

# Premiers arrêts sur la rupture conventionnelle : des pistes restent à explorer

par Anaïs FERRER,

Conseillère confédérale, collectif « Droits, Libertés et Action juridique » de la CGT

## PLAN

- I. L'existence d'un différend à l'assaut de la rupture conventionnelle
  - A. L'existence d'un différend : quel fondement pour invalider la rupture ?
  - B. Les effets de l'existence d'un différend sur la convention de rupture
- II. Le motif de la rupture : intérêt individuel contre protections collectives

**En 2003, un peu moins de 20 % des licenciements ont été contestés devant les conseils de prud'hommes. 37,7 % des salariés y ont gagné leur procès au moins partiellement. Au final, ce ne sont donc pas plus de 7 % des licenciements qui sont assortis de condamnations de l'employeur (1). Ces chiffres commencent à dater et ne sont que des données de première instance, mais ils donnent une idée de la proportion de procès gagnés par les salariés.**

Devant ces chiffres édifiants, nous ne pouvons que nous écrier avec les employeurs : « quelle insupportable insécurité juridique » ! Heureusement, le patronat et certains syndicats, suivis par un législateur qui n'attendait que cela, ont créé la rupture conventionnelle en essayant par tous moyens de verrouiller les possibilités de contestation de ce mode de rupture. Ainsi, le régime de la rupture conventionnelle crée deux « boîtes noires » qui compliquent les contestations en justice : l'initiative et le motif de la rupture n'apparaissent à aucun moment de la procédure.

Le piège de la rupture conventionnelle réside dans une double inégalité des armes.

Inégalité des armes de la défense d'abord (2), puisque l'employeur n'a pas obligation d'expliquer au salarié, lors de l'entretien préalable à la rupture conventionnelle et contrairement aux règles régissant l'entretien préalable à licenciement, le motif réel et sérieux l'incitant à proposer une rupture. Le salarié incité à partir par diverses pressions (« proposition » de mutation, pressions diverses pouvant aller jusqu'au harcèlement, changements d'horaires, etc.) aura toutes les difficultés à contester en justice les raisons ayant poussé l'employeur à se séparer de lui, puisqu'aucun motif ne doit venir justifier la rupture conventionnelle. Comment par exemple vérifier, en amont comme en aval, que les difficultés économiques qui menacent l'emploi du salarié, et qui ont été déterminantes dans la conclusion de la rupture, avaient un fondement réel et sérieux ? Et ce d'autant plus si l'on considère que les ruptures conventionnelles échappent aux règles du licenciement économique collectif : dans ce cas, le comité d'entreprise n'a pas à être consulté et n'est donc pas destinataire des informations relatives au motif économique.

Inégalité des armes également en matière de négociation. Comment imaginer que le salarié dispose des mêmes ressources que l'employeur pour discuter des conditions de son départ, lorsqu'il ne sait même pas précisément les faits qu'on lui reproche ou la situation économique dans laquelle se trouve l'entreprise ?

On pourra reprocher à ce raisonnement de s'appuyer sur le postulat de départ faussé selon lequel c'est l'employeur seul qui souhaite rompre le contrat.

(1) B. Munoz-Perez, E. Serverin, « Le droit du travail en perspective contentieuse », Ministère de la justice-DACS, 2005.

(2) M. Poirier « Pour un affermissement des droits de la défense des salariés au sein de l'entreprise », Dr. Ouv. 2010 p. 516.

**Comment expliquer alors que 67 % des ruptures conventionnelles sont suivies d'une inscription à Pôle emploi (3), ce qui signifie que ces salariés ont quitté l'entreprise sans perspective d'emploi derrière ? Comment expliquer que les plus de 55 ans soient les plus concernés par les ruptures conventionnelles (4) lorsque l'on connaît les difficultés de réemploi de cette catégorie de salariés et alors que l'âge permettant de bénéficier de la pension de retraite menace encore de reculer ?**

Les « boîtes noires » de l'initiative et du motif de la rupture rendent très difficile l'invalidation par le juge prud'homal des ruptures conventionnelles en s'appuyant sur des fondements alternatifs à la fraude à la loi et au vice du consentement. Deux ans après la loi légalisant la rupture conventionnelle, les premiers contentieux, que nous allons ici commenter, nous montrent qu'il est presque vain de faire l'impasse sur ces deux « boîtes noires ». Les juges sont obligés de s'interroger là-dessus. Face à un salarié qui s'est senti contraint de conclure une rupture conventionnelle, comment invalider cette rupture et quelles conséquences en tirer pour le salarié (I) ?

Par ailleurs, les premières affaires qui ont donné lieu à contentieux opposent souvent les salariés non pas à leur employeur mais à la Direction départementale du travail qui refuse l'homologation. L'absence d'émergence d'un tel contentieux ne signifie pas que l'ensemble des salariés sont satisfaits de la rupture de leur contrat, mais que ceux qui se sont sentis floués ne voient pas par quel moyen contester leur rupture, tandis que d'autres, particulièrement dans un contexte de licenciements économiques collectifs, ont cru utiliser la rupture conventionnelle comme un moyen de tirer parti des intérêts individuels au détriment des garanties collectives. En créant une « boîte noire » sur les motifs de la rupture, la loi favorise le contournement notamment (5) du droit du licenciement économique au profit d'une rupture résultant d'une approche exclusivement individualiste (II).

## I. L'existence d'un différend à l'assaut de la rupture conventionnelle

Un jugement du Conseil de prud'hommes de Bobigny du 6 avril 2010 essaie de contourner la difficulté liée à l'existence de ces deux « boîtes noires ». Il importe de savoir qui est à l'initiative de la rupture conventionnelle et pour quel motif elle a eu lieu, contrairement à la fiction prétendant que, par un hasard extraordinaire, salarié et employeur souhaitent en même temps se séparer l'un de l'autre sans qu'ils n'aient aucun grief à se reprocher.

Dans l'affaire de Bobigny, le salarié et l'employeur étaient en conflit. Pour des raisons non précisées, l'employeur avait envoyé à son salarié un avertissement et lui avait demandé par la suite de rendre les clés de l'agence, l'empêchant ainsi de revenir sur son lieu de travail. Quelques temps plus tard, il l'a convoqué à un entretien en vue de procéder à une rupture conventionnelle. La rupture est signée par le salarié et homologuée par la DDTEFP (les services déconcentrés de l'administration du travail sont désormais désignés sous le terme d'Unité territoriale de la Direccte) mais le salarié décide de la contester estimant que son consentement a été vicié. Le Conseil de prud'hommes fait droit aux demandes du salarié : l'employeur n'apporte pas la preuve que le salarié soit à l'initiative de

la rupture conventionnelle, au contraire il l'invite à un entretien en vue de conclure un tel acte; il existe un différend entre les parties sur la rupture du contrat, par conséquent celle-ci n'est pas intervenue d'un commun accord, il y a donc eu vice du consentement. La rupture conventionnelle doit alors être requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Le juge prud'homal utilise donc l'existence d'un différend pour invalider la rupture (A) et en tire des conséquences discutables (B).

### A. L'existence d'un différend : quel fondement pour invalider la rupture ?

Le Conseil de prud'hommes de Bobigny a jugé qu'il existait un différend sur la rupture du contrat de travail qui interdisait l'homologation de l'acte par la DDT. L'employeur, en interdisant au salarié de revenir sur son lieu de travail, montrait son souhait de rompre le contrat de travail, rupture que le salarié contestait en tentant de revenir à son agence, jusqu'à ce que la rupture conventionnelle soit signée. Le juge applique alors ici à la rupture conventionnelle la solution adoptée antérieurement par la Cour de cassation pour la rupture

(3) Ce chiffre est une moyenne pour l'année 2009. Il a varié entre 45 % en février 2009 et jusqu'à 84 % en septembre 2009. SSL, T. Grumbach, E. Serverin, « Le juge des référés prud'homal face au refus d'homologation de ruptures conventionnelles », mars 2010, à partir de données STMT, Dares et Pôle emploi.

(4) Unedic, « Entrées en assurance chômage des allocataires de 50 ans et plus suite à une rupture conventionnelle du contrat de travail », août 2010.

(5) CA Grenoble 23 nov. 2009, Dr. Ouv. 2010 p. 106, n. T. Katz ; M. Poirier, préc.

amiable (6) : « *La conclusion d'un accord de rupture d'un commun accord du contrat de travail suppose l'absence d'un litige sur la rupture du contrat de travail* » (7).

En présence d'un différend sur la rupture ou l'exécution du contrat de travail, on peut admettre plusieurs fondements pour invalider la rupture conventionnelle :

- la révélation de l'objet réel de la convention,
- l'absence de volonté claire et non équivoque,
- l'existence d'un vice du consentement.

### 1) Révéler l'objet réel de la convention

Le raisonnement tenu par la Cour de cassation en matière de rupture amiable précédée d'un litige consiste à souligner la différence d'objet entre transaction et rupture amiable : la première a pour objet de mettre fin à une contestation née ou de prévenir une contestation à naître. En revanche, la rupture amiable a pour objet de rompre le contrat aux conditions souhaitées par les parties. Par conséquent, la Cour considère que, s'il existe un différend entre l'employeur et son salarié sur la rupture ou l'exécution du contrat de travail avant la signature de la « rupture amiable », c'est que cette dernière avait en réalité pour objet de régler le différend et non de rompre le contrat. Par conséquent, la rupture amiable doit être requalifiée en transaction. Or, les transactions portant sur la rupture du contrat ne pouvant être conclues avant que cette rupture n'ait eu lieu (notamment car les parties ne peuvent pas renoncer par avance à se prévaloir des règles en matière de rupture du contrat (8)), la convention requalifiée doit être annulée (9).

Toutefois se posera toujours la question de savoir ce que la Cour de cassation entend exactement par « litige » ou « différend ». Elle a déjà admis l'existence d'un différend lorsqu'il y avait eu mise à pied conservatoire et mise en œuvre d'une procédure de licenciement (10), litige devant les prud'hommes sur les conditions de travail (11), refus de modification du contrat de travail (12)... Mais un flou existe toujours sur la signification de ces termes et certains juges du fond en ont une acception restrictive (13). Pour échapper à cette notion de « litige » un peu floue, on pourrait s'approcher plutôt de la notion de « faute suffisamment grave » développée par la jurisprudence en matière de prise d'acte de la

rupture, tout en ayant conscience que les deux notions de « litige » et de « faute suffisamment grave » ne se recoupent pas, car l'une renvoie à un désaccord entre les deux parties, peu important qui a commis une faute, tandis que l'autre renvoie à une faute commise par l'employeur.

### 2) L'absence de volonté claire et non équivoque

L'absence de volonté claire et non équivoque rappelle la prise d'acte de la rupture par le salarié. En effet, lorsque celle-ci est motivée par une faute (prouvée) suffisamment grave de l'employeur, les juges considèrent que le salarié a bien été à l'initiative de la rupture, mais que celle-ci est imputable à l'employeur et doit donc être analysée en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il est toutefois difficile d'appliquer tel quel ce raisonnement à la rupture conventionnelle car, à la différence de cette dernière, les fautes reprochées à l'employeur étaient précisées dans la lettre de prise d'acte.

Mais une comparaison intéressante peut être faite avec la démission. En effet, la Cour de cassation a admis qu'un salarié puisse démissionner et revenir par la suite sur cette démission en prouvant au juge qu'elle avait été en réalité motivée par une faute de l'employeur. Le juge décide en effet que « *lorsque le salarié, sans invoquer un vice du consentement de nature à entraîner l'annulation de sa démission, remet en cause celle-ci en raison de faits ou manquements imputables à son employeur, le juge doit, s'il résulte de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission qu'à la date à laquelle elle a été donnée, celle-ci était équivoque, l'analyser en une prise d'acte de la rupture qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, ou dans le cas contraire d'une démission* » (14).

Cependant, il ne suffit pas que le salarié prouve que l'employeur a manqué à l'une de ses obligations au jour de la démission, encore faut-il qu'il prouve que ces manquements ont un lien avec sa démission, ce qui la rend équivoque (15). La Cour de cassation semble toutefois avoir une interprétation souple de la preuve de ce lien. Par exemple, si des entorses à la législation sur le temps de travail ont été signalées à l'inspection du travail, cette preuve sera rapportée (16). Mais par conséquent

(6) Rappel : la rupture amiable trouve son fondement dans l'article 1134 du Code civil et non dans le Code du travail.

(7) Cass. soc. 5 oct. 1999, n° 97-43561 ; Cass. soc. 6 nov. 1996, Dr. Ouv. 2009 p. 98.

(8) L. 1231-4 du Code du travail ; sur la renonciation v. obs. A. Mazières sous CA Paris 3 déc. 2009, Dr. Ouv. 2010 p. 267.

(9) Cass. soc. 21 mars 2000, n° 97-45245, JCL.

(10) Cass. soc. 11 fév. 2009, n° 08-40095, FOL 83.

(11) Cass. soc. 26 oct. 1999, n° 97-42846, *Maison Trias*.

(12) Cass. soc. 5 oct. 1999, n° 97-43561, *SEP*.

(13) Pour un exemple récent voir CA Rouen, 27 av. 2010, RG : 09/041-40.

(14) Cass. soc. 9 mai 2007, n° 05-42301, *Thanis*.

(15) Cass. soc. 9 mai 2007, n° 05-40518, *Citernord*, Dr. Ouv. 2007, p. 571.

(16) Cass. soc. 9 mai 2007, n° 05-41324 et 05-41325, *Janier*.

ce lien à prouver nous ramène à la notion de « différend », de « litige ».

En cas de rupture conventionnelle, le salarié devra prouver que l'employeur avait commis une faute et qu'il avait contesté cette faute antérieurement ou en même temps que la conclusion de la rupture conventionnelle (17). Le raisonnement ne peut cependant pas être le même que celui de la démission, puisque l'employeur a lui-même signé la rupture conventionnelle. Par conséquent, sans en passer par une requalification en prise d'acte, la rupture pourrait directement, si les manquements de l'employeur sont prouvés, être requalifiée en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Finalement, le fondement s'avère peu satisfaisant car le fondement de l'absence de volonté claire et non équivoque est à la fois proche de la notion de litige et de celle de vice du consentement, ce qui prouve qu'il n'est pas aisé de raisonner autrement.

### 3) L'existence d'un vice du consentement

C'est sur le terrain du vice du consentement qu'a préféré aller le juge prud'homal dans l'affaire de Bobigny. Si l'on associe le fait qu'il existait un différend sur la rupture du contrat et le fait que c'est l'employeur qui a été à l'initiative de la rupture, le moyen tiré du vice du consentement se comprend : le salarié empêché par son employeur de se rendre sur son lieu de travail, craignant qu'on l'accuse d'abandon de poste et qui se voit proposer une rupture conventionnelle qui régulariserait sa situation, se sent contraint d'accepter (violence morale). La violence morale pourrait même être élargie à la violence économique. En effet, dans le cas présent, le salarié a signé une rupture conventionnelle car il fallait qu'il régularise définitivement sa situation au regard de son employeur et par dessus-tout de Pôle Emploi pour pouvoir percevoir soit son salaire, soit les allocations-chômage. Après une longue période de réticence de la Cour de cassation à admettre l'existence d'une contrainte économique, elle a finalement proposé une définition plus large de la violence, en admettant que « *la contrainte économique se rattache à la violence* » (18).

Cependant, les juges estiment que l'on ne peut pas considérer le consentement automatiquement vicié par violence du seul fait de la dépendance économique inhérente au statut de salarié. Autrement dit, la contrainte économique n'entraîne pas automatiquement la nullité du contrat : l'employeur doit **exploiter abusivement** la situation de dépendance. La Cour de cassation a décidé

que « *seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement* ». L'affaire concernait une salariée qui contestait, plusieurs années après les faits, la validité de la cession à son employeur de droits de propriété intellectuelle sur son œuvre (un dictionnaire) au motif de la concomitance d'une réduction d'effectifs dans son entreprise ; or, selon la Cour de cassation, la salariée pour pouvoir soutenir l'existence d'une violence économique, aurait dû avoir elle-même été menacée par le plan de licenciement et prouver que « *l'employeur avait exploité auprès d'elle cette circonstance pour la convaincre* » (19). Si la dépendance économique reste donc une piste intéressante, la jurisprudence encore restrictive de la Cour de cassation sur la question n'en permettra pas pour l'instant une utilisation efficace.

On constate également dans l'affaire de Bobigny ici commentée que l'initiative de la rupture joue un rôle dans la validité de la rupture conventionnelle (20). Des amendements au projet de loi légalisant cette dernière proposaient d'imposer une motivation de la rupture lorsqu'elle était à l'initiative de l'employeur (21). La CGT, lors des négociations de l'ANI modernisation du marché du travail, avait quant à elle proposé de faire apparaître, dans le formulaire d'homologation adressé à l'inspection du travail, la personne qui était à l'initiative de la rupture. Le législateur a préféré maintenir une « boîte noire » sur cette initiative. Cependant, si cette dernière transparait lors d'un litige, pourquoi le juge ne pourrait-il s'en servir comme d'un indice allant dans le sens du vice du consentement pour le salarié, comme dans l'affaire de Bobigny ?

Toujours est-il qu'une fois caractérisé le différend, il restait au juge prud'homal à en tirer les conséquences.

## B. Les effets de l'existence d'un différend sur la convention de rupture

Le Conseil de prud'hommes de Bobigny considère qu'en cas de vice du consentement, la rupture doit être requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse (le salarié perçoit donc de simples dommages et intérêts). La décision est un peu surprenante étant donné qu'un vice du consentement se traduit normalement en droit civil par la nullité de l'acte vicié. De même, si le juge prud'homal avait décidé de requalifier la rupture conventionnelle en transaction, l'acte aurait dû être annulé. Le juge devrait donc remettre les parties en l'état

(17) Cass. soc. 9 mai 2007, n° 05-40518, id.

(18) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 30 mai 2000, n° 98-15242, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 avr. 2002, n° 00-12932.

(19) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 avr. 2002, n° 00-12932 ; S. Brissy, « Le droit et la violence au travail », RDT, sept. 2010.

(20) Sur une réflexion sur le rôle de la partie à l'initiative de la demande voir F. Gaudu, « Les ruptures d'un commun accord », Dr. Ouv. 2008, p. 594.

(21) F. Gaudu, id., p. 598 ; G. Couturier, « Les ruptures d'un commun accord », Dr. Soc., n° 9/10, sept.-oct. 2008, p. 925.

dans lequel elles se trouvaient avant la rupture annulée : le salarié devrait être réintégré dans son emploi, et l'employeur devrait lui verser tous les salaires dus depuis la date de la rupture.

Deux éléments pourraient cependant amoindrir l'intérêt d'une annulation de la rupture conventionnelle. Tout d'abord, au vu de la jurisprudence actuelle, il est possible que la Cour de cassation décide de déduire des salaires dus depuis la date de la rupture les revenus perçus entre la date de sortie de l'entreprise et la réintégration (allocations-chômage, revenus tirés d'une activité professionnelle indépendante ou salariée, indemnités journalières de Sécurité sociale, etc.) (22). D'autre part, en cas d'annulation, le juge pourrait également ordonner au salarié de restituer à l'employeur les indemnités que celui-ci lui a versées au titre de la rupture (23). Si le salarié a perçu une forte somme, il devra alors peser attentivement le pour et le contre d'une telle annulation.

Que se passerait-il si le salarié ne souhaitait pas être réintégré ? En application stricte du droit civil, le salarié ne devrait pas pouvoir refuser sa réintégration, l'acte étant annulé. Mais nous sommes ici dans une relation de travail, et la rupture conventionnelle a son fondement dans le Code du travail et non dans le Code civil. On pourrait donc imaginer que, comme pour le licenciement nul, le salarié puisse refuser d'être réintégré. L'annulation

de la rupture pourrait produire les effets d'un licenciement nul et le salarié aurait alors droit à toutes les indemnités de rupture (indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, etc.), et à un minimum de six mois de salaire, quelle que soit la taille de l'entreprise et quelle que soit son ancienneté.

Cependant, les salariés et leurs défenseurs ne réalisent pas toujours que la réintégration peut être beaucoup plus intéressante que la simple logique indemnitaire, puisque le salarié a droit à tous les salaires perçus depuis la rupture et sachant que les procès peuvent durer un certain temps. Ils demandent donc rarement leur réintégration, réclamant plutôt que la rupture produise les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation suivra peut-être ces demandes en considérant alors que le consentement du salarié a bien été vicié, mais pas celui de l'employeur qui a effectivement rompu le contrat, ce qui permet de faire produire à la rupture les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. On peut en effet toujours considérer que la relation inégalitaire de travail dans laquelle se trouvent les co-contractants permet d'adapter les principes de droit civil. Autre solution : le salarié demande que le juge constate la rupture du contrat de travail pour manquement de l'employeur à son obligation de loyauté (lorsqu'il a contribué à vicier le consentement du salarié).

## II. Le motif de la rupture : intérêt individuel contre protections collectives

La « boîte noire » du motif de la rupture conventionnelle pose problème particulièrement dans un contexte de difficultés économiques. La convention de rupture étant validée par le simple accord des volontés, les parties n'ont pas à préciser la raison pour laquelle le contrat a été rompu. Cela permet donc de contourner assez facilement les règles du licenciement économique.

Deux décisions du Conseil de prud'hommes de Toulouse du 22 janvier 2010 et 28 juin 2010 et un arrêt de la Cour d'appel de Nancy du 26 février 2010 offrent un bon exemple de l'impossibilité de faire l'impasse sur le motif de la rupture. Ils sont aussi une illustration de la difficulté à prouver que les parties ont, par le biais de la rupture conventionnelle, cherché à contourner les règles du licenciement collectif.

L'affaire toulousaine examinée d'abord en référé puis au fond concerne un refus d'homologation d'une rupture conventionnelle par la Direction départementale du travail (DDT) au motif que la rupture s'inscrit dans une démarche visant à contourner les procédures de licenciement économique. Le salarié et la société contestent ce refus.

Le juge des référés refuse de se prononcer sur la question car il considère qu'il n'y a aucune urgence à statuer. Le salarié prétendait en effet qu'il y avait urgence en raison de projets personnels à mettre en œuvre. Le juge répond qu'étant toujours en emploi et percevant un salaire, l'urgence n'était pas démontrée. Le moyen du trouble manifestement illicite n'est pas non plus retenu par le juge puisque la DDT s'est contentée de se conformer à ses obligations légales et réglementaires en

(22) La jurisprudence est un peu chaotique sur la question. Voir J. Guyon obs. sous Cass. soc. 2 juin 2010, Dr. Ouv. 2010 p. 608 et P. Rennes, note sous CA Paris, 4 juin 2008, *Alstom*, Dr. Ouv. 2009, p. 332, RJS, 2008, n° 404.

(23) Comp. A. Chirez « La restitution de l'indemnité transactionnelle en cas de nullité de l'acte - Des progrès possibles », Dr. Ouv. 2010 p. 125.

suisant notamment les instructions de la circulaire portant sur la rupture conventionnelle. Il est en effet fréquent que les employeurs contestent les pouvoirs de la DDT de refuser l'homologation pour des motifs autres qu'un vice de procédure ou de consentement. Or, d'une part, la DDT est parfaitement dans son rôle en vérifiant que les parties respectent la loi. D'autre part, si l'on s'en tient aux textes, l'article L.1237-14 du Code du travail précise que la DDT doit s'assurer « *du respect des conditions prévues à la présente section et de la liberté de consentement des parties* ». La présente section concerne non simplement les règles de procédure, mais les règles sur la rupture conventionnelle dans son entier, et inclut donc le fait que la rupture conventionnelle ne doit pas servir à frauder les règles sur le licenciement économique collectif.

Enfin, le juge retient une interprétation particulière de l'article L.1233-3 du Code du travail. Après avoir donné la définition du motif économique, cet article dispose 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* ». Le juge en déduit qu'il est interdit de procéder à des ruptures conventionnelles lorsqu'il existe un motif économique. Mais cet article est souvent interprété de la manière suivante : même si la rupture conventionnelle a un motif économique, l'employeur n'a pas à appliquer la procédure du licenciement économique. Si la lecture littérale de l'article autorise l'interprétation du juge des référés, elle semble toutefois contraire à la volonté du législateur. En effet, il apparaît au regard du processus législatif que des amendements ont été déposés « *afin de sécuriser la rupture conventionnelle par rapport au droit du licenciement économique* » (24), amendements qui ont conduit à la rédaction actuelle de l'article L.1233-3. En revanche, cela rejoint la position prise dans l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 ayant inspiré la loi, qui dans son article 12 précise que la rupture conventionnelle ne doit pas « *porter atteinte aux procédures de licenciements collectifs pour cause économique engagés par l'entreprise* ». Mais les syndicats ne visaient que les licenciements collectifs. De plus, leur formulation n'est pas très bonne, il aurait fallu parler des « *licenciements économiques collectifs envisagés par l'entreprise* » ou qui « *devraient être engagés* » par l'entreprise, et non simplement ceux qui ont été de fait engagés (cela renvoie à la notion de licenciements « *envisagés* » de la Directive européenne

98/59/CE auquel il est fait référence plus loin dans cet article).

L'argumentation du juge prud'homal est quoi, qu'il en soit, valable en opportunité : comment justifier qu'un seul salarié puisse faire échapper l'entreprise à ses obligations en matière de PSE, pénalisant ainsi neuf autres salariés licenciés pour motif économique ?

Au final, le juge prud'homal décide que l'affaire doit être jugée au fond car il ne relève pas de sa compétence de vérifier la situation économique de l'entreprise. L'affaire est alors examinée par le juge du fond. La DDT apporte au soutien de ses conclusions un mail dans lequel l'une des responsables hiérarchiques de l'établissement faisait allusion à une décision de la direction de réduire les effectifs de vingt personnes. Un autre indice de la fraude résidait dans la conclusion sur la même année de six ruptures conventionnelles et de huit licenciements sur un même établissement et un même secteur d'activité. En tout, il y avait eu treize ruptures conventionnelles sur toute l'entreprise sur trois mois. Le comité d'entreprise, considérant qu'un PSE devait être mis en place, avait quant à lui demandé au Tribunal de grande instance d'ordonner la mise en œuvre de la procédure d'information-consultation (l'instance a été abandonnée par la suite). La DDT en déduit donc que les parties ont contourné la procédure de licenciement économique.

Le juge du fond ne retiendra pourtant pas l'argumentation de la DDT. Il considère que les indices qu'elle avance ne sont pas suffisants pour retenir la fraude à la loi : le taux de rotation de l'effectif n'est pas anormal pour l'activité concernée, on constate sur l'entreprise un solde positif d'entrées, et les sorties sont marquées par beaucoup plus de démissions que de ruptures conventionnelles. Il n'y aurait donc pas selon le juge de motif économique. Cette motivation n'est toutefois pas pertinente. Il peut y avoir des licenciements pour motif économique alors même que l'entreprise embauche. C'est particulièrement vrai par exemple lors d'une restructuration de l'entreprise pour sauvegarde de la compétitivité.

On voit ici que le juge s'appuie sur les entrées et sorties des salariés dans l'entreprise, puis de la branche d'activité concernée. Selon la jurisprudence, le motif économique s'apprécie au niveau de l'entreprise et non de l'établissement (25). Ainsi, si un établissement connaît de grosses difficultés économiques mais pas l'entreprise, l'employeur n'a pas de motif économique pour licencier. Donc, si un employeur propose des ruptures conventionnelles intéressantes à des salariés

(24) Teneur des débats repris par A. Fabre, « Rupture conventionnelle et champ du licenciement pour motif économique : une exclusion troublante », RDT, nov. 2008.

(25) Cass. soc. 24 fév. 1993, n° 90-40403.

d'un établissement en difficulté et que ces salariés les acceptent parce qu'ils pensent qu'il y a bien un motif économique (puisque'ils connaissent les difficultés dans lesquelles se trouve leur établissement), la DDT ne pourra jamais prouver le motif économique au niveau de l'entreprise, celle-ci se portant bien. S'il n'y a pas de motif économique, comment l'employeur pourrait avoir contourné la législation sur les licenciements économiques ?

Il faut alors considérer que, si fraude à la loi il y a, ce n'est pas à la loi prescrivant qu'en cas de motif économique la procédure réservée aux licenciements économiques doit être respectée, mais à la loi prescrivant qu'en l'absence de motif économique l'employeur ne peut se séparer de son salarié pour un tel motif. Est-ce que les difficultés économiques de l'établissement suffisent pour que la DDT puisse dire que les ruptures conventionnelles étaient motivées par ces difficultés et qu'il y a donc eu fraude à la loi ? Le salarié peut-il dire qu'il y avait vice du consentement car les difficultés de l'établissement lui ont fait croire qu'il existait un motif économique, l'employeur s'étant empressé de le laisser dans le flou ?

Ce questionnement renvoie à l'importance de l'information du salarié lors de l'entretien préalable à la rupture conventionnelle. Ne faudrait-il pas que l'employeur soit obligé de fournir la preuve qu'il a correctement informé le salarié de la situation de l'entreprise ? La DDT, dans l'affaire de Toulouse en référé avait également avancé une solution favorisant l'information du salarié puisqu'elle considérait qu'en cas de difficultés économiques, le défaut de consultation du comité d'entreprise par l'employeur viciait le consentement du salarié, car ce consentement ne « *peut se concevoir sans disposer des informations claires et précises relatives aux difficultés économiques d'une entreprise* ». Rappelons encore une fois que nous sommes dans une relation de travail et non pas sur le fondement du Code civil, les parties ne sont pas sensées être traitées de la même façon, la partie faible au contrat doit recevoir une protection particulière.

La possibilité d'assistance du salarié par un conseiller pendant l'entretien préalable à la rupture conventionnelle est quant à elle insuffisante. En cas de licenciement, la loi impose à l'employeur de mentionner cette possibilité d'assistance dans la lettre de convocation à l'entretien préalable (26). Or, cette exigence n'existe pas en cas de rupture conventionnelle puisqu'il n'y a pas nécessairement de lettre de convocation à entretien, étant donné que ce peut être le salarié lui-même qui

réclame cet entretien. Il faudrait ici que la jurisprudence impose à un moment ou un autre que l'employeur renseigne le salarié sur son droit à être assisté.

En l'occurrence, le juge du fond de Toulouse s'est placé sur le terrain de la fraude à la loi. Il a recherché si les parties avaient utilisé une possibilité offerte par une règle de droit (en l'occurrence, la rupture conventionnelle) dans l'objectif de contourner l'application d'une autre règle de droit (en l'espèce, les règles relatives au licenciement économique collectif) (27). Mais ce n'était pas le moyen retenu par le juge des référés dans ses motifs. Ce juge ne recherchait pas une fraude, mais considérait qu'il ne pouvait y avoir de rupture conventionnelle à partir du moment où il existait un motif économique (article L. 1233-3 du Code du travail. Voir plus haut). La différence est de taille car il n'est pas toujours aisé de prouver la fraude. Bien qu'il y ait une controverse sur la question, rentre quand même en jeu d'une manière ou d'une autre la notion d'intention des parties de frauder la loi (28). Toute la question est de savoir à quel point la jurisprudence sera souple en matière de preuve de cette intention. Devrait prouver l'intention frauduleuse des parties le fait que le poste du salarié faisait partie de la liste des postes qui devaient être supprimés, ou que le salarié n'a par la suite pas été remplacé sur son poste, ou encore que le poste du salarié est actuellement occupé par un salarié dont le poste a, lui, été supprimé (reclassement du salarié).

Cette interrogation est abordée par l'arrêt de la Cour d'appel de Nancy. Dans cet arrêt, toute la question était de savoir s'il suffisait qu'un employeur ait un motif économique de licenciement et qu'il envisage effectivement de licencier les salariés pour prouver la fraude. Une entreprise est en voie de fermeture définitive. L'un de ses salariés est envoyé pour travailler dans une autre entreprise du groupe située sur un autre site. Il conserve son contrat de travail avec l'entreprise d'origine en voie de fermeture. Le salarié déménage et souhaite rompre son contrat de travail au motif qu'il habite désormais trop loin de son lieu de travail et qu'il souhaite en outre se reconvertir. Une rupture conventionnelle est alors signée avec l'entreprise d'origine. Deux autres ruptures conventionnelles seront également conclues avec des salariés de la même entreprise. La Direction départementale du travail (DDT) refuse d'homologuer la rupture au motif qu'elle vise à contourner les règles du licenciement économique puisqu'en réalité la rupture conventionnelle a pour origine la fermeture de l'entreprise. La DDT en conclut qu'il n'y a pas eu rencontre des volontés puisque la

(26) Art. L. 1232-4 du Code du travail.

(27) Pour une définition plus juridique de la fraude à la loi, voir par exemple A. Fabre, « Ruptures conventionnelles et suppressions

d'emplois pour motif économique : possibilité offerte par la loi ou fraude à la loi ? », RDT, juin 2010, p. 369.

(28) Id.

décision de rompre le contrat venait unilatéralement de l'employeur.

Le juge d'appel ne retient pas cette argumentation : le consentement du salarié n'a pas été vicié puisqu'il a réitéré devant les juges sa volonté de rompre le contrat. Par ailleurs, le motif de la rupture conventionnelle était bien, selon le juge, le déménagement du salarié qui rendait les trajets domicile-lieu de travail trop longs. On constate ici que pour décider qu'il n'y a pas eu fraude à la loi, le juge a recherché le motif de la rupture conventionnelle caché dans la « boîte noire ». Or, il est facile pour le salarié et l'employeur d'inventer après coup un motif apparent pour justifier la rupture (coût et longueur des trajets en l'occurrence). De même, les employeurs risquent de « préparer » le salarié à une future rupture conventionnelle en lui proposant des mutations, des changements de conditions et du contrat de travail que le salarié ne pourra accepter. Le juge devrait donc chercher le motif réel et sérieux qui a conduit à la rupture et non le motif apparent et en réalité secondaire (29). Par exemple, lorsqu'après une rupture conventionnelle, le salarié n'a pas été remplacé, c'est qu'il existait un motif réel de rupture du contrat non inhérent à la personne du salarié, donc un motif économique.

On voit ici la difficulté qu'il y a à prouver la fraude. Si l'argument de la DDT concernant le vice du consentement tenait difficilement en présence d'un salarié qui réitérait sa volonté de partir, le juge d'appel aurait pu suivre un autre raisonnement. En effet, il y avait à la fois un motif économique (la fermeture de l'entreprise) et une suppression de poste (ceci trouve en l'espèce sa preuve dans le fait que l'entreprise allait fermer : le salarié allait donc fatalement être licencié).

Dès lors ces deux faits (motif économique + licenciement envisagé) auraient pu rendre automatiquement obligatoire le respect de la procédure de licenciement pour motif économique et interdire toute rupture conventionnelle. On peut s'interroger sur le bénéfice qu'il y avait en l'espèce pour l'ensemble des salariés de l'entreprise à voir la rupture conventionnelle annulée. En revanche, ce raisonnement permet à tout salarié dans cette situation de faire annuler la rupture conventionnelle qu'il a pourtant signée, sans avoir à prouver plus avant l'intention frauduleuse des parties (il suffit de prouver le motif économique et la suppression envisagée de son poste). Ce raisonnement est d'autant plus valable en présence de neuf autres licenciements ou ruptures conventionnelles, puisqu'un PSE doit être mis en œuvre dès lors que l'employeur a un « projet de licenciement » collectif (30). Cela irait dans le sens de la Directive du 20 juillet 1998 sur les licenciements collectifs selon laquelle l'employeur doit consulter les représentants du personnel dès lors qu'il « envisage » d'effectuer au moins dix licenciements sur une période de trente jours (31).

Mais encore faut-il prouver que les licenciements étaient envisagés... On a beau la retourner dans tous les sens pour trouver les failles, cette rupture conventionnelle a décidément été trop bien conçue pour être honnête... Cependant, rien n'est encore joué tant que la Cour de cassation n'a pas pris position. Les militants doivent utiliser tous les moyens à leur portée pour protéger les droits des salariés qui concluent une rupture conventionnelle, et rester vigilants sur l'évolution de la jurisprudence.

**Anais Ferrer**

(29) Faut-il rappeler les nombreuses fraudes organisées par des entreprises sous formes de multiples licenciements pour motif personnel ou démissions « arrangées », l'ensemble afin de contourner les règles sur les licenciements économiques ? Des études économiques approfondies ("Les nouveaux usages du licenciement pour motif personnel", Dares, Premières synthèses, Dr. Ouv. 2003 p. 511) comme des contentieux retentissants (M. Bonnechère : « Licenciements économiques : la procédure, garantie fondamentale des droits des salariés », Dr. Ouv. 2004 p. 493) avaient soulevé le coin du voile sur ces pratiques. La qualité du consentement du salarié qui se voit aujourd'hui « offrir » une rupture conventionnelle n'est pas plus garantie que, hier, celui qui acceptait un « licenciement-transaction ».

(30) Art. L. 1233-61 du Code du travail. Ce raisonnement est sans lien avec le débat qu'il y a eu à propos de l'arrêt *Framatome et Majorette* (Cass. Soc. 3 déc. 1996, 95-20360, Dr. Ouv. 1997 p. 179, n. M.-F. Bied-Charreton) : en effet dans le cas d'une modification finalement acceptée du contrat de travail, il n'y a aucune tentative de fraude et la suppression d'emploi n'a finalement pas lieu, tandis que dans le cas d'une rupture conventionnelle, le licenciement n'a pas lieu justement parce que les parties ont fraudé la loi.

(31) Article 2, Directive n° 98/59/CE du 20 juil. 1998, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs.