

LE SALARIÉ, ENTRE RUPTURE CHOISIE ET RUPTURE SUBIE ?

Interrogations sur des ruptures du contrat de travail

Rapport de synthèse

par Jean-Pierre LABORDE,

Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV,
Membre du Centre de droit comparé du travail
et de la sécurité sociale (UMR CNRS-Université n° 5114),
Président honoraire de l'Université

I. La découverte de l'île

A. Lucidité tout d'abord

B. Discernement

II. Les rencontres dans l'île

A. La volonté

B. Les accords

En ouvrant cette belle journée, consacrée au salarié entre rupture choisie et rupture subie, avec toutes les interrogations qui peuvent en découler, notre collègue et amie Valérie Lacoste-Mary, Directrice de l'Institut du Travail de Bordeaux, craignait, avec modestie, que le sujet ne fût pas particulièrement original. N'a-t-on pas déjà beaucoup parlé des ruptures du contrat de travail et beaucoup écrit sur ce thème essentiel du droit du travail d'aujourd'hui? Au terme du Colloque, un point est déjà sûr, nous n'avons pas abordé à « ces îles abandonnées qu'on trouve en Polynésie française et qui répondent au beau nom d'îles du Désappointement », si bien évoquées par Alain Chirez dans la conclusion de sa contribution. Pas davantage n'avons-nous brisé nos vaisseaux sur leurs récifs côtiers sous l'effet du chant ensorcelant de dangereuses sirènes. La qualité des communications, comme celle des débats, nous ont au contraire guidés et sans doute permis d'arriver à bon port. C'est qu'en effet, pour broder sur la métaphore maritime et insulaire, le sujet retenu appelle de grands efforts de cartographie et d'analyse en même temps que de lucidité et de discernement, tant dans la découverte de l'île (I) que dans les rencontres, fussent-elles allégoriques, que l'on peut y faire (II).

I. La découverte de l'île

Avoir aujourd'hui une vue claire de la situation du salarié entre rupture choisie et rupture subie et donc s'interroger à tout le moins sur certaines ruptures du contrat de travail suppose en toute hypothèse lucidité et discernement.

A. Lucidité tout d'abord

Lucidité, « *la blessure la plus proche du soleil* », selon le vers fameux de René Char. Patrice Adam, Alain Chirez, Marc Véricel, en ont fait montre en tout cas et nous ont incités à les suivre.

Alain Chirez en premier lieu, à propos de l'insuffisance de résultats et de l'insuffisance professionnelle, aujourd'hui nettement distinguées de la faute, la première n'étant pas en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement et la seconde n'étant pas en principe une faute, nous a priés de ne pas nous réjouir trop vite qu'elles échappent ainsi à l'ordre du disciplinaire. L'auteur voit en effet là « *une vision idéologique à l'allure faussement progressiste qui ouvre la porte aux abus* ». Certes, poursuit-il, le salarié est soulagé dans ce cas du poids de la faute mais outre qu'il n'est pas exclu que la notion de faute puisse être élargie jusqu'à la considération d'une faute professionnelle

distincte de la faute disciplinaire, l'analyse aujourd'hui retenue au cas d'insuffisance professionnelle et d'objectifs prive le salarié des garanties du droit et de la procédure disciplinaire quand il fait l'objet d'un licenciement. Nous nous sommes alors demandé, pour notre part, si une solution de progrès, certes audacieuse, ne consisterait pas à offrir des garanties équivalentes à celles de la procédure disciplinaire dès lors que le licenciement est fondé sur un motif personnel, même non fautif.

Lucidité aussi avec Marc Véricel, qui a analysé devant nous, fort scrupuleusement, les rapports de l'inaptitude et de la rupture du contrat. Il nous appelle à son tour à ne pas nous exagérer la portée de la protection et des garanties du droit de l'inaptitude de même que celle de l'obligation de reclassement qui pèse alors sur l'employeur. Certes la rupture du contrat de travail du salarié inapte est a priori l'exception, spécialement avec les lois de protection du 7 janvier 1981 et du 31 décembre 1992, la première relative aux salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle au regard de la sécurité sociale, la seconde concernant les victimes d'un accident ou d'une maladie non professionnelle. Mais, au regard des conditions auxquelles il peut être toutefois admis, ce licenciement est-il si exceptionnel ? Dès lors que l'employeur a fait le tour des postes éventuellement disponibles, il n'est nullement obligé de créer ni même de permuter des postes existants. Quant à la nullité du licenciement, elle ne peut être prononcée que dans des cas très particuliers, s'il y a discrimination ou harcèlement. Et Marc Véricel de se demander si la législation n'est pas en la matière trop complexe pour être véritablement efficace, spécialement dans les petites entreprises. Il propose en tout cas des pistes de réforme, autour d'une meilleure considération, plus en amont, de la situation des salariés concernés et d'un rapprochement des garanties dans les deux types d'inaptitude, d'origine professionnelle ou non professionnelle.

La lucidité est évidemment indispensable à qui veut faire preuve de discernement, cette qualité première dont La Bruyère écrivait qu'elle était la chose la plus rare au monde après les diamants et les perles.

B. Discernement

Christophe Radé tout d'abord nous permet de faire un point clair sur les licenciements en lien avec un harcèlement. On sait que la matière du droit du harcèlement, spécialement du traitement pénal du harcèlement sexuel, vient d'être touchée par les remous d'une question prioritaire de constitutionnalité,

de la censure de l'incrimination pénale, trop vague jusqu'alors, de ce harcèlement qui en est résultée et de la réforme législative du 6 août 2012 qu'elle a entraînée. Cette réforme n'affecte pas seulement le droit pénal mais aussi le droit du travail, notamment dans la définition beaucoup plus précise et complète qui est désormais retenue du harcèlement sexuel. Émerge aujourd'hui un régime beaucoup plus sévère pour les auteurs et une protection significativement accrue des victimes et aussi des témoins. Les personnes les plus vulnérables au harcèlement sont particulièrement prises en considération et le harcèlement sexuel est désormais analysé comme une forme de discrimination sexiste.

On le voit, pour reprendre la formulation de Christophe Radé, tout n'est pas seulement affaire de renforcement de la répression des harcèlements sexuels puisqu'il s'agit aussi de parvenir à une meilleure appréhension des discriminations. Autant d'avancées qui, certes, peuvent être assez sévères pour les entreprises, mais qui sont à la mesure de l'attente que l'on place en elles d'une prévention et d'une lutte énergiques contre les harcèlements, pour une meilleure et plus large citoyenneté de tous.

Progrès dans le discernement aussi avec Patrice Adam, qui a su démêler les interactions subtiles et complexes de la vie personnelle et de la vie professionnelle au regard ou au miroir de la faute disciplinaire. Ici ce n'est plus la métaphore maritime mais celle des jardins qui s'impose. Les évolutions de la jurisprudence en effet, sur la distinction si ce n'est des deux vies du moins des deux versants d'une même vie, évoquent irrésistiblement un premier passage de la clarté des jardins à la française au désordre savant des jardins à l'anglaise, suivi aujourd'hui sans doute d'un mouvement vers davantage d'ordre. Mais outre que ces modifications parfois subtiles sont fort difficiles à repérer et à analyser, Patrice Adam ne manque pas de dissiper toute illusion d'un accès à la limpidité en la matière, tant celle-ci est au contraire marquée par cet « *fracassable noyau de nuit* » lové au cœur de toute vie et qu'évoque le poète, en l'occurrence André Breton. Il convient aussi de ne pas oublier, comme nous le dit fortement Patrice Adam, que « *le bouclier de la vie personnelle semble aujourd'hui largement fait de papier* » lorsqu'il s'agit de protéger le salarié des tentatives de son employeur d'accéder à ses documents informatiques. Pour autant, Patrice Adam conclut que la distinction de la vie personnelle et de la vie professionnelle n'est sans doute pas en train de se dissoudre et qu'elle est peut-être moins elle-même en crise que la représentation que nous nous faisons d'elle.

Le discernement, qui nous a permis de commencer à arpenter l'île, nous permet aussi de mesurer

l'importance des rencontres que nous sommes susceptibles d'y faire.

II. Les rencontres dans l'île

Si le sujet de la journée peut en effet répondre à la métaphore de l'île, ce n'est évidemment en rien parce qu'il appellerait à une sorte d'isolement. Tout au contraire suscite-t-il des rencontres de nature diverse. Sur cette île d'abord, nous avons appris qu'il y avait des ponts, comme Christophe Radé nous l'a heureusement montré, à propos des liens qu'il convient de faire, ne serait-ce que pour mieux les combattre, entre les harcèlements et les discriminations. C'est une façon du reste de renouveler la thématique du harcèlement en dévoilant son rapport étroit avec la discrimination.

Voilà déjà une rencontre. Il y en a d'autres, avec, il est vrai, des figures allégoriques, qu'il s'agisse de la volonté en elle-même (A), ou des accords, nés de la rencontre des volontés (B).

A. La volonté

C'est évidemment l'une des figures essentielles de notre journée, puisque c'est surtout du rôle de la volonté, et particulièrement du rôle de la volonté du salarié, qu'il a été question. N'a-t-on pas été jusqu'à évoquer, dans l'intitulé de la session de l'après-midi, il est vrai sur le mode interrogatif, le déferlement de la volonté du salarié sur la rupture du contrat ? La formule est évidemment provocante et elle doit être bien comprise. Elle ne signifie aucunement que c'est la volonté du salarié qui jouerait désormais le rôle le plus important dans la majorité des ruptures. Nul d'entre nous n'oublie que le licenciement est une décision unilatérale de l'employeur. Pour autant, nos débats nous ont convaincus qu'il était effectivement intéressant de s'interroger à nouveaux frais sur le rôle de la volonté du salarié en matière de rupture du contrat de travail, sans illusion déplacée mais sans non plus timidité excessive. Successivement, Pascal Lokiec et Frédéric Géa nous y auront bien aidés.

Qu'en est-il tout d'abord de la volonté du salarié dans la relation de travail ? Pascal Lokiec nous rappelle certes que dans un univers caractérisé par le rapport de subordination, il est hors de question de mettre sur le même plan les situations de l'employeur et du salarié. Reprenant la distinction tripartite avancée par Sheldon Leader de la justice contractuelle, de la justice fonctionnelle et de la justice civique, il montre combien il serait dangereux de tout sacrifier à la justice contractuelle, au seul motif qu'elle correspond à

l'accord des volontés des parties. Pour autant, le rôle de la volonté du salarié ne doit pas être négligé et il serait même souhaitable qu'il soit amplifié. En tout cas, si l'on veut à tout le moins imposer le respect des attentes légitimes du salarié, il convient de rester très réservé sur les tentatives ici et là menées de contourner la jurisprudence relative à la modification unilatérale du contrat de travail. Allant plus loin, il serait sans aucun doute très opportun d'élargir la capacité d'initiative du salarié, alors que celle-ci est tellement bridée, précisément, par la subordination. Il ne fait nul doute, pour reprendre la terminologie de Sheldon Leader, que la justice civique y gagnerait beaucoup. Pascal Lokiec nous incite donc à reconnaître que la prise en considération de la volonté du salarié n'a pas nécessairement pour seul horizon son consentement à la régression de ses droits.

Or voici que, dans les ruptures unilatérales du contrat de travail à durée indéterminée, et spécialement dans la démission, la volonté du salarié est d'abord l'expression et la signification d'une liberté, comme nous l'a bien rappelé Frédéric Géa. Cependant il nous a montré aussi que la volonté du même salarié s'apparente à un pouvoir, quand il s'agit de prendre acte de la rupture du contrat de travail, et c'est bien parce qu'il s'agit d'un pouvoir, et d'un pouvoir de droit, tout au moins depuis les trois arrêts du 25 juin 2003, que celui-ci doit se justifier, produisant alors les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ou, s'il ne se justifie pas, celui d'une démission. Et si, selon l'expression imagée de l'auteur, « *les décisions se rapportant à cette problématique de la justification de la prise d'acte s'apparentent aux pièces d'un vaste puzzle* », elles n'en traduisent pas moins l'émergence d'une volonté « *sanctionnatrice* » du salarié, qui n'est pas sans évoquer une sorte d'image inversée, même si elle est bien sûr incomplète, du pouvoir disciplinaire. On mesure alors la profondeur de ce que Frédéric Géa nomme les changements induits d'une telle évolution. Ces changements affectent les frontières de la prise d'acte et de la démission d'un côté, de la prise d'acte et de l'action en résiliation judiciaire du contrat de travail de l'autre, la volonté de rompre signant chaque fois l'existence d'une prise d'acte. La prise d'acte, comme pouvoir de la volonté et aussi dépassement de la distinction des ruptures choisies et des ruptures subies. De toute façon, et comme Frédéric Géa ne

manque pas de l'écrire dans sa conclusion, le régime juridique des ruptures nées de la volonté comme signification de la liberté et celui des ruptures nées de la volonté comme pouvoir se côtoient et parfois se font concurrence ; ils entrent encore dans une figure plus complexe, à trois pôles cette fois, lorsqu'on examine aussi les ruptures conventionnelles. C'est alors la question des accords qui est posée.

B. Les accords

Nous l'enseignons tous les jours à nos étudiants, l'une des caractéristiques majeures du droit du travail contemporain est l'articulation étroite et intime de l'individuel et du collectif qu'il met en œuvre. Il en est ainsi particulièrement pour les accords, individuels entre l'employeur et le salarié, collectifs entre les partenaires des relations professionnelles. Cependant, l'articulation de l'individuel et du collectif appelle, comme tous les aspects du droit du travail, une attention sérieuse. Ainsi Pascal Lokiec nous met-il en garde contre une tendance à accepter des solutions parfois défavorables aux travailleurs au seul motif que l'accord individuel peu avantageux est appuyé sur un accord collectif du même esprit ou est autorisé par lui.

Au fond, la rencontre des volontés n'est pas toujours une bonne rencontre. Ainsi, de quelle qualité peut être cette rencontre quand elle se fait dans le cadre de la rupture conventionnelle ?

La rupture conventionnelle, récemment apparue dans notre droit, méritait en effet qu'on l'examine de près. C'est ce qu'a fait, fort rigoureusement, Gilles Auzero. Le salarié peut-il consentir à la résiliation de son contrat de travail ? Longtemps contestée, la réponse est aujourd'hui clairement positive. La question s'est en réalité déplacée sur les conditions de la licéité d'un tel accord. Spécialement, et pour reprendre l'expression imagée de l'auteur, la rupture conventionnelle a-t-elle « *phagocyté* » la rupture amiable classique au point que toute rupture d'un commun accord devrait désormais se couler dans le moule de la rupture conventionnelle ? Gilles Auzero conclut par la négative après une analyse serrée. Il est alors conduit à s'interroger sur les conditions que doit respecter cette rupture, qu'elle qu'en soit le type, tant en ce qui concerne la manifestation de la volonté du salarié que la qualité de cette volonté.

S'agissant d'abord de la rupture conventionnelle, on sait qu'elle impose une phase préalable de négociation dont le non-respect devrait conduire, selon Gilles Auzero, à la nullité pure et simple de la rupture conventionnelle. Il est sans doute dommage, comme

l'observe l'auteur, que ces règles de protection stricte du consentement du salarié, et sans doute même de la formation de son consentement, n'aient été étendues ni à la rupture d'un commun accord du contrat de travail à durée déterminée ni à la même rupture du contrat d'apprentissage. Et l'on pourrait se demander s'il n'y a pas dans la procédure d'homologation de la rupture conventionnelle comme un modèle dont il serait opportun de s'inspirer dans d'autres modes de rupture. En tout cas, lorsque la volonté du salarié porte seulement sur le choix qui lui est laissé de consentir au départ volontaire qui lui est proposé par l'employeur ou de préférer le maintien de sa relation de travail, c'est déjà une obligation d'information précise qui pèse sur l'employeur, touchant particulièrement les conditions, les modalités et les effets de la rupture.

Toujours en vue de la protection du consentement du salarié, il ne faut pas négliger, sur un terrain plus classique, le jeu des vices du consentement, pour erreur, dol ou violence, même si celui-ci paraît devoir être plus large dans les cas de rupture amiable de droit commun que dans celui des ruptures conventionnelles, en principe par lui-même plus protecteur du consentement du salarié. Toutefois, même dans cette dernière hypothèse, un arrêt fort récent cité par l'auteur révèle qu'une annulation est possible dans un cas de violence issu d'un harcèlement moral. On ne sait d'ailleurs s'il faut en la matière se féliciter de la vigilance de la jurisprudence ou s'inquiéter de la lacune révélée de la procédure mise en œuvre par la loi. Et l'on se demande alors s'il faut aussi écarter la possibilité d'une rupture conventionnelle au cas de litige entre les parties, tout comme la Cour de cassation l'a fait pour les ruptures amiables. Une pesée très précise des arguments opposés conduit Gilles Auzero à pencher plutôt pour la réponse négative, sauf peut-être à considérer que l'existence d'un tel litige pourrait valoir présomption simple d'un défaut de liberté du consentement du salarié.

On le voit, nombreuses demeurent les interrogations. Comment, du reste, pourrait-il en être autrement ? La matière ne prête pas à la sérénité, comme l'ont rappelé, avec réalisme et lucidité, les représentants des syndicats lors de la table ronde. Si nous avons quitté l'île avec le sentiment d'avoir vécu une riche et utile journée, c'est parce qu'elle nous appelle d'abord à un devoir de vigilance. Pour reprendre une fois encore l'image chère aux brillants organisateurs du Colloque, spécialement Valérie Lacoste-Mary et Sébastien Tournaux, n'est-ce pas du reste ce qu'il faut attendre de ceux qui s'aventurent en mer ?

Jean-Pierre Laborde