

Sommaire

- . L'édito 1
- . Contentieux de la rupture conventionnelle :
bref aperçu de jurisprudence 2 à 21
- . L'entretien préparatoire, première phase
de la procédure de rupture conventionnelle 22 à 26
- . Une assistance facultative mais
recommandée 27 à 36
- . Un service en ligne pour la demande
d'homologation 37 à 38
- . Les salariés détenant un mandat extérieur
à l'entreprise sont protégés ...
sous conditions 39 à 40
- . Quelques arrêts récents ... intéressants 41 à 42
- . Un dépliant pour mieux vous connaître 43

Édito

915 000, c'est le nombre de ruptures conventionnelles homologuées par les services déconcentrés du Ministère du travail d'août 2008 à juin 2012. Prévue par l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 puis instaurée par la loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, la rupture conventionnelle représente aujourd'hui, quatre ans après son introduction, 12 % des cas de rupture du contrat de travail à durée indéterminée. Pour la région Haute-Normandie, ce chiffre monte jusqu'à environ 25 % pour le premier semestre 2012.



La seule lecture de ces chiffres traduit un engouement certain pour cette forme de rupture dont les conditions sont convenues par l'employeur et le salarié.

Je crois pourtant utile de rappeler que, si la rupture conventionnelle, comme toute rupture amiable, procède d'une initiative commune de l'employeur et du salarié de rompre d'un commun accord le contrat de travail qui les lie, elle ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties. De plus, le code du travail entoure cette rupture de conditions qui sont destinées à garantir la liberté du consentement de chacun. Parmi ces conditions, outre l'homologation de la rupture qui conditionne sa validité, j'insiste sur la possibilité, pour le salarié engagé dans une telle démarche de rupture, de se faire assister par un conseiller du salarié dès lors que l'entreprise n'est dotée d'aucune instance représentative du personnel. Votre présence, aux côtés du salarié, au cours de l'entretien qui le conduira, peut-être, à convenir du principe d'une rupture conventionnelle, est essentielle. Vous

êtes, en effet, le garant du libre consentement du salarié et du respect de ses droits.

Votre investissement en la matière converge avec l'activité de mes services qui s'emploient à veiller au bon usage de cette procédure.

C'est la raison pour laquelle, j'ai jugé utile qu'un numéro spécial du Bulletin des conseillers du salarié de Haute-Normandie soit exclusivement consacré à la rupture conventionnelle.

A toutes et tous, je souhaite une bonne lecture et le meilleur usage de ce bulletin.

Serge LEROY
DIRECCTE de Haute-Normandie



Contentieux de la rupture conventionnelle : bref aperçu de jurisprudence

Le dispositif de la rupture conventionnelle vient de connaître son 4^{ème} anniversaire.

Entré en vigueur en août 2008, ce mode de rupture d'un commun accord du contrat de travail à durée indéterminée connaît un grand succès et occupe une place croissante parmi les autres régimes juridiques de rupture. Les services du ministère du travail ont ainsi homologué d'août 2008 à juin 2012 914.509 ruptures conventionnelles, dont 149.721 au cours du premier semestre de l'année 2012 (1). En Haute-Normandie, pendant cette même période, 19.986 ruptures conventionnelles ont été homologuées, dont 3.207 pendant les six premiers mois de cette année. A titre de comparaison, on peut noter que 8.097 licenciements, dont 1.547 pour motif économique, ont été enregistrés durant ce même semestre au niveau régional, auxquels pourraient être ajoutées 1.989 démissions (1). On constate ainsi que, durant ces six mois, les ruptures conventionnelles ont représenté, pour les départements de la Seine-Maritime et de l'Eure, près du quart de la totalité des ruptures de contrat de travail.

Le nombre considérable de ces ruptures amiables génère inévitablement des litiges, dont le nombre, même s'il demeure, à notre connaissance, particulièrement faible en proportion, s'accroît naturellement au fil des mois.

Si, comme le déclaraient en 2008 devant le Parlement les rapporteurs sur le projet de loi portant modernisation du marché du travail, «*la rupture conventionnelle est, par construction, décidée d'un commun accord entre les parties et les litiges devraient donc être rares*» (2), dans la réalité des faits, cette alternative à la démission et au licenciement produit un contentieux non négligeable et ce, en dépit du caractère, par hypothèse, consensuel de la rupture et de la sécurisation juridique apportée par le cadre légal. Soulignons toutefois qu'une part du contentieux, sans doute minime, est constituée d'actions introduites conjointement par l'employeur et le salarié à l'encontre du refus d'homologation qui leur a été opposé par l'Administration pour des motifs tenant à des irrégularités de procédure ou au non-respect de certaines garanties de fond, notamment financières.

Au-delà des problèmes de consentement vicié ou de fraude qui peuvent affecter la validité d'une rupture conventionnelle, ce dispositif issu d'une proposition des partenaires sociaux (3) fait apparaître des zones d'ombre ou des points de droit non envisagés par le législateur qui occasionnent aussi la saisine des tribunaux, appelés de la sorte à apporter des éclaircissements juridiques.

C'est ainsi que les conseils de prud'hommes et, à leur suite, les cours d'appel ont été conduits à se prononcer sur différents points litigieux. Dans l'attente que la Cour de cassation, sommet du pouvoir juridictionnel et source principale du droit jurisprudentiel, soit saisie et prenne position, un tour d'horizon des nombreuses décisions déjà rendues par les juridictions d'appel ne manquerait pas d'intérêt, en dépit de la disparité de leurs arrêts et, partant, de la distorsion de jurisprudence à leur niveau dans l'interprétation des textes légaux.

Cependant, si différents points de droit ont été clarifiés par les juges d'appel, les solutions qu'ils ont adoptées, dont certaines sont donc divergentes, pourront ne pas être approuvées par la Haute juridiction lorsque celle-ci sera appelée à

(1) Source DARES et Pôle emploi

(2) Rapport du député D. Dord et du sénateur P. Bernard-Reymond au nom de la commission mixte paritaire, n°920/364 du 3 juin 2008

(3) Accord national interprofessionnel (ANI) relatif à la modernisation du marché du travail, signé le 11 janvier 2008 par les trois organisations patronales MEDEF, CGPME et UPA et par les quatre organisations syndicales CFDT, CFE-CGC, CFTC et CGT-FO (étendu par arrêté du 23 juillet 2008 - JO 25/07/2008)



statuer sur le même problème juridique.

De nombreuses revues spécialisées en droit social ont dressé un panorama de la jurisprudence actuelle. Au vu du foisonnement de questions les plus diverses sur lesquelles les juges du fond, au gré des contestations qu'ils ont eu à connaître, se sont prononcés et ont donné leur propre interprétation, nous nous attarderons sur deux points qui nous semblent particulièrement importants : d'une part, la rupture conventionnelle dans un contexte conflictuel (A) et, d'autre part, la rupture conventionnelle dans un contexte de difficultés économiques (B).

A – La rupture conventionnelle dans un contexte conflictuel

On savait que la rupture d'un commun accord du contrat de travail à durée indéterminée - appelée également «rupture par consentement mutuel», «rupture amiable» ou bien encore, lorsqu'elle se situe dans un contexte de licenciement économique, «départ négocié» ou «départ volontaire» - qui est fondée sur le droit commun des contrats, c'est à-dire conclue sur le fondement des dispositions du Code civil (4), devait intervenir indépendamment de toute situation conflictuelle car, pour être admise par les tribunaux, elle requiert l'absence de tout litige antérieur entre les parties. En effet, la Cour de cassation exclut le recours à la rupture négociée dans

un contexte conflictuel afin d'éviter de concurrencer les règles du droit du licenciement (5).

La question était de savoir si la rupture conventionnelle doit, elle aussi, obéir à cette condition de validité. Autrement dit, la rupture conventionnelle peut-elle être admise lorsqu'elle intervient en présence d'un différend entre l'employeur et le salarié ; est-elle incompatible avec un conflit ouvert entre les parties ?

La majorité des cours d'appel saisies à ce jour (6) a tranché ce point en faisant application de la jurisprudence sur la rupture amiable de «droit commun» : un contexte conflictuel remet en cause la validité de la rupture conventionnelle.

Dès lors que la convention de rupture est signée dans un climat conflictuel, il en résulte que celle-ci doit être requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Si, comme le rappelle un auteur, «les ruptures conventionnelles devaient n'être que des séparations amiables sans motif apparent, indifférentes à leur cause» (7) il apparaît bien que ce mode de rupture trouve déjà ses limites dans un certain nombre d'interdictions, légales et jurisprudentielles. Présentée à l'image du divorce par consentement mutuel, qui permet aux époux de se séparer de façon consensuelle et au juge de prononcer le divorce sans considération des faits à l'origine de la rupture, la rupture

conventionnelle voit pourtant son usage proscrit dans différents cas de figure, au nom de l'ordre public de protection attaché au droit du licenciement, quand bien même serait constaté un réel accord de volontés de l'employeur et du salarié pour rompre leurs relations de travail à l'amiable.

A fortiori, la rupture conventionnelle, qui aux termes de la loi «ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties» (8), sera invalidée, ou requalifiée en licenciement, chaque fois que le consentement du salarié apparaîtra altéré, notamment en raison, semble-t-il, du contexte dans lequel s'inscrit la séparation.

La rupture conventionnelle, qui aux termes de la loi «ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties», sera invalidée, ou requalifiée en licenciement, chaque fois que le consentement du salarié apparaîtra altéré

Bien que «l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie» (8), balayant du coup les deux concepts classiques d'initiative et d'imputabilité liés à la rupture unilatérale du

contrat, la rupture conventionnelle n'est pas pour autant totalement abandonnée à l'autonomie de la volonté (9) et, par conséquent, à la liberté contractuelle : son champ d'application, voulu largement ouvert, risque de connaître dans l'avenir de nouvelles restrictions par la transposition qui pourrait être faite à son égard des modalités définies par la jurisprudence pour la rupture amiable «classique». Ce mode de rupture d'un commun accord est ainsi susceptible d'être à terme can-

(4) Articles 1134, 1108 et 1109 du Code civil et article L.1221-1 du Code du travail

(5) Cass. soc., 11 février 2009, pourvoi n°08-40095 ; 6 février 2008, pourvois n°06-40507/06-44989/0644990 ; 31 octobre 2007, pourvoi n°06-43570 ; 7 décembre 2004, pourvoi n°02-44248 ; 9 mai 2001, pourvoi n°98-42615 ; 31 octobre 2000, pourvoi no 98-43.086

(6) Cour d'appel de Versailles, 17ème chambre, 13 juin 2012, arrêt n°10/05524 ; Cour d'appel de Reims, chambre sociale, 16 mai 2012, arrêt n°11-00624 ; Cour d'appel de Rouen, chambre sociale, 13 mars 2012, arrêt n°11/03543 ; Cour d'appel de Paris, pôle 6, 6ème chambre, 22 février 2012, arrêt n°10/04217 ; Cour d'appel de Lyon, chambre sociale, 6 janvier 2012, arrêt n°11/03228 ; Cour d'appel de Riom, 4ème chambre civile, 3 janvier 2012, arrêt n°10/02152 ; Cour d'appel de Versailles, 1ère chambre, 15 décembre 2011, arrêt n°10/06409 ; Cour d'appel de Lyon, chambre sociale C, 23 septembre 2011, arrêt n°10/09107 ; Cour d'appel de Toulouse, 4ème chambre, 3 juin 2011, arrêt n°10/00338 ; Cour d'appel de Pau, chambre sociale, 28 mars 2011, arrêt n°10/02142 ; Cour d'appel de Riom, 4ème chambre civile, 18 janvier 2011, arrêt n°10/00658 ; Cour d'appel de Rouen, chambre sociale, 27 avril 2010, arrêt n°09/04140

(7) Grégoire Loiseau, *Droit social* n°6 – juin 2011, pages 681 et s.

(8) Article L.1237-11 du Code du travail

(9) L'autonomie de la volonté est un principe de droit privé. Elle induit le principe de la liberté contractuelle (les personnes sont libres de conclure ou de ne pas conclure tel ou tel contrat, ce qui suppose aussi la liberté de choisir le cocontractant et de définir les clauses du contrat) et le principe de la force obligatoire du contrat : ce dernier s'impose non seulement aux parties, mais encore au juge qui ne peut intervenir dans son exécution pour le suspendre ou pour le modifier. L'article 1134 du Code civil a expressément consacré ce principe en disposant que «les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites».



tonné aux seules hypothèses pour lesquelles le licenciement est exclu, de sorte que la rupture conventionnelle ne puisse pas s'inscrire «dans une démarche visant à contourner des procédures et des garanties légales» (10).

