

## Rupture du contrat de travail : état des lieux

1. La loi de modernisation du marché du travail crée une nouvelle procédure de rupture du contrat de travail, mais elle ne bouleverse pas et ne remet pas en cause les modes habituels de rupture du contrat de travail.

Pour apprécier la place de la nouvelle rupture conventionnelle parmi les autres modes de rupture il paraît utile de faire une sorte d'état des lieux tant il est vrai qu'au cours des dernières décennies on a assisté à un foisonnement de pratiques de rupture du contrat de travail dans lesquelles la jurisprudence a eu un peu de mal à mettre de l'ordre.

2. Le principe de base est posé par l'article L.1231-1 du code du travail. Le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié. Il s'agira soit d'un licenciement soit d'une démission.

Le formalisme de la démission est extrêmement réduit (il tient en un seul article du code du travail) et elle n'a pas à être motivée. En revanche le formalisme du licenciement est très encadré (le code du travail lui consacre plus d'une centaine d'articles) et tout licenciement doit être motivé selon la loi par une « cause réelle et sérieuse ».

Chacun de ces deux modes de rupture présente des inconvénients pour l'auteur de la rupture :

- en cas de démission le salarié se voit priver de toutes indemnités de rupture et en principe il n'a pas droit à l'assurance chômage qui est réservée aux seuls salariés « involontairement privés d'emploi ».

- en cas de licenciement l'employeur s'expose à une contestation de la « cause réelle et sérieuse » qu'il a invoquée. Cette notion cardinale apparue il y a 35 ans conserve toujours un contour un peu flou qui continue d'alimenter l'essentiel du contentieux prud'homal. Elle engendre une insécurité juridique permanente et expose les employeurs à des condamnations qui peuvent être extrêmement lourdes. Ce constat s'impose quel que soit le motif du licenciement, motif personnel, motif économique, motif médical, etc. Toutes les catégories de licenciement sont susceptibles d'engendrer un contentieux.

3. Pour contourner ces difficultés et écarter les inconvénients que peut présenter chacun de ces modes de rupture la pratique a imaginé soit des modes alternatifs de rupture, soit des moyens permettant de modifier les effets de la rupture. Au risque de caricaturer on peut dire que d'un côté s'agissant de la rupture à l'initiative du salarié on cherchera à faire produire à la démission les effets d'un licenciement et de l'autre côté s'agissant de la rupture à l'initiative de l'employeur on cherchera à éviter les effets d'un licenciement et surtout l'insécurité juridique qui en découle.

3.1. C'est ainsi que s'agissant de rupture à l'initiative du salarié est apparue un nouveau mode de rupture qui est la procédure de prise d'acte de la rupture. Le salarié met fin à son contrat de travail en invoquant des manquements de l'employeur dans l'exécution du contrat de travail. Il demande au Conseil de Prud'hommes de constater ces manquements et de requalifier ce qui apparaissait comme une démission en un licenciement avec bien entendu toutes les conséquences pécuniaires qui en découlent. Ce licenciement n'ayant pas été notifié dans les formes légales il sera nécessairement requalifié en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Dans cette hypothèse le juge devra dire si les manquements invoqués existent et s'ils sont suffisamment graves pour empêcher l'exécution du contrat. Si c'est le cas la rupture sera requalifiée de licenciement, si ce n'est pas le cas la rupture sera requalifiée de démission.

Il existe une variante de la prise d'acte de la rupture. Un salarié peut démissionner de son emploi sans invoquer de reproches envers son employeur mais il pourra ultérieurement faire requalifier cette démission de licenciement s'il résulte des circonstances antérieures ou contemporaines à la rupture que cette démission était équivoque.

La prise d'acte reste cependant un exercice risqué pour le salarié qui peut se voir requalifié de démissionnaire par les juges.

S'il n'est pas totalement sûr de la pertinence des reproches qu'il fait à son employeur le salarié pourra choisir la voie de la demande de résolution judiciaire de son contrat de travail. Dans ce cas il poursuit l'exécution de son contrat de travail mais il demande au juge de constater les manquements reprochés à l'employeur. S'il obtient gain de cause le juge prononcera la rupture du contrat de travail, cette rupture produira alors les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Si la demande du salarié est rejetée le contrat de travail se poursuit.

Il est à noter que la prise d'acte de la rupture et la demande de résiliation judiciaire ne sont ouvertes qu'au salarié, l'employeur ne pouvant, sauf exception, rompre le contrat de travail à durée indéterminée que par la voie du licenciement.

3.2. S'agissant maintenant des ruptures à l'initiative de l'employeur l'aléa et le risque judiciaire entourant toutes les sortes de licenciement ont amené la pratique à imaginer des mécanismes destinés à éviter ces risques.

3.2.1. Il avait tout d'abord été imaginé de procéder à des résiliations amiables du contrat de travail. L'employeur et le salarié s'entendaient pour se séparer moyennant le plus souvent le versement d'indemnités au moins aussi importantes que celle qui auraient été versées en cas de licenciement. Ce dispositif précurseur de la nouvelle rupture conventionnelle a été très vite abandonné pour plusieurs raisons.

- Tout d'abord s'agissant d'une rupture d'un commun accord l'Assedic refusait d'indemniser le salarié qui n'était pas par définition « involontairement privé d'emploi ».

- Ensuite l'Urssaf et le fisc considéraient que les indemnités versées dans le cadre d'une séparation amiable pouvaient avoir un caractère de salaire et devait supporter cotisations sociales et impôt.

- Enfin et surtout la jurisprudence a considéré que la rupture d'un commun accord ne pouvait intervenir qu'en l'absence de tout litige sur la rupture. Or la plupart du temps ces résiliations d'un commun accord étaient destinées non seulement à mettre fin au contrat de travail mais aussi à prévenir toute contestation ultérieure de cette rupture et elles étaient assorties de formules transactionnelles. Les juges considéraient alors que puisque les parties voulaient mettre fin à leur différend il n'y avait pas véritablement une résiliation amiable et la rupture était alors requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Dans un arrêt de principe du 24 mai 1996 la Cour de cassation marquait en ces termes la distinction entre rupture d'un commun accord et transaction.

« Si les parties à un contrat de travail décident d'un commun accord d'y mettre fin elles se bornent à organiser les conditions de la cession de leur relations de travail tandis que la transaction consécutive à une rupture du contrat de travail par l'une ou l'autre des parties a pour objet de mettre fin par des concessions réciproques à toute contestation née ou à naître résultant de cette rupture ».

Face à ces écueils la technique de la résiliation amiable était condamnée. Elle n'a subsisté que dans le cas des licenciements économiques puisque dans ce cadre là l'Assedic accepte d'indemniser les salariés ayant accepté un départ volontaire. Les indemnités qui sont versées obéissent au même régime que les indemnités versées en cas de licenciement

3.2.2. La voie de la rupture amiable étant fermée le contrat de travail ne pouvait être rompu que par un licenciement et pour sécuriser ce licenciement ont émergé les pratiques de licenciements dits « transactionnels ».

Il s'agit pour l'employeur et le salarié de s'entendre sur le principe et les modalités financières d'une rupture. Cette rupture est ensuite habillée en licenciement, celui-ci étant suivi de la signature d'une transaction destinée à empêcher toute contestation ultérieure du licenciement.

S'agissant d'un licenciement le salarié est considéré comme étant involontairement privé d'emploi et il a droit à l'assurance chômage. Les indemnités versées bénéficient du régime fiscal et social des indemnités versées en cas de licenciement.

Ce mode de rupture s'est considérablement développé et la jurisprudence a été amenée à sanctionner certaines dérives.

- Sur la forme tout d'abord les tribunaux ont exigé que la transaction ne soit conclue qu'après que licenciement ait pris date certaine par une notification faite par lettre recommandée AR.

- Sur le fond ensuite les tribunaux accentuent leur contrôle en vérifiant à la fois

. le respect de la procédure de licenciement et tout particulièrement l'exigence de motivation de la lettre de licenciement,

. la véritable qualification des faits énoncés dans la lettre de licenciement,  
. le montant des concessions consenties (cf arrêt du 15 mai 2008. Droit social 2008 page 993 qui annule une transaction conclue après un licenciement pour faute grave au motif que la concession de l'employeur de deux mois de salaire était dérisoire et ne constituait donc pas une véritable concession).

Voilà à grand trait quelles sont les pratiques actuelles en matière de rupture du contrat de travail. Elles se caractérisent par une complexité et une insécurité croissante qui a pour corollaire une extrême judiciarisation des ruptures. C'est dans ce contexte qu'a été signé l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 préluce à la loi du 25 juin 2008 de modernisation du marché du travail.

Christian DELPLANCKE  
Avocat au barreau de Nice