travail (51). Si la saisine de l'inspecteur du travail doit intervenir après l'expiration du délai de rétractation, ce sont les délais habituels relatifs à l'autorisation qui sont applicables et l'autorisation tacite est évidemment exclue.

La loi est silencieuse quant à l'objet de l'autorisation puisque, par définition, il ne s'agit pas d'autoriser un licenciement à la demande d'un employeur, mais de contrôler l'acte de rupture d'un commun accord.

L'inspecteur du travail doit à tout le moins exercer le même contrôle que le directeur du travail pour une homologation mais s'agissant de salariés spécialement protégés, il apparaît qu'un refus peut intervenir, malgré l'accord des parties, si l'inspecteur estime qu'il y a discrimination syndicale ou encore si le départ du salarié protégé perturbe fortement la représentation des salariés dans l'entreprise. De plus, s'agissant des salariés titulaires d'un mandat électif, l'inspecteur du travail doit vérifier que le comité d'entreprise a bien rendu un avis sur le projet de rupture conventionnelle, avant sa signature effective. La seule chose que l'inspecteur du travail ne peut pas contrôler est la cause de la rupture puisque celle-ci est exclue par l'accord commun, sauf à rechercher les causes cachées. L'autorisation ou le refus d'autorisation est soumis aux règles habituelles des recours hiérarchiques, gracieux et contentieux. En cas d'autorisation, la rupture est acquise vingt-quatre heures après l'autorisation, quelles que soient les voies de recours exercées.

# VI. Après la rupture

## A. Documents de fin de contrat

37. Il va de soi que, même si cela n'a pas été explicitement indiqué, l'employeur doit remettre au salarié tous les documents relatifs à la rupture du contrat de travail : certificat de travail, attestation de l'employeur pour le Pôle emploi, dernière fiche de paie avec les salaires arrêtés à la date de la rupture, indemnité compensatrice de congés payés, indemnité compensatrice d'ARTT, heures supplémentaires, calcul du DIF, remboursement des frais et autres. Il n'est pas exclu que l'employeur puisse présenter à la signature un reçu pour solde de tout compte qui, s'il est accepté, ne sera, en vertu du nouvel article L. 1234-20 du Code du travail, libératoire que pour les sommes mentionnées et qui pourrait être dénoncé dans un délai de six mois après sa signature, délai qui devra être coordonné éventuellement avec le délai d'un an pour saisir la juridiction prud'homale en annulation de l'accord et le délai de cinq ans pour les autres contestations.

## B. Bénéfice de l'assurance chômage

38. Concernant l'assurance chômage, les articles L. 5421-1 et L. 5422-1 du Code du travail ont été complétés pour inclure dans les bénéficiaires du régime du chômage les salariés "dont le contrat de travail a été

*rompu conventionnellement selon les modalités prévues aux articles L. 1237-11 et suivants du Code du travail". Le salarié bénéficiera de plein droit, alors qu'il n'est pas involontairement privé d'emploi, des indemnités de chômage. Les droits du demandeur d'emploi après une rupture conventionnelle sont exactement les mêmes que ceux d'un salarié involontairement privé d'emploi. L'ANI du 11 janvier 2008, étendu par arrêté du 23 juillet 2008, dispose en effet : « L'accès aux allocations du régime d'assurance chômage est assuré par le versement des allocations de l'assurance-chômage dans les conditions de droit commun dès lors que la rupture conventionnelle a été homologuée par le directeur départemental du travail ».*

On peut relever l'incertitude qui a suivi la promulgation de la loi, des décrets, des arrêtés et de la première circulaire en ce qui concerne la complète information du salarié sur ses droits. Seul le principe de la prise en charge était parfaitement précisé, mais les modalités restaient incertaines. Par ailleurs, la question du sort des allocations-chômage versées suite à une rupture conventionnelle, en cas d'annulation de cette rupture par la juridiction prud'homale, reste entière, une action en répétition de l'indu exercée par Pôle emploi étant concevable.

(51) L'article L. 1237-15 dispose en effet que « Les salariés bénéficiant d'une protection mentionnés aux articles L. 2411-1 et L. 2411-2 peuvent bénéficier des dispositions de la présente section. Par dérogation aux dispositions de l'article L. 1237-14, la rupture conventionnelle est soumise à l'autorisation de l'inspecteur du travail dans les conditions prévues au chapitre

*ler du titre Ier du livre IV, à la section 1 du chapitre Ier et au chapitre II du titre II du livre IV de la deuxième partie. Dans ce cas, et par dérogation aux dispositions de l'article L. 1237-13, la rupture du contrat de travail ne peut intervenir que le lendemain du jour de l'autorisation ».*

## Troisième partie : Les contentieux

39. Il a été heureusement retenu le principe du "bloc de compétences" au profit de la juridiction prud'homale, en application duquel les contestations sur l'accord de rupture, sur l'homologation expresse ou tacite de cet accord ou sur son refus d'homologation sont de la compétence exclusive du Conseil de prud'hommes, à l'exclusion de tout autre recours contentieux ou administratif (52). La solution retenue de confier à la juridiction prud'homale l'ensemble du contentieux est parfaitement justifiée si on veut bien considérer que le contentieux postérieur à la convention de rupture doit être simple et rapide.

Cependant, en ce qui concerne la rupture conventionnelle du contrat de travail d'un salarié protégé soumis à autorisation de l'inspection du travail, le principe du bloc de compétence n'a pas été retenu et la double compétence de la juridiction administrative et du Conseil de prud'hommes, chacun dans leur domaine d'appréciation, subsiste. De même, pour l'avocat salarié, il a été expressément rappelé que c'est le bâtonnier qui est compétent, la loi du 25 juin 2008 ayant modifié le dernier alinéa de l'article 7 de la loi du 31 décembre 1971, qui dispose désormais : « *Les litiges nés à l'occasion d'un contrat de travail ou de la convention de rupture, de l'homologation ou du refus d'homologation de cette convention sont soumis à l'arbitrage du bâtonnier, à charge d'appel devant la cour d'appel siégeant en chambre du conseil* ». A l'encontre de ce texte, la circulaire du 17 mars 2009 a cru pouvoir indiquer que l'avocat salarié pouvait indifféremment saisir de sa contestation le bâtonnier, comme le prévoit la loi, ou le Conseil de

prud'hommes, sans pour autant préciser le fondement juridique d'une telle affirmation (53).

40. La juridiction prud'homale saisie d'une contestation relative à la convention est également compétente sur tous les autres litiges connexes relatifs à l'exécution du contrat de travail, dont le traitement reste inchangé. En effet, comme le souligne Pascal Lokiec, « *la rupture conventionnelle, même homologuée, n'a pas le pouvoir d'éteindre le contentieux de l'exécution du contrat* » (54). Mais le principe de l'unicité de l'instance, auquel il n'a pas été dérogé, conduit à saisir le juge prud'homal de l'ensemble des litiges dans le court délai d'un an, et dans le délai de cinq ans uniquement s'il n'y a aucune contestation sur la convention de rupture.

41. De nombreux auteurs se sont attachés à envisager les différents types de contestation et les prédictions ne sont guère aisées en la matière. Les statistiques disponibles ne donnent aucune indication sur le volume et la typologie des saisines de la juridiction prud'homale. Schématiquement, on peut distinguer les conventions soumises à l'homologation de la DDTE (I) et les conventions soumises à l'autorisation de l'Inspection du travail (11). Une sous-distinction conduit à traiter, d'une part, le contentieux relatif à une convention homologuée et, d'autre part, le contentieux relatif à un refus d'homologation de la convention. Pour aller plus loin, on peut distinguer selon les demandes présentées par l'employeur ou par le salarié, sans compter les demandes conjointes.

### I. Le contentieux des conventions soumises à homologation de la Direction départementale du travail

#### A. Les refus d'homologation

42. Si les cocontractants sont convaincus par le motif du refus de la DDTE, ils reprendront leurs négociations pour aboutir à un accord purgé de tout vice aux yeux de l'administration. Les parties peuvent également ne pas être convaincues par les motifs retenus par la DDTE pour refuser l'homologation et saisir la juridiction prud'homale en annulation du refus. Le juge prud'homal va donc devoir apprécier les motifs du refus de l'administration et soit confirmer le refus, soit l'infirmer. Le juge prud'homal peut confirmer le refus d'homologation, avec pour conséquence que le contrat de travail qui n'avait pas été rompu se poursuit "normalement". Le juge prud'homal peut également infirmer le refus d'homologation.

43. Les premières décisions rendues (55) en la matière ont conduit le juge prud'homal à homologuer lui-même l'accord passé entre les parties et non homologué par la Direction départementale du travail. L'accord prend alors effet le lendemain du jour du jugement, si celui-ci est assorti de l'exécution provisoire.

Il a été cependant soutenu, notamment par la circulaire ministérielle (56), que le juge prud'homal ne peut substituer à l'homologation ou au refus d'homologation sa propre décision, mais qu'il doit prendre une décision qui aurait été celle de la juridiction administrative, c'est-à-dire annuler le refus d'homologation et renvoyer les parties devant la DDTE pour qu'il soit de nouveau statué aux vues de sa propre décision qui a autorité de la chose jugée.

(52) Code trav. art. L. 1237-14.

(53) Circulaire DGT du 17 mars 2009, article 2.3 : « *Les avocats salariés peuvent bénéficier de la rupture conventionnelle. La demande d'homologation doit être présentée devant le DDTEFP compétent. Toutefois, en cas de contentieux, c'est devant le bâtonnier que le litige doit être porté, sans pour*

*autant que les voies de recours devant le Conseil des prud'hommes ne leur soit interdites* ».

(54) P. Lokiec, « Rupture conventionnelle », Rep. Trav. Dalloz.

(55) Cons. prud. Valence, 14 octobre 2008, n° 08-00501, Sem. Soc. Lamy 10 novembre 2008 n° 1374, note T. Grumbach.

(56) Circ. DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009.

Même si on considère que le jugement qui doit alors être notifié à la Direction départementale du travail fait courir le délai de quinzaine pour nouvelle décision et qu'à défaut de décision il y a homologation tacite, on conçoit mal que, dans une procédure que l'on a voulu simplifier, une telle règle puisse être imposée.

Dans l'attente d'autres décisions de jurisprudence, les deux seuls jugements du Conseil de prud'hommes de Valence qui a annulé un refus d'homologation et a substitué sa propre homologation à la convention vont en sens contraire. Le Parquet de la République n'a pris aucune initiative à l'encontre de ces deux décisions devenues définitives. Il y a lieu de relever que le problème ne peut se poser pratiquement que dans les cas où la Direction départementale du travail a refusé d'homologuer une convention.

44. On peut également envisager la situation où un seul des cocontractants conteste le refus d'homologation, l'autre partie revenant sur sa signature en utilisant la procédure d'homologation comme une prolongation de son droit de rétractation. Mais, bien évidemment, si le droit de rétractation n'a pas à être motivé, la demande de confirmation du refus d'homologation devra l'être.

## B. Les conventions homologuées

45. La situation de fait est radicalement différente. A la suite de l'homologation, le contrat de travail se trouve rompu conformément aux clauses de la convention, au plus tôt après l'homologation expresse ou tacite. Si, dans la situation précédente, il allait de soi que le juge prud'homal allait être saisi rapidement, en revanche, dans ce cas de figure, la contestation peut intervenir à tout moment au cours du délai d'un an dont disposent les parties pour agir en justice et la décision à intervenir devra prendre en compte le fait que le contrat a été effectivement rompu. Les demandes vont nécessairement émaner de l'une ou de l'autre des parties puisque, si après homologation, elles décident d'un commun accord de ne pas rompre le contrat de travail et d'en poursuivre l'exécution, il n'est nul besoin de solliciter un jugement.

### 1. Les motifs de contestation du salarié

46. Pour l'essentiel, les motifs tendant à la nullité de l'accord de rupture sont les mêmes que ceux qu'aurait dû retenir la Direction départementale du travail pour refuser l'homologation. Comme déjà indiqué, l'accord est soumis à des règles de procédure et des règles de fond très précises. Si ces règles ont été méconnues, elles doivent conduire dans la première étape de la procédure à un refus d'homologation par la DDTE, et par la suite, à défaut de refus d'homologation, à une demande d'annulation de la convention et de l'homologation, avec une différence

essentielle quant aux conséquences : le refus d'homologation aurait conduit au maintien du contrat de travail, tandis que l'annulation de l'homologation et de la convention conduit à remettre en cause les fondements d'une rupture effective du contrat de travail. Le salarié a alors la faculté d'exiger sa réintégration dans l'emploi, l'annulation de la rupture devant entraîner le remplacement des parties dans la situation où elles se trouvaient antérieurement à l'acte annulé.

Néanmoins, la réintégration dans l'emploi ne peut pas être imposée au salarié, qui conserve la faculté de la refuser. Dans ce cas, il y aura lieu de requalifier la rupture déjà intervenue de façon illicite en licenciement sans cause réelle et sérieuse et d'appliquer les conséquences indemnitaires habituelles. A l'inverse, pour certains auteurs, et notamment Françoise Favennec-Héry et Antoine Mazeaud, il doit être considéré que « l'invalidation de la convention n'efface pas pour autant la rupture du contrat de travail » et que « l'annulation de l'homologation, et par voie de conséquence, l'invalidation de la rupture, n'ont pas pour effet d'annuler la rupture et de justifier la réintégration du salarié » (57). Cependant, on peut faire remarquer que l'annulation entraîne la disparition rétroactive de l'homologation, et qu'il ne saurait y avoir de rupture conventionnelle effective en l'absence d'homologation. Il y a lieu ici de retenir l'analyse applicable aux autres cas de réintégration fondés sur la nullité, même sans texte. Il est également envisageable que le salarié ne conteste que le montant de l'indemnité spécifique de rupture et ne demande que la condamnation au paiement de la différence entre l'indemnité effectivement perçue et le plancher applicable.

En résumé, la typologie des contentieux envisageables correspond exactement à toutes les zones d'ombre subsistant dans l'économie générale du texte telles qu'elles ont été relevées plus haut.

### 2. Les motifs de contestation de l'employeur

47. Les règles relatives au contrôle du consentement libre et éclairé du salarié peuvent également s'appliquer à l'employeur. Il sera sans doute plus difficile pour un employeur d'établir qu'il a été trompé ou qu'il était insuffisamment éclairé pour obtenir la nullité de l'accord de rupture et de son homologation. Si la réintégration dans l'emploi ne peut être demandé que par le salarié, l'employeur pourrait demander, comme conséquence de cette nullité, le remboursement de l'indemnité spécifique de rupture qu'il a versée, la rupture restant acquise et ayant les mêmes effets qu'une démission.

(57) F. Favennec-Héry et A. Mazeaud, « La rupture conventionnelle du contrat de travail : premier bilan », JCP S 2009 n° 1314.

## II. Le contentieux des conventions soumises à autorisation de l'inspecteur du travail

48. Il existe plusieurs situations de contentieux. Les parties peuvent conjointement ou individuellement contester un refus d'autorisation de l'inspecteur du travail. Le Tribunal administratif, seul compétent, pourra confirmer ce refus d'autorisation ou, au contraire, l'annuler. Reste à déterminer si la décision du Tribunal administratif est à elle seule exécutoire ou si le retour devant l'Inspection du travail s'impose. Il se peut également que l'une ou l'autre des parties saisisse la juridiction administrative d'une contestation de la décision d'autorisation de la rupture conventionnelle. Les motifs de contestation porteront nécessairement sur le non-respect d'une ou plusieurs conditions de fond ou de forme qui n'aura pas été relevé, à tort, par l'Inspection du travail.

49. Une question essentielle reste en suspens, celle de la répartition des compétences prud'homale et administrative, qu'il reviendra au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation de fixer en matière de rupture conventionnelle. Les règles habituelles de partage des compétences entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire devraient trouver application. Toute contestation fondée sur une règle de droit n'entrant pas dans le domaine d'appréciation de l'administration est de la compétence exclusive de la juridiction prud'homale. Toute contestation fondée sur un élément de fait ou de droit entrant dans le domaine d'appréciation de l'administration doit conduire la juridiction prud'homale à poser une question préjudicielle et à surseoir à statuer.

### Conclusion : Premiers bilans

50. Les premières réactions généralement négatives ont pu faire supposer que l'institution de la rupture conventionnelle n'était rien d'autre qu'une réforme mort-née, comparable à l'éphémère contrat nouvelle embauche. La critique du contrat nouvelle embauche partait du constat que cette initiative gouvernementale avait clairement pour but de « dynamiter » le droit du licenciement, et s'était donc donné pour objectif d'arriver à la suppression pure et simple de cette nouvelle forme de contrat, ce qui fût fait.

En ce qui concerne la rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée, on peut hésiter entre deux attitudes distinctes. La première est de la considérer comme un « nouveau dynamitage » du droit du licenciement qui, tout comme le CNE, doit être renvoyé aux oubliettes de l'Histoire. Dans cette perspective, on observe que la capacité réelle du salarié à obtenir une rupture conventionnelle peut prêter à discussion et que ce nouveau mode de rupture profite surtout à l'employeur. La seconde attitude est de considérer que ce nouveau mode de rupture n'est pas condamnable en soi et qu'il peut conduire à une clarification et à une consolidation du droit du licenciement. Si les uns et les autres trouvent avantage, et cela n'est pas exclu, à convenir d'une rupture d'un commun accord, ils devront s'en tenir très strictement aux interdictions légales et user très largement de leur commune volonté pour élargir au maximum les libertés indispensables qui conditionnent un consentement libre et éclairé.

51. Après un an de mise en application, la rupture conventionnelle semble rencontrer un certain succès. Les

dernières statistiques de la DARES (58) mettent en évidence un nombre significatif de conventions soumises à homologation : au cours des trois premiers trimestres 2009, près de 159 000 demandes de rupture conventionnelle ont été présentées, dont près de 132 000 ont été homologuées par la Direction départementale du travail, et dont 84 000 ont ensuite donné lieu à inscriptions auprès de Pôle emploi.

Bien que significatifs, ces chiffres restent faibles au regard des autres modes de rupture du contrat de travail à durée indéterminée : au cours des trois premiers trimestres 2009, Pôle emploi a enregistré 495 000 inscriptions consécutives à un licenciement pour motif personnel, 200 000 consécutives à un licenciement pour motif économique, 173 000 consécutives à une démission. De plus, en ce qu'elles ne portent pas sur toutes les ruptures survenues, mais uniquement sur celles ayant conduit le salarié à s'inscrire comme demandeur d'emploi, ces statistiques minorent nécessairement le total des ruptures par la voie du licenciement ou de la démission et, par voie de conséquence, le poids de ces modes de rupture par rapport à la rupture conventionnelle. Certes, s'agissant des ruptures à l'initiative de l'employeur, les inscriptions à Pôle emploi sont élevées et la minoration est faible. En revanche, pour la démission comme pour la rupture conventionnelle, le nombre d'inscriptions est plus faible. Enfin, en l'état actuel, on peut difficilement se faire une opinion globale sur le contentieux généré par ce mode de rupture, faute de statistiques.

**Paul Bouaziz et Nicolas Collet-Thiry**