La question qui se présente donc pour l'avenir est de savoir si, au-delà de la mise à l'écart de la rupture conventionnelle en certaines circonstances expressément prévues par la loi, la Cour de cassation ne posera pas de nouveaux garde-fous qui pourront restreindre davantage le champ de la rupture conventionnelle, mettant, de ce fait, un frein au recours à ce mode de rupture.

Comme l'écrit un auteur «avec la jurisprudence actuelle [à propos de l'existence d'un litige antérieur], c'est le principal écueil auquel se trouve aujourd'hui confrontée la rupture conventionnelle ; et son arrêt de mort si la Cour de cassation y prête la main» (11).

Ainsi, un autre auteur a pu conclure que «une fois encore, c'est du contentieux que naîtront les règles du jeu de la rupture» (12).

Nous allons tenter, par un rapide survol de quelques-unes des multiples questions que pose la rupture conventionnelle et des solutions juridiques qui ont été apportées par les cours d'appel, de mieux faire connaissance avec ce mode de rupture qui a ses partisans et ses détracteurs et qui, après quatre années d'existence, provoque toujours une vive controverse.

La liberté de consentement comme condition impérative

Rappelons tout d'abord qu'une convention de rupture ne peut être valablement conclue que si elle

manifeste un consentement libre et éclairé, une volonté claire et non équivoque du salarié pour mettre fin au contrat de travail. Or, l'existence d'un conflit entre l'employeur et le salarié révèle un contexte factuel qui ne préserve pas nécessairement la liberté du salarié de s'engager ou non dans le processus d'une rupture conventionnelle de son contrat.

De la même façon, un litige préexistant à la rupture conventionnelle amène naturellement à s'interroger sur la cause de cette rupture, principalement de savoir si cette cause ne devait pas conduire juridiquement, non pas à une rupture issue d'un accord de volonté des deux parties, mais à une décision unilatérale de l'employeur de rompre le contrat, c'est-à-dire à un licenciement.

La circonstance que les parties se trouvaient en litige au moment de la conclusion de la rupture conventionnelle - a fortiori s'il s'agit d'un contexte disciplinaire où l'employeur formule des griefs envers le salarié - peut donc laisser présumer que cette rupture «amicable» ait pu être acceptée par le salarié sans que celui-ci soit totalement libre de son consentement.

Il en va ainsi, a fortiori, quand la perspective d'un licenciement est utilisée comme une menace par l'employeur ; cette contrainte, assimilable à une violence, fait d'ailleurs apparaître, si elle est avérée, une absence de liberté du consentement qui a, en principe, pour effet d'entraîner la nullité de la convention de rupture (13) et, partant, la réintégration du salarié dans l'entreprise ou, à défaut, son indemnisation. Sur ce point, on peut constater, dans les faits, que de nombreux tribunaux se sont plutôt dirigés vers la requalification de la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse, en retenant l'existence d'un litige entre les parties, sans rechercher si ces circonstances sont

constitutives d'un vice du consentement.

La rupture conventionnelle sera aussi invalidée dans les cas de harcèlement - moral ou sexuel - où il en résulte pour le salarié, victime des agissements de l'employeur, des troubles psychologiques, angoisses et anxiété qui caractérisent une situation de violence (14).

Au rang des situations litigieuses susceptibles d'altérer le consentement du salarié, il est indéniable que, lorsque l'employeur indique clairement au salarié, lors de pourparlers, qu'il entend, en tout état de cause, mettre fin par tout moyen au contrat de travail, la menace du licenciement en cas de refus de conclure une rupture conventionnelle, qui contraint le salarié à accepter celle-ci, affecte naturellement sa liberté de consentement. Il en est également ainsi pour toute pression psychologique exercée sur le salarié afin de l'inciter fortement à s'orienter vers la voie d'une rupture conventionnelle, alors que les griefs invoqués par l'employeur devaient normalement amener ce dernier à engager une procédure de licenciement s'il désirait se séparer du salarié. C'est aussi le cas du salarié qui, lors d'un simulacre de licenciement disciplinaire, se voit pousser au cours de l'entretien préalable à conclure une rupture conventionnelle. Ce sera également le cas du salarié, en souffrance au travail, qui se trouve acculé à signer une convention de rupture pour s'extraire d'une situation de travail dégradée qui perdure et révèle une volonté sous-jacente de l'employeur de ne plus conserver le salarié à son service, sans pour autant vouloir assumer un licenciement.

De ces diverses situations, on pourrait conclure que, chaque fois que le licenciement [en l'occurrence, pour motif personnel] s'impose comme mode de rupture au regard des circonstances présentes, la rup-

(10) Circulaire DGT n°2008-11 du 22 juillet 2008, 3.B/ ; circulaire DGT n°07/2012 du 30 juillet 2012, fiche n°14

(11) Jean-Emmanuel Ray - Liaisons sociales magazine - février 2012, pages 50/51

(12) Evelynne Serverin, Revue de droit du travail - n°2 - 23 février 2012, pages 110 et s.

(13) Article 1109 et 1111 et suivants du Code civil

(14) Cour d'appel de Toulouse, 4ème chambre, 3 juin 2011, arrêt n°10/00338



ture conventionnelle ne doit pas être utilisée par l'employeur comme un moyen d'éviter la mise en œuvre d'un tel licenciement. La rupture conventionnelle ne paraît effectivement pas a priori avoir vocation à permettre à l'employeur de s'affranchir du droit du licenciement et de contourner celui-ci au préjudice des droits des salariés. Se pose alors la question de savoir si le seul fait pour un employeur de proposer une rupture conventionnelle alors qu'une autre forme de rupture du contrat aurait pu être retenue, suffit à entacher d'irrégularité la convention conclue. Un auteur s'est risqué à considérer que «lorsque c'est l'employeur qui prend l'initiative de la séparation, la concurrence de ce mode de rupture avec le licenciement commande de l'écartier chaque fois que la voie du licenciement doit, pour la protection du salarié, être préférée» (15). A l'inverse, un autre auteur relève que la rupture conventionnelle offre une «faculté de rompre sans avoir à respecter les règles du licenciement (...) La rupture négociée est très avantageuse pour l'employeur qui souhaite mettre un terme à la relation de travail. Au lieu de procéder à un licenciement avec tous les aléas que celui-ci présente, il proposera au salarié une rupture conventionnelle» (16).

Comme l'a rappelé dernièrement la Cour d'appel de Rouen (17) «le véritable choix qui doit être offert au salarié, est de quitter librement l'entreprise ou de rester, et non celui de décider de la forme de son départ».

La rupture conventionnelle ne paraît effectivement pas a priori avoir vocation à permettre à l'employeur de s'affranchir du droit du licenciement et de contourner celui-ci au préjudice des droits des salariés

situer dans le régime du licenciement plutôt que sur le terrain de la rupture conventionnelle.

Mais, est-ce bien exact ? Rien n'est moins sûr.

Car la rupture conventionnelle n'a-t-elle pas justement été instituée comme troisième mode de rupture - après le licenciement et la démission -, totalement autonome des deux premiers, pour permettre à l'employeur et au salarié de s'accorder sur une séparation à l'amiable, de mettre fin par leurs seules volontés au contrat qui les lie, et ce quelle qu'en soit la raison ? La rupture conventionnelle, créée sur fond de «flexicurité» promue au plan européen (18) afin notamment de fluidifier les relations dans l'entreprise, ne vise-t-elle pas précisément à ce que l'employeur et le salarié ne soient pas contraints de se reporter sur une modalité juridique de rupture unilatérale du contrat [démission ou licenciement] alors qu'ils se sont entendus pour rompre d'un commun accord leurs relations de travail ? La rupture conventionnelle n'a-t-elle pas ainsi pour but d'éviter le recours à ce que certains qualifient de faux licenciements, c'est-à-dire des collusions frauduleuses, en s'y substituant ? La rupture conventionnelle n'a-t-elle pas

En résumé, seule une volonté commune, un accord librement consenti, peut autoriser la conclusion d'une convention de rupture. Encore faut-il que les circonstances qui entraînent la rupture conventionnelle n'exigent pas de se

pour objet de permettre aux parties de convenir ensemble de se séparer «en bons termes» sans avoir à s'engager dans une procédure à caractère conflictuel.

C'est à cette interrogation qu'il nous faut maintenant nous efforcer de répondre.

Une option à l'alternative démission/licenciement

Au nom du principe de la liberté contractuelle et parce qu'aucune disposition du Code du travail ne s'y oppose, la Cour de cassation a, de longue date (19), admis, par application des règles du Code civil (20), que l'employeur et le salarié puissent mettre un terme au contrat de travail à durée indéterminée, sans que la rupture soit imputée à l'un ou à l'autre. En effet, puisque le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun, selon les termes mêmes de l'article L.121-1, devenu l'article L.1221-1, du Code du travail, il peut donc être rompu par consentement mutuel, conformément aux dispositions de l'article 1134, alinéa 2, du Code civil.

Seule une volonté commune, un accord librement consenti, peut autoriser la conclusion d'une convention de rupture

A noter toutefois que, en 1992, le législateur, faisant écho à la Cour de cassation (21), est intervenu pour rendre applicable la procédure de licenciement pour motif économique à toute rupture du contrat de travail - y compris donc les ruptures d'un commun accord, c'est-à-dire négociées - qui résultent d'une «suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification

(15) Grégoire Loiseau, *Droit social* n°3 - mars 2010, pages 297 et s.

(16) Jean Pélissier, *Revue de jurisprudence sociale* n°8-9/08 - août/septembre 2008, pages 679 et s.

(17) Cour d'appel de Rouen, chambre sociale, 13 mars 2012, arrêt n°11/03543

(18) voir Communication du 27 juin 2007 de la Commission européenne «Vers des principes communs de flexicurité : des emplois plus nombreux et de meilleure qualité en combinant flexibilité et sécurité». «Les stratégies de modernisation du marché du travail doivent prendre en compte les besoins des travailleurs comme des employeurs. Ainsi le concept de flexicurité est une approche globale qui privilégie : d'une part, la flexibilité des travailleurs qui doivent pouvoir s'adapter aux évolutions du marché du travail et réussir leurs transitions professionnelles. De même, elle doit favoriser la flexibilité des entreprises et de l'organisation du travail, afin de répondre aux besoins des employeurs et améliorer la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale et, d'autre part, la sécurité, pour les travailleurs qui doivent pouvoir progresser dans leurs carrières professionnelles, développer leurs compétences et être soutenus par les systèmes d'assurance sociale durant leurs périodes d'inactivité» (extrait)

(19) Cass. soc., 30 mai 1979, pourvoi n°77-41304 ; 19 décembre 1979, pourvoi n°77-12061

(20) Articles 1134, 1108 et 1109 du Code civil et article L.1221-1 du Code du travail

(21) Cass. soc., 10 avril 1991, pourvoi n° 89-18485



substantielle du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques» (22). Cette extension du champ d'application de la procédure de licenciement économique visait à juguler une pratique répandue qui consistait à contourner les obligations légales en cette matière [consultation des représentants du personnel, élaboration d'un plan social, etc.] en recourant à l'appel aux départs «volontaires» comme mode de réduction d'effectifs ; ceci aboutissant à des plans de suppression d'emplois ne comportant aucun licenciement. Il s'ensuit que l'employeur qui envisage de supprimer des emplois pour motif économique, est légalement tenu, depuis 1992, de respecter les règles procédurales du licenciement collectif, peu important que ces emplois ne soient supprimés que par la voie de départs volontaires.

Si la loi soumet à cette procédure de licenciement les ruptures négociées dès lors qu'elles trouvent leur origine dans une cause économique, celles-ci ne sont pas requalifiées pour autant en licenciement : elles conservent leur nature et demeurent donc des ruptures d'un commun accord. De ce fait, l'employeur est notamment dispen-

sé d'organiser l'entretien préalable prévu en cas de licenciement (23). Sur ce point, la Cour de cassation, en 2003, tout en rappelant que le contrat de travail peut prendre fin non seulement par un licenciement ou par une démission, mais encore du commun accord des parties, a réaffirmé que la rupture d'un contrat de travail pour motif économique peut résulter d'un départ volontaire dans le cadre d'un accord collectif mis en œuvre après consultation du comité d'entreprise, cette rupture constituant une résiliation amiable du contrat de travail (24).

