

Rupture conventionnelle : ode aux noyés

(Sur l'entretien, la nullité et la preuve)

Cass. Soc. 1^{er} décembre 2016, n° 15-21.609 (FS-PBRI)

par Patrice ADAM, Professeur à l'Université de Lorraine

PLAN

I. Quand la rupture conventionnelle prend l'eau (sur l'absence d'entretien)...

II. ... c'est le salarié qui coule (sur la charge de la preuve)

De la rupture conventionnelle, les volontés (celles de l'employeur et du salarié) constituent matière (juridique) première. Qu'un vice affecte l'une ou l'autre et c'est l'édifice contractuel qui menace de s'effondrer devant le juge prud'homal. Sous les décombres, la « rupture à l'amiable » corrompue de réapparaître alors sous les traits d'un licenciement illégitime (1), dès lors tout du moins – l'examen du contentieux montre qu'il s'agit là de l'hypothèse la plus fréquente (2) – que c'est la volonté du salarié qui apparaît gâtée.

Placée au cœur du contrôle judiciaire, l'intégrité de la volonté du salarié – et plus justement sa (re)mise en cause –, apparaît comme seul « support » possible (sous la réserve de la fraude), seule voie praticable (et fort étroite), de contestation de la convention de rupture conclue. On le sait, pour garantir pareille intégrité (3), le législateur a institué « armature procédurale » (entretien(s) avec possibilité d'assistance, délai de rétractation, contrôle de l'administration du travail lors d'une phase d'homologation/autorisation), encadrant, soutenant, l'échange et l'expression des volontés (les dispositions légales relatives à la rupture conventionnelle sont ainsi « destinées à garantir la liberté du consentement des parties » (4) (5). Ainsi, « le législateur a souhaité mettre en place un « processus contractuel successif, en contraignant les parties, et plus particulièrement, le salarié « à l'hésitation » » (6).

Restait à savoir, au lendemain de l'adoption de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, si la violation de ces « règles de procédure » devait systématiquement pervertir le consentement donné par le salarié à la rupture d'un « commun accord » de son contrat de travail. On pouvait sérieusement en douter à la lumière de l'arrêt rendu le 29 janvier 2014 (7) par la Chambre sociale de la Cour de cassation : « une erreur commise dans la convention de rupture sur la date d'expiration du délai de quinze jours prévu par l'article L. 1237-13

du Code du travail ne peut entraîner la nullité de cette convention que si elle a eu pour effet de vicier le consentement de l'une des parties ou de la priver de la possibilité d'exercer son droit à rétractation ». Refus patent de tout automatisme dans cette affaire. Position dont il était possible de redouter l'extension, tant elle semblait se situer sous les auspices d'une jurisprudence particulièrement « clémente » à l'égard du mécanisme de la rupture conventionnelle (clémence à facettes, qui trouve illustration tant en ce qui concerne le recours au dispositif qu'à ces très limitées conditions d'invalidation). La Chambre sociale de la Cour de cassation semble ainsi fort soucieuse de ne point jouer les empêcheurs de « contracter en rond » ! Aussi peut-on d'abord être soulagé à la lecture de l'arrêt rendu par la Chambre sociale le 1^{er} décembre 2016 (7 bis). La Haute juridiction y juge, en effet, que l'absence d'entretien est cause automatique de nullité. Nul sauvetage d'une « convention sans entretien » ne peut ici être envisagé (1.). Dans les eaux judiciaires, elle doit irrémisiblement sombrer ! Le soulagement, pourtant, ne sera que de courte durée. Car, en vérité, pour éviter à « l'accord de rupture » de couler, la Cour de cassation jette à la mer une bouée de sauvetage en faisant peser la charge de la preuve de l'absence d'entretien sur le salarié (II.). C'est à lui que la noyade est promise.

(1) Cass. Soc. 15 oct. 2014, n° 11-22.251.

(2) Voir cependant, CA Metz, 6 mai 2013, n° 11/01105 ; CA Rennes, 22 avr. 2016, n° 14/03271 (l'employeur invoque un vice du consentement).

(3) C. trav., art. L. 1237-11 al. 3 : les dispositions relatives à la rupture conventionnelle ont pour objet de « garantir la liberté du consentement des parties ».

(4) C. trav., art. L. 1237-11, al. 3.

(5) G. Loiseau, « La rupture conventionnelle au régime du droit commun », JCP S, 25 févr. 2014, 1078 : « La rupture conventionnelle

obéit à un régime impératif dont l'objet est de sécuriser la commune volonté des parties de sortir du contrat » ; Y. Leroy, note sous. Cass. Soc. 25 mars 2015, Dr. Ouv. 2015, p. 363 : « L'assurance d'un consentement libre est donc trouvée dans les garanties procédurales qui entourent la [rupture conventionnelle] ».

(6) G. Auzero, obs. sous Cass. Soc. 29 janv. 2014 (3 arrêts, n° 12-27.594 ; n° 12-24.539 ; n° 12-25.591), RDT 2014. 255.

(7) N° 12-24.539, Dr. Ouv. 2014, p. 415 n. A. Ferrer.

(7 bis) reproduit ci-après.

I. Quand la rupture conventionnelle prend l'eau (sur l'absence d'entretien)...

Commentant les arrêts du 29 janvier 2014 (8) et celui du 29 mai 2013 (9), un auteur écrivait : « *la Chambre sociale a clairement fait le choix de ne pas handicaper la rupture conventionnelle par un appareillage contraignant de règles requises pour sa validité ou par une large admission des motifs d'invalidation. Légitimiste, elle s'est alignée sur les conditions de droit commun de validité des actes juridiques, refusant de concevoir elle-même d'autres causes d'irrégularité qui seraient propres à la rupture conventionnelle* » (10). Si l'intégrité des volontés est la seule mesure de la validité de la convention qu'elles irriguent et soutiennent, alors sans doute est-il raisonnable d'admettre qu'une irrégularité sans conséquence mauvaise sur la qualité du consentement ne charrie pas dans son sillage la nullité de la rupture amiable. Mais peut-on considérer qu'il est des irrégularités qui, *par nature* – en elles-mêmes (sans qu'il soit nécessaire de démontrer, effectivement, une altération du consentement du salarié) – portent atteinte à l'intégrité de la volonté exprimée ? Sans doute. La Cour de cassation en a d'ailleurs jugé ainsi dans un important arrêt du 6 février 2013 (11) : le défaut de remise d'un exemplaire de la convention de rupture au salarié est une cause de nullité de la convention, dès lors qu'une telle remise est nécessaire pour garantir le libre consentement du salarié, en lui permettant ensuite d'exercer son droit de rétractation en connaissance de cause.

Ce qui supporte le consentement ne peut s'écrouler sans l'entraîner dans sa chute. Que le mur s'effondre et le cadre qui y était accroché de se briser net sur le sol. L'entretien prévu par l'article L. 1237-12 du Code du travail constitue-t-il semblable support du *mutuus dissensus* ? Que décider si la convention de rupture conventionnelle a été conclue sans avoir été précédée du moindre entretien ? Faut-il considérer que cette irrégularité n'est pas de nature à entraîner, en soi, volonté viciée et donc nullité de la convention de rupture ? Le juge du contrat de travail conserve-t-il la

possibilité de juger que l'absence d'entretien n'a pas eu, au regard des circonstances de l'espèce, de répercussions néfastes sur l'intégrité du consentement délivré ? Non pas ! En jugeant, sans réserve, que « *le défaut du ou des entretiens prévus par le premier de ces textes, relatif à la conclusion d'une convention de rupture, entraîne la nullité de la convention* », il met fin à toute hésitation. L'absence d'entretien est cause de nullité de la convention de rupture conventionnelle (12). Solution dont la rigueur mérite d'être approuvée.

Il résulte du premier alinéa de l'article L. 1237-12 du Code du travail que « *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* ». De la formule, ainsi rédigée, il est apport normatif incontestable : si la volonté des parties de recourir à la rupture conventionnelle peut se mûrir à l'ombre des foyers, si la grande scène finale de la signature de la convention par le salarié peut se faire en dehors même du théâtre d'un entretien formalisé (13), en revanche, le principe de cette rupture doit avoir été discuté – mieux encore, « *convenu* » – au cours d'un entretien. De cet entretien, il n'est pas possible de se dispenser totalement ! Le formulaire de demande d'homologation fait d'ailleurs de la référence à sa tenue mention obligatoire. Certes, sur les formes de cet entretien, la loi reste muette. Pour autant, il ne saurait être entendu dans le seul sens, commun et banal, de « *conversation entre plusieurs personnes* » (Dictionnaire Larousse). L'entretien doit être saisi, ici comme ailleurs (ici en contemplant l'ailleurs : licenciement, sanction disciplinaire...), comme une conversation, « *individuelle* » (articulée autour des deux seules parties intéressées et de leur assistant éventuel) (14), se nouant au cours d'une rencontre physique (15) – et non pas d'un simple entretien téléphonique (16) –, en face à face, en un lieu et à un horaire préalablement déterminés.

(8) N° 12-27.594 ; n° 12-24.539 ; n° 12-25.591.

(9) N° 12-13.865.

(10) G. Loiseau, art. préc., JCP S, 25 févr. 2014, 1078.

(11) Cass. Soc. 6 févr. 2013, n° 11-27.000, RDT 2013. 258, n. F. Taquet ; Dr. Ouv. 2013, p. 507, n. A. Ferrer.

(12) Déjà CA Versailles, 6^{ème} ch., 30 juin 2015, n° 14-02.050.

(13) On notera que la loi n'impose aucun délai entre l'entretien au cours duquel les parties conviennent de la rupture et celui où la convention est effectivement signée (Cass. Soc. 3 juill. 2013, n° 12-19.268).

(14) Cass. Soc. 23 avr. 2003, n° 01-40.817 (entretien préalable au licenciement).

(15) Mais la question de la possibilité d'organiser cet entretien « à distance » (grâce à des logiciels de type Skype) ne manquera évidemment pas, un jour prochain, de se poser devant la Cour de cassation.

(16) Cass. Soc. 14 nov. 1991, n° 90-44.195.

Sur le « principe de la rupture » (17), il faut donc être tombé d'accord, sinon pendant l'entretien, du moins se le dire, se le confirmer, pendant son déroulement. Pourquoi ? Parce que c'est là façon de s'assurer de l'intégrité de la volonté des parties – et singulièrement de celle du salarié – à la convention projetée. Aussi, il eût été tout de même paradoxal, voire saugrenu, de considérer que l'entretien est garantie majeure (sans être exclusive ! Il ne suffit pas que l'entretien se soit régulièrement déroulé pour que le consentement exprimé soit à l'abri de toute critique) de l'intégrité des consentements échangés – considération qui résulte tant de la loi (18) que de l'ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail (19) – pour ensuite juger que son absence n'est pas, *en elle-même*, de nature à invalider la convention de rupture qui ne pourrait y trouver appui ! Invalidation dont on peut légitimement penser, en s'engageant sur un terrain plus prospectif, qu'elle serait également prononcée par le juge social si le salarié a été, d'une manière ou d'une autre, empêché de se faire assister lors de l'entretien (20). Comme le prévoyait l'article

12 de l'ANI du 11 janvier 2008, « *la liberté de consentement des parties est garantie par la possibilité, lors des discussions préalables à cette rupture, pour le salarié de se faire assister par une personne de son choix* » ! Que cette possibilité lui soit retirée et c'est la liberté de son consentement qui s'en trouve irrémédiablement altérée.

Ainsi, « *toutes les formalités dont la raison d'être est de pourvoir à l'intégrité du consentement du salarié doivent être considérées comme substantielles en ce sens que leur inaccomplissement, privant le salarié d'une garantie, est nécessairement sanctionné par la nullité de la convention de rupture* » (21). Et l'on reprendra à notre compte le constat (la distinction) opérée(e), avec grande finesse, par Grégoire Loiseau : « *la nullité est, en effet, encourue de plein droit puisqu'elle sanctionne le non-respect de mesures préventives organisées dans le cadre du régime statutaire de la rupture conventionnelle. Elle n'est donc pas subordonnée à la caractérisation d'un vice du consentement, lequel relève des mesures curatives liées à la nature contractuelle de la séparation* » (22).

II. ... c'est le salarié qui coule (sur la charge de la preuve)

Reste fondamentale question : qui doit rapporter la preuve qu'aucun entretien n'a eu lieu ? Là-aussi, la Chambre sociale, sur le fondement de l'article 1315 du Code civil (23), pose ferme solution : « *c'est à celui qui invoque cette cause de nullité d'en établir l'existence* ». Et de casser l'arrêt d'appel ayant fait droit à la demande de nullité de la convention de rupture formée par le salarié, qui arguait de l'absence d'entretien, au motif que l'employeur ne produisait aucun élément matériellement vérifiable permettant d'attester la réalité de la tenue des deux entretiens

mentionnés dans la convention de rupture. C'est là application stricte du droit commun de la preuve, dont il paraît, *a priori*, effectivement bien difficile de s'échapper dans le type de litige qui nous retient.

Les conséquences d'une telle solution n'en apparaissent pas moins déléteres. En effet, dans nombre de cas, la charge probatoire ainsi mise sur les épaules du salarié risque d'être bien lourde à supporter. C'est attacher à ses pieds un boulet l'attirant irrésistiblement vers le fond... Comment, en pratique, faire la preuve de l'absence d'entretien (24) ?

(17) Une lecture littérale pourrait conduire à considérer que seul le principe du recours à la rupture conventionnelle doit être discuté en entretien (sans que cela ne soit nécessaire pour ses modalités). Mais, en fait, il est impossible de dissocier ici principe et modalités. L'accord sur le principe de la rupture conventionnelle n'est possible que sur la base de la détermination préalable de ses modalités. Avant que ses modalités ne soient arrêtées, l'employeur et le salarié ne sont d'accord que pour envisager une éventuelle rupture conventionnelle !

(18) C. trav., art. L. 1237-11 al. 3 et L. 1237-12.

(19) Dans le même sens, la note explicative accompagnant l'arrêt commenté souligne que « *la rédaction [de l'article L. 1237-11] n'est source d'aucune ambiguïté en ce qu'il est clair qu'elle fait du ou des entretiens une condition substantielle de la rupture conventionnelle et prolonge d'ailleurs l'article qui précède, selon lequel la rupture conventionnelle est soumise aux dispositions de la présente section destinées à garantir la liberté du consentement des parties. En d'autres termes, l'entretien (ou les entretiens) précédant la conclusion d'une convention de rupture est l'une des mesures voulues tant par les partenaires sociaux que par le législateur pour garantir la liberté du consentement des parties* ». Et d'ajouter (de façon peut-être surabondante) : « *Au surplus, cette rencontre et cet entretien sont impliqués par la circonstance que les parties ne doivent pas seulement convenir du principe*

de la rupture (commune), mais également de ses conditions, et notamment de la détermination de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ».

(20) En ce sens, G. Auzero, « La volonté du salarié en matière de ruptures bilatérales », Dr. Ouv. 2013, p. 487.

(21) G. Loiseau, note sous Cass. Soc. 1^{er} déc. 2016, JCP S, 10 janvier 2017, 1005, p. 28.

(22) G. Loiseau, note préc., p. 29.

(23) Devenu, avec l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats le 1^{er} octobre 2016, l'article 1353.

(24) F. Taquet, « Rupture conventionnelle : la preuve de l'absence d'entretien revient au salarié », JSL 2 janv. 2017, n° 423 : « *la Chambre sociale met le salarié devant une situation pour le moins complexe, voire impossible, puisqu'il lui revient de prouver ses affirmations, c'est-à-dire pratiquement qu'aucun entretien n'a eu lieu (en d'autres termes, d'apporter une preuve négative) !* » ; M. Roussel, « Sanction et charge de la preuve du défaut d'entretien relatif à la conclusion d'une rupture conventionnelle », Dalloz actualité, 2 janv. 2017 (Dalloz.fr) : « *Il convient de remarquer que la preuve à apporter par le salarié est une preuve négative : celle du défaut d'entretien. Sauf à montrer que le salarié était sur un autre lieu au moment du soi-disant entretien, la preuve de cette absence pourrait s'avérer presque impossible* ».

Comme le souligne, avec lucidité, François taquet, « *ce faisant, la Chambre sociale met le salarié devant une situation pour le moins complexe, voire impossible* » (25). *Probatio diabolica* (25 bis). Peut-on réellement s'en satisfaire ? On ne le pense pas.

Mais est-il voie possible d'allègement de la charge probatoire qui pèse sur le salarié ? Mobiliser, en ce champ, le système de preuve partagée institué par l'article L. 1235-1 du Code du travail est impossible. Le contentieux n'a pas pour objet l'illégitimité du licenciement (ou la contestation de la *cause* de la rupture), même si elle peut en être l'issue. Nulle question non plus d'étendre la règle probatoire – d'en assurer la mutation, en dehors du droit du licenciement ou du droit de la sanction disciplinaire – liée à l'organisation de l'entretien préalable de licenciement. La fonction de l'entretien préalable au licenciement et celle de l'entretien de rupture conventionnelle, ainsi que la substance des textes qui les instituent et les organisent, interdisent, sans doute, tout raisonnement *a pari*. Sans faire fi des prescriptions de l'article 1353, on pourrait alors songer à invoquer une « *présomption du fait de l'homme* » – désormais nommé « *présomption judiciaire* » dans la langue nouvelle du Code civil (26) – et considérer que l'absence de désignation d'un assistant fait présumer l'absence d'entretien, reportant alors la charge de la preuve sur l'employeur. Voie escarpée, il faut bien le reconnaître, tant il serait artificiel de faire découler une telle présomption d'une absence qui peut n'être que l'usage fait par le salarié d'une faculté que lui offre la loi...

Paradoxalement, c'est dans la note explicative accompagnant l'arrêt examiné que l'on trouvera la piste alternative la plus crédible. Elle semble se loger dans l'argumentation même développée pour la condamner ! On y lit, en effet, que « *la rupture conventionnelle étant une rupture bilatérale du contrat de travail, il n'y avait pas lieu, sauf à nier ce caractère bilatéral, de faire peser la preuve de l'entretien exclusivement sur l'employeur* ». Par ailleurs, « *la signature, comme en l'espèce, par le salarié et l'employeur d'une convention de rupture sur laquelle est mentionnée la*

tenue d'au moins un entretien laisse ainsi présumer son existence, et c'est à la partie qui soutient qu'il n'a, en définitive, pas eu lieu, de renverser cette présomption ». Voilà raisons qui justifieraient donc que la preuve pèse exclusivement sur le salarié !

On relèvera d'abord, rapidement, qu'attacher ce type de présomption à la signature de la convention par le salarié convainc malaisément. Car si sa volonté lui a été « extorquée » (c'est bien ce qu'il met en avant en arguant de l'absence d'entretien), sa signature – qui n'est rien d'autre que la marque distinctive qu'elle se donne – l'a été tout autant. L'une et l'autre font corps. Lorsque ce corps est malade, l'infection gangrène tous ses membres. Aussi, déduire de l'une (la signature) présomption d'intégrité de l'autre laisse plus que dubitatif !

De plus, l'idée selon laquelle « *la rupture conventionnelle [est] une rupture bilatérale du contrat de travail* » mérite, à tout le moins, nuance. Non point qu'elle soit fautive, bien évidemment (27). Le soutenir serait proprement ridicule. Mais disons que l'affirmation, aussi juste soit-elle, occulte une part sensible du réel ; elle semble, au vrai, trop « décontextualisée », pour le dire d'une autre manière. Car il est proprement impossible aujourd'hui de détacher ce mode de rupture de l'horizon de la « figure » du licenciement. Quoiqu'en pleine lumière, il n'en reste pas moins dans son ombre (28). Non pas vraiment parce que l'invalidation de la rupture conventionnelle débouchera sur une requalification de la rupture consommée en licenciement (le licenciement est toujours qualification tapie, à l'état latent, sous celle de rupture conventionnelle...) – ce seul constat n'autorise guère à tirer des conclusions sur le terrain de la preuve – , mais parce que le risque que ce mode de rupture négociée soit utilisé pour contourner, détourner, les exigences (de motivation, entre autres) du droit du licenciement est peu contestable (29) (bien que certains s'emploient, avec force, à le minimiser) ! Risque bien réel qu'accentue l'état de subordination du salarié qui rend, *a priori*, toute manifestation de volonté individuelle sujette à caution (même si la petite musique du temps joue nouvelle partition

(25) F. Taquet, art. préc.

(25 bis) J. Mouly, note sous Cass. Soc. 1^{er} déc. 2016, Dr. Soc. 2017, p. 82.

(26) Article 1382 du Code civil ; anc. art. 1350.

(27) La rupture conventionnelle « *procède d'une initiative commune de l'employeur et du salarié de rompre d'un commun accord le contrat de travail* » (Circ. DGT n° 009-04 du 17 mars 2009).

(28) On sait que la rupture conventionnelle peut aussi être déguisement d'une véritable « pré-retraite » (Rapport OCDE, *Vieillesse et politique de l'emploi : Mieux travailler avec l'âge*, 30 janv. 2014).

(29) Risque que pointe la Cour d'appel de Versailles dans un arrêt du 16 déc. 2014 (Dr. Ouv. 2015, p. 364 n. M. Desrués) ; v. déjà, A. Fabre, F. Lefresne, C. Tuchsirer, « L'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail. Une tentative d'évaluation » : « *On imagine sans mal pourquoi cette configuration a des chances de s'imposer dans les faits : en proposant à un salarié de rompre le contrat par voie conventionnelle, l'employeur se soustrait au droit du licenciement. N'étant plus tenu de justifier la rupture par une cause réelle et sérieuse, il échappe alors au contrôle judiciaire afférent* », Revue de l'OFCE, oct. 2008, p. 21.

et voit dans cette méfiance endémique relique de musée). Le législateur lui-même ne semble d'ailleurs pas en avoir fait fi : la « *représentation réductrice (30) des altérations de la volonté est révélatrice de la crainte du législateur que l'unilatéralisme dans la rupture du contrat perdure sous les traits d'un accord imposé par l'employeur et accepté, dans un souffle inconsistant de volonté, par le salarié. De fait, la fragilité de la volonté dans un rapport subordonné, sa vulnérabilité – lorsque le processus de rupture est initié par l'employeur – constituent un terreau favorable à une corrosion de la volonté* » (30 bis). Et de ce risque, il paraît bien peu opportun de ne pas tenir compte sur le terrain probatoire. Il ne faudrait pas, en effet, que le droit de la preuve constitue tremplin à l'essor de contestables pratiques de « rupture conventionnelle contrainte » (misant sur le « jeu probatoire » comme obstacle dissuasif à l'action judiciaire et aide au contournement du droit du licenciement).

Ainsi, « *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* » (31). Resitué dans son contexte (celui de la dépendance du salarié) et sa dangerosité potentielle (comme outil de mise à l'écart du droit du licenciement), le contentieux de la rupture conventionnelle semble pouvoir être soustrait aux rigueurs de l'article 1353 du Code civil. Parce que l'employeur détient un pouvoir économique et juridique de nature à altérer, à corroder, la volonté du salarié, et parce qu'il peut avoir grand intérêt à user de la rupture conventionnelle comme mode d'évitement des garanties attachées au licenciement, il paraît légitime de lui imposer, en cas de contestation judiciaire, de prouver que la volonté du salarié de rompre le contrat par voie conventionnelle a été parfaitement intègre et donc que l'entretien préalable imposé par la loi comme « *étaï* » s'est bien tenu. Certes, pareille solution pourrait se traduire, comme le souligne la note explicative, « *dans les faits, par l'envoi par l'employeur d'une convocation à un entretien aux fins de signer une convention de rupture, à l'instar de ce qui est prévu en matière de licenciement, ce qui aurait de facto imposé un formalisme ni voulu par les partenaires sociaux, ni prévu par le législateur* » (32). Voilà qui est vrai, indubitablement. Mais voilà qui semble peu au regard des inconvé-

nients et des risques charriés par la solution probatoire finalement consacrée. L'explication apparaît même un peu bancale. Elle reconnaît en effet, en creux, que la preuve de la tenue de l'entretien passe, *de facto*, par une convocation. Mettre à la charge de l'employeur pareille preuve, ce serait donc faire peser sur lui une obligation de convoquer le salarié et d'en garder trace. Formalisme absent de la loi et de l'ANI. Certes. Mais en faisant peser la charge de la preuve sur le salarié, la Cour de cassation reporte sur lui, en toute logique, cette obligation de convocation (est-il vraiment sérieux d'imaginer le salarié convoquer son employeur à l'entretien ?). De ce côté-là, étrangement, le silence de la loi et de l'ANI ne semble plus obstacle dirimant.

Faut-il voir dans ces assertions relents de quelque nostalgie d'une « *conception passéiste des modes de rupture du contrat de travail* » (33) ? Vision « *régressive et antithétique* », qui occulterait la rupture initiée par la loi du 25 juin 2008 avec « *la construction binaire du droit de la rupture du contrat de travail fondée sur l'unilatéralisme* » ? Dénégation surannée de « *l'autonomie de la rupture conventionnelle* » (34) ? La charge est lourde. Que veut-on dire exactement en affirmant que la rupture conventionnelle est un « *mode de rupture autonome* » ? Deux choses, sans doute. D'abord, que la loi a fait de la rupture conventionnelle un mode de rupture du contrat de travail *spécifique* au sens où, ne se confondant ni avec le licenciement, ni avec la démission, elle a instauré canal bilatéral dans un océan d'unilatéralisme (ce serait le sens de l'article L. 1231-1 du Code du travail). Ensuite, que ce mode *spécifique* de rupture relève d'un régime juridique propre, complet et auto-suffisant, excluant tout emprunt à d'autres règles attachées à la rupture unilatérale (ce serait le sens de l'article L. 1233-3 du Code du travail). Admettons-le sans bataille.

Mais en quoi cette fameuse « *autonomie* » s'oppose-t-elle au report de la charge de la preuve de l'existence de l'entretien de rupture conventionnelle sur l'employeur ? Lui imposer pareille charge, c'est effectivement adopter règle semblable à celle retenue dans le champ du droit du licenciement. Mais cette similarité ne signifie pas nécessairement phénomène d'*importation* d'un régime à l'autre, d'*imprégnation* d'un régime sur l'autre. Il ne s'agit point de dire que la règle probatoire attachée à l'entretien préalable de

(30) G. Loiseau, art. préc., JCP S, 25 févr. 2014, 1078 : « *Impulsivement, lorsqu'il a traité de la question de la protection de l'intégrité du consentement, le législateur l'a envisagée sous l'angle du risque de contrainte pesant, dans le rapport de forces inégales, sur le salarié pour qu'il accepte de consentir à la rupture. C'est donc à la liberté du consentement qu'il s'est déclaré particulièrement attaché* ».

(30 bis) G. Auzero, art. préc., Dr. Ouv. 2015, p. 484.

(31) *Ibidem*.

(32) Obligation de convocation que les juges du fond refusent d'imposer à l'employeur : CA Rouen, 12 avr. 2011, n° 10/04.389 ; dans le même sens CA Lyon, 23 sept. 2011, n° 10/09.122.

(33) G. Loiseau, note préc., JCP S, 10 janv. 2017, 1005, p. 30.

(34) *Ibid.*

licenciement (et qui se justifie à la fois par la finalité ou la fonction de l'entretien et par les règles légales d'organisation qui l'encadrent) doit être *transposée* à l'entretien de rupture conventionnelle. Notre propos est bien différent et finalement fort respectueux de cette « autonomie » portée en étendard : il est des *raisons propres* au mécanisme de la rupture conventionnelle (dont l'autonomie, sauvegardée, ne fait cependant pas obstacle à sa mise en contexte normatif et social (35)) qui justifie, sur la question qui nous occupe, l'attribution à l'employeur de la charge de la preuve. On ne va pas chercher dans le droit du licenciement les ressorts de cette justification ; on les y trouve, profondément ancrés, dans le mécanisme même de la rupture conventionnelle. En aucun cas, on ne regarde l'entretien préalable de rupture conventionnelle dans le miroir de l'entretien préalable de licenciement. On ne cherche son reflet nulle part ailleurs que dans sa propre image.

Or, le législateur et les partenaires sociaux ont voulu permettre une rupture amiable, alliage de volontés intègres (36). À la vérification de cette intégrité, tout doit être mis en œuvre. Nul obstacle, fut-il d'ordre probatoire, ne doit être érigé. C'est là meilleure façon de ne pas trahir l'esprit des bâtisseurs de l'édifice « rupture conventionnelle ». Mieux encore : son autonomie, loin d'être prise de revers, en sort renforcée ! Car c'est là, en donnant « assurance » d'une saine expression des volontés, que la « rupture de gré à gré » gagnera crédit dans un contexte marqué par un lien de subordination (entendu sous sa double dimension, juridique et économique), que l'esprit du temps, tout fait d'harmonie contractuelle, semble vouloir effacer. Mais les relations de travail ne sont pas une ardoise magique. La Cour d'appel l'avait compris ; la Chambre sociale l'a oublié (en donnant à cet oubli publicité maximum (P.B.R.I.)). Semblable orientation ne pourrait-elle être d'ailleurs rattachée, même à longue distance, à ce « *relèvement des conditions de l'entière efficacité de la [volonté contractuelle]* » (37) dont il a pu être dit, avec force, qu'elle constituait le marqueur de la grande réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 ?

Enfin, le « droit à la preuve » n'offre-t-il pas support possible à cette réorientation souhaitable de la jurisprudence de la chambre sociale ? On n'ignore pas que, jusqu'à présent, ce droit subjectif processuel, d'émergence judiciaire récente (38), a été mobilisé non point sur le terrain de la charge de la preuve, mais sur celui de la recevabilité des éléments probatoires invoqués par un plaideur, en permettant, à certaines conditions, de faire plier certaines exigences fondamentales (essentiellement le droit au respect de la vie privée) dressées comme obstacle à la production de ces éléments par son adversaire (39). Mais si le « droit à la preuve » signifie que « *constitue une atteinte au principe de l'égalité des armes résultant du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions* » (40), on peut sans peine considérer que ce nouveau « droit à » doit permettre de s'échapper du jeu normal de l'article 1353 du code civil (anc. 1315) dès lors qu'il conduit à faire peser sur l'une des parties une preuve manifestement impossible à rapporter, alors même que son adversaire est en position d'apporter, sans gêne importante pour lui, démonstration contraire.

Lesté d'une charge (probatoire) insupportable, le salarié risque la noyade ! N'en ayons cure, l'essentiel est (sain et) sauf : le bateau « rupture conventionnelle » continue, tranquillement, de voguer, par temps calme, sur une mer d'huile, ses voiles gonflées par le vent (jurisprudentiel)... Le continent d'amarrage est désormais bien déterminé : cap sur la modernité ! Et tant pis pour les noyés...

Patrice Adam

(35) À sa manière, la jurisprudence *Dentressangle* en porte particulier témoignage (Cass. Soc. 9 mars 2011, n° 10-11.581, Dr. Ouv. 2011 p. 473 n. A. Chirez).

(36) C. trav., art. L. 1237-11, al. 3

(37) Th. Revet, « Une philosophie générale ? », *Revue des contrats, Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, avr. 2016 (Hors série), p. 5.

(38) Mais d'origine doctrinale, bien plus ancienne : G. Goubeaux, *Le droit à la preuve*, in *La preuve et le droit, Études publiées par C. Perelman et P. Foriers*, Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 277 s. ; voir déjà, F. Gény, *Des droits sur les lettres missives*, T. 2, Sirey, 1911, p. 81 s.

(39) Cass. Soc. 9 nov. 2016, n° 15-10.203 ; Cass. Soc. 25 févr. 2016, n° 15-12.403 ; J.-C. Saint-Pau, « Droit à la preuve versus droit au respect de la vie privée », D. 2016, p. 884.

(40) Cass. Com. 15 mai 2007, n° 06-10.606, Bull. civ. IV, n° 130 ; CEDH, 10 déc. 2006, n° 7508/02, L. L. c/ France, § 40.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 1^{er} décembre 2016

Laboratoires Genevrier contre D. (p. n° 15-21.609) (extrait)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. D. a été engagé le 9 juin 2009 par la société Laboratoires Genevrier en qualité de responsable de l'informatique médicale ; que les parties ont, le 18 janvier 2011, signé une convention de rupture homologuée par l'administration ; que le salarié a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes ;

Sur le premier moyen :

Vu les articles L.1237-12 du code du travail et 1315, devenu 1353, du code civil ;

Attendu que si le défaut du ou des entretiens prévus par le premier de ces textes, relatif à la conclusion d'une convention de rupture, entraîne la nullité de la convention, c'est à celui qui invoque cette cause de nullité d'en établir l'existence ;

Attendu que pour faire droit à la demande de nullité de la convention de rupture formée par le salarié, celui-ci arguant de l'absence d'entretien, l'arrêt, après avoir constaté que la convention de rupture mentionnait la tenue de deux entretiens, retient, par motifs propres et adoptés, que l'employeur ne produit aucun élément matériellement vérifiable permettant d'en attester la réalité ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé les textes susvisés ;

(...)

Par ces motifs :

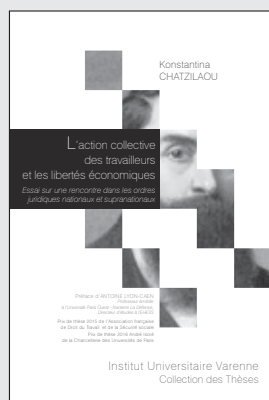
Casse et annule, mais seulement en ce qu'il dit nulle la convention de rupture signée le 18 janvier 2011, dit que la rupture du contrat de travail est un licenciement sans cause réelle et sérieuse et condamne la société Laboratoires Genevrier au paiement de sommes à ce titre, condamne la société Laboratoires Genevrier au paiement d'un rappel de salaire au titre des heures supplémentaires, des contreparties en repos et des congés payés afférents, d'une indemnité pour travail dissimulé et de dommages-intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité de résultat, et ordonne la répétition de l'indemnité de rupture, l'arrêt rendu le 22 mai 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Toulouse ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Bordeaux ;

(M. Frouin, prés. – Mme Ducloz, rapp. – Mme Robert, av. gén. – Me Le Prado, SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, av.)

L'ACTION COLLECTIVE DES TRAVAILLEURS ET LES LIBERTÉS ÉCONOMIQUES

Essai sur une rencontre dans les ordres juridiques nationaux et supranationaux

Konstantina Chatzilaou



Editeur :

Institut Universitaire Varenne

Collection : Thèses

ISBN : 978-2-37032-093-3570

pages – 2016 – 45 euros

L'action collective des travailleurs – qu'on désigne ordinairement en France par le terme de grève – fait l'objet d'un encadrement juridique diversifié au niveau national comme supranational. Les différents régimes de l'action collective se trouvent aujourd'hui confrontés aux libertés économiques garanties par le droit de l'Union européenne, au premier titre desquelles la liberté d'établissement et la libre prestation des services. C'est en 2007, à Luxembourg, que s'est joué le premier acte de cette confrontation, lorsque la Cour de justice de l'Union européenne eut à examiner, dans les affaires Viking et Laval, les circonstances d'une rencontre inédite : celle de l'action collective, telle que régie par les ordres juridiques nationaux, avec les libertés économiques. Dans un second temps et par contrecoup, les instances veillant au respect des textes élaborés au sein de l'Organisation internationale du Travail et du Conseil de l'Europe ont été le lieu d'une rencontre similaire : celle de l'action collective, telle que régie par les ordres juridiques de l'OIT et du Conseil de l'Europe, avec ces mêmes libertés économiques.

Cette thèse entend mettre en lumière les évolutions des régimes nationaux et supranationaux de l'action collective, à la suite de leur rencontre avec les libertés économiques. Pour ce faire, deux perspectives sont combinées. Dans une perspective historique, les droits nationaux et supranationaux de l'action collective sont étudiés pour en saisir la construction. À cette fin, l'outil employé est celui de la comparaison juridique, comparaison qui s'effectue à un double niveau, national (droit français et droit anglais) et supranational (droit de l'OIT et droit du Conseil de l'Europe). Dans une perspective plus dynamique, ce sont les interactions des régimes nationaux et supranationaux de l'action collective avec les libertés économiques garanties par le droit de l'Union européenne qui sont examinées, avec pour toile de fond la théorie du pluralisme juridique ordonné.