

LE SALARIÉ, ENTRE RUPTURE CHOISIE ET RUPTURE SUBIE ?

Interrogations sur des ruptures du contrat de travail

La volonté du salarié en matière de ruptures bilatérales

par Gilles AUZERO,

Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV,
Centre de droit comparé du travail et de la Sécurité sociale
(COMPTRASEC UMR 5114)

I. La manifestation de volonté du salarié

- A. Le terme d'un processus encadré
- B. La simple acceptation d'une offre de l'employeur

II. La qualité de la volonté du salarié

- A. L'application des vices du consentement aux ruptures d'un commun accord
- B. Les exigences particulières

Entreprendre une réflexion sur « la volonté du salarié en matière de ruptures bilatérales » exige, au premier chef, de savoir si un salarié peut consentir à la résiliation de son contrat de travail. À dire vrai, depuis l'irruption de la rupture conventionnelle dans notre droit positif, la question ne se pose plus. En outre, antérieurement à 2008 (1), les débats qu'avait pu susciter la rupture amiable s'étaient pratiquement éteints. En effet, admis de longue date dans certains contrats de travail « spéciaux », tels les contrats à durée déterminée et les contrats d'apprentissage, ce mode de rupture avait fini par être consacré par la Cour de cassation en matière de contrat de travail à durée indéterminée (2). Il s'agit donc moins aujourd'hui de savoir si le salarié peut consentir à la résiliation de son contrat de travail que de déterminer à quelles conditions il est en mesure de le faire ou, plus précisément, à quelles conditions sa volonté peut produire l'effet escompté.

L'avènement de la rupture conventionnelle n'a pas seulement contribué à asseoir définitivement la rupture d'un commun accord au sein du droit du travail, il lui a donné, en cette matière, un régime juridique spécifique. Mais, ce faisant, et ne serait-ce qu'en application de l'adage *specialia generalibus derogant*, la rupture conventionnelle constitue désormais, de l'avis de la majorité des auteurs (3), le droit commun de la rupture amiable du contrat de travail à durée indéterminée.

Pour autant, on ne saurait dire que la rupture conventionnelle a phagocyté la rupture amiable classique. Subsistant, de manière au demeurant curieuse, dans les contrats à durée déterminée et les contrats d'apprentissage, elle conserve également un champ d'application résiduel au sein même du contrat à durée indéterminée. Tout d'abord, on sait que l'acceptation par un salarié de la proposition d'un congé de mobilité emporte rupture du contrat de travail d'un commun accord à l'issue du congé (4). Sans doute en va-t-il aussi de même pour l'adhésion à un contrat de sécurisation professionnelle (5), bien que cela ne soit pas explicitement

(1) Rappelons que la rupture conventionnelle a été introduite dans le Code du travail par la loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail.

(2) Pour une présentation de cette évolution, v. notamment G. Couturier, « Les ruptures d'un commun accord », *Dr. soc.* 2008, p. 923 ; J.-F. Césaro, « La résiliation conventionnelle des contrats de travail », *Dr. soc.* 2011, p. 640 ; O. Pujolar, « La rupture conventionnelle négociée » : *Dr. Ouv.* 2010, p. 307. Adde, A. Jeammaud, « Consentir », in *La volonté*

du salarié, T. Sachs (dir.), Dalloz, 2012, Coll. Thèmes et commentaires, p. 65 et F. Géa, « Rompre », *ibid.*, p. 133.

(3) V. en ce sens les auteurs cités à la note précédente. V. aussi notre art. « La rupture conventionnelle du contrat de travail : l'illusion de la sécurisation », *RDT* 2008, p. 522.

(4) *C. trav.*, art. L. 1233-80.

(5) V. en ce sens ; A. Jeammaud, art. préc., p. 97.

dit par la loi, alors qu'elle l'énonçait pour la convention de reclassement personnalisé et le contrat de transition professionnel, auxquels le contrat de sécurisation professionnelle se substitue. Cela étant, nous excluons ces ruptures d'un commun accord de notre étude. En effet, ainsi que l'a parfaitement résumé un auteur, consentir aux dispositifs précités « *ne saurait être interprété comme manifestant la volonté du salarié de rompre le contrat de travail. En conséquence, si l'expression de la volonté du salarié entraîne la rupture du contrat de travail, celle-ci n'est pas imputable à celle-là* » (6).

Il faut, en revanche, accorder de l'importance aux ruptures amiables résultant d'un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) ou d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), dont l'article L. 1237-16 du Code du travail précise qu'elles ne relèvent pas des dispositions relatives à la rupture conventionnelle. À n'en point douter, ces ruptures restent soumises au régime antérieur à la loi du 25 juin 2008. Il semble également devoir en aller de même des ruptures négociées dans le cadre d'un plan de départs volontaires. Dans les trois arrêts de principe que la Cour de cassation a rendus en la matière se trouve, à chaque fois, visée la situation dans laquelle l'employeur entend, pour des raisons économiques, supprimer des emplois « *en concluant avec les salariés intéressés des accords de rupture amiable* » (7). Sans doute la Cour de cassation n'était-elle pas appelée à statuer, dans ces affaires, sur la qualification de la rupture. On peut toutefois penser que, si elle avait entendu les soumettre aux dispositions des articles L. 1237-11 et s. du Code du travail, elle aurait visé des « *ruptures conventionnelles* » en lieu et place des « *accords de rupture amiable* ». Il faut encore ajouter que ces ruptures intervenant dans le cadre d'un plan de départs volontaires n'excluent pas l'obligation pour l'employeur d'établir un PSE. Partant, il pourrait être soutenu

que l'on se trouve dans le cadre de l'exception visée par l'article L. 1237-16. Toutefois, et pour reprendre les termes de ce texte, ces ruptures « *résultent* » moins du PSE que du plan de départs volontaires. À supposer que cette interprétation puisse être retenue, elle laisserait encore subsister l'hypothèse dans laquelle l'élaboration d'un PSE n'est pas obligatoire. Il n'est donc nullement acquis que les ruptures amiables intervenant dans le cadre d'un plan de départs volontaires puissent nécessairement, et de manière générale, échapper au régime juridique de la rupture conventionnelle. Mais, dans l'attente d'une décision plus explicite de la Cour de cassation, nous nous en tiendrons à notre sentiment premier que les ruptures intervenant dans le cadre d'un plan de départs volontaires restent des ruptures amiables classiques, à tout le moins lorsqu'elles sont assorties d'un PSE.

Il est, en tout état de cause, certain que le salarié peut consentir à la résiliation de son contrat de travail dans d'autres hypothèses que celle couverte par la seule rupture conventionnelle. Une convention peut donc mettre un terme au contrat de travail. Par hypothèse, cette convention ne saurait être formée sans que le salarié y consente. Car, on le sait, contracter, c'est d'abord, et en principe, vouloir (8). Mais, et il n'est pas nécessaire d'y revenir en détail (9), la liberté de contracter semble se concilier difficilement avec l'état de dépendance dans lequel se trouve le salarié. Par voie de conséquence, si l'on peut admettre que le salarié consente à la résiliation de son contrat de travail, c'est à la stricte condition qu'il l'ait fait en pleine connaissance de cause. Classiquement, cela suppose de porter un regard attentif sur l'existence de son consentement et sur son intégrité. C'est ce que nous ferons, en envisageant successivement la manifestation de volonté du salarié (I) et la qualité de cette volonté (II).

(6) T. Sachs, « La volonté du salarié en actes », in *La volonté du salarié*, ouvrage préc., p. 47, spéc. pp. 59-60. Cet auteur ajoute, tout aussi pertinemment, que « *par son acceptation d'une CRP, le salarié a manifesté sa volonté, non pas de rompre le contrat de travail, mais de bénéficier d'un régime juridique – celui de la CRP* ».

(7) Sont ici visés les arrêts *Renault* (Cass. Soc. 26 oct. 2010, n° 09-15.187, Bull. civ. V, n° 245, Dr. Ouv. 2011 p. 148 n. I. Meyrat), *Completel* (Cass. Soc. 25 janv. 2012, n° 10-23.516, Bull. civ. V, n° 22, Dr. Ouv. 2012 p. 600 n. F. Dumoulin) et *Air France* (Cass. Soc. 9 oct. 2012, n° 11-23.142, JCP S 2012, 1497, n. L. Cailloux-Meurice).

(8) J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, 15ème éd., 2012, n° 122.

(9) Pour plus de développements sur la question, v. l'art. préc. de T. Sachs.

I. La manifestation de volonté du salarié

Parce qu'elle est une convention, la rupture d'un commun accord exige, pour être formée, que se rencontrent deux manifestations de volonté. Selon un schéma classique bien connu, l'une des parties prend l'initiative des négociations en faisant une offre, tandis que le destinataire de cette offre, soit d'emblée, soit après discussion comportant des contrepropositions, exprime son accord avec l'offrant en donnant son acceptation (10). Ce schéma peut se trouver perturbé à deux égards au moins. Tout d'abord, l'acceptation peut n'intervenir qu'au terme d'une procédure précise, encadrée par la loi. Ensuite, et à l'opposé, le destinataire de l'offre n'a parfois d'autre choix que d'accepter la proposition qui lui est faite, sans pouvoir la discuter. Ces deux situations se rencontrent en matière de rupture d'un commun accord du contrat de travail, la manifestation de volonté du salarié ne pouvant qu'intervenir au terme d'un processus encadré (A), ou se traduire par la simple acceptation d'une offre de l'employeur (B).

A. Le terme d'un processus encadré (11)

Il est une hypothèse dans laquelle le consentement du salarié à la rupture de son contrat de travail ne peut intervenir qu'au terme d'un processus encadré par la loi : il s'agit de la rupture conventionnelle. Ainsi que l'indique le dernier alinéa de l'article L. 1237-11 du Code du travail, ce processus vise « à garantir la liberté du consentement » du salarié (12). S'inspirant des techniques éprouvées du droit de la consommation, le législateur a donc souhaité mettre en place un « processus contractuel successif », en contraignant le salarié « à l'hésitation » (13).

Conformément aux prescriptions de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 1237-12, « les parties au contrat conviennent du principe d'une rupture conventionnelle lors d'un ou plusieurs entretiens au cours desquels le salarié peut se faire assister ». On comprend ainsi que la rupture conventionnelle doit nécessairement comporter une phase initiale de négociation. Il en résulte que, quelle que soit la partie à l'origine du processus de rupture, elle ne peut formuler qu'une simple offre d'entrer en pourparlers et, en aucune façon, une offre de contracter. Si tel était le cas, la procédure se trouverait viciée dès l'origine. On comprend aussi qu'au moins un entretien préalable doit être organisé (14). Cette exigence minimale est logique, puisqu'il s'agit de parvenir à un accord, non encore formalisé à ce stade (15). Lors des négociations, chacune des parties peut se faire assister. Mais cette faculté n'est ouverte à l'employeur que si le salarié souhaite lui-même en faire usage. Il s'agit ici de mettre les parties dans une position équivalente, afin de parvenir à un accord digne de ce nom (16). Afin que le salarié manifeste une volonté éclairée, il doit aussi être informé « de la possibilité qui lui est ouverte de prendre les contacts nécessaires, notamment auprès du service public de l'emploi, pour être en mesure d'envisager la suite de son parcours professionnel avant tout consentement » (17).

Au terme de ces négociations, qui ont pour effet de retarder l'échange des consentements, et dont il faut rappeler qu'elles sont soumises à l'exigence de bonne foi (18), une convention de rupture pourra être signée par les deux parties. Nécessairement écrite, cette convention doit, au minimum, fixer le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle et la date de rupture du contrat de travail, qui ne peut

(10) J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, ouvrage préc., n° 131.

(11) Pour une présentation similaire, v. T. Sachs, art. préc., pp. 51 et s.

(12) Le texte vise « les parties ». Mais on conçoit sans peine que ces exigences sont avant tout destinées à protéger l'une d'entre elles.

(13) J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, ouvrage préc., n° 187.

(14) La loi ne précise pas les modalités de cet entretien, qu'il s'agisse du moment ou du lieu de cet entretien. Il a, par suite, pu être jugé que cet entretien pouvait se dérouler dans un bar (CA Bourges, 9 nov. 2012, n° 11/01636, n° Lexbase : A6599IWM) ! Solution dont on peut se demander si elle est de nature à garantir la liberté du consentement du salarié.

(15) Sur le caractère impératif d'au moins un entretien, v. aussi G. Loiseau, « La rupture conventionnelle du contrat de travail », RJS 4/12, p. 249, spéc. p. 250. Ainsi que l'indique à juste titre ce même auteur, il convient aussi de s'assurer qu'il s'agit d'un véritable entretien, seul de nature à garantir le consentement éclairé du salarié.

(16) V. en ce sens, P. Lokiec, *Droit du travail, Tome I, Les relations individuelles de travail*, Thémis droit, 2011, n° 336.

(17) Si cette exigence n'a pas été reprise par la loi du 25 juin 2008, elle figure dans l'article 12 de l'ANI du 11 janvier 2008 et est aussi évoquée dans le formulaire-type de demande d'homologation (doc. Cerfa n° 14598*01). De façon générale, le salarié doit obtenir de l'employeur toutes les informations utiles antérieurement à l'expression de son consentement (v. en ce sens, G. Loiseau, art. préc., p. 250).

(18) La rupture fautive de ces pourparlers pourra donc être source de responsabilité délictuelle, pour l'une ou l'autre des parties.

toutefois intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation (19). Bien que formée, la convention n'est cependant pas immédiatement applicable.

En premier lieu, à compter de sa signature par les deux parties, chacune d'entre elles dispose d'un délai de quinze jours calendaires pour exercer son droit de rétractation (20). Il s'agit, là encore, de permettre aux parties, et singulièrement au salarié, de bien mesurer la portée de son engagement. On comprend, dès lors, pourquoi la Cour de cassation exige la remise d'un exemplaire de la convention au salarié (21). La détention de *l'instrumentum* assure, en effet, une connaissance pleine et entière de ce qui a été convenu entre les parties lors des négociations. En second lieu, à l'issue du délai de rétractation, la partie la plus diligente adresse une demande d'homologation à l'autorité administrative, avec un exemplaire de la convention de rupture (22).

Alors même que l'on peut, à certains égards, douter de leur efficacité (23), les exigences précédemment décrites, qui participent d'un formalisme informatif exacerbé (24), sont de nature à garantir que le salarié ne s'engage pas à la légère lorsqu'il consent à la résiliation de son contrat de travail dans le cadre d'une rupture conventionnelle.

Il reste maintenant à déterminer la sanction encourue en cas de méconnaissance de ces règles. Lorsque l'homologation fait défaut, il ne peut, par hypothèse, y avoir de rupture conventionnelle, l'article L. 1237-14, al. 3 du Code du travail subordonnant « la validité »

de la convention de rupture à cette formalité (25). Il semble donc qu'il faille conclure à la nullité de l'accord de rupture et au maintien du contrat de travail (26).

S'agissant de la méconnaissance des autres règles prescrites, la loi ne dit rien, à tout le moins de façon explicite. Mais, comme il a été dit, il résulte de l'article L. 1237-11 que ces exigences sont destinées « à garantir la liberté du consentement des parties ». Il pourrait être inféré de cette disposition que le non-respect de l'une ou l'autre des exigences légales fait présumer que le consentement de celui qui conteste la validité de la rupture conventionnelle n'a pas été émis librement. Plus simplement, il peut être avancé que la disposition précitée traduit l'idée que les formalités sont érigées en solennités et doivent donc être observées à peine de nullité, nullité de droit. L'arrêt rendu le 6 février 2013 par la Cour de cassation est en ce sens (27). Après avoir souligné, que « la remise d'un exemplaire de la convention de rupture au salarié est nécessaire [...] pour garantir le libre consentement du salarié, en lui permettant d'exercer ensuite son droit de rétractation en connaissance de cause », la Chambre sociale affirme « qu'ayant constaté que tel n'était pas le cas en l'espèce, la cour d'appel [...] en a déduit à bon droit que la convention de rupture était atteinte de nullité ». Cette solution doit être approuvée. Seule la nullité donne son plein effet au formalisme protecteur édicté par la loi et érigé, par elle, en garantie de la qualité du consentement. La même sanction devrait être prononcée si aucun entretien préalable n'a été organisé ou encore si le salarié n'a pas été mis en

(19) C. trav., art. L. 1237-13. Ainsi que nous l'avons relevé (v. notre art. préc., p. 523), l'accord sur ces deux éléments, au demeurant essentiels, semble suffisant pour que la convention soit conclue et transmise pour homologation. Partant, les parties seraient en mesure de renvoyer à une date ultérieure la négociation sur des éléments accessoires. Une telle pratique est à proscrire. Dès lors que toutes les conditions de la rupture n'ont pas été discutées antérieurement à la signature de la convention, il y a tout lieu de penser que le salarié n'a pas donné un consentement libre et éclairé à celle-ci. C'est l'intégrité de son consentement qui est alors en cause.

(20) C. trav., art. L. 1237-13. Sur l'importance de ce délai et son objet, v. G. Loiseau, art. préc., p. 251.

(21) Cass. Soc. 6 févr. 2013, n° 11-27.000, reproduit ci-après p. 507 obs. A. Ferrer ; Lexbase Hebdo – Edition Sociale, n° 516, n. S. Tournau. Ainsi que le souligne le Professeur Loiseau, « la convention de rupture étant un contrat synallagmatique, l'article 1325 du Code civil impose, à titre de validité, qu'elle soit établie en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct » (art. préc., p. 253).

(22) C. trav., art. L. 1237-14. La loi organise dans le détail la procédure d'homologation, exigeant, au premier chef, que soit rempli un formulaire-type (v. supra). Ainsi qu'il a été souligné, « en préservant la partie faible au moment même de l'extériorisation de sa volonté, l'imposition d'un formulaire-type préserve le passage du for interne à l'acte volontaire de toute interférence » (T. Sachs, art. préc., p. 52).

(23) V. notamment sur la question, D. Boulmier, « Brèves réflexions sur les contextes de la rupture conventionnelle », JCP S 2013, act. 53 ; add. du même auteur, obs. Dr. Ouv. 2013 p. 408.

(24) Exacerbé en ce que la loi va jusqu'à imposer une phase de négociation.

(25) C. trav., art. L. 1237-14, al. 3. Il faut, par suite, considérer que l'absence d'homologation ne peut avoir pour effet d'entraîner simplement la « requalification » de la rupture conventionnelle en rupture amiable classique. Pour qu'il en aille ainsi, il aurait fallu admettre que la seconde avait survécu à l'avènement de la première en dehors des cas prévus par la loi ; ce qui, nous l'avons vu, ne peut être retenu. Si, dans notre article publié en 2008, nous avions pu envisager un retour au droit commun, c'était sous cette réserve expresse, que nous avions fini par écarter (cf. art. préc., p. 524 : « il paraît au final nécessaire, dans l'intérêt des salariés, de privilégier la thèse de la substitution de la rupture conventionnelle à la rupture amiable de droit commun »). Pour les mêmes raisons, une rupture amiable qui ne respecterait pas les dispositions des articles L. 1237-11 et s. du Code du travail ne peut produire aucune effet (v., en ce sens, J.-F. César, art. préc., p. 643).

(26) V., dans le même sens, G. Loiseau, art. préc., p. 254, qui réserve toutefois l'hypothèse dans laquelle l'employeur a remis au salarié les documents de fin de contrat.

(27) Préc.

mesure de se faire assister au cours de celui-ci (28).

Si nullité de la convention de rupture il y a, celle-ci ne peut produire aucun effet. Le contrat de travail n'ayant pas été rompu, le salarié doit, dès lors, être réintégré dans l'entreprise. On en vient même à se demander s'il est une alternative à cette issue et, plus précisément, si le salarié est en droit de préférer des dommages-intérêts à la réintégration, comme cela est de règle en matière de licenciement illégal. N'y a-t-il pas, en effet, quelque contradiction à soutenir que l'on n'a pas véritablement consenti à la résiliation de son contrat de travail, tout en ne demandant pas la poursuite de celui-ci ? Mais on conçoit aussi que, dans certaines situations, le salarié ne soit pas enclin à revenir dans l'entreprise, auquel cas il devient nécessaire de lui octroyer des dommages-intérêts (29). A cette fin, les juges pourraient, à la demande du salarié, requalifier la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse. Mais, en s'inspirant des solutions applicables aux représentants du personnel licenciés sans autorisation de l'inspecteur du travail, ils pourraient aussi, tout en annulant la convention de rupture, octroyer au salarié une indemnité visant à réparer la perte illicite de son emploi (30).

Au regard de tout ce qui vient d'être dit, il faut regretter que le législateur n'ait pas éprouvé le besoin d'encadrer davantage la rupture d'un commun accord du contrat à durée déterminée et celle du contrat d'apprentissage, même si, dans ce dernier cas, l'article L. 6222-18 du Code du travail, posant un embryon de formalisme, dispose que, passé les deux premiers mois d'apprentissage, la rupture du contrat ne peut intervenir que sur accord écrit signé par les deux parties. Dans ces deux cas, la situation des salariés n'est pourtant pas mieux assurée que dans le contrat à durée indéterminée. Il faut donc se contenter ici des traditionnels vices du consentement. Il nous semble, toutefois, que le juge serait en mesure d'imposer certaines obligations d'information à l'employeur au stade de la négociation de la convention de rupture. De façon plus générale, il devrait en aller ainsi à chaque fois que la rupture du contrat de travail découle de la seule acceptation, par le salarié, d'une offre formulée par son employeur.

(28) D'autres manquements devraient, en revanche, rester sans effet sur la validité de la convention de rupture. Il devrait en aller ainsi lorsque l'indemnité de rupture a été sous-évaluée, cette irrégularité n'ayant pu avoir d'influence sur le consentement du salarié.

(29) V. aussi en ce sens, G. Loiseau, art. préc., p. 260.

(30) Indemnité à laquelle viendraient s'ajouter l'indemnité spécifique de rupture et le bénéfice des allocations d'assurance chômage.

B. La simple acceptation d'une offre de l'employeur

De même qu'il existe des contrats d'adhésion, il y a également place, ainsi que cela a été pertinemment relevé par un auteur, à des « *mutuus dissensus* d'adhésion » (31). Appliquée au contrat de travail, cette notion renvoie à des ruptures qui, pour être acceptées par le salarié, ne sont pas négociées par lui. Tel n'est pas le cas, nous l'avons vu, des ruptures conventionnelles, nécessairement précédées d'une phase de négociation. Le prototype de ce « *mutuus dissensus* d'adhésion » nous paraît résider dans les ruptures amiables intervenant dans le cadre d'un plan de départs volontaires, auxquelles on pourrait sans doute adjoindre, dans une moindre mesure, les ruptures d'un commun accord résultant d'un PSE ou d'un accord GPEC. Mais raisonnons à partir des plans de départs volontaires.

Le salarié concerné a, dans ce cas et en principe, le choix entre consentir à la rupture de son contrat de travail et rester dans l'entreprise. C'est donc bien une offre de contracter qui est ici formulée, et non une simple offre d'entrer en pourparlers. Bien plus, et en règle générale, les conditions du départ du salarié sont fixées par l'employeur seul (32). En d'autres termes, le salarié n'a d'autre choix que d'adhérer à la convention, sauf bien sûr à ce qu'il préfère conserver son emploi.

La loi ignorant ce dispositif, alors même qu'il existe de longue date, la manifestation de volonté du salarié n'est, par hypothèse, nullement encadrée. Or, dans la mesure où celle-ci est appelée à intervenir dans un contexte économique dégradé, on ne peut faire l'impasse sur la nécessité d'éclairer le consentement du salarié (33). À notre connaissance, la Cour de cassation n'a jamais eu à se pencher sur la question, pourtant éminemment problématique. Il semble, en effet, qu'un salarié pourrait être amené à discuter de la validité de son consentement et, par extension, de la rupture intervenue en avançant que celui-ci n'a pas été suffisamment éclairé. À cette fin, il pourrait arguer du devoir de loyauté qui pèse sur l'employeur au stade de la formation du contrat. Mais il pourrait aussi

(31) R. Vatinet, « Le *mutuus dissensus* », RTD civ. 1987, p. 252, spéc. n° 18, qui évoque précisément cette notion à propos des départs collectifs « négociés ».

(32) Une place peut, certes, être ménagée à la négociation individuelle, mais celle-ci reste, en tout état de cause, restreinte, ne serait-ce que par l'effet du principe d'égalité de traitement.

(33) V. Y. Tarasewicz et C. Jacquelet, « Le volontariat dans les plans de départs volontaires », in *La volonté du salarié*, ouvrage préc., p. 207, spéc., pp. 241 et s.

être fait état de l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail qui, par hypothèse, préexiste à la convention de rupture.

De manière positive, le devoir de loyauté impose à l'employeur le respect d'une élémentaire obligation d'information à l'égard des salariés concernés. Ainsi que l'indiquent certains auteurs, « *cette information doit essentiellement, sinon exclusivement, porter sur les conséquences qu'emportera pour le candidat l'acceptation de sa demande de volontariat au départ ainsi que sur la faisabilité du projet professionnel qu'il envisage de réaliser par la suite* » (34). Plus précisément, cela suppose qu'une information soit donnée aux candidats sur les conditions financières de leur départ, leurs droits en matière de protection sociale, de chômage, ou encore à la retraite (35). C'est aussi le projet du candidat qui doit être étudié de manière détaillée, afin d'en apprécier la faisabilité (36).

Ajoutons qu'il pourrait être opportun de s'inspirer, en la matière, du régime juridique de la rupture conventionnelle. Certes pas pour mettre en place une procédure d'homologation, encore que celle-ci pourrait tout à fait être conventionnellement confiée à un organisme *ad hoc*, de préférence paritaire, mais, par exemple, en instituant un ou plusieurs entretiens préalables, voire un droit de rétractation durant un bref délai postérieurement à la rupture amiable. En tout état de cause, les modalités de la rupture devraient être consignées dans un document écrit, soumis à l'approbation du salarié.

Cela étant, l'obligation d'information pesant sur l'employeur ne peut être limitée aux conditions et modalités de la rupture. Il ne faut pas, en effet, oublier que le choix qui est offert au salarié porte également sur le fait de conserver son emploi. Or, à cet égard aussi,

le salarié doit disposer d'informations pour pouvoir manifester un consentement éclairé. Mais l'objet de cette information n'est guère aisé à déterminer ou, plus exactement, s'avère nécessairement limité. On peut, en effet, considérer que l'employeur n'est guère en mesure d'offrir au salarié une quelconque garantie d'emploi. Tout au plus lui est-il possible de s'engager à maintenir l'emploi si la situation économique de l'entreprise ne s'aggrave pas. En d'autres termes, là où le salarié aurait besoin de quelques certitudes pour manifester un consentement éclairé, il est difficile, pour ne pas dire impossible, de les lui offrir. Cela étant, il faut que l'employeur soit de bonne foi, c'est-à-dire que la suppression de l'emploi du salarié ne soit pas d'ores et déjà décidée au moment où lui est offert le choix entre consentir à la résiliation de son contrat de travail et rester dans l'entreprise.

La lecture de la jurisprudence récente de la Cour de cassation en matière de plan de départs volontaires et, spécialement, de l'arrêt *Air France* du 9 octobre 2012, laisse pourtant entendre qu'un tel plan n'est pas exclusif de la suppression de l'emploi des salariés, avec pour effet soit le maintien des salariés dans l'entreprise dans un autre emploi, soit leur licenciement. On comprend donc qu'un salarié peut, dans le cadre d'un plan de départs volontaires, avoir simplement le choix du mode de rupture de son contrat de travail. On admettra que, si choix il y a bien dans cette situation, celui-ci doit être largement relativisé. Mais cette situation doit être distinguée de celle dans laquelle l'employeur offre aux salariés le choix entre quitter l'entreprise et continuer à occuper leur poste de travail, tout en ayant décidé de licencier, quoiqu'il arrive, ceux qui opteraient pour cette dernière solution. Dans ce cas, ce n'est plus la manifestation de volonté du salarié qui est en cause, mais sa qualité.

II. La qualité de la volonté du salarié

Envisager la qualité de la volonté du salarié conduit à revenir vers le droit civil et, plus particulièrement, à aborder la théorie des vices du consentement qui, à l'évidence, a vocation à s'appliquer à la convention ayant pour objet de mettre un terme au contrat de travail. Mais l'appréciation de la qualité

du consentement paraît devoir également être guidée par des règles propres au droit du travail. Par suite, après avoir envisagé l'application des vices du consentement aux ruptures d'un commun accord (A) (37), nous envisagerons les exigences propres au droit du travail (B).

(34) V. aussi en ce sens, Y. Tarasewicz et C. Jacquelet, *ibid.*

(35) Au besoin en sollicitant des partenaires extérieurs à l'entreprise. Pour plus de détails sur ces mesures, v. encore Y. Tarasewicz et C. Jacquelet, *ibid.*

(36) Les auteurs cités à la note précédente recommandent aussi, à très juste titre, qu'un dispositif d'accompagnement des salariés après leur accession au plan de départs volontaires soit mis en place.

(37) V. aussi sur la question, G. Loiseau, art. préc., p. 255.

A. L'application des vices du consentement aux ruptures d'un commun accord

L'application de la théorie des vices du consentement aux ruptures d'un commun accord n'exige pas que l'on distingue selon qu'est en cause une rupture conventionnelle ou une rupture amiable classique. Seul compte ici le fait que l'on est en présence d'une convention qui, comme telle, doit être soumise à cette théorie. Pour autant, l'erreur et, dans une moindre mesure, le dol ont sans doute moins de chances de prospérer en matière de rupture conventionnelle, eu égard au formalisme informatif rigoureux que comporte son régime juridique. En revanche, ces vices du consentement peuvent être plus facilement caractérisés dans les ruptures amiables classiques et, singulièrement, dans celles qui interviennent dans le cadre de plans de départs volontaires.

On peut ainsi imaginer un salarié se plaignant du dol de son employeur postérieurement à la rupture de son contrat de travail, après avoir constaté que celui-ci lui a, volontairement, donné de fausses informations sur ses droits à l'assurance-chômage, en matière de retraite, voire sur ses possibilités de créer une activité nouvelle avec l'appui de son ancienne entreprise. Mais c'est aussi la réticence dolosive qui pourrait produire effet si le salarié démontre que l'employeur lui a sciemment tu des informations qui pouvaient influencer sur son consentement (38). Dans une moindre mesure, c'est encore l'erreur qui pourrait être avancée par le salarié.

C'est enfin le vice de violence qui peut être sollicité par le salarié ayant consenti à la résiliation de son contrat de travail, que ce soit sous sa forme classique ou dans sa déclinaison économique. S'agissant de la première hypothèse, elle renvoie, notamment, à la situation dans laquelle des faits de harcèlement moral ou sexuel sont concomitants à l'acceptation, par le salarié, de la rupture de son contrat de travail (39). Dans un

arrêt rendu le 30 janvier 2013, la Cour de cassation a ainsi confirmé la décision d'une cour d'appel qui, pour déclarer nulle une rupture conventionnelle, a estimé que la salariée était, au moment de la signature de la convention, dans une situation de violence morale du fait du harcèlement moral dont elle a constaté l'existence et des troubles psychologiques qui en sont résultés (40). Cette solution laisse entendre que le juge ne doit pas se borner à constater l'existence de faits de harcèlement moral, il doit, en sus, caractériser les troubles psychologiques qui en découlent. C'est là chose logique puisque la contrainte résultant des événements constitutifs de violence doit altérer la liberté du consentement. Il ne faudrait, toutefois, pas penser qu'il ne peut y avoir violence que si le harcèlement a entraîné des troubles psychologiques. En effet, le salarié peut aussi consentir à la résiliation de son contrat de travail pour échapper, à l'avenir, à un harcèlement, sans pour autant être victime de troubles psychologiques. Pour autant, la violence est, ici aussi, constituée, le salarié n'acceptant de contracter que pour échapper à un mal considérable et présent, pour reprendre les termes de l'article 1112 du Code civil.

Cela démontre que des faits de harcèlement moral peuvent être commis à l'encontre d'un salarié, sans pour autant que l'objectif poursuivi soit d'extorquer son consentement à la rupture de son contrat de travail. Il n'en demeure pas moins que ces faits doivent entraîner la nullité de la convention de rupture, s'il est démontré qu'ils sont la cause de troubles psychologiques ou ont amené le salarié à accepter la rupture pour y échapper. Mais, pour obtenir la nullité de la convention de rupture, le salarié doit convaincre le juge de cela (41). À tout le moins en va-t-il ainsi si le salarié a fondé son action sur l'article 1109 du Code civil. S'agissant du harcèlement moral, il lui est en effet possible et, il faut le dire, plus simple, d'invoquer l'article L. 1152-3 du Code du travail qui dispose, en substance, que toute rupture de contrat de travail intervenue en méconnaissance des textes prohibant ce harcèlement est nulle (42).

(38) V. par ex., CA Bourges, 9 nov. 2012, n° 11/01667, n° Lexbase : A65571WR, dans lequel il est fait reproche à l'employeur de ne pas avoir informé le salarié qu'un plan de sauvegarde de l'emploi allait être mis en place pour assurer la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise. V. aussi CA Lyon, 7 mai 2012, n° 11003134, n° Lexbase : A6878IKX, qui écarte toutefois le dol en raison du fait que l'évènement litigieux était survenu postérieurement à l'homologation de la rupture conventionnelle.

(39) Peu importe, on le sait, que les actes de violence émane de l'autre partie au contrat ou d'un tiers. Cela est d'autant plus admissible ici que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat à l'égard de ses salariés, doit veiller à ce qu'ils ne soient pas victimes d'actes de harcèlement émanant de collègues de travail.

(40) Cass. Soc. 30 janv. 2013, n° 11-22.332, Lexbase Hebdo - Édition Sociale n° 516, n. S. Tournaux.

(41) Le régime probatoire établi par l'article L. 1154-1 du Code du travail n'est, semble-t-il, d'aucun secours ici puisqu'il oblige l'employeur à prouver que les agissements invoqués ne sont pas constitutifs d'un harcèlement et que « sa » décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement (nous soulignons). Seule la décision de l'employeur est donc visée, et non celle du salarié.

(42) Il n'existe pas de texte similaire en matière de harcèlement sexuel, les articles L. 1153-2 et L. 1153-3 ne visant que le seul « licenciement ». Cela laisse à penser que la nullité de la rupture conventionnelle ne pourrait être ici obtenue que sur le fondement des vices du consentement.

En marge du harcèlement, il y a sans doute place pour d'autres hypothèses de remise en cause de la validité de la rupture d'un commun accord en raison d'un vice de violence. Il pourrait, par exemple, en aller ainsi lorsque l'employeur oblige le salarié à travailler dans des conditions dangereuses, afin de l'amener à consentir à la rupture de son contrat de travail (43).

Il faut, enfin, se demander si le salarié pourrait arguer de la violence économique pour obtenir la nullité de la rupture d'un commun accord. Cela nous ramène aux ruptures amiables acceptées dans un contexte économique dégradé et, spécialement, dans le cadre d'un plan de départs volontaires. On sait les réticences de la jurisprudence relativement à l'assimilation de l'état de nécessité à la violence, qui ne l'accepte que lorsque le contractant a profité des circonstances pour stipuler des conditions abusivement défavorables (44). Partant, il sera difficile pour un salarié d'obtenir qu'une rupture d'un commun accord intervenue dans les circonstances précitées puisse, de ce seul fait, être déclarée nulle.

B. Les exigences particulières

Avant même que le législateur ne donne un régime spécifique à la rupture conventionnelle, la Cour de cassation subordonnait les résiliations amiables à des exigences particulières. On se souvient ainsi que, par un arrêt rendu le 26 octobre 1999, elle a jugé qu'un acte juridique ne peut valablement constituer ni une rupture d'un commun accord en l'état d'un litige existant entre les parties, ni même une transaction qui ne peut intervenir qu'une fois le licenciement prononcé (45). Confirmée à plusieurs reprises par la suite (46), cette solution était-elle transposable à la rupture conventionnelle ? Il était tentant de répondre par l'affirmative à cette question, étant simplement observé qu'il n'existe aucune différence de nature entre une rupture conventionnelle et une rupture amiable classique (47). Il était cependant permis de douter qu'il doive en aller ainsi.

Un simple argument de texte pouvait être invoqué en ce sens, en soulignant que la loi ne conditionne pas le recours à la rupture conventionnelle à l'absence de litige entre les parties (48). C'était néanmoins insuffisant, ne serait-ce que parce que, antérieurement à 2008, la loi ne comportait pas plus de précisions à cet égard ; ce qui n'a pas empêché la Cour de cassation de statuer comme elle l'a fait. Mais, précisément, qu'est-ce qui justifie cette interdiction de mettre un terme au contrat de travail de façon bilatérale en présence d'un litige ? L'explication première réside dans le fait que l'existence d'un litige peut faire douter de l'intégrité du consentement du salarié. Toutefois et ainsi qu'il avait été pertinemment relevé, « *la majeure partie du dispositif législatif vise à préserver le consentement du salarié [...] rendant obsolète la protection qui avait été imaginée par le juge* » (49). Cela ne veut toutefois pas dire que la convention ne pourra pas être annulée en raison d'un vice du consentement puisque, en cas de litige, il appartiendra au juge, dans les conditions évoquées précédemment, de vérifier si, effectivement, le dispositif protecteur a garanti l'intégrité du consentement du salarié. Mais on ne voit pas comment, la procédure légale ayant été respectée, il pouvait encore être considéré que l'existence d'un litige devait, *ipso facto*, entraîner la nullité de la convention de rupture (50).

C'est cette voie qu'a finalement empruntée la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un important arrêt rendu le 23 mai 2013 (51). Ainsi qu'elle l'affirme, « *si l'existence, au moment de sa conclusion, d'un différend entre les parties au contrat de travail n'affecte pas par elle-même la validité de la convention de rupture conclue en application de l'article L. 1237-11 du Code du travail, la rupture conventionnelle ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties* ». La Cour de cassation considère, en conséquence, « *qu'après avoir relevé que l'employeur avait menacé la salariée de voir ternir la poursuite de son parcours professionnel en raison des erreurs et manquements de sa part justifiant un licenciement*

(43) V. aussi, *infra* p. 503, les faits de l'espèce ayant conduit à l'arrêt rendu le 23 mai 2013 par la Cour de cassation.

(44) V. notamment sur la question, J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *ouvrage préc.*, n° 224.

(45) Cass. Soc. 26 oct. 1999, n° 97-42.846, *Dr. soc.* 2000, p. 183, obs. Ch. Radé.

(46) V. notamment en dernier lieu, Cass. Soc. 11 févr. 2009, n° 08-40.095, *Bull. civ. V*, n° 43.

(47) Les juridictions du fond avaient, sur cette question, retenu des solutions divergentes. V., sur cette jurisprudence, le rapport de M. A. David relatif à l'arrêt du 23 mai 2013 publié dans ce numéro p. 496.

(48) E. Serverin, obs. *préc.*, p. 113.

(49) J.-F. Césaro, art. *préc.*, p. 646.

(50) Tout au plus, mais c'est déjà beaucoup, pourrait-il être décidé que ce litige fait présumer que le consentement du salarié n'a pas été librement donné, à charge pour l'employeur de démontrer le contraire. V. aussi sur la question, G. Loiseau, art. *préc.*, pp. 255 et s., qui démontre qu'un salarié peut soutenir que son consentement a été vicié, compte tenu du contexte conflictuel dans lequel il a donné son accord.

(51) Cass. soc., 23 mai 2013, n° 12-13.865, reproduit ci-après p. 503 : *Sem. soc.* Lamy 2013, n° 1586, p. 11 avec les obs. de F. Champeaux et l'entretien avec M. H. Gosselin. V. aussi le rapp. *préc.* d'A. David.

et l'avait incitée, par une pression, à choisir la voie de la rupture conventionnelle, la cour d'appel qui, exerçant son pouvoir souverain d'appréciation, a fait ressortir que le consentement de la salariée avait vicié, a, par ce seul motif, justifié sa décision » (52). On comprend ainsi que si un litige entre les parties au contrat de travail n'exclut pas la conclusion d'une rupture conventionnelle, la validité de cette dernière pourra, sur le fondement des vices du consentement, être remise en cause, s'il est constaté que ce litige a dégénéré en pressions exercées sur le salarié, afin de l'amener à consentir à la résiliation de son contrat.

Pour conclure sur ce point, une question doit encore être formulée. Quelles conséquences tirer de la situation dans laquelle un salarié consent à la résiliation de son contrat de travail, alors que l'employeur a

manqué à ses obligations contractuelles ? Ce problème semble nous ramener à la question de l'existence d'un litige entre les parties au moment de la signature de la rupture conventionnelle et, par suite, à l'appréciation de l'intégrité du consentement du salarié. Mais, précisément, le manquement de l'employeur peut, tout en ayant un certain degré de gravité, ne pas présenter une importance telle qu'il soit constitutif d'un vice du consentement (53). Dans ce cas, la rupture conventionnelle ne semble pas devoir être annulée. Mais ne conviendrait-il pas, alors, en s'inspirant de la jurisprudence relative à la prise d'acte de la rupture, de lui faire produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, dès lors que le manquement de l'employeur est suffisamment grave ?

Gilles Auzero

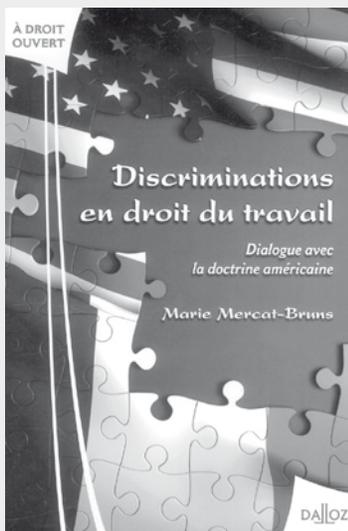
(52) La Cour d'appel avait, en l'espèce, accueilli la demande de la salariée tendant à la requalification de la rupture conventionnelle en licenciement sans cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation n'ayant pas été saisie de la question, il faudra attendre d'autres décisions pour

connaître sa position sur les sanctions attachées à la violation des règles régissant la rupture conventionnelle.

(53) Il est vrai que cette situation peut confiner à l'hypothèse d'école, pour peu que l'on retienne une conception souple des vices du consentement.

DISCRIMINATIONS EN DROIT DU TRAVAIL - DIALOGUE AVEC LA DOCTRINE AMÉRICAINE

par Marie Mercat-Bruns



Dalloz coll. A Droit Ouvert - 2013
300 pages - 45 euros

Comment mieux appréhender les discriminations directes et indirectes ? En quoi le harcèlement peut-il révéler des discriminations systémiques ? Quelles sont les particularités de la discrimination fondée sur la religion, le sexe, l'âge ou le handicap ? Une série d'entretiens avec des chercheurs américains suivis d'observations de l'auteur, sert de prétexte à l'étude d'un champ relativement nouveau : la non-discrimination en droit du travail. Elle fait partie du socle des droits fondamentaux de l'ordre juridique international et national. En outre, l'évocation outre-Atlantique de l'égalité et de la diversité renvoie à une interprétation et une critique des normes, qui mettent en perspective les notions françaises et européennes. Apparaissent certains enjeux de la non-discrimination en Europe, où la catégorisation des personnes est au cœur du droit social. Le droit comparé est ici mis à l'honneur : il permet de réfléchir à la portée théorique et pratique du droit de la non-discrimination.

Chapitre préliminaire : Démarche, pertinence du choix du sujet et présentation des auteurs.

Chapitre I : Construction historique et constitutionnelle du droit de la discrimination aux Etats-Unis et modèles en perspective.

Chapitre II : Non-discrimination: nature des règles et application.

Chapitre III : Discrimination directe, preuve et intention discriminatoire.

Chapitre IV : De la discrimination indirecte à la discrimination systémique.

Chapitre V : La discrimination et la multiplicité des critères.