Comme on vient de le voir, la rupture d'un commun accord constituait un mode de rupture du contrat de travail reconnu en tant que tel bien avant l'introduction dans le Code du travail de la rupture conventionnelle. D'ailleurs, des mécanismes de rupture d'un commun accord

étaient déjà contenus dans ce code. Tel est le cas pour la rupture anticipée du contrat à durée déterminée (art. L.1243-1) ou du contrat d'apprentissage (art. L. 6222-18), mais aussi lorsque le salarié adhère au contrat de sécurisation professionnelle (art. L.1233-67), tout comme auparavant à la convention de reclassement personnalisé ou à la convention de conversion, ou qu'il

accepte une proposition de congé de mobilité (art. L.1233-80).

Reste que les partenaires sociaux, à l'initiative du Medef qui soutenait depuis 2006 le concept de «séparabilité» à l'amiable (25), ont voulu la mise en place d'un cadre collectif afin de pacifier la rupture du contrat dans tous les cas où les parties sont d'accord pour se séparer. L'intention des signataires de l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2008 (26) était, face aux incertitudes affectant les ruptures d'un commun accord conclues sur le fondement du Code civil, d'apporter une sécurisation juridique de la rupture du CDI par consentement mutuel en introduisant ce mode de rupture dans le Code du travail aux côtés du licenciement et de la démission, tout en protégeant l'intégrité du consentement du salarié par des garanties procédurales et en lui maintenant des garanties financières comparables à celles dont il bénéficie en cas de licenciement.

Rappelons à cet égard que différents autres acteurs ont préconisé le développement de la rupture amiable du contrat de travail, sa valorisation et sa sécurisation. Tel était le cas, en 2004, de la commission Virville (27) qui estimait que «la reconnaissance officielle de ce troisième mode de rupture non conflictuel du contrat de travail, autrement appelée rupture négociée,

La rupture d'un commun accord constituait un mode de rupture du contrat de travail reconnu en tant que tel bien avant l'introduction dans le Code du travail de la rupture conventionnelle

(22) Loi n°92-722 du 29 juillet 1992, art. 26. - I. modifiant l'ancien article L.321-1 du Code du travail

(23) Circulaire DE/DRT n° 92-26 du 29 décembre 1992

(24) Cass. soc., 2 décembre 2003, pourvois n°01-46540 et 01-46176

(25) Extrait du discours de Laurence Parisot, présidente du Medef, le 25 janvier 2007, devant l'assemblée générale du Medef : «Pourquoi faut-il se retenir d'embaucher pour éviter le pire au cas où les choses tourneraient mal ? Pourquoi rendre le pire ingérable et le faire redouter parce qu'il serait ingérable ? Pourquoi faudrait-il absolument que l'un des deux soit en faute lorsqu'un salarié et un chef d'entreprise se séparent ? Trente-deux ans après l'invention en France du divorce par consentement mutuel, quelle audace, je propose que nous commençons à définir dans le monde du travail une séparabilité à l'amiable et aux conditions honorables pour les deux parties. On nous fait d'ailleurs bien des reproches à ce sujet. Je répondrai seulement que les mêmes reproches ont été adressés en leur temps au divorce à l'amiable. Ceux qui aujourd'hui nous accusent de penser que les salariés sont jetables, ce qui n'est jamais notre façon de voir, c'est une autre démagogie que de l'insinuer, ceux-là me rappellent les traditionalistes d'autrefois qui s'opposaient au divorce à l'amiable sous prétexte qu'il allait favoriser les caprices ! La séparabilité, j'en suis sûre, ce serait une révolution qui permettrait immédiatement nombre d'embauches. Mille embauches peut-être d'un côté pour un litige de l'autre. Car c'est clair, ce que nous cherchons à éviter en inventant la séparabilité à l'amiable, c'est une judiciarisation dont le coût en temps, en argent, en liberté, en confiance en l'autre est incalculable !» - Audition de Mme Parisot, devant la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire de l'Assemblée nationale le 13 février 2007, sur le Livre blanc du Medef «Besoin d'air» : «Il serait temps d'inventer un mode de séparation qui ne passe pas systématiquement par la logique de la faute. Dans bien des cas, l'entreprise et le salarié sont d'accord pour se séparer. Mais le salarié ne veut pas démissionner, parce qu'il ne veut pas renoncer au filet de sécurité de l'assurance chômage. Il n'y a alors pas d'autre solution que de procéder à un licenciement pour faute. C'est ainsi que l'on entre dans une logique plus violente, culpabilisatrice et destructrice de part et d'autre. Il serait bon d'inventer une procédure de séparation par consentement mutuel, qui donnerait au salarié l'accès à l'assurance chômage. Les relations sociales s'en trouveraient extraordinairement pacifiées. Les chefs d'entreprise ne considèrent pas ceux qu'ils emploient comme des «salariés jetables». Cette accusation fautive n'est pas sans rappeler l'argument de ceux qui, lors de l'introduction du divorce par consentement mutuel, y étaient opposés au motif que ce nouveau type de divorce allait «favoriser le caprice». »

(26) Accord national interprofessionnel (ANI) relatif à la modernisation du marché du travail, signé le 11 janvier 2008 par les trois organisations patronales MEDEF, CGPME et UPA et par les quatre organisations syndicales CFTD, CFE-CGC, CFTC et CGT-FO (étendu par arrêté du 23 juillet 2008 - JO 25/07/2008)

(27) Rapport de la commission présidée par M. Michel de Virville au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité « pour un droit du travail plus efficace » (janvier 2004) : proposition n°17 : «Un cadre juridique spécifique devrait permettre d'inscrire la rupture négociée dans un ensemble légal évitant le détournement de la procédure de licenciement ou de démission pour des raisons fiscales et sociales»



doublée de la mise en place d'un régime social et fiscal adapté, apporterait une clarification bienvenue et permettrait d'éviter certains «faux» licenciements». De même, en 2008, la commission Attali (28) proposait, dans le cadre de l'organisation de la sécurisation des parcours professionnels, de faciliter la rupture d'un commun accord et d'entourer celle-ci de garanties, quasi-identiques à celles figurant dans l'ANI de janvier 2008 ; l'enjeu n'étant pas «d'interdire l'accès au juge, mais d'augmenter l'intérêt des procédures négociées».

En 2008, lors des travaux parlementaires, le rapporteur de la commission des affaires sociales du Sénat rappelait que «l'objectif de cette mesure est de favoriser la rupture du contrat de travail par une négociation à l'amiable, plutôt que d'avoir recours à la procédure de licenciement qui se révèle souvent conflictuelle» (29). Précisément, l'objectif du dispositif de la rupture conventionnelle apparaît dans les termes mêmes de l'article 12 de l'ANI du 11 janvier 2008 (30), intitulé : «Privilégier les solutions négociées à l'occasion des ruptures du contrat de travail», selon lequel «il convient, par la mise en place d'un cadre collectif, de sécuriser les conditions dans lesquelles l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les

lie ; ce cadre collectif «ne doit pas se traduire par une quelconque restriction de la capacité des salariés à faire valoir leurs droits en justice mais au contraire se concrétiser dans des dispositifs conçus pour minimiser les sources de contentieux». Cet objectif sera souligné par le ministre du travail, Xavier Bertrand, dans le cadre de l'examen du projet de loi : «cela sécurisera les modes de rupture et réduira la «judiciarisation» dans un pays où un quart des licenciements pour motif personnel donne lieu à un recours en justice» (31). Il ajoutait au cours du débat en commission parlementaire que «la meilleure garantie contre le risque de judiciarisation est précisément le commun accord des parties, qui est reconnu par l'homologation. La conflictualité sera ainsi réduite à la source même de la procédure» (32). On remarque ainsi que l'un des buts recherchés tant par les partenaires sociaux signataires de l'ANI de janvier 2008 que, par la suite, par le législateur qui a transposé cet accord dans la loi, est de «privilégier désormais les solutions négociées plutôt que les postures conflictuelles» et de «favoriser des relations sociales plus apaisées, en rendant notamment moins fréquent le recours au juge» d'où il est apparu «souhaitable de «sécuriser» la fin de la relation de travail, ce que permet la rupture conventionnelle» (33). Lors de la discussion du texte devant l'Assemblée nationale, le mi-

nistre du travail déclarera que «les complexités du droit incitent à des nombreux contournements ce qui se traduit par le nombre élevé de licenciements pour motifs personnels» (34). D'où, comme le mentionnera le rapporteur de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale, il y aurait «l'utilité d'options négociées, non prédéterminées, permettant d'échapper à l'alternative démission/licenciement et à la judiciarisation de ce dernier» (35). La rupture conventionnelle répond donc au souci de «favoriser la pratique de la négociation [d'une rupture amiable du contrat de travail] plutôt que les approches conflictuelles qui se concluent par un recours aux prud'hommes», comme l'indiquait le ministre Xavier Bertrand lors de son audition devant la Commission des affaires sociales du Sénat (36).

Ce dispositif, qui «ouvre aux parties la faculté de qualifier ensemble leur rupture autrement que comme une démission ou un licenciement» (37), permet ainsi à l'employeur et au salarié de mettre fin au contrat de travail par consentement mutuel, moyennant l'observation de règles de procédure qui constituent des conditions de validité de la rupture.

La rupture conventionnelle semble donc autoriser une séparation à l'amiable, permettant aux parties

(28) Rapport de la Commission « pour la libération de la croissance française » présidée par Jacques Attali (2008) ; décision 142 : faciliter la rupture à l'amiable du contrat de travail ; décision 145 : créer un troisième mode de rupture du contrat : la rupture à l'amiable ; ambition 6, décision fondamentale 17 : sécuriser la rupture amiable du contrat de travail. « La rupture d'un commun accord, théoriquement possible, est une procédure aujourd'hui très lourde et souvent assimilée à une cessation volontaire d'activité qui prive le salarié du bénéfice de l'indemnisation du chômage. Et pour le salarié qui décide de faire trancher le litige, le recours au juge comporte les inconvénients de tout contentieux, du fait de sa durée et de son issue aléatoire pour les deux parties. L'urgence est donc, pour le salarié comme pour l'employeur, de réduire l'incertitude liée à la rupture du contrat. L'un et l'autre souhaitent, dans la grande majorité des cas, qu'à l'occasion de la rupture du contrat de travail, la nature des indemnités soit établie dès le moment de la rupture. Si la mobilité est anticipée et accompagnée, la rupture du contrat de travail ne peut intervenir qu'en ultime recours. Elle est alors négociée, sans traumatisme ni coût excessif pour aucune des deux parties. L'enjeu n'est donc pas d'interdire l'accès au juge, mais d'augmenter l'intérêt des procédures négociées. Si le salarié a intérêt à engager ou accepter une rupture du contrat de travail d'un commun accord, parce qu'il y gagne du temps et de l'argent, alors cette procédure se développera et le recours au juge diminuera » (décision 142)

(29) Rapport du sénateur Pierre Bernard-Reymond, n°306 du 30 avril 2008, au nom de la commission des affaires sociales du Sénat

(30) Accord national interprofessionnel (ANI) qui a introduit la rupture conventionnelle et dont les dispositions ont été transposées dans la loi n°2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail

(31) Audition de M. Xavier Bertrand le 2 avril 2008 devant la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale (Rapport du député Dominique Dord, n°789 du 8 avril 2008)

(32) Rapport du député Dominique Dord au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale, n°789 du 8 avril 2008, page 29

(33) Rapport du sénateur Pierre Bernard-Reymond, déjà cité, page 13

(34) Assemblée nationale, 2ème séance du 15 avril 2008, (JO AN 16 avril 2008, page 1571)

(35) Rapport du député Dominique Dord, déjà cité, page 56

(36) Audition de M. Xavier Bertrand le 29 avril 2008 devant la commission des affaires sociales du Sénat (Rapport du sénateur Pierre Bernard-Reymond, n°306 du 30 avril 2008)

(37) Centre d'analyse stratégique – La note d'analyse « travail-emploi » n°198, octobre 2010



Si l'employeur et le salarié qui décident d'un commun accord de mettre un terme à la relation contractuelle peuvent, pour ce faire, se placer en dehors du droit du licenciement en recourant à leur guise à la rupture conventionnelle, il existe toutefois des situations où cette voie se trouve écartée par le législateur, en conformité avec la volonté des partenaires sociaux.

de s'affranchir des règles impératives du droit du licenciement, y compris lorsque cette rupture négociée s'inscrit dans un contexte où le licenciement apparaît comme étant la forme de rupture appropriée. La rupture conventionnelle se présenterait alors comme un «mode de rupture qui permet d'éviter les règles du licenciement et d'éviter dans la mesure du possible les contentieux postérieurs à celui-ci» (38). Si tel n'était pas le cas, des auteurs posent alors l'interrogation suivante : «pourquoi offrir des nouvelles garanties procédurales en contrepartie de la formalisation du consentement de chacune des parties à une rupture dépourvue de motifs, s'il n'y a pas renonciation aux droits du licenciement ? » (39). Si l'employeur et le salarié qui décident d'un commun accord de mettre un terme à la relation contractuelle peuvent, pour ce faire, se placer en dehors du droit du licenciement en recourant à leur guise à la rupture conventionnelle, il existe toutefois des situations où cette voie se trouve écartée par le législateur, en conformité avec la volonté des partenaires sociaux. C'est ce que nous allons voir plus loin.

Mais l'exclusion de la rupture conventionnelle en certaines situations suppose, pour qu'un contrôle tant administratif que judiciaire puisse être exercé, que le contexte

et les motifs de cette rupture soient connus. Or, la rupture conventionnelle résulte de la seule volonté des parties au contrat de travail, sans qu'il y ait lieu d'en rechercher les motifs (40). Comme le fait observer un auteur, «les ruptures conventionnelles ne sont a priori identifiées que par la volonté conjointes de mettre fin à la relation contractuelle (...) l'accord des parties permet de passer sous silence les raisons de la séparation» (41). «L'absence de motivation requise

de la rupture conventionnelle (...) évite au demeurant d'avoir à faire état, et a fortiori d'avoir à justifier, du motif personnel ou économique de la rupture : comme dans un divorce par consentement mutuel, l'accord des parties permet de taire les raisons de la séparation» ajoute le même commentateur (42).

La rupture conventionnelle face à la rupture amiable "de droit commun"

La loi du 25 juin 2008 qui a mis en place la rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée, a-t-elle pour effet d'évincer la rupture d'un commun accord conclue sur le fondement des dispositions du Code civil (1) ? Autrement dit, l'employeur et le salarié peuvent-ils décider à bon droit de conclure un accord de rupture amiable «de droit commun» selon les modalités définies par la jurisprudence, plutôt qu'une rupture conventionnelle telle que prévue désormais par la législation du travail ? Les ruptures qui sont négociées dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi [PSE] ou d'un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences [GPEC] étant clairement exclues du champ de la rupture conventionnelle (2), celles-ci restent donc soumises au régime civiliste de la rupture amiable du contrat. En effet, le recours à la rupture conventionnelle se trouve totalement écarté dans ces circonstances. Par conséquent, les parties, qui ne peuvent emprunter la voie de la rupture conventionnelle, demeurent libres de rompre d'un commun accord le contrat de travail dans les conditions admises par la Cour de cassation depuis 1979. En revanche, il semble, comme en a jugé la Cour d'appel de Riom (3) que toute autre rupture amiable doit obligatoirement prendre la forme d'une rupture conventionnelle qui, pour être valable, devra être conclue conformément aux dispositions de la loi du 25 juin 2008 et être régulièrement homologuée par l'autorité administrative. Ce qui signifie que la traditionnelle rupture amiable qui préexistait à la rupture conventionnelle ne serait plus envisageable, sauf pour les départs volontaires réalisés en application d'un PSE ou d'un accord de GPEC. A cet égard, il est à observer que les dispositions relatives à la rupture conventionnelle ont été insérées dans le titre III du livre II de la 1ère partie du Code du travail, dont l'article liminaire [L.1231-1] prévoit que «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 ». Il peut ainsi être considéré, sous réserve de l'avis contraire de la Cour de cassation qui n'a pas encore été appelée à prendre position sur ce point, que ces dispositions spéciales du Code du travail dérogent aux règles générales du Code civil et, en conséquence, écartent le recours à la rupture amiable «de droit commun» pour les départs qui ne résultent pas d'un PSE ou d'un accord de GPEC, ce qui n'autorise pas, de ce fait, les parties à s'affranchir de la procédure d'homologation administrative pour toute rupture négociée sans cause économique. Ceci étant, la question ne se pose pas véritablement dans la mesure où la rupture conventionnelle, contrairement à la rupture amiable classique (4), permet au salarié de bénéficier d'une allocation du régime d'assurance chômage (5) et lui ouvre droit à une indemnité spécifique de rupture dont le montant ne peut être inférieur à celui de l'indemnité légale de licenciement ni à celui de l'indemnité conventionnelle de licenciement (6).

(1) Articles 1134, 1108 et 1109 du Code civil et article L.1221-1 du Code du travail

(2) Article L.1237-16 du Code du travail

(3) Cour d'appel de Riom, 4ème chambre civile, 12 juin 2012, arrêt n°11/00992

(4) sauf en cas de rupture d'un commun accord fondée sur un motif économique, où le salarié est considéré en situation de chômage involontaire et est indemnisable au titre de l'assurance chômage

(5) Articles L.5421-1 et L.5422-1 du Code du travail et règlement général annexé à la convention Unedic du 6 mai 2011 - circulaire Unedic n°2011-25 du 7 juillet 2011

(6) Article L.1237-13 du Code du travail et avenant n°4 du 18 mai 2009 à l'ANI du 11 janvier 2008, étendu par arrêté du 26 novembre 2009

(38) Jean Péliissier déjà cité, *Revue de jurisprudence sociale* n°8-9/08 – août/septembre 2008, pages 679 et s.

(39) Tiennot Grumbach et Evelyne Serverin, *Revue de droit du travail* - n°4 – avril 2008, pages 224 et s.

(40) Instruction DGT n°02 du 23 mars 2010, 1.a)

(41) Grégoire Loiseau déjà cité, *Droit social* n°6 – juin 2011, pages 681 et s.

(42) Grégoire Loiseau déjà cité, *Droit social* n°3 – mars 2010, pages 297 et s.



Une rupture non motivée

Des auteurs (43) soulignent à juste titre que le législateur n'a pas prévu que la rupture conventionnelle soit motivée et que, logiquement, il n'a doté de ce fait ni l'Administration ni le juge du pouvoir d'apprécier le contexte ou les circonstances de cette rupture, c'est-à-dire d'en contrôler les motifs.

Il est exact que l'autonomie de la volonté des parties, reconnue par la loi en matière de rupture conventionnelle, induit la liberté de rompre le contrat de travail par consentement mutuel sans avoir à en justifier les raisons, sous condition néanmoins de respecter les règles de procédure qui encadrent ce mode de rupture. La seule exigence à satisfaire serait ainsi l'existence d'un consentement libre et éclairé du salarié, sous réserve toutefois qu'aucune fraude [ou cause illicite] ne prive d'effet cette rupture conventionnelle. Le commun accord constitue donc à la fois la cause et l'effet de la rupture du contrat. Pour autant, ce n'est pas parce que les motifs de la rupture conventionnelle n'ont pas à être exposés par les parties que ces motifs n'existent pas. Et comme il n'y a naturellement pas de rupture sans cause, cette cause doit nécessairement être licite pour que la rupture soit valide.

Ainsi, au-delà des conditions de

validité posées par le Code civil (44) à l'égard de tout contrat, le Code du travail écarte la possibilité de recourir à la rupture conventionnelle dans le cadre d'accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) et des plans de sauvegarde de l'emploi (PSE) (45). Il s'agit-là de cas d'exclusion de ce mode de rupture, c'est-à-dire de causes prohibées par la loi. Nous reviendrons avec le deuxième point de cet article sur la rupture conventionnelle pour cause économique.

Le Code du travail écarte la possibilité de recourir à la rupture conventionnelle dans le cadre d'accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) et des plans de sauvegarde de l'emploi (PSE)

Par ailleurs, le ministère du travail a souligné que «dans les cas où la rupture du contrat de travail est rigoureusement encadrée durant certaines périodes de suspension du contrat [par exemple, durant le congé de maternité (...) ou pendant l'arrêt imputable à un accident du travail ou à une maladie professionnelle (...)], la rupture conventionnelle ne peut (...) être signée pendant cette période» (46). L'origine de la suspension du contrat de travail est ainsi, selon la doctrine administrative, susceptible d'exclure la rupture conventionnelle, tel est le cas, par exemple, lorsque le salarié bénéficie d'une protection particulière pendant

le temps où son contrat est suspendu. Faut-il s'étendre sur le point controversé (47) qui est de savoir si la rupture conventionnelle bénéficie d'un régime juridique autonome qui autoriserait à s'affranchir des règles protectrices du salarié ? Soulignons principalement que des cours d'appel ont d'ores et déjà transposé à la rupture conventionnelle la jurisprudence dégagée par la Cour de cassation à l'égard de la rupture amiable traditionnelle : une rupture conventionnelle conclue durant une absence liée à un accident du travail est frappée de nullité (48) tout comme celle signée avec un salarié déclaré inapte consécutivement à un accident du travail (49).

A contrario, il a été considéré que la convention de rupture conclue pendant une période d'arrêt de travail dû à la maladie [non professionnelle] est parfaitement régulière, à la condition toutefois que le consentement du salarié soit libre et éclairé (50) et que le salarié ait été mis en mesure de se faire assister (51).

Force est donc de constater que l'employeur et le salarié ne sont pas totalement libres de se séparer à l'amiable en toutes circonstances et pour tout motif. Comme nous venons de le voir, les partenaires sociaux ont convenus que la rupture conventionnelle ne pouvait «porter atteinte aux procédures de licenciements collectifs pour cause éco-

Une rupture conventionnelle conclue durant une absence liée à un accident du travail est frappée de nullité tout comme celle signée avec un salarié déclaré inapte consécutivement à un accident du travail.

(43) Marc Patin, *La Semaine juridique - édition sociale* n°1-2 - 10 janvier 2012, étude 1002, pages 25 et s. - Yann Leroy, *Revue de jurisprudence sociale* n°4/12 - avril 2012, pages 249 et s. - Béatrice Mounier-Bertail, *Revue de droit du travail* - n°6 - juin 2012, pages 333 et s.

(44) Article 1108 du Code civil

(45) Article L.1237-16 du Code du travail

(46) Circulaire DGT n°2009-04 du 17 mars 2009

(47) Marc Patin, déjà cité, *La Semaine juridique - édition sociale* - 10 janvier 2012, étude 1002, pages 25 et s. ; Yann Leroy, *Revue de jurisprudence sociale* n°4/12 - avril 2012, pages 249 et s. ; Jean-François Césaro, *Droit social* - n°6 - juin 2011, pages 640 et s. ; Pascale Lagesse et Nicolas Bouffier, *Droit social* - n°1 - janvier 2012, pages 14 et s. ; Françoise Favennec-Héry et Antoine Mazeaud, *La Semaine juridique - édition sociale* n°29 - juillet 2009, étude n°1314, pages 15 et s.

(48) Cour d'appel d'Aix en Provence, 17ème chambre, 3 avril 2012, arrêt n°11/05043

(49) Cour d'appel de Poitiers, chambre sociale, 28 mars 2012, arrêt n°10/02441

(50) Cour d'appel de Rennes, 8ème chambre, 23 mars 2012, arrêt n°10/06873

(51) Cour d'appel d'Amiens, 5ème chambre, 11 janvier 2012, arrêt n°11/00555



nomique engagées par l'entreprise» (52), d'où l'interdiction faite par le législateur que les ruptures de contrat résultant des accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) et des plans de sauvegarde de l'emploi (PSE) puissent revêtir la forme de ruptures conventionnelles. En conséquence, les départs négociés dans le cadre d'un accord de GPEC ou d'un PSE ne sont pas soumis aux contraintes procédurales de la rupture conventionnelle homologuée et restent encadrés par les dispositions mêmes de l'accord collectif ou du PSE.

Au-delà de ces situations d'exclusion prévues par la loi, compte tenu que la rupture conventionnelle ne doit certainement pas permettre de contourner les règles de protection accordées à certaines catégories de salariés, ce mode de rupture, bien qu'alternatif à la démission et au licenciement, paraît également prohibé à l'égard de salariés dont le contrat de travail est suspendu à la suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle ou bien encore en raison d'un congé de maternité. En effet, l'article L.1231-2 du Code du travail prévoit que les dispositions qui régissent la rupture du contrat de travail à durée indéterminée - dans lesquelles sont incluses celles relatives à la rupture conventionnelle - ne peuvent déroger aux dispositions légales assurant une protection particulière à certains salariés.

Ceci étant, certains auteurs (53), en considérant que la rupture conventionnelle a été conçue sur un modèle fondé sur les principes du droit civil, tirent la conclusion que ce mode de rupture, totalement autonome du licenciement et de la démission, est assujéti à un régime propre et ne peut, sous peine d'être dénaturé, supporter d'autre restriction que celles prévues par la loi. Constatant que le législateur est resté silencieux sur les hypothèses

La rupture conventionnelle et les seniors

La loi de financement de la Sécurité sociale pour 2009 (1) a créé, dans le cadre d'une mobilisation en faveur du maintien dans l'emploi et du recrutement des salariés âgés, une incitation des entreprises employant 50 salariés et plus ou appartenant à un groupe dont l'effectif comprend au moins 50 salariés à négocier des accords ou à établir des plans d'action relatifs à l'emploi des seniors. Depuis le 1er janvier 2010, ces entreprises sont redevables d'une pénalité, égale à 1% de la masse salariale, lorsqu'elles ne sont pas couvertes par un tel accord ou, à défaut, par un plan d'action. Ce dispositif sera remplacé en 2013 par le contrat de génération, destiné à favoriser simultanément, sans les opposer, emploi des jeunes et emploi des seniors dans les entreprises, et dont la mise en œuvre sera adaptée aux différentes tailles d'entreprise.

Les conditions de retour et de maintien dans l'emploi des salariés âgés et de leur accès à la formation professionnelle doivent, par ailleurs, faire partie de la négociation sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) dans les entreprises ou groupes d'entreprises d'au moins 300 salariés.

Pour autant, la voie de la rupture conventionnelle n'est pas fermée aux seniors. Selon une étude de la DARES, publiée en juin 2011 (2), portant sur les ruptures conventionnelles de la mi-2008 à la fin 2010, les salariés âgés d'au moins 58 ans y apparaissent surreprésentés par rapport aux sorties pour licenciement autre qu'économique, et ce principalement dans les établissements d'au moins 250 salariés. La rupture conventionnelle peut se révéler ainsi utilisée par certains comme un moyen de rupture en raison de l'âge. S'inscrivant dans une logique favorisant le maintien des seniors dans l'emploi, la loi du 1er août 2008 relative aux droits et devoirs des demandeurs d'emploi (3) avait prévu l'extinction progressive de la dispense de recherche d'emploi (DRE). Ainsi, depuis le 1er janvier 2012, cette dispense est définitivement supprimée. [toutefois, les personnes en bénéficiant avant cette date continueront d'y avoir droit]. Elle permettait, en 2009, aux personnes âgées de 58 ans et plus, inscrites à Pôle emploi, de percevoir des allocations de chômage sans obligation de rechercher un emploi et ce, jusqu'à l'âge auquel elles pouvaient bénéficier effectivement d'une retraite au taux plein. L'âge de dispense avait été porté à 59 ans en 2010 puis à 60 ans en 2011.

Cette mesure est donc susceptible de ne pas inciter à la rupture conventionnelle des salariés âgés de 60 ans et plus, lesquels étant désormais contraints de rechercher activement un emploi pour continuer à être indemnisés jusqu'à la liquidation de leur retraite. Enfin, à noter que depuis le 1er janvier 2009, tout employeur doit, sous peine d'une pénalité, déclarer chaque année à l'Urssaf le nombre de salariés âgés de 55 ans et plus ayant conclu une rupture conventionnelle (1).

(1) loi n°2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la Sécurité sociale pour 2009

(2) DARES-Analyses - juin 2011 - n°046 «Les ruptures conventionnelles de la mi-2008 à la fin 2010»

(3) Loi n°2008-758 du 1er août 2008 relative aux droits et devoirs des demandeurs d'emploi, art. 4, II et III - Le décret n°2008-1056 du 13 octobre 2008 avait mis fin à la dispense de recherche d'emploi systématique ouverte à tous les demandeurs d'emploi non indemnisés de plus de 55 ans

de suspension du contrat de travail, ils en déduisent que c'est à dessein que ces situations n'ont pas été écartées du champ d'application de la rupture conventionnelle, contrairement aux départs négociés résultant d'un PSE ou d'un accord de GPEC qui en sont expressément exclus. Le régime spécifique mis en place par la loi ne ferait, par conséquent, aucun obstacle à la conclusion de la rupture conventionnelle face auxdites situations, dès l'instant où le consentement du salarié a été donné librement. Moyennant le contrôle de l'intégrité de ce consen-

tement, la rupture conventionnelle devrait donc être admise, selon certains, en dépit des règles protectrices de salariés dont le contrat est suspendu. La position de la Cour de cassation sur ce point reste, de ce fait, très attendue.

Ainsi que nous l'avons dit plus haut, la validité de la rupture conventionnelle est seulement subordonnée à l'échange des consentements et au respect du formalisme qui encadre cette rupture. Comme le mentionne un auteur, «dans le cadre nouveau de la rupture conventionnelle, il

(52) Accord national interprofessionnel (ANI) qui a introduit la rupture conventionnelle et dont les dispositions ont été transposées dans la loi n°2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail

(53) Marc Patin, déjà cité, *La Semaine juridique - édition sociale* - 10 janvier 2012, étude 1002, pages 25 et s. ; Yann Leroy déjà cité, *Revue de jurisprudence sociale* n°4/12 - avril 2012, pages 249 et s. ; Jean-François Césaró déjà cité, *Droit social* - n°6 - juin 2011, pages 640 et s. ; Pascale Lagesse et Nicolas Bouffier déjà cités, *Droit social* - n°1 - janvier 2012, pages 14 et s. ; Françoise Favennec-Héry et Antoine Mazeaud déjà cités, *La Semaine juridique - édition sociale* n°29 - juillet 2009, étude n°1314, pages 15 et s.



n'est pas légalement prévu de motiver la décision, prise en commun par les deux parties, de résilier le contrat de travail (...) c'est l'un des apports majeurs de la rupture conventionnelle que de dédramatiser la cause de la rupture et son imputabilité. La séparation est un fait en tant que tel, issu de la commune volonté des parties, et l'on ne se préoccupe plus de

savoir à qui elle incombe» (54). Or, si les parties n'ont pas, dans leur convention, à préciser la raison pour laquelle le contrat est rompu, la rupture conventionnelle ne peut néanmoins être définitivement discrétionnaire dans la mesure où le recours à celle-ci connaît des frontières. Ainsi que le souligne un auteur, «s'il ne fait pas de doute que des motifs personnels ou économiques guident le choix de proposer ou d'accepter la rupture, ceux-ci n'ont pas à être dévoilés, sauf en cas de contestation» (55). En effet, si un litige survient concernant la rupture à laquelle a consenti le salarié, le juge devra nécessairement pouvoir contrôler, non seulement la régularité de la procédure et la réalité du consentement de l'une et l'autre des parties mais aussi, en tant que de besoin, la cause de cette rupture. Il semble donc que, pour accepter ou refuser l'homologation de la convention de rupture, pour qualifier ou requalifier la rupture litigieuse, le juge devra être mis à même d'apprécier tout autant la forme que le fond.

C'est pourquoi le contrôle par les conseils de prud'hommes de la motivation de la rupture conventionnelle semble se généraliser avec l'approbation des juridictions d'appel. Il faudra donc attendre là

aussi que la Cour de cassation se prononce sur ce point pour savoir si un tel contrôle judiciaire est ou non contraire à la loi du 25 juin 2008 instituant la rupture conventionnelle.

Le contrôle par les conseils de prud'hommes de la motivation de la rupture conventionnelle semble se généraliser avec l'approbation des juridictions d'appel

L'opacité sur les circonstances de la rupture conventionnelle se trouve par ailleurs renforcée par le fait que l'initiative première de la rupture n'a pas non plus à être affichée, contrairement aux figures classiques de la démission et du licenciement où, par définition, la rupture est nécessairement à l'initiative connue et assumée de l'une des deux parties. La convention de rupture est, quant à elle, réputée procéder d'une initiative commune aux deux parties.

Une rupture d'initiative commune

Avec certains commentateurs (56) il peut être relevé que la loi a effectivement écarté toute référence à l'initiative de la rupture conventionnelle ; ce faisant il importerait donc peu de savoir qui, de l'employeur ou du salarié, a été à l'initiative de la rupture, seul compte le fait que cette rupture soit issue d'un accord librement consenti par les deux parties. «Dès lors que la rupture est intervenue d'un commun accord, il n'y a pas à s'interroger sur l'éventuelle initiative de l'employeur, voire du salarié» (57).

En effet, des amendements au projet de loi, qui prévoyaient que la convention de rupture doit mentionner si la rupture est à l'initiative de l'employeur ou du salarié, ont été rejetés. Comme ont d'ailleurs également été rejetés des amen-

dements qui prévoyaient que la rupture conventionnelle doit être motivée (58).

Lors des débats parlementaires qui ont précédé le vote de la loi du 25 juin 2008 précitée, le ministre du travail, indiquait que «à côté de la démission et du licenciement, la rupture conventionnelle constitue désormais une troisième possibilité, qui n'est à l'initiative d'aucune des deux parties, mais bien des deux à la fois» (59).

Ceci étant, dans la pratique, il paraît difficile d'effacer toute trace de l'initiative de la rupture même si elle est supposée procéder d'un accord de volontés. Un commentateur a souligné que «la loi a essayé de faire de la rupture conventionnelle une «boîte noire», en gommant l'identité de l'auteur de la rupture. Mais en réalité, il est très apparent qu'une rupture à la demande du salarié n'a pas la même signification qu'une rupture à la demande de l'employeur» (60). A cela, ajoute un autre auteur, «même s'il est le produit d'un accord de volontés, il n'a échappé à personne que le processus conventionnel implique un ordre dans la distribution de ces volontés : il y a celle qui propose ; il y a celle qui agrée. La rupture conventionnelle est dans cette mesure fatalement marquée, dans sa réalisation, par l'ordonnancement des volontés selon que c'est le salarié ou l'employeur qui en prend l'initiative. La rupture étant traditionnellement plus aisément admise lorsqu'elle intervient à l'initiative du salarié que quand elle est le fait de l'employeur (...) Parce qu'il est moins contraignant de démissionner que de licencier, il serait rationnel que la rupture conventionnelle à l'initiative de

(54) Isabelle Raoul-Duval, *Les Cahiers du DRH* - n°163 - mars 2010, pages 22 et s.

(55) Raphaël Dalmasso, *Revue de droit du travail* - n°6 - juin 2012, pages 379 et s.

(56) Olivier Pujolar, *Le Droit Ouvrier* - n°743 - juin 2010, pages 307 et s. - Evelyne Serverin, *Revue de droit du travail* - n°4 - 2009, pages 208 et s. - Gérard Couturier, *Droit social* - n°9/10 - septembre-octobre 2008, pages 923 et s.

(57) Gérard Couturier déjà cité, *Droit social* - n°9/10 - septembre-octobre 2008, pages 923 et s.

(58) Rapport du député Dominique Dord, déjà cité, page 61

(59) Assemblée nationale, 2ème séance du 15 avril 2008, (JO AN 16 avril 2008, page 1571)

(60) François Gaudu, *Le Droit ouvrier* - n°725 - décembre 2008, pages 594 et s.



l'employeur, laquelle permet, avec l'appui de l'accord du salarié, de s'affranchir du droit du licenciement» (61). En d'autres termes, «la rupture amiable acceptée par l'employeur sur l'offre du salarié n'a pas le même enjeu que la rupture amiable acceptée par le salarié sur l'offre de l'employeur» (60).

Si la rupture conventionnelle doit théoriquement résulter d'une initiative commune à l'employeur et au salarié, concrètement il faut bien que l'une ou l'autre des parties déclenche le processus de rupture. La rupture conventionnelle, comme toute rupture d'un commun accord, suppose que l'une des parties en entreprenne la démarche pour proposer à l'autre ce mode de séparation. Ici des auteurs ont pu soulever que *s'«il faut bien que la proposition de rupture conventionnelle vienne d'une partie (...) on voit mal le salarié convoquer son employeur pour la lui proposer» (62).*

C'est là que le bât blesse ceux qui ne croient pas ou peu en la rupture d'un commun accord du contrat de travail, ceux pour qui le consentement du salarié ne peut jamais être totalement libre, en raison du déséquilibre des rapports de force entre les parties. Pour ceux-ci, l'état de subordination juridique dans lequel est placé le salarié, qui soumet ce dernier au pouvoir de direction et de sanction de l'employeur, tout comme la situation d'infériorité dans laquelle se trouve également le salarié, qui ne lui permet rarement d'avoir une connaissance suffisante de la situation réelle de l'entreprise, altère nécessairement les capacités de discernement et de

négociation de celui-ci. Outre le lien juridique de subordination, c'est-à-dire la dépendance juridique qui, pour certains, serait donc difficilement compatible avec la capacité de contracter en pleine liberté, le salarié est aussi placé dans une situation de dépendance économique vis-à-vis de son

employeur, laquelle participe aussi à un déséquilibre contractuel. Le salarié, par son statut social, aurait, comme le soutient un auteur, *«sa liberté de choix qui est généralement limitée : il ne lui appartient pas réellement de choisir entre la rupture du contrat de travail ou son maintien, au moment où des offres lui sont faites la rupture est déjà inéluctable et la négociation ne doit plus porter que sur les modalités» (63).*

C'est d'ailleurs pour quoi, conscients de cette situation de droit - la subordination - et de cette situation de fait - la dépendance économique -, les partenaires sociaux et, à leur suite, le législateur ont veillé à ce que des dispositions procédurales [assistance d'un tiers - faculté de rétractation - homologation administrative] garantissent la liberté du consentement du salarié, c'est-à-dire de la

administrative] garantissent la liberté du consentement du salarié, c'est-à-dire de la «partie faible». Ce dispositif qui doit protéger l'intégrité du consentement du salarié a vocation à assurer également à l'employeur la sécurité juridique de la rupture négociée.

Reste qu'en cas de litige portant sur la validité de la convention de rupture, le juge devra s'assurer du consentement, libre et non équivoque, du salarié à la rupture conventionnelle de son contrat de travail. Pour ce faire, l'identité de la partie à l'initiative de la rupture ne paraît pas devoir être négligée.

Bien qu'*«il serait contraire à la loi de requalifier la rupture conventionnelle pour la seule raison qu'elle est à l'initiative de l'employeur»*, comme le relèvent à juste raison des commentateurs, on constate également que, dans certaines déci-

sions de conseils de prud'hommes, *«le fait que cette initiative ait été prise par l'employeur constitue un élément important sinon déterminant dans la disqualification de la rupture conventionnelle» (64).* Ce point de vue rejoint celui de certains auteurs qui estiment que *«la réglementation particulière dont fait l'objet le licenciement doit*

Si la rupture conventionnelle doit théoriquement résulter d'une initiative commune à l'employeur et au salarié, concrètement il faut bien que l'une ou l'autre des parties déclenche le processus de rupture

Conscients de cette situation de droit - la subordination - et de cette situation de fait - la dépendance économique -, les partenaires sociaux et, à leur suite, le législateur ont veillé à ce que des dispositions procédurales (assistance d'un tiers - faculté de rétractation - homologation administrative) garantissent la liberté du consentement du salarié, c'est-à-dire de la "partie faible"

La rupture conventionnelle est supposée résulter d'une rencontre de volontés et est régie par une logique «civiliste» selon laquelle, indépendamment de l'existence d'un lien de subordination, le contrat de travail de par sa nature consensuelle peut être rompu de façon amiable : le salarié ayant capacité, en dépit du caractère subordonné de la relation de travail, de «révoquer» par consentement mutuel, au côté de l'employeur, l'acte juridique bilatéral qu'est le contrat de travail.

(61) Grégoire Loiseau déjà cité, *Droit social* n°3 - mars 2010, pages 297 et s.

(62) Tiennot Grumbach et Evelyne Serverin déjà cités, *Revue de droit du travail* - n°4 - avril 2008, pages 224 et s.

(63) Gérard Couturier déjà cité, *Droit social* - n°9/10 - septembre-octobre 2008, pages 923 et s.

(64) Pascale Lagesse et Nicolas Bouffier déjà cités, *Droit social* - n°1 - janvier 2012, pages 14 et s.



conduire à s'assurer que la rupture conventionnelle n'est pas empruntée comme une voie de contournement du droit du licenciement (...) s'agissant en effet pour l'employeur de s'affranchir du droit du licenciement, des restrictions peuvent être apportées à l'admission de la rupture conventionnelle lorsqu'il apparaît qu'elle risque de concurrencer le licenciement au détriment des droits des salariés» (65).

A cet égard, dans sa récente étude publiée en juillet 2012 (66), qui analyse un échantillon de 101 ruptures conventionnelles signées fin 2010, le Centre d'études de l'emploi (CEE), constate que «dans certaines circonstances, la rupture conventionnelle est comparable au licenciement pour motif personnel. Dans ce modèle, c'est clairement l'employeur qui souhaite se séparer du salarié, pour un motif inhérent à sa personne. Ce sera donc lui qui prendra l'initiative, aussi bien sur le principe de la rupture, que sur le choix de rupture conventionnelle (...) Plus les motifs sont éloignés d'une cause réelle et sérieuse, plus l'employeur a intérêt à recourir à une rupture conventionnelle. Il obtiendra le départ d'un salarié qu'il n'aurait pu licencier, sauf à prendre de sérieux risques contentieux. (...) Pour l'employeur qui n'est pas sûr de son bon droit, la rupture conventionnelle apporte une vraie sécurité juridique très appréciable en comparaison du contentieux des licenciements personnels (...) De manière générale, pour toutes les ruptures conventionnelles qui correspondent à de tels motifs, on peut estimer que l'employeur n'est pas totalement certain de la pertinence des motifs personnels pouvant justifier la rupture. La rupture conventionnelle est donc une alternative pour limiter une remise en cause

judiciaire des motifs de la rupture, sans avoir à conclure de coûteuses transactions».

Sur ce dernier point, la rupture conventionnelle a pu être perçue comme étant de nature à se substituer à la transaction. La rupture conventionnelle, considérée sous l'angle, non pas d'une rupture consensuelle, mais d'une rupture conflictuelle à laquelle est trouvée, grâce à une négociation, une issue consensuelle, peut alors apparaître comme une modalité de rupture qui se substitue à la transaction.

Ne pas confondre rupture amiable et transaction

Il faut se souvenir que la rupture amiable du contrat correspond à la faculté pour l'employeur et le salarié de mettre un terme, par commun accord, à leurs relations de travail : ce mode de rupture ne peut absolument pas avoir pour objet ni pour effet de mettre fin à un différend entre les parties (67). Il ne faut effectivement pas confondre la rupture d'un commun accord avec la transaction, cette dernière ayant, seule, pour vocation de mettre fin, par des concessions réciproques, à un litige né ou à naître (68). «La transaction n'est pas à l'origine de la cessation des relations contractuelles, elle n'en est que la suite possible» (69).

Sur ce point, soulignons bien que, lorsqu'il se rapporte à un litige résultant de la rupture du contrat de travail, l'accord transactionnel ne peut être valablement conclu qu'une fois la rupture prononcée et devenue définitive (70). Un tel ac-

cord devra d'ailleurs être annulé s'il a été conclu sans que la rupture soit préalablement intervenue. L'idée sous-tendue est qu'il vaut mieux que le salarié ne négocie qu'une fois libéré du lien de subordination, à un stade où il n'est plus susceptible de faire l'objet de pressions de la part de l'employeur. Comme le soulignent fort justement des auteurs «le caractère foncièrement inégalitaire du rapport de travail conduit (...) à jeter un regard soupçonneux sur de tels accords dès lors qu'ils ont pour effet de priver le salarié du droit d'agir en justice» (71). Parce que la Cour de cassation refuse d'admettre une renonciation anticipée du salarié à se prévaloir des règles du licenciement, elle prohibe, de façon constante, les accords transactionnels qui ont à la fois pour objet de rompre le contrat de travail et d'en régler les conséquences (72) : si les parties à un contrat de travail peuvent y mettre fin par consentement mutuel, elles ne sauraient en un seul et même acte rompre ce contrat et transiger sur les conséquences de cette rupture, d'où il en résulte que ces accords ne constituent ni une rupture d'un commun accord du fait

Il ne faut effectivement pas confondre la rupture d'un commun accord avec la transaction, cette dernière ayant, seule, pour vocation de mettre fin, par des concessions réciproques, à un litige né ou à naître

de l'existence d'un litige entre les parties, ni une transaction qui ne peut intervenir qu'une fois le contrat définitivement rompu. Relevons sur ce point qu'une cour d'appel (73) a jugé qu'une convention de rupture ne peut

contenir une clause de renonciation à un droit, maintenant ainsi la frontière avec la transaction.

Si l'existence d'une contestation, présente ou éventuelle, constitue nécessairement la cause d'une

(65) Grégoire Loiseau déjà cité, *Droit social* n°3 - mars 2010, pages 297 et s.

(66) Rapport final du Centre d'Études de l'Emploi (CEE) - juillet 2012 - «Des ruptures conventionnelles vues par des salariés». Le CEE est un établissement public placé sous la tutelle du ministère chargé du travail et de l'emploi et du ministère chargé de la recherche

(67) Cass. soc., 15 décembre 2010, pourvoi n°09-40701

(68) Article 2044 du Code civil

(69) Danielle Corrigan-Carsin, *Revue de jurisprudence sociale (RJS)* n° 6/96 - juin 1996, pages 407 et s.

(70) S'agissant d'une rupture par consentement mutuel : Cass. soc., 15 janvier 1997, pourvoi n°93-44010

(71) Sandrine Chassagnard-Pinet et Pierre-Yves Verkindt, *La Semaine juridique - édition sociale* - 24 juin 2008, étude 1365, pages 25 et s.

(72) Cass. soc. ch. mixte, 12 février 1999, pourvoi n° 96-17468

(73) Cour d'appel de Chambéry, chambre sociale, 24 mai 2011, arrêt n°10/b2198



transaction, inversement l'existence d'un litige entre les parties sur la rupture du contrat pourrait bien semble-t-il faire obstacle à la conclusion d'une convention de rupture. De ce fait, pour certains auteurs (74), la rupture conventionnelle serait incompatible avec la transaction. Comme nous l'avons vu plus haut, la rupture conventionnelle ne paraît permise par une majorité de tribunaux qu'en l'absence de toute manifestation d'un différend antérieur entre l'employeur et le salarié. Or, en dehors de toute contestation, la transaction devient impossible puisque précisément la transaction vise exclusivement à mettre fin à un litige par des concessions réciproques. Pire, comme le remarque un de ces auteurs, la «conclusion d'une transaction pourrait être un indice qu'il existe un différend entre les parties, donc que la rupture conventionnelle n'est pas valable». Un auteur ajoute que «une transaction faisant état d'un litige entre les parties à une rupture conventionnelle mettrait inéluctablement en péril le caractère éclairé du consentement des parties et donc la validité même de la rupture conventionnelle» (75).

En revanche, pour d'autres (76), au contraire, «on devrait pouvoir affirmer que la nouvelle rupture conventionnelle peut être conclue même en cas de différend, l'objectif affirmé dans la loi étant de privilégier les solutions négociées sur les règlements contentieux (...) [elle est] une troisième voie à part entière et un mode autonome de rupture du contrat de travail. Dans ce contexte, si les parties souhaitent recourir pa-

rallèlement à une transaction pour régler les conséquences de leur séparation, elles doivent pouvoir le faire». Le constat est cependant fait que «certains praticiens semblent tenter de sécuriser la rupture conventionnelle en la faisant suivre d'une transaction. D'autres, à l'inverse, estiment qu'une transaction est contraire à l'esprit du nouveau contrat, et qu'en définitive, elle le fragilise».

Des incertitudes ... peut-être dissuasives

Les notions de «litige» ou de «différend» peuvent apparaître insuffisamment précises quand il s'agit de savoir si une situation conflictuelle existante caractérise réellement un cas qui s'oppose au recours à une rupture par consentement mutuel. Certes, il appartient naturellement aux juges du fond d'apprécier les faits qui leur sont soumis afin de rechercher si le salarié a pu consentir librement à la rupture de son contrat, en dépit du litige qui l'opposait à son employeur voire de l'éventuel caractère inéluctable de cette rupture à défaut d'accord.

Ceci étant, l'exigence même d'une absence de contexte conflictuel soulève des critiques chez certains commentateurs et analystes (77). Ainsi, selon un auteur, si «la question reste en suspens pour ce qui concerne la validité des ruptures conventionnelles ayant pour objet de clore un différend entre les parties (...) l'absence de motivation de la rupture conventionnelle et

son objectif affiché d'évitement du contentieux semblent plaider plutôt dans le sens de la validité de telles ruptures» (78). Et d'autres d'ajouter que d'«interdire toute rupture conventionnelle au motif qu'il existe un différend entre les parties est contraire à l'esprit de l'ANI et de la loi» (79) et qu'«en l'état du droit positif, et bien qu'on puisse le regretter, on ne peut dire que la loi conditionne le recours à la rupture conventionnelle à l'absence de différend. Le critère d'absence de différend posé par la Chambre sociale [de la Cour de cassation] pour reconnaître la rupture amiable ne peut être étendu à la rupture conventionnelle sous peine de dénaturer le texte» (80).

D'ailleurs, à ce jour, deux cours d'appel se démarquent d'autres juridictions d'appel et alimentent ainsi la discussion. Ainsi, la Cour d'appel de Montpellier (81), a considéré que «force est de constater qu'aucune des dispositions susvisées du Code du travail n'interdit le recours à la rupture conventionnelle en cas de litige opposant les parties antérieurement ou concomitamment à la signature de la convention de rupture; que les débats parlementaires à l'occasion de l'adoption de la loi du 25 juin 2008, lesquels ont porté essentiellement sur les garanties de la liberté du consentement donné, sur l'assistance des parties au cours de la mise en œuvre de cette procédure et sur l'ouverture des droits à l'allocation chômage, n'ont à aucun moment porté sur le point de savoir si la mise en œuvre d'une rupture conventionnelle devait être subordonnée à l'absence

(74) Jean Pélissier déjà cité, *Revue de jurisprudence sociale* n°8-9/08 – août/septembre 2008, pages 679 et s. ; Marc Patin déjà cité, *La Semaine juridique – édition sociale* n°1-2 – 10 janvier 2012, étude 1002, pages 25 et s. ; Christophe Radé, *Droit social* n°5 – mai 2009, pages 557 et s. ; Lamy social WKF – édition 2012 – n°2891 ; Arnaud Cermolacce et Laurent Drai, *Juris-Classeur Travail Traité – fascicule 32-20*, n° 19 ;

(75) Marie-Charlotte Diriar, *Les Cahiers du DRH* – n°154 – mai 2009, pages 3 et s.

(76) Isabelle Raoul-Duval déjà citée, *Les Cahiers du DRH* – n°163 – mars 2010, pages 22 et s. ; Françoise Favennec-Héry et Antoine Mazeaud déjà cités, *La Semaine juridique – édition sociale* n°29 - juillet 2009, étude n°1314, pages 15 et s. ; Sylvain Niel, *Semaine sociale Lamy* – 30 juin 2008, n°1360, pages 8 et s.

(77) Rapport final du Centre d'Études de l'Emploi – juillet 2012 – «Des ruptures conventionnelles vues par des salariés», pages 21 et s. - Béatrice Mounier-Bertail déjà citée, *Revue de droit du travail* - n°6 – 11 juin 2012, pages 333 et s. - Evelyne Serverin déjà citée, *Revue de droit du travail* - n°2 – 23 février 2012, pages 110 et s. - Marc Patin déjà cité, *La Semaine juridique – édition sociale* n°1-2 – 10 janvier 2012, étude 1002, pages 25 et s. - Grégoire Loiseau déjà cité, *Droit social* n°3 – mars 2010, pages 297 et s. - Isabelle Raoul-Duval déjà citée, *Les Cahiers du DRH* – n°163 – mars 2010, pages 22 et s. - Farida Khodri, *Revue de droit du travail* - n°12 – 16 décembre 2011, pages 689 et s.

(78) Farida Khodri déjà citée, *Revue de droit du travail* - n°12 – 16 décembre 2011, pages 689 et s.

(79) Béatrice Mounier-Bertail déjà citée, *Revue de droit du travail* - n°6 – 11 juin 2012, pages 333 et s.

(80) Evelyne Serverin déjà citée, *Revue de droit du travail* - n°2 – 23 février 2012, pages 110 et s.

(81) Cour d'appel de Montpellier, 4ème chambre sociale, 16 novembre 2011, arrêt n°10/04670



d'un litige antérieur ou concomitant entre les parties, qu'il s'agisse d'un litige entre l'employeur et son salarié ou d'un litige entre le salarié et son employeur». La Cour d'appel de Lyon (82) a, quant à elle, estimé récemment «qu'il n'a jamais été question, au cours des débats parlementaires, de subordonner la mise en œuvre d'une rupture conventionnelle à l'absence de litige antérieur ou concomitant entre les parties, exigeant à l'évidence incompatible avec l'objectif que le législateur a assigné à ce mode de rupture ; qu'éviter que les différends nés de la rupture soient portés en justice, cristallisant ainsi les antagonismes, n'est en effet pas la même chose que subordonner la rupture conventionnelle à l'absence de différend entre employeur et salarié».

Faute que la Cour de cassation ait, à la date d'aujourd'hui, pris position sur la légitimité d'une rupture conventionnelle signée dans un contexte conflictuel,

il peut tout de même être constaté que, jusqu'à présent, la plupart des juridictions du second degré qui ont eu à statuer sur cette question, transposent à la rupture conventionnelle la jurisprudence sur la rupture amiable dans sa version civiliste.

Néanmoins, l'approche malgré tout hétérogène des tribunaux laisse planer des incertitudes pour les juristes et génère, par conséquent, une insécurité juridique pour les employeurs et les salariés. Dans l'instant, peut-on se risquer à considérer que l'existence d'un litige

préalable doit, en principe, faire obstacle à la conclusion d'une rupture conventionnelle ? Ce qui, dans l'affirmative, signifie que lorsqu'un conflit préexiste entre l'employeur et le salarié, une convention de rupture n'est pas envisageable, sauf à craindre, en cas de contentieux, qu'elle soit déclarée nulle ou qu'elle produise les effets d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Peut-on, au contraire, affirmer à juste raison que, en l'absence de tout vice du consentement, de toute cause illicite et de toute irrégularité de procédure, la rupture conventionnelle ne peut être invalidée, peu important qu'existe un différend entre les parties ? Autrement dit, la possibilité de conclure une convention de rupture ne serait pas

exclue en présence d'un quelconque litige opposant l'employeur et le salarié.

Le débat demeure ouvert à ce jour.

Peut-on se risquer à considérer que l'existence d'un litige préalable doit, en principe, faire obstacle à la conclusion d'une rupture conventionnelle ?

Si la rupture conventionnelle n'est réellement permise qu'en l'absence de toute manifestation d'un différend antérieur entre les parties, reste à savoir alors pour quels motifs un employeur et un salarié pourraient rompre le contrat d'un commun accord. Sur ce point, très récemment, l'enquête menée par le Centre d'études de l'emploi (CEE), évoquée plus haut (83), ainsi que l'étude réalisée pour le compte de la Direccte de Haute-Normandie, publiée en juin 2012, qui dresse un premier bilan du dispositif de la rupture conventionnelle dans notre région (84), ont pu l'une et l'autre

identifier un certain nombre de circonstances qui ont amené des salariés et des employeurs à consentir à une rupture conventionnelle.

Une grande enquête de la Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques (DARES) du ministère du travail viendra, d'ici la fin de l'année 2012, compléter largement ces deux récentes études ainsi que l'analyse à laquelle s'est livrée cette même Direction en juin 2011 (85).

Parmi les causes possibles d'une rupture conventionnelle, figurent évidemment les difficultés économiques que peut rencontrer l'entreprise.

C'est ce que nous allons maintenant aborder avec la question des ruptures conventionnelles dans un contexte de suppression d'emplois pour motif économique.

B – La rupture conventionnelle dans un contexte de difficultés économiques

Comme nous l'avons précisé plus haut, les signataires de l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2008 ont prévu que les ruptures conventionnelles ne doivent pas «porter atteinte aux procédures de licenciements collectifs pour cause économique engagées par l'entreprise». Cette formule, comme l'indique le Conseiller Jean-Marc Béraud (1), «peut se comprendre comme signifiant qu'elles ne doivent pas venir concurrencer le licenciement pour motif économique et faire obstacle aux règles qui le régissent en tant qu'acte de gestion de l'entreprise imposant

(82) Cour d'appel de Lyon, chambre sociale A, 7 mai 2012, arrêt n°11/03134

(83) Rapport final du Centre d'Études de l'Emploi (CEE) – juillet 2012 – «Des ruptures conventionnelles vues par des salariés». Le CEE est un établissement public placé sous la tutelle du ministère chargé du travail et de l'emploi et du ministère chargé de la recherche

(84) Étude publiée dans le TEN-Info n°81 – juin 2012 «les ruptures conventionnelles en Haute-Normandie : un premier bilan après quatre ans d'exercice du dispositif»

(85) DARES-Analyses - juin 2011 - n°046 «Les ruptures conventionnelles de la mi-2008 à la fin 2010»

(1) Jean-Marc Béraud, conseiller à la Cour de cassation - rapporteur dans l'affaire ayant opposé le CCE de l'UES Norbert Dentressangle Vrac aux sociétés formant cette même UES (arrêt n°619 du 9 mars 2011) - Revue de droit du travail - n°4 – 19 avril 2011, pages 226 et s.



des modalités particulières de consultation des représentants du personnel ainsi que l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi selon l'effectif de l'entreprise et le nombre de licenciements envisagés».

En d'autres termes, certains auteurs ont pu considérer que «on pouvait y voir formulée une sorte d'interdiction de recourir au dispositif de rupture conventionnelle au cours d'une procédure de licenciement collectif pour motif économique (...) cette disposition pouvait aussi rappeler que si des ruptures conventionnelles intervenaient dans le cadre d'une suppression collective d'emplois - faculté alors implicitement admise - il faudrait alors qu'elles relèvent de la procédure de licenciement collectif pour motif économique» (2).

Une exclusion du champ de la procédure ...

Le projet de loi initial qui transcrit cet ANI du 11 janvier 2008, tout en disposant que le recours à la rupture conventionnelle est exclue dans le cadre d'accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) et des plans de sauvegarde de l'emploi (PSE), soumettait implicitement la rupture conventionnelle à la procédure de licenciement pour motif économique dès lors que la rupture trouve son origine dans une cause économique. En effet, en l'absence de disposition contraire, le projet initial rendait applicable à la rupture conventionnelle le principe posé par l'article L.1233-3 du Code du travail selon lequel les dispositions

relatives au licenciement économique s'appliquent à toute rupture du contrat de travail fondée sur un motif économique, y compris donc aux ruptures d'un commun accord.

D'ailleurs, le rapporteur de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale soulignait lui-même que «au-delà des cas particuliers de la

GPEC et des PSE, le projet de loi ne traite pas de la combinaison de la rupture conventionnelle avec le droit du licenciement économique et en particulier les règles de seuil, en nombre de ruptures de contrats de travail, qui entraînent des obligations procédurales (consultations des représentants du personnel selon diverses modalités, élaboration d'un PSE ...) » (3). Le projet de loi, tel que présenté en mars 2008 par le Gouvernement de François Fillon, n'envisageait donc pas de soustraire la rupture conventionnelle aux règles du licenciement économique applicables à toute rupture du contrat de travail résultant d'un motif économique, quelque forme que prenne cette rupture.

Cependant, au cours des travaux préparatoires, un premier amendement proposé par le rapporteur et adopté par l'Assemblée nationale lors de la séance du 16 avril 2008 visait à «préciser que les règles relatives aux licenciements ne s'appliquent pas aux ruptures conventionnelles, comme l'ont souhaité les partenaires sociaux» (4). Le champ de l'article L.1233-3 du Code du travail s'en trouvait ainsi modifié pour ne retenir que «toute rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur».

Un second amendement sera présenté devant la commission mixte paritaire «tendant à apporter une précision rédactionnelle, afin de sécuriser la rupture conventionnelle par rapport au droit du licenciement économique» (5). De cet amendement, adopté par le Parlement, il en résulte aujourd'hui que l'article L.1233-3 rend applicable les dispositions relatives au licenciement économique à toute rupture du contrat de travail «à l'exclusion de la rupture conventionnelle».

Comme le soulignera plus tard Jean-Marc Béraud devant la Chambre sociale de la Cour de cassation (1) «les ruptures conventionnelles se trouvent exclues du champ d'attraction des licenciements économiques. L'étanchéité entre ces résiliations négociées et le licenciement économique est donc en principe totale».

Dans une instruction datée du 23 mars 2010 (6), la Direction Générale du Travail (DGT) est venue préciser que «la rupture conventionnelle résulte de la seule volonté des parties au contrat de travail, sans qu'il y ait lieu d'en rechercher le motif. En conséquence, une rupture conventionnelle peut intervenir alors même que l'entreprise rencontre des difficultés économiques qui l'amènent à se séparer de certains de ses salariés». Dans une circulaire antérieure (7), la DGT avait mentionné que «un contexte économique difficile pour l'entreprise, voire un PSE circonscrit à d'autres emplois, ne sont pas à eux seuls suffisants pour exclure l'application de la rupture conventionnelle». Précédemment encore, elle avait indiqué que «la rupture conventionnelle ne doit pas être utilisée pour détourner un autre mode de rupture applicable à une situation d'espèce. (...) Toutefois, dans le cadre d'une rencontre des consen-

(2) Alexandre Fabre, *Revue de droit du travail* - n°11 - 17 novembre 2008, pages 653 et s. ; Grégoire Loiseau déjà cité, *Droit social* n°6 - juin 2011, pages 681 et s.

(3) Rapport du député Dominique Dord, n°789 du 8 avril 2008, page 61

(4) Amendement n°159 présenté le 14 avril 2008 par Dominique Dord, rapporteur du projet de loi devant l'Assemblée nationale

(5) Rapport au nom de la commission mixte paritaire nos 920/364 du 3 juin 2008, page 10

(6) Instruction DGT n°02 du 23 mars 2010, 1.a)

(7) Circulaire DGT n°2009-04 du 17 mars 2009, 1.4



tements libres et éclairés de chaque partie, la rupture conventionnelle pourra être envisagée si ses circonstances de conclusion s'avèrent détachables du contexte économique de l'entreprise à la date de la signature de la convention de rupture, comme, par exemple, une rupture conventionnelle conclue avec un salarié dont le poste de travail n'est pas concerné par la réorganisation économique de l'entreprise et qui donc sera remplacé après son départ» (8).

Force est de constater que, si en application de la loi du 25 juin 2008 les ruptures de contrat résultant des accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et des plans de sauvegarde de l'emploi ne peuvent revêtir la forme de ruptures conventionnelles, cette même loi ne proscribit pas la conclusion d'une rupture conventionnelle dans un contexte de difficultés économiques et, partant, de suppression d'emplois. Comme le fait remarquer un auteur, «poser, à titre dérogatoire, que les dispositions relatives au licenciement économique ne sont pas applicables à la rupture conventionnelle n'induit pas l'interdiction de recourir à ce mode de rupture dans un contexte économique difficile ou menaçant» (9). La DGT a été amenée à préciser très récemment que si la rupture conventionnelle est écartée du champ des ruptures amiables pouvant intervenir dans le cadre d'accords de GPEC et de PSE, «il n'est pour autant pas interdit de conclure des ruptures conventionnelles qui s'avèrent avoir une cause économique» (10).

"Il n'est pour autant pas interdit de conclure des ruptures conventionnelles qui s'avèrent avoir une cause économique"

Il en résulte, comme l'indique le Conseiller Jean-Marc Béraud, que «un projet de licenciement économique donnant éventuellement lieu à l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi peut coexister avec des ruptures conventionnelles extérieures à ce plan. De même, des mesures incitant aux départs volontaires peuvent être prévues par un plan de sauvegarde de l'emploi et s'accompagner, mais hors plan, de ruptures conventionnelles obéissant à un régime propre. L'article L.1233-3 du Code du travail paraît même autoriser que des réductions d'effectifs soient exclusivement mises en œuvre par des ruptures conventionnelles» (1).

Un auteur considère toutefois que «il n'est guère concevable que des ruptures conventionnelles, dont le motif économique est avéré, puissent permettre à un employeur d'éluider les protections que des dispositions légales d'ordre public confèrent aux salariés» (11). En effet, le risque de contournement de procédure lié au recours à des ruptures conventionnelles dans un contexte de suppression d'emplois ne peut bien sûr être écarté. D'ailleurs, la DGT, dans sa circulaire de 2009 (7) avait envisagé que des ruptures conventionnelles soient «conclues en vue de contourner les garanties en matière de licenciements économiques et collectifs. (...) le caractère coordonné et organisé des ruptures conventionnelles peut (...) constituer un indice». C'est pourquoi, par son instruction de mars 2010 (6), la DGT rappelle que «la rupture conventionnelle ne peut être utilisée comme un moyen

de contourner les règles du licenciement économique collectif et donc de priver, de ce fait, les salariés des garanties attachées aux accords de GPEC et aux PSE». Elle ajoute que «dès lors que le recours à la rupture conventionnelle concerne un nombre important de salariés et que cela a pour effet de priver ces salariés du bénéfice des garanties attachées aux licenciements collectifs, l'autorité administrative devra vérifier l'existence ou non d'un contournement des procédures de licenciement collectif justifiant un refus d'homologation de la rupture conventionnelle».

Certains chefs d'entreprise, qui emploient 50 salariés et plus, peuvent effectivement être tentés de recourir à la rupture conventionnelle pour s'affranchir de la procédure de licenciement collectif pour motif économique. Le contournement sera alors constitué lorsque l'employeur, pour échapper à son obligation d'informer et consulter les représentants du personnel et d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi, aura volontairement choisi de conclure des ruptures conventionnelles avec ses salariés plutôt que de les licencier pour motif économique. Cet abus - ou cette fraude - a évidemment pour conséquence que les salariés qui auront signé une convention de rupture ne bénéficieront pas des mesures susceptibles de figurer dans un plan de sauvegarde de l'emploi [mesures de nature à éviter des licenciements ou visant à faciliter le reclassement des salariés licenciés, etc.], pas plus d'ailleurs que du contrat de sécurisation professionnelle (CSP) réservé aux salariés dont le licenciement pour motif économique est envisagé (12). Dans une réponse écrite à un parlementaire, le mi-

(8) Questions-réponses de la DGT mis à jour le 1er décembre 2008, 5-4

(9) Frédéric Géa, *Revue de droit du travail* - n°4 - 19 avril 2011, pages 244 et s.

(10) Circulaire DGT n°07/2012 du 30 juillet 2012, fiche n°14

(11) Jean Pélassier, *Semaine sociale Lamy* - 21 mars 2011, n°1484, pages 7 et s.

(12) En 2008, la Cour de cassation a jugé qu'en cas de résiliation amiable du contrat de travail d'un salarié conclue en raison de circonstances caractérisant un motif économique, l'employeur est tenu de proposer au salarié le bénéfice des mesures d'évaluation des compétences professionnelles et d'accompagnement - dispositif dit du Pré-PARE ou PARE anticipé (Plan d'aide au retour à l'emploi) qui a successivement été remplacé peu ou prou par la convention de conversion puis par la convention de reclassement personnalisé et enfin par le contrat de sécurisation professionnelle - (Cass. soc. 16 décembre 2008, pourvoi n°07-15019). Cette solution serait transposable au contrat de sécurisation professionnelle.



nistre du travail tout en rappelant que la rupture conventionnelle « ne peut être utilisée comme un moyen de contourner les règles du licenciement économique collectif et donc de priver, de ce fait, les salariés des garanties attachées aux accords de gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences et aux plans de sauvegarde de l'emploi » ajoutait que « il convient que le salarié soit préalablement dûment informé de ses droits afin qu'il puisse, en toute connaissance de cause, opter pour une rupture conventionnelle en cas de suppression de poste et si les garanties attachées au licenciement économique ne se révèlent pas plus avantageuses pour lui » (13). Ceci signifie que le salarié, à qui est proposé une rupture conventionnelle dans un contexte de suppression d'emplois pour motif économique, devra, avant de s'engager, être mis en mesure de comparer les avantages issus de ce mode de rupture avec ceux qui résulteraient d'un PSE voire d'un plan de départs volontaires.

... mais des ruptures conventionnelles qui entrent en compte

En 2011, la Cour de cassation a été amenée à se prononcer dans une affaire où une unité économique et sociale (UES) dotée d'un comité d'entreprise avait réduit ses effectifs de 577 à 530 salariés, en ayant recours, à l'exception de 9 licenciements pour motif économique, à des ruptures conventionnelles. Ces réductions s'avérant insuffisantes, les sociétés composant l'UES avaient alors accepté « de se soumettre volontairement » à l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi portant sur 18 licenciements économiques tout en conti-

nant de recourir à des ruptures conventionnelles. Le comité central d'entreprise, consulté sur ce plan, avait refusé de donner un avis et avait saisi le tribunal de grande instance pour faire annuler le plan et les ruptures conventionnelles intervenues en faisant valoir que ces dernières, qui avaient eu une cause économique, devaient être intégrées dans la procédure de licenciement. Le tribunal avait rejeté cette argumentation et la cour d'appel avait confirmé, n'annulant le plan de sauvegarde que parce qu'elle le jugeait insuffisant mais déboutant le comité d'entreprise de sa demande de dommages-intérêts en réparation du préjudice lié à l'irrégularité dénoncée (14).

Par son arrêt rendu le 9 mars 2011 (pourvoi n° 10-11581), la Chambre sociale a décidé que « lorsqu'elles ont une cause économique et s'inscrivent dans un processus de réduction des effectifs dont elles constituent la ou l'une des modalités, les ruptures conventionnelles doivent être prises en compte pour déterminer la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel applicable ainsi que les obligations de l'employeur en matière de plan de sauvegarde de l'emploi ». Il s'agit pour les magistrats de la Cour suprême, comme le souligne un auteur, « de rendre inefficaces au plan juridique les tentatives visant à recourir aux ruptures conventionnelles aux fins de contournement du droit du licenciement économique » (15).

Comme l'explique le communiqué de la Haute juridiction « la solution du litige impliquait de confronter, d'une part, les termes de l'article 12 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 selon lequel « les ruptures conventionnelles ne doivent pas porter atteinte aux procédures de licenciements collec-

tifs pour cause économique engagées par l'entreprise », d'autre part, l'article L.1233-3 du Code du travail qui, après avoir défini le licenciement économique dans son alinéa 1, dispose en son alinéa 2 que « les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail, à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants, résultant de l'une des causes énoncées au premier alinéa ». Faisant une application combinée de ces deux textes, la chambre sociale censure l'arrêt de la cour d'appel (...) en retenant que les ruptures conventionnelles s'étant inscrites dans le processus global de réduction d'effectifs, elles devaient être prises en compte pour apprécier la régularité de la procédure suivie par l'employeur et le respect de ses obligations en matière de plan de sauvegarde de l'emploi » (14).

Cet arrêt s'inscrit dans une jurisprudence inaugurée il y a plus de vingt ans par la Cour de cassation (Cass. soc., 10 avril 1991, pourvoi n° 89-18485) et qui s'attache à prendre en compte la globalité d'un projet de réduction des effectifs au-delà des types de ruptures par lesquels il est mis en œuvre, notamment lorsqu'il est fait appel au volontariat des salariés (16).

De cette décision de cassation - la seule à ce jour concernant le dispositif de la rupture conventionnelle - il apparaît que deux conditions doivent être réunies pour que les ruptures conventionnelles soient obligatoirement intégrées dans la procédure de licenciement collectif pour motif économique : d'une part, la rupture conventionnelle doit avoir une cause économique et, d'autre part, elle doit s'inscrire dans un processus de réduction des effectifs.

Dès lors que la rupture conventionnelle présente un caractère écono-

(13) Réponse écrite du ministre du travail à la question n°106030 du député Christian Eckert (JO 31 mai 2011, page 5884)

(14) Communiqué de la Cour de cassation, relatif à l'arrêt n° 619 du 9 mars 2011 (pourvoi n°10-11581) de la Chambre sociale

(15) Frédéric Géa déjà cité, Revue de droit du travail - n°4 - 19 avril 2011, pages 244 et s

(16) Rapport annuel 2011 de la Cour de cassation, 4ème partie, pages 453 et s.



mique, qu'elle intervient dans un contexte de suppression d'emplois dû à des difficultés économiques et qu'elle s'inscrit dans un projet global et concerté de réduction des effectifs, elle devra être prise en compte au stade de la détermination de la procédure applicable.

Pratiquement, cela signifie que l'employeur qui occupe au moins 50 salariés sera contraint d'engager la procédure de licenciement collectif pour motif économique - ce qui suppose la consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, l'élaboration d'un PSE, la notification du projet de licenciement à l'autorité administrative et, le cas échéant, la désignation d'un expert-comptable - dès l'instant où il projette de réduire ses effectifs à la fois par des licenciements et des ruptures conventionnelles et que le total des emplois qui seraient ainsi supprimés atteint ou dépasