

## UN NOUVEAU MODE DE RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL A DUREE INDETERMINEE : LA RUPTURE CONVENTIONNELLE

### UN BREF HISTORIQUE EN INTRODUCTION : DE L'ANI du 11/01/2008 A LA LOI :

L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la « modernisation du marché du travail », comporte en son article 12 le vœu des partenaires sociaux de « privilégier les solutions négociées à l'occasion des ruptures du contrat de travail et un paragraphe consacré à « la rupture conventionnelle ».

Le législateur a donc consacré et encadré la rupture du contrat de travail d'un commun accord voulue par les partenaires sociaux.

Il s'agit des articles L. 1237-11 et suivants du Code du Travail (Loi n°2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail).

Par ailleurs, le décret 2008-715 du 18 juillet 2008 crée dans le Code du Travail un nouvel article R. 1237-3 prévoyant que « l'autorité administrative compétente pour l'homologation de la convention de rupture prévue par l'article L. 1237-14 est le Directeur Départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle du lieu où est établi l'employeur ».

Par ailleurs, la circulaire 2008-11 du 22 juillet 2008 de la Direction Générale du Travail apporte des précisions sur l'instruction par l'administration des demandes d'homologation.

Enfin, l'arrêté du 18 juillet 2008 publie deux modèles de demande d'homologation :

- un modèle pour la rupture du contrat d'un salarié non protégé,
- l'autre modèle pour la rupture négociée par un salarié protégé modifié par arrêté du 28/07/08 publié au JO du 06/08/08).

Il s'agit d'un document unique établi par l'administration incluant la convention de rupture, la demande d'homologation et la décision de la DDTEFP (imprimé CERFA en trois exemplaires originaux) : Cf. [www.travail-solidarite@gouv.fr/formulaires](mailto:www.travail-solidarite@gouv.fr/formulaires).

Je vous propose dans une première partie, de décrire succinctement le nouveau dispositif de rupture dont l'originalité est de présenter deux procédures :

- une procédure de conclusion,
- une procédure d'homologation par l'Administration ;

Dans une deuxième partie, d'analyser le nouveau mode de rupture : ses avantages et désavantages que l'on soit employeur ou salarié, les interrogations qu'il suscite.

## I. LE NOUVEAU DISPOSITIF DE RUPTURE :

Le législateur en fait une troisième voie de rupture du contrat de travail à durée indéterminée qui n'est ni à l'initiative de l'employeur, ni à l'initiative du salarié : « le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié, ou d'un commun accord dans les conditions prévues par les dispositions du présent titre » (article L. 1231-1 du Code du Travail modifiant l'article L. 122-4 du Code du Travail).

### I. 1. La procédure de conclusion

Aux termes de l'article L. 1237-11 Nouveau du Code du Travail, la nouvelle rupture repose sur une rencontre des volontés de l'employeur et du salarié pour convenir de la rupture et des conditions de la rupture.

Champ d'application : ce dispositif de rupture conventionnelle ne sera pas applicable aux ruptures de contrat résultant des accords collectifs de GEPEC, des plans de sauvegarde de l'emploi s'agissant de dispositifs de départ volontaire à caractère collectif dont le régime juridique est spécifique.

#### I. 1.1. Entretiens et assistances des parties

L'employeur et le salarié doivent donc convenir du principe de la rupture lors d'entretiens au cours desquels le salarié peut se faire assister.

L'initiative de la rupture peut donc provenir :

- soit du salarié.
- soit de l'employeur.

Concernant l'employeur, il est conseillé d'inviter le salarié à négocier en lui rappelant les droits à l'assistance pour se ménager une preuve écrite de l'accomplissement de cette formalité substantielle.

Le salarié peut se faire assister :

- soit par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise (salarié titulaire, d'un mandat syndical, ou membre d'une institution représentative du personnel ou tout autre salarié).
- soit en l'absence d'institution représentative du personnel par un conseiller du salarié choisi sur la liste dressée par l'autorité administrative.

Si le salarié entend se faire assister, il doit en informer l'employeur auparavant.

Si le salarié se fait assister, l'employeur alors peut se faire assister et il en informe à son tour le salarié.

Là encore, l'écrit sera important en cas de procédure pour prouver que chacun a respecté le devoir d'information réciproque.

L'employeur peut lui se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, ou dans les entreprises de moins de 50 salariés par une personne appartenant à son organisation syndicale d'employeur ou par un autre employeur relevant de la même branche.

Dans les groupes, le DRH de la société mère, peut participer à cette négociation et même recevoir mandat pour procéder à l'entretien comme en matière de licenciement (Cass. Soc. 19 janvier 2005 n°02-45675).

L'auditoire l'aura remarqué : les avocats sont exclus de ce dispositif d'assistance, tout comme en matière d'entretien préalable au licenciement.

Dans le formulaire de demande d'homologation, la qualité de l'assistant et son identité doivent figurer pour le salarié assisté et pour l'employeur assisté.

De même, dans le formulaire, doit être renseignée la date du premier entretien et des suivants, le cas échéant.

L'article 1237-11 du Code du Travail stipule que le dispositif est destiné à « garantir la liberté du consentement des parties ».

#### I. 1.2. Les conditions de la rupture :

- L'indemnité de rupture ne peut être inférieure à l'indemnité de licenciement prévue à l'article 1234-9 du Code du Travail.

C'est l'instauration d'une indemnité unique de licenciement qui ne varie plus en fonction du motif (économique ou personnel) : le montant unique égal 1/5 de mois de salaire, avec majoration pour les salariés ayant plus de 10 ans d'ancienneté.

Le montant est donc doublé et porté au montant qui existait pour le licenciement pour motif économique.

Bien évidemment, l'employeur reste tenu de verser l'indemnité de licenciement prévue par le contrat de travail ou la convention collective si elle est plus intéressante pour le salarié.

De plus, l'ancienneté pour en bénéficier est réduite à un an.

- La convention fixe, la date de fin des relations contractuelles qui ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation.

- La convention mentionne le délai de rétractation de 15 jours calendaires à compter de la signature.

La rétractation se fait par lettre adressée par tous moyens attestant de sa date de réception par l'autre partie (RAR ou remise en mains propres contre décharge).

A l'issue du délai de rétractation, la partie la plus diligente adresse une demande d'homologation à l'autorité administrative.

## I. 2. LA PROCEDURE D'HOMOLOGATION

La circulaire du 22 juillet 2008 (DGT 2008-11) précise l'étendue du contrôle de l'administration.

A l'arrivée de la demande d'homologation, la DTEFP adresse à chaque partie un accusé de réception de la demande notifiant la date d'arrivée de la demande, la date à laquelle le délai d'instruction expire.

L'accusé de réception précise qu'à défaut de refus express d'homologation avant cette dernière date, l'homologation est réputée acquise.

On peut imaginer que le dossier incomplet sera renvoyé et qu'une nouvelle demande d'homologation sera exigée faisant courir les délais.

L'Administration dispose d'un délai d'instruction de quinze jours ouvrables à compter de la réception de la demande pour s'assurer du respect des conditions prévues « à la présente section » et de la liberté de consentement des parties.

A défaut de notification dans ce délai, l'homologation est réputée acquise et l'autorité administrative est dessaisie.

La validité de la convention est subordonnée à son homologation.

En cas de litige, c'est le Conseil de Prud'Hommes qui est compétent en premier ressort.

Il doit être saisi dans les 12 mois de la date d'homologation sous peine d'irrecevabilité.

Dans le formulaire de demande d'homologation, des éléments considérés comme des éléments substantiels doivent figurer :

- l'identité complète des parties,
- l'ancienneté du salarié,
- les douze derniers mois de salaire brut,
- la date du et (ou) des entretiens avec le nom et la qualité des assistants éventuels,
- la date de la fin du contrat de travail,

- la signature de la convention de rupture avec mention lu et approuvé par les deux parties,
- le montant de l'indemnité,
- « autres clauses éventuelles » : d'autres indemnités telles que des dommages et intérêts, la rémunération de la clause de non concurrence, le DIF ...,
- la date de fin du délai de rétractation.

Un avenant peut compléter l'imprimé fort utilement pour préciser les modalités de restitution du matériel, du véhicule de fonction, les droits au D.I.F., la rémunération de la clause de non concurrence...

L'Administration dispose d'un tableur de vérification automatique de l'indemnité spécifique de rupture pour un examen rapide du respect du minimum légal.

- la date envisagée de rupture du contrat de travail doit être cohérente au regard des délais de rétractation,

\*\*\*\*\*

La décision administrative sera soit explicite et dès lors motivée en précisant en cas de refus les points vérifiés qui ne sont pas conformes aux conditions impératives fixées par la Loi ;

Les parties pourront le cas échéant régulariser les anomalies de forme et présenter une nouvelle demande d'homologation.

soit implicite à l'expiration du délai d'instruction.

Le contrôle de l'administration sera-t-il un contrôle sur pièces, et donc essentiellement un contrôle de légalité?

- le formulaire a-t-il été correctement et complètement rempli, renseignant l'administration ?

Les données sont-elles cohérentes et conformes ?

- plus approfondi, avec le cas échéant, rencontre du salarié pour s'assurer de son libre consentement ?

On peut imaginer que compte tenu du délai c'est la première solution qui apparaît la plus vraisemblable.

\*\*\*\*\*

### I. 3. la rupture conventionnelle du contrat du salarié protégé.

Par dérogation, l'Inspecteur du Travail reste compétent pour accorder une autorisation qui vaut homologation.

L'Inspecteur du Travail vérifiera la liberté du consentement du salarié eu égard à l'exercice de son mandat et l'absence de lien avec le mandat et cela, après avoir entendu les parties, lors d'une enquête contradictoire et avoir exercé son contrôle.

Dans le cadre d'une consultation du Comité d'Entreprise, l'avis de ce dernier devra précéder la signature de la convention de rupture.

Nous rappellerons qu'il existe un formulaire spécifique de convention de rupture conventionnelle pour les salariés protégés.

Les recours formés contre les décisions des Inspecteur du Travail et autorisant ou refusant l'autorisation de rupture conventionnelle sont formés devant le Ministre ou devant le Tribunal Administratif selon la règle de droit commun.

## II. UNE ANALYSE « A CHAUD » DE LA RUPTURE CONVENTIONNELLE

### - Premières remarques d'ordre terminologique :

- Le terme « conventionnel » n'apparaît pas approprié et certains auteurs ont préféré le terme « contractuel ».
- Par analogie, avec le divorce par consentement mutuel l'on pourrait baptiser la troisième voie de rupture : la séparation professionnelle par consentement mutuel puisque les parties sont d'accord sur la rupture, n'en énoncent pas le motif et que cette rupture est soumise à homologation.

Mais pas devant le Juge, devant l'administration et là, la différence est de taille sur la nature du contrôle.

Le Conseil des Prud'Hommes aurait pu être chargé d'homologuer la convention de rupture dans le cadre d'une procédure gracieuse contradictoire.

Sans doute la volonté de rapidité a-t-elle dicté le choix de l'homologation administrative, ainsi que le mouvement contemporain de contractualisation de la Justice.

Pour le divorce, le rapport de la Commission Guinchard a maintenu le contrôle judiciaire pour garantir la prise en compte équilibrée des intérêts antagonistes en présence ; tout en imaginant un contrôle sur pièces sauf si les parties, ou le Juge, requièrent une audience sauf en présence d'enfants mineurs.

Tout comme le divorce du même nom, il s'agit d'une pacification de la rupture ce qui en soit, est très intéressant sur le plan humain.

### - Rupture conventionnelle et licenciement :

- Ce nouveau mode de rupture constitue pour certains des détracteurs une stratégie de contournement des règles de la rupture et singulièrement des règles d'ordre

public du droit du licenciement, la neutralisation du régime du licenciement économique.

- D'un autre côté, on peut noter des convergences entre la rupture conventionnelle du contrat de travail et le licenciement et notamment en ce qui concerne la procédure préalable à la rupture qui reste interne à l'entreprise avec les mêmes règles d'assistance.
- Concernant le paiement de l'indemnité spécifique, elle est la même aujourd'hui pour toutes les causes de licenciement et également pour la rupture conventionnelle.

#### - Rupture conventionnelle et démission :

- On peut également s'interroger sur le glissement et la disparition à terme de la démission.

Un salarié démissionnaire n'aurait-il pas intérêt à solliciter une rupture conventionnelle et si refus de l'employeur, à formaliser un donner acte de la rupture.

De plus, pour l'employeur confronté au salarié demandeur à la rupture, la rupture conventionnelle serait en tout état de cause intéressante puisqu'il n'aurait à régler que l'indemnité spécifique, à l'exclusion de toute autre indemnité, et bénéficierait de la garantie de l'homologation.

Le salarié y a, en tout cas, grandement intérêt puisqu'il aurait alors droit aux indemnités chômage.

Il s'agit d'un point fort du dispositif puisqu'avant le salarié n'était pas pris en charge en cas de perte volontaire d'emploi.

Dès lors, les cas de démission devraient se raréfier, voire même le donner acte de la rupture qui reste un mode de rupture risqué puisque requalifié par le Juge en démission ou en licenciement, et en cas de démission privatif d'indemnité.

#### - Quels seront les futurs recours ?

On peut imaginer des procédures de nullité de la rupture conventionnelle pour discrimination, maladie, inaptitude, harcèlement moral.

Ces demandes de nullité seraient faites à la requête du salarié pour obtenir sa réintégration ou des dommages et intérêts.

#### - Des nullités de la rupture pour vice du consentement :

La contrainte ou l'erreur sur les droits seraient alors à démontrer, ces recours étant ouverts devant la juridiction prud'homale en premier ressort.

Ces recours seraient délicats à mettre en œuvre puisque le salarié est informé de ses droits à assistance et dispose d'un délai de rétractation.

Et pourtant des pressions peuvent exister et les délais sont très courts, et le contrôle administratif limité.

- Transaction et rupture conventionnelle ?

La jurisprudence de la Cour de Cassation : elle frappe de nullité la transaction sur les effets du licenciement si le licenciement n'est pas encore notifié, et surtout la transaction suppose un litige.

Dans ces conditions, la transaction qui accompagnerait la rupture conventionnelle serait-elle nulle pour les mêmes motifs ou la jurisprudence va-t-elle évoluer ?

La rupture conventionnelle est une troisième voie de rupture et non un licenciement. Donc à mon sens, cette jurisprudence ne s'applique pas.

De plus, la convention est soumise à homologation et donc ne peut s'analyser comme une transaction.

L'accord des parties ne suffit pas pour lui conférer force exécutoire.

- Nous nous interrogeons sur la portée du contrôle administratif.

Le contrôle administratif sera-t-il purement formel ou y aura-t-il une audition contradictoire des parties ou du seul salarié pour vérifier la réalité du consentement.

Nous réitérons le fait que nous sommes sceptiques sur ce point compte tenu de la brièveté du délai d'instruction.

Il s'agit d'un contrôle de légalité sur pièces.

En revanche, on peut imaginer que le salarié dans le délai d'instruction saisisse l'administration en alléguant d'une contrainte ou d'une erreur sur ses droits ou d'une discrimination.

L'administration exercera-t-elle alors un contrôle de fond avec une enquête contradictoire ?

- Est-ce donc la fin du contrôle par le Juge ?

Le contrôle judiciaire est maintenu devant le Conseil des Prud'Hommes, devant la Cour d'Appel.

Peut-on véritablement parler de déjudiciarisation ?

Il est clair que le Juge prud'homal voit lui échapper le contrôle de la cause de la rupture dans cette troisième voie, et la procédure d'homologation.

- En conclusion, cette troisième rupture devrait intéresser le salarié potentiellement démissionnaire pour obtenir l'indemnité spécifique et surtout les droits aux ASSEDIC.

A ce titre, elle est protectrice des droits.

Pour le salarié qui ne souhaite pas quitter son emploi, ce type de rupture n'apparaît pas intéressante, sauf si l'employeur lui propose des dommages et intérêts au-delà de l'indemnité spécifique.

S'il l'accepte sous pression ou contrainte ou par erreur, les recours seront difficiles à exercer passé le délai de rétractation et l'homologation.

Ce type de rupture sera alors également séduisante pour l'employeur qui pourra sécuriser la rupture si le salarié y consent et en respectant le formalisme et les droits à l'assistance.

Telle est « la flexi-sécurité à la française »... : un texte de compromis

Sylvie MARTIN  
Avocat au Barreau de Nice  
Spécialiste en droit social