

Rupture conventionnelle et régime de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée* (1)

par *Olivier PUJOLAR*, Maître de conférences
à l'Université Montesquieu Bordeaux IV, Directeur de l'Institut du travail,
membre du COMPTRESEC, UMR CNRS 5114

PLAN

I. Rupture conventionnelle et approche contractuelle

- A. Déclin et renouveau de l'approche contractuelle en droit du travail
- B. Les limites de l'approche contractuelle en droit du travail

II. Rupture conventionnelle et bipolarisation des modes de rupture du contrat de travail à durée indéterminée

- A. La traditionnelle bipolarisation des modes de rupture du contrat de travail à durée indéterminée
- B. La rupture conventionnelle, une remise en cause de la bipolarisation des modes de rupture du CDI ?

Le licenciement et la démission marquent depuis longtemps le régime de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée en droit du travail français. Les autres régimes de rupture (ruptures négociées ou encore ruptures judiciaires) ont toujours existé, mais n'ont jamais occupé le devant de la scène et se voyaient souvent relégués au second plan derrière le licenciement et la démission.

Depuis quelques années, le débat a été ouvert, à de nombreuses occasions, sur l'opportunité du développement d'une troisième voie de rupture du contrat de travail à durée indéterminée qui aurait le mérite de regrouper les avantages respectifs attachés au licenciement et à la démission, tout en évitant leurs inconvénients. Parmi les signes avant-coureurs de la rupture conventionnelle, on peut tout d'abord évoquer le rapport *Virville* (2), remis en janvier 2004, qui préconisait la valorisation de la « rupture négociée » de la relation de travail comme mode de rupture non conflictuel et permettant d'éviter « le détournement de la procédure de licenciement ou de démission pour des raisons fiscales et sociales ». La négociation sur la modernisation du marché du travail s'ouvrant fin 2007, le MEDEF avait introduit un nouveau concept : « la séparabilité ou la rupture d'un commun accord des parties ». Enfin, dernière illustration, le rapport *Attali* (3), remis en janvier 2008 et dont la 145^e proposition vise l'instauration d'une « rupture à l'amiable », qui ne pourrait toutefois être envisagée « qu'une fois assurée la sécurisation des parcours professionnels » (4). Ainsi, différents acteurs ont pensé à un nouveau mode de rupture du contrat de travail à durée indéterminée, avec des points communs et des spécificités propres à chacun de ces acteurs.

A la suite de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail, émerge un « objet juridique non identifié » : la rupture conventionnelle qui a été considérée par beaucoup

* Cet article est issu d'une communication présentée lors d'une journée consacrée aux "Négociations en droit du travail", organisée par l'Institut du travail de Bordeaux (Université Montesquieu, Bordeaux IV).

(1) Une première version de cette étude a été publiée à l'occasion du cinquantenaire de l'Institut régional du travail d'Aix-Marseille : Transformations des relations salariales et négociation collective, Actes du colloque du cinquantenaire de l'IRT, Marseille 10 sept. 2009, Cahiers de l'Institut régional du travail d'Aix-Marseille, 172 p., p. 63-83.

(2) Michel de Virville, *Pour un code du travail plus efficace*, rapport au ministre des Affaires sociales, du travail et de la solidarité, janv. 2004, spéc. proposition n° 17.

(3) J. Attali, *Rapport de la commission pour la libération de la croissance française : trois cents décisions pour changer la France*, janv. 2008.

(4) « Une fois assurée la sécurisation des parcours, une rupture à l'amiable du contrat de travail devient possible : la sécurisation des parcours professionnels permet à la fois de mieux prévoir les conditions de licenciement et d'accroître la capacité des salariés à changer d'emploi. »

comme l'élément essentiel de l'ANI (5). La loi du 25 juin 2008 a consacré la rupture conventionnelle, mais il peut être intéressant de noter que ce nouveau mode de rupture ne constituait qu'une partie d'un accord plus large contenant d'autres dispositions.

L'instauration de la rupture conventionnelle pourrait être étudiée à travers un questionnaire large à propos de la transformation des relations salariales, au-delà du seul binôme employeur-salarié. En effet, par de nombreux aspects (prévision d'une indemnité spécifique, droit à l'assurance-chômage alors que la rupture n'est pas involontaire, etc.), la rupture conventionnelle participe de la volonté des pouvoirs publics de transposer des exemples étrangers de flexisécurité (6). Ce n'est cependant pas sous cet angle que nous analyserons la nouvelle modalité de rupture du contrat de travail à durée indéterminée qu'est la rupture conventionnelle. En effet, les angles d'analyse sont multiples si l'on souhaite confronter la rupture conventionnelle au régime de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée.

Pour cette étude, nous envisagerons la rupture conventionnelle sous l'angle de questionnements qui sont régulièrement (en permanence ?) sur le bureau du juriste spécialisé en droit du travail : est-ce que l'approche contractuelle a sa place dans les relations salariales et spécialement dans la rupture du contrat de travail (I) ? Est-ce que la rupture conventionnelle remet en cause la bipolarisation (licenciement-démission) de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée (II) ?

I. Rupture conventionnelle et approche contractuelle

Historiquement, les relations salariales ont été placées sous le signe de la logique contractuelle. Le contrat de travail était considéré comme une relation contractuelle « comme une autre », sans spécificité. Progressivement, cependant, la reconnaissance d'une certaine spécificité de la relation salariale a conduit à l'expansion d'une logique plus statutaire. Plus récemment, on peut cependant noter un certain renouveau de l'approche contractuelle des relations salariales ou, plus exactement, une articulation des logiques contractuelle et statutaire. L'instauration de la rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée peut être considérée comme l'illustration la plus récente du renouveau de l'approche contractuelle des relations salariales, mais elle n'est pas sans connaître des limites ni sans soulever de nombreuses interrogations.

A. Déclin et renouveau de l'approche contractuelle en droit du travail

Classiquement, on dégage deux logiques dans les branches du droit qui mettent en présence des parties

qui ne sont pas sur un pied d'égalité : la logique du statut et la logique du contrat.

Selon les périodes et les branches du droit, les deux approches s'articulent différemment. Selon les époques, le contrat a pu être considéré soit comme dispensateur de justice et de liberté, soit au contraire comme un instrument d'abus et d'injustice, d'oppression des forts sur les faibles (7).

Il faut rappeler que, dans la lignée de la Révolution française et du Code civil de 1804, la relation de travail est initialement placée sous le signe de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle (8). Placer les relations salariales sous un régime contractuel de droit commun apparaît alors comme protecteur des parties et garant de leur liberté. La part de l'interventionnisme législatif doit être réduite et il faut laisser le juge arbitrer et veiller à l'exécution du contrat qui est la loi des parties (9).

Mais, progressivement, les limites de l'approche contractuelle vont apparaître et la logique statutaire va prendre le relais pour s'imposer. La « situation

(5) « *L'une des mesures les plus importantes de l'ANI* », selon le Rapport D. Dord au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale, n° 789 ; la « *mesure phare de l'accord* » selon F. Favennec-Héry, La rupture conventionnelle du contrat de travail, mesure phare de l'accord, Dr. Soc. 2008, p. 311-315 ; voire « *la pierre angulaire de la modernisation du marché du travail* » selon P. Bernard-Reymond, Rapport au Sénat n° 306, p. 3.

(6) Avec presque deux ans de recul, les statistiques montrent d'ailleurs qu'une très large proportion des salariés ayant conclu une rupture conventionnelle sont inscrits à l'assurance-chômage. A cet égard, v. notamment T. Grumbach et E. Serverin, Le juge des référés prud'homal face au refus

d'homologation de ruptures conventionnelles, Semaine Sociale Lamy, 8 mars 2010, p. 6-10.

(7) J. Hauser, *Les contrats*, 3^e éd., PUF, coll. Que Sais-je ?, n° 1677, Paris 1992, 128 p., p. 125.

(8) V. spéc. la référence classique du Code du travail au droit commun et la place de l'article 1134 du Code civil. Article 1134 du Code civil : « *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. Elles doivent être exécutées de bonne foi.* »

(9) Sur tous ces aspects, v. Histoire du contrat de travail, Cahiers de l'Institut Régional du travail de l'Université de la Méditerranée (Aix-Marseille II), 2004, n° 12 et 2005, n° 13.

prépondérante d'une partie par rapport à l'autre nécessite d'abandonner un instant l'égalitarisme volontariste du Code civil afin de soustraire le contrat de travail, dans une certaine mesure, aux règles de droit commun » (10).

À propos du contrat de travail, certains parleront d'un « pseudo-contrat », d'autres préféreront évoquer l'idée d'un contrat acte-condition (11). Le droit du travail moderne va se caractériser par la prééminence de l'approche statutaire, la relation salariale n'apparaissant plus comme devant être régie par le seul contrat. L'exemple le plus significatif réside sans nul doute dans l'instauration et le développement du droit du licenciement qui encadre la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur. Ainsi, la place du contrat dans l'ordonnement juridique des rapports de travail a été fortement réduite. C'était une des illustrations du particularisme (mais pas forcément de l'autonomie) du droit du travail par rapport au droit civil. D'aucuns ont pu évoquer un « déclin » du contrat de travail. Il semble toutefois plus exact de penser la relation de travail comme se situant entre contrat et institution, avec une présence constante du contrat de travail qui va d'ailleurs rapidement connaître un renouveau.

Dès 1971, on a pu évoquer « la prolifération des techniques conventionnelles en matière sociale » (12). Le droit contractuel est de plus en plus souvent considéré comme « le système des prescriptions qui concilient les aspirations de la liberté avec les impératifs de la justice » (13).

Le droit du travail n'échappe pas au mouvement de contractualisation du droit. D'aucuns ont ainsi pu constater qu'« à partir du tournant des années 1980 et 1990, le "renouveau juridique du contrat de travail" est à la fois le produit et le facteur du changement des relations salariales » (14).

Concrètement, la réintroduction de la logique contractuelle dans la relation salariale s'est opérée à trois niveaux. Tout d'abord, au stade de la formation du contrat et surtout en ce qui concerne la détermination du contenu du contrat (15). Le renouveau de l'approche

contractuelle est très frappant en ce qui concerne la formation et la détermination du contenu du contrat de travail. On peut ici renvoyer aux nombreuses analyses soulignant le développement du formalisme, ou encore le développement de la pratique des clauses accessoires (16). Ensuite, le redéploiement de l'approche contractuelle a indéniablement marqué l'évolution du régime de la modification du contrat (17). Enfin, et de manière plus récente, l'approche contractuelle a progressé à propos de la rupture du contrat de travail. La contractualisation de la rupture du contrat est sans nul doute le volet le plus délicat. Elle a d'ailleurs connu des épisodes difficiles pour ses partisans. Ainsi, par exemple, à travers la pratique des clauses d'objectifs ou de résultat, il s'agissait, au moins dans certains cas, de contractualiser la rupture. Cependant, consciente que cette contractualisation risquait d'aller à l'encontre de la protection du salarié du fait de son manque de pouvoir de négociation, la jurisprudence a rapidement encadré ces pratiques contractuelles.

Manifestement, si la progression de l'approche contractuelle des relations salariales « est à comprendre en lien avec des facteurs juridiques et économiques, elle s'inscrit aussi dans une transformation du "politique", et en particulier de redéfinition du rôle de l'Etat, la "figure du contrat" s'étendant à d'autres sphères que le monde du travail et contribuant ainsi à une forme d'horizontalisation des rapports sociaux » (18).

Plus précisément, la contractualisation des relations salariales peut trouver des explications diverses. Tout d'abord, une véritable « mode contractuelle » s'est répandue (19), y compris là où on ne l'attendait pas forcément (en droit fiscal ou en droit pénal, par exemple). Cette mode peut s'expliquer. En particulier, l'analyse contractuelle des relations entre individus est d'une redoutable efficacité : l'individu respecte plus facilement et plus complètement les obligations qu'il a souscrites volontairement. De même, n'a-t-on pas souligné que le contrat, de manière quasi magique, permet d'établir un temps un semblant de paix entre des personnes aux intérêts opposés. Ensuite, et plus

(10) Propos de Millet, rapportés par O. Tholozan, Histoire du contrat de travail, Cahiers de l'Institut Régional du travail de l'Université de la Méditerranée (Aix-Marseille II), 2004, n° 12, p. 75.

(11) V. O. Pujolar, *Le contrat en droit de la sécurité sociale*, Thèse Droit, Bordeaux IV, 2002.

(12) Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Thèse Droit, Bibl. de droit public, t. CIII, L.G.D.J., Paris 1971, 390 p., p. 13.

(13) V. G. Rouhette, in *Encyclopédie Universalis*, article « Contrat ».

(14) V. Ch. Bessy, Les limites de la contractualisation de la relation de travail, in *La contractualisation de la relation de travail*, LGD, 2007.

(15) On peut à cet égard remarquer qu'au plan juridique, la logique contractuelle a toujours prévalu en ce qui concerne la mise en place de la relation salariale – même si l'on sait qu'en période de chômage important, cette approche est souvent assez artificielle !

(16) V. spéc. L'importance de la pratique et la construction du régime juridique des clauses accessoires du contrat de travail : clauses de non-concurrence, clauses de mobilité, etc.

(17) Il suffit de faire référence ici à la logique retenue en la matière sous l'impulsion de la jurisprudence *Raquin*, 1987.

(18) V. Ch. Bessy, Les limites de la contractualisation de la relation de travail, *op. cit.*, p. 6-7.

(19) Certains ont même évoqué une véritable idéologie du contrat, un pan contractualisme.

spécifiquement dans les relations salariales, la contractualisation s'accommode assez bien avec les nouvelles formes de management et notamment avec le recul fréquent d'un exercice du pouvoir dans l'entreprise selon une hiérarchie strictement verticale. Enfin, le contrat est une « *catégorie juridique accueillante* » (20). Or, pour beaucoup, le droit du travail ne serait plus un instrument de gouvernement et deviendrait de plus en plus procédural. Dans ces conditions, pourquoi se priver d'un instrument tel que le contrat ! Le choix de l'instrument importe peu, tout repose sur ce que l'on veut en faire... Il est possible de considérer le contrat comme une technique neutre, comme un procédé formel qui permet d'obtenir des actes juridiques de natures très variées, tout dépendant en réalité de l'effet de droit que lui attache la norme.

B. Les limites de l'approche contractuelle en droit du travail

Le renforcement des figures contractuelles correspond souvent à des configurations dans lesquelles les salariés ont le moins de pouvoir de négociation à l'embauche, le moins de pouvoir contractuel. « *Ce qui fait basculer la relation de travail dans un pur rapport de forces en dehors de tout fondement légitime* » (21). Les risques d'une « *contractualisation forcée* » de la relation salariale sont particulièrement importants en ce qui concerne la rupture du contrat de travail.

Face à ces risques, la solution retenue par le législateur réside fréquemment dans la procéduralisation du droit. L'exemple du nouveau régime de rupture conventionnelle est à cet égard très significatif. Les signataires de l'accord national interprofessionnel se sont assez rapidement mis d'accord sur les moyens de sécuriser les conditions dans lesquelles l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail (22). Or, le législateur s'est assez fortement inspiré de l'ANI en ce qui concerne la procédure prévue pour la rupture conventionnelle. Ainsi, à l'article L. 1237-11 *in fine*, il est précisé que la convention de rupture conventionnelle « *est soumise aux dispositions de la présente section destinées à garantir la liberté de consentement des parties* ». Sont ensuite prévus différents éléments qui manifestent la procéduralisation dont le législateur a voulu entourer la

rupture conventionnelle (entretiens préalables avec possibilités d'assistance du salarié et de l'employeur, délai de rétractation permettant de ménager une période de réflexion dans le dessein d'assurer une acceptation réfléchie, homologation de la convention par l'autorité administrative). La procéduralisation garantirait la qualité de la rupture conventionnelle.

D'aucun ont pu insister sur le fait que, dans le régime légal de la rupture conventionnelle, « *tout est fait pour présenter le salarié, encore pris dans les liens de la subordination, comme un acteur libre et éclairé d'un processus conventionnel qui servirait ses intérêts* » (23). Tout cela n'est pas sans rappeler la célèbre expression d'un auteur constatant le « *paradoxe de l'autonomie dans la subordination* » (24). On pourrait conclure sur un constat ancien, déjà souligné par de nombreux auteurs à propos des expériences précédentes de rupture du contrat de travail d'un commun accord : « *il y a ceux qui croient à la rupture du contrat de travail d'un commun accord et ceux qui n'y croient pas* » (25). Mais alors, pour le nouveau régime de rupture conventionnelle, si procéduralisation du droit du travail il y a, encore faut-il qu'elle soit efficace et garantisse les droits... ce qui permettra peut-être à chacun de savoir s'il croit ou non à la rupture d'un commun accord (26) !

Reste alors à se demander si, dans le nouveau régime légal de rupture du contrat de travail à durée indéterminée qu'est la rupture conventionnelle, la sécurisation des parcours est renforcée ou au moins assurée ?

Il est possible de répondre à la question sous différents angles. En ce qui concerne l'indemnisation et les suites de la rupture, on peut noter une volonté d'égalité de traitement entre licenciement et rupture conventionnelle. En effet, les salariés signataires d'une convention de rupture ne sont pas privés du bénéfice de l'assurance-chômage (27) et les mêmes salariés ont droit à une indemnité spécifique de rupture prévue par l'article L. 1237-13 du Code du travail. Après quelques hésitations, il est aujourd'hui retenu que cette indemnité doit avoir un montant au moins égal à l'indemnité légale ou à l'indemnité conventionnelle de licenciement. Pour autant, est mise de côté l'hypothèse dans laquelle le salarié aurait pu prétendre à une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse...

(20) L'expression est de J.-P. Chauchard, *La conception française de la négociation et de la convention collectives de travail*, Thèse Droit, Paris I, 1974, spéc. p. 304.

(21) V. Ch. Bessy, Les limites de la contractualisation de la relation de travail, *op. cit.*, p. 6.

(22) V. notamment, F. Favennec-Héry, La rupture conventionnelle du contrat de travail, mesure phare de l'accord, *Dr. Soc.* 2008, p. 311-315, spéc. p. 312.

(23) E. Serverin, Quels droits pour quel risque contentieux ?, *Revue de droit du travail* 2009, p. 208-210, p. 209.

(24) V. A. Supiot.

(25) V. G. Couturier, Les ruptures d'un commun accord, *Dr. Soc.* 2008, p. 923-932, p. 923.

(26) Il n'est guère surprenant de faire référence au classique principe de réalisme du droit du travail qui privilégie les protections réelles face aux protections formelles.

(27) On remarquera cependant une certaine réticence des établissements bancaires à propos des prêts souscrits par ces salariés : *a priori*, ces derniers seraient privés du jeu de l'assurance pour perte involontaire d'emploi ou licenciement.

L'instauration d'un droit de repentir pendant les quinze jours qui suivent la conclusion de la convention de rupture n'est pas sans rappeler une technique très répandue en droit de la consommation, autre branche du droit au sein de laquelle le contrat est inégalitaire et qui a connu des évolutions similaires à celles que connaît le droit du travail : après une intervention étatique relativement importante, la tendance est plutôt désormais à une procéduralisation et à un développement du formalisme.

Enfin, l'exigence d'une homologation de la convention de rupture par l'administration du travail n'est bien évidemment pas sans rappeler l'autorisation préalable de licenciement connue jusqu'en 1986. Les mêmes remarques peuvent être faites à son égard : la procédure d'homologation est enfermée dans un délai très bref, quels seront les moyens réels de contrôle des conventions avant homologation ? Quels critères d'homologation seront retenus ? etc. À l'occasion des débats parlementaires, « une

intervention administrative légère » a été évoquée. On remarquera que, si les premières statistiques ont fait apparaître un nombre non négligeable de refus d'homologation, les plus récentes montrent une certaine stabilisation du taux d'irrecevabilité des demandes d'homologation aux alentours de 5 % (28).

La procéduralisation de la rupture conventionnelle ne paraît pas apporter suffisamment de garanties réelles. Ce risque apparaît d'autant plus important que la rupture conventionnelle pourrait conduire à la remise en cause de la bipolarisation des modes de rupture du contrat de travail. Plus exactement, le législateur a, semble-t-il, souhaité faire échapper la rupture conventionnelle à la bipolarisation classique des modes de rupture du contrat de travail à durée indéterminée. Or, on peut considérer que cette bipolarisation est en partie garante d'une certaine protection du salarié à l'occasion de la rupture du contrat de travail.

II. Rupture conventionnelle et bipolarisation des modes de rupture du contrat de travail à durée indéterminée

Aussi bien les textes légaux que la pratique jurisprudentielle relatifs à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée pouvaient se comprendre jusqu'ici à travers une analyse simple : ou les conditions de la démission sont parfaitement remplies ou il faut basculer dans le champ du droit du licenciement. Le régime de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée est classiquement enserré dans une logique bipolaire qui oppose principalement licenciement et démission. Cette bipolarisation reposait sur une référence à l'initiative de la rupture. Si le salarié prend l'initiative de la rupture, c'est la voie de la démission qui s'impose. À l'inverse, si l'employeur prend l'initiative de la rupture, la voie du licenciement doit être suivie.

Cependant, cette forte bipolarisation de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée a soulevé d'assez nombreuses questions et a fait l'objet de critiques variées. Elle serait ainsi parfois un peu trop tranchée. Ces questions et critiques ont accompagné l'émergence de ruptures de « troisième type », semblant se situer en marge des voies principales de rupture du contrat de travail à durée indéterminée qui demeurent le

licenciement et la démission. Pour autant, la rupture conventionnelle peut probablement être considérée comme la première véritable « troisième voie » autonome de rupture du contrat de travail à durée indéterminée, susceptible d'échapper à la forte bipolarisation qui prévalait jusqu'alors.

A. La traditionnelle bipolarisation des modes de rupture du contrat de travail à durée indéterminée

La rupture du contrat de travail à durée indéterminée fait l'objet d'analyses qui renvoient quasi essentiellement à la distinction primordiale entre licenciement et démission (29). On peut être tenté d'y voir une véritable bipolarisation des modes de rupture du contrat de travail à durée indéterminée : d'autres modes de rupture que le licenciement ou la démission ont été reconnus, mais tous sont plus ou moins dans l'orbite de ces deux figures classiques (30).

Les termes de l'ancien article L. 122-4, al. 1^{er} du Code du travail étaient clairs (31) : « *Le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut cesser à*

(28) V. Dares, Données et estimations.

(29) Parmi beaucoup d'autres, v. notamment J. Péliissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, 24^e éd., Dalloz, 2008, spéc. n° 409, p. 526 : « *une distinction devenue primordiale entre la démission du salarié (...) et le licenciement* ».

(30) V. notamment P. Masanovic et S. Baradel, Les nouveaux modes de rupture du contrat de travail, Dr. Ouv. avril 2009, p. 182-191. Certains auteurs ont une approche plus centrée sur le seul licenciement. V. tout particulièrement Ph. Waquet, Les ruptures du contrat de travail et le droit du licenciement, RJS 10/2004, p. 675-686.

(31) La recodification de 2008 n'a rien changé sur ce point.

l'initiative d'une des parties contractantes sous réserve de l'application des règles ci-après définies ». La bipolarisation des modes de rupture avait pour cause la nécessité de faire prévaloir les garanties du droit du licenciement et d'empêcher les tentatives de le contourner, notamment par la voie des « fausses démissions » ou des ruptures d'un commun accord.

Ajoutons que la bipolarisation des modes de rupture se traduisait également au niveau du régime fiscal et du régime social des indemnités de rupture ou encore au niveau du bénéfice de l'assurance-chômage. Ainsi, si le montant des indemnités de rupture peut parfois être assez avantageux, ces dernières sont soumises aux cotisations sociales et à l'impôt ; le bénéfice de l'assurance-chômage est, quant à lui, limité aux salariés ayant involontairement perdu leur emploi, ce qui exclut les salariés démissionnaires et les salariés dont la rupture du contrat de travail repose sur un accord conclu avec l'employeur.

Cette forte bipolarisation de la rupture du contrat de travail a soulevé d'assez nombreuses interrogations et critiques qui ont accompagné l'émergence de ruptures de « troisième type » aux côtés du licenciement et de la démission. En effet, l'apparition de ruptures « de troisième type » n'est pas si nouvelle : jusque-là ces ruptures cependant n'échappaient pas à l'attraction de la bipolarisation. Deux illustrations fortes peuvent en être données. Tout d'abord, à propos des ruptures d'un commun accord qui existaient avant la loi du 25 juin 2008. Ensuite, à propos de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail.

Les ruptures d'un commun accord n'étaient pas absentes du paysage du droit du travail français (32). Le Code du travail y faisait d'ailleurs référence de manière directe (33), ou, à tout le moins, de manière indirecte (34). La licéité de ces ruptures est admise depuis longtemps, en particulier sur le fondement de l'article L. 1221-1 du Code du travail (35). Pour autant, elles ont toujours fait l'objet d'un encadrement strict et une attention particulière était portée, en particulier par la jurisprudence, à la préservation de la possibilité d'une contestation, l'accord n'existant la plupart du temps que

sur les conséquences de la rupture initiée par l'employeur.

Des garde-fous étaient toujours présents. A cet égard, les dispositions de l'article L. 1233-3 *in fine* (issu de L.321-1 du Code du travail) étaient claires : « *les dispositions du présent chapitre [licenciement pour motif économique] sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées au premier alinéa* ». Ainsi, le droit du licenciement ne pouvait être balayé par une rupture, y compris d'un commun accord, quand celle-ci avait une cause économique (36). Enfin, rappelons que la jurisprudence limite depuis quelques années déjà les ruptures d'un commun accord aux hypothèses dans lesquelles il n'existe pas de litige entre employeur et salarié (37) – il faudra d'ailleurs observer si cette condition posée par la jurisprudence est appliquée aux hypothèses de rupture conventionnelle et si elle peut continuer à exister pour d'autres hypothèses.

Un autre exemple de ce qui a pu être présenté comme relevant d'une « troisième » voie de rupture des relations salariales réside dans la prise d'acte de la rupture du contrat de travail. Ici, on le sait, l'initiative de la rupture (si on l'entend comme désignant celui qui a déclenché le processus de rupture) appartient au salarié, mais le salarié impute la rupture à l'employeur, il lui en attribue la responsabilité (38).

Mais, là encore, il faut remarquer que le régime de la prise d'acte de la rupture défini par la Chambre sociale de la Cour de cassation à partir de 2003 est assez symptomatique de la bipolarisation des modes de rupture du contrat de travail à durée indéterminée. En effet, selon que les griefs invoqués par le salarié seront ou non considérés comme existants et comme suffisamment graves, la prise d'acte de la rupture aura les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ou les effets d'une démission, c'est-à-dire les effets de deux figures de la rupture du contrat de travail bien connues ! Chassez la bipolarisation et elle revient au galop !

La rupture conventionnelle semble être la première modalité de rupture véritablement susceptible de remettre en cause la classique bipolarisation des modes de rupture du contrat de travail.

(32) Sur ce sujet, v. récemment, G. Couturier, Les ruptures d'un commun accord, Dr. Soc. 2008, p. 923-932.

(33) On peut ici évoquer les dispositions de l'article L. 1243-1 du Code du travail relatives au contrat de travail à durée déterminée ou encore les dispositions de l'article L. 6222-18 relatives au contrat d'apprentissage.

(34) On peut ici renvoyer aux dispositions légales concernant la convention de reclassement personnalisé, le congé de mobilité, le contrat de transition professionnelle, les départs négociés sur emplois menacés, etc.

(35) L. 1221-1 du Code du travail : « *Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter.* »

(36) On peut citer ici l'exemple classique des départs en convention de conversion à propos desquels la Cour de cassation retient 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* ». V. notamment Cass. Soc., 5 mars et 7 avr. 2008 (le premier au Dr. Ouv. 2008 p. 305, n. A. Guyon).

(37) V. notamment Cass. Soc., 6 févr. 2008 p. n° 06-40.507 : « *le contrat de travail ne peut faire l'objet d'une résiliation d'un commun accord entre les parties qu'en l'absence de tout litige entre elles sur la rupture.* »

(38) L'imputation est le fait d'imputer quelque chose à quelqu'un afin de lui en faire grief, de lui attribuer un acte à lui reprocher.

B. La rupture conventionnelle, une remise en cause de la bipolarisation des modes de rupture du CDI ?

Les régimes juridiques des ruptures d'un commun accord jusque-là admises et le régime juridique de la prise d'acte de la rupture sont plus ou moins liés à la question de l'initiative de la rupture qui, elle-même, renvoie rapidement aux deux figures classiques que sont le licenciement et la démission.

La question de l'initiative de la rupture est prépondérante (39). Manifestement, la bipolarisation du droit de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée reposait en grande partie sur une distinction fondamentale entre initiative (40) et imputation de la rupture (41).

Or, en ce qui concerne la rupture conventionnelle, il est symptomatique de constater que le législateur a clairement voulu instaurer un troisième type de mode de rupture du CDI qui échappe aux deux figures classiques que sont le licenciement et la démission. Comme indiqué précédemment, on peut constater que l'accent est mis sur la procéduralisation : peu importe qui, de l'employeur ou du salarié, a été à l'initiative de la rupture, seul importe le fait que cette rupture est issue d'un accord de volontés des deux parties à la relation salariale.

Un auteur a insisté sur le fait que « *la rupture conventionnelle (...) franchit une étape en effaçant toute trace de l'initiative de la rupture pour en faire la chose commune des parties* » (42). Et, en effet, toute référence à l'initiative de la rupture a été clairement écartée. De même que toute référence à la cause de la rupture (43)...

Comme un auteur a pu le souligner, « *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* » (44). Il convient de noter que l'accord national interprofessionnel du 11 janvier

2008 restait très évasif sur différents points et que le législateur disposait d'importantes marges de manœuvre qu'il a manifestement saisies (45).

Ainsi, l'article L. 1231-1 du Code du travail qui reprenait les dispositions de l'ancien article L. 122-4, al. 1^{er} (« *Le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié* ») a été complété par la loi du 25 juin 2008 avec l'expression « *ou d'un commun accord* ». On peut y voir la consécration explicite de la rupture d'un commun accord comme mode autonome de rupture pour lequel l'initiative de la rupture n'est pas prise en compte. Tout aussi explicitement, l'article L. 1237-11 précise dans son alinéa 2 : « *La rupture conventionnelle, exclusive du licenciement ou de la démission, ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties* ». La rupture conventionnelle est très clairement présentée comme exclusive des deux figures classiques. Ce caractère exclusif est renforcé par la nouvelle rédaction dont se voit doté l'article L. 1233-3 évoqué précédemment : désormais l'article L. 1233-3, al. 2, prévoit que « *les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail, à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants, résultant de l'une des causes énoncées au premier alinéa.* »

Manifestement **ou** la rupture est à l'initiative de l'employeur, **ou** elle est à l'initiative du salarié, **ou** elle est d'un commun accord (46).

Mais le choix du législateur laisse planer de nombreuses interrogations. En premier lieu, qu'en est-il des possibilités de basculer dans le régime du licenciement quand le terrain de la rupture conventionnelle n'est pas approprié ? En second lieu, qu'en est-il de la compatibilité de ce choix avec les droits international et communautaire du licenciement, dont on sait qu'ils fixent comme critère de leur application l'initiative de l'employeur ?

(39) A cet égard, v. notamment J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, 24^e éd., Dalloz 2008, spéc. n° 425, p. 544.

(40) D'aucuns ont pu préférer une distinction entre initiative réelle et initiative formelle de la rupture, mais elle est finalement équivalente à la distinction entre initiative et imputation de la rupture.

(41) Il convient toutefois de remarquer que la question de l'initiative de la rupture a une incidence quant à la possibilité de rattacher la rupture aux deux modes classiques de rupture que sont le licenciement ou la démission ; elle n'a en revanche aucune incidence quant au caractère réellement conventionnel ou non de la rupture : le droit commun des contrats est très classiquement construit autour de l'idée d'un accord de volontés qui passe par l'émission d'une offre par l'une des parties, offre qui rencontre une acceptation émise par l'autre partie...

(42) E. Serverin, *Quels droits pour quel risque contentieux ?*, Revue de droit du travail 2009, p. 208-210, p. 208.

(43) À l'occasion des débats parlementaires, la question de l'initiative de la rupture conventionnelle a été débattue, mais il a été décidé de ne pas la prendre en compte dans le régime de la rupture conventionnelle ; la rupture est considérée comme n'étant à l'initiative d'aucune des deux parties ou, pour reprendre, l'expression du ministre Xavier Bertrand devant l'Assemblée nationale : « *à l'initiative des deux à la fois* ».

(44) F. Gaudu, *Les ruptures d'un commun accord*, Dr. Ouv. 2008, p. 603.

(45) V. G. Auzero, *La rupture conventionnelle du contrat de travail : l'illusion de la sécurisation*, Revue de droit du travail 2008, p. 522-526.

(46) Les intitulés des sections du Code du travail sont à cet égard très significatifs.

La question de la mise à l'écart des deux figures traditionnelles, et spécialement du droit du licenciement, est fondamentale (47). Jusque-là, de nombreux garde-fous existaient (48), mais avec la remise en cause de la bipolarisation et la reconnaissance d'une véritable troisième voie autonome de rupture, ces dispositions risquent d'avoir été privées d'une grande part de leur portée (y a-t-il risque de contournement du droit du licenciement ?).

De plus, la question se pose (et beaucoup d'auteurs ne s'y trompent pas) de savoir si la rupture conventionnelle va devenir le régime de rupture négociée ou seulement un régime parmi d'autres, dont celui qui a pour fondement l'article 1134 du Code civil (y a-t-il consécration d'une seule forme de rupture d'un commun accord ?).

Si l'on veut esquisser une réponse à ces questions, on peut faire plusieurs remarques. Tout d'abord, le législateur a expressément écarté du domaine de la rupture conventionnelle les hypothèses de ruptures intervenant dans le cadre des accords collectifs de GPEC et des plans de sauvegarde de l'emploi (régimes spéciaux) (49). Sur le fondement de cette mise à l'écart expresse, de nombreux auteurs (50) tirent comme conclusion que toute autre rupture d'un commun accord d'un contrat de travail à durée indéterminée doit s'inscrire dans le cadre de la rupture conventionnelle (régime général). Cette opinion n'est cependant pas partagée par tous (51).

Ensuite, et plus spécifiquement à propos de l'articulation du régime de rupture conventionnelle avec le droit du licenciement économique, le débat est ouvert : d'aucuns avancent que le nouveau régime de rupture conventionnelle doit être envisagé de manière autonome par rapport au droit du licenciement, tandis que d'autres considèrent que la rupture conventionnelle ne saurait complètement échapper à la bipolarisation et en particulier au droit du licenciement (52). Sur cet aspect, on peut opérer plusieurs remarques.

Tout d'abord, si les termes de l'article L. 1233-3, al. 2 sont clairs (53), on est tout de même tenté de s'interroger sur la pertinence, voire sur la validité de ces dispositions. En particulier, ces dispositions pourraient être considérées comme non conformes aux exigences du droit communautaire : la directive du 20 juillet 1998 (relative aux licenciements collectifs) assimile aux licenciements « *les cessations du contrat de travail intervenues à l'initiative de l'employeur* », elle porte sur les licenciements que l'employeur « *envisage* » ; le choix d'une rupture conventionnelle ne permettrait pas forcément d'écarter totalement le droit du licenciement (54).

Ensuite, et en toute hypothèse, reste en suspens une importante difficulté de preuve et un risque contentieux qui n'a pas manqué d'être perçu par les praticiens : redoutant d'être reconduits vers le terrain du licenciement pour motif économique, de nombreux praticiens conseillent aux employeurs d'éviter de recourir à la rupture conventionnelle quand le salarié fait déjà l'objet d'une procédure de licenciement, mais également quand l'entreprise connaît un contexte économique difficile (risque de contestation de la liberté de consentement).

C'est la volonté de permettre un contrôle de la justification de la rupture qui dictait la bipolarisation des modes de rupture du contrat de travail à durée indéterminée, à travers la prise en compte de l'initiative de la rupture. La question de cette initiative étant écartée des débats, la question de la justification de la rupture paraît l'être également. Comme un auteur l'a remarqué : « *l'accord de volontés est source (une convention est conclue) mais aussi justification* » (55). Qui dit contractuel dit juste ? On ne peut s'empêcher de faire référence à cette formule de Fouillée qui, après avoir été pendant longtemps très chère aux tenants de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle, a montré ses limites et a été fortement relativisée (56).

L'accord de volontés avait déjà une place dans les relations salariales, mais avec la rupture conventionnelle issue de la loi du 25 juin 2008, l'accord de volontés

(47) G. Couturier, préc., p. 930 : « *La "séparabilité" que le dispositif de la rupture conventionnelle est destiné à promouvoir passe ainsi par la mise à l'écart des règles majeures de référence. La rupture conventionnelle n'est pas un licenciement, elle est exclusive du licenciement.* »

(48) V., par exemple, l'ancien article L. 122-14-7 du Code du travail, repris à l'article L. 1231-4 : employeur et salarié ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles du droit du licenciement.

(49) Article L. 1237-16 du Code du travail.

(50) V. notamment G. Couturier, préc.

(51) V. notamment F. Gaudu, Les ruptures d'un commun accord, Dr. Ouv. 2008, p. 594-603.

(52) Sur ces aspects, v. notamment A. Fabre, Rupture conventionnelle et champ du licenciement pour motif

économique : une exclusion troublante, Revue de droit du travail 2008, p. 653-658 ; F. Favennec-Hery et A. Mazeaud, La rupture conventionnelle du contrat de travail : premier bilan, JCP 2009, éd. Soc., n° 1314, p. 15-20.

(53) « *Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail, à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants, résultant de l'une des causes énoncées au premier alinéa.* »

(54) En ce sens, F. Gaudu, préc., spéc. p. 599.

(55) G. Couturier, préc., p. 926.

(56) V. déjà, Lacordaire en 1848 : « *entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit* ».

pourrait se voir reconnaître un rôle autonome qui semble s'éloigner des garde-fous qui caractérisaient le droit du travail jusque-là (57). Les premières décisions jurisprudentielles relatives à la rupture conventionnelle marquent une profonde hésitation entre logique contractuelle et logique statutaire découlant du droit du licenciement. Deux exemples illustrent cette hésitation. Dans une décision du 5 janvier 2010, le Conseil des prud'hommes de Nanterre fait prévaloir nettement la logique contractuelle en insistant sur le fait que le salarié

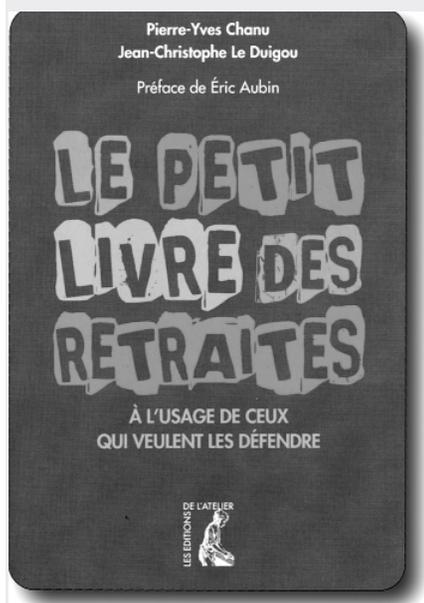
et l'employeur réitéraient devant lui leur volonté de voir homologuer leur convention de rupture (58). Pour sa part, dans une décision du 22 janvier 2010, le Conseil des prud'hommes de Toulouse s'attache à rappeler que la logique contractuelle ne saurait faire oublier « *que les règles protectrices de droit du travail sont pour l'essentiel d'ordre public et qu'il ne peut y être dérogé, écarter une règle impérative qui s'impose à tous constituerait une violation manifeste de la loi* » (59). Affaire à suivre...

Olivier Pujolar

(57) La rupture conventionnelle ne pourrait être contestée que sur deux terrains relativement étroits : une irrégularité dans la procédure légalement prévue ou une imperfection entachant la liberté du consentement.

(58) Conseil des prud'hommes de Nanterre, 5 janv. 2010, n° 09/00648, *Si Ali Ridaoui c./ Société Capgemini Telecom Media Défense*.

(59) Conseil des prud'hommes de Toulouse, 22 janv. 2010, n° 10/00005, *Société CSSI, Michel Gelard c./ DDTEFP de la Haute-Garonne*.



Le petit livre des retraites à l'usage de ceux qui veulent les défendre

Pierre-Yves Chanu, Jean-Christophe Le Duigou

Cet ouvrage s'ouvre sur un diagnostic de la situation actuelle du système des retraites, il compare ensuite ce qui est fait dans les autres pays, revient sur les réformes successives, et élabore de nouvelles propositions pour la défense d'un système par répartition, la meilleure garantie qui soit pour avoir demain, à l'horizon de trente, quarante ans, une retraite convenable fondée sur la solidarité intergénérationnelle. Il s'interroge sur la situation de l'emploi, les difficultés rencontrées par les systèmes de retraite à prendre en compte la précarité, les temps de formation, les parcours professionnels heurtés, la pénibilité des tâches.

Disponible à la boutique Matériel syndical CGT, au prix unitaire de 10 € (port 3 €)

Case 2-1, 263 rue de Paris - 93516 Montreuil cedex

Courriel : materielcgt.fr - Tél. : 01 48 18 86 13 - fax : 01 49 88 68 64

Editions de l'Atelier - 2010 - ISBN 2708241257

On signalera la mise en ligne d'une note récente du secteur économique de la CGT, intitulée **“Quelles sont les causes de la crise que traverse l'Europe et pourquoi les plans de rigueur vont aggraver la situation”**.

Elle est librement disponible sur www.cgt.fr parmi les pages “Publications économiques” de la rubrique “kiosque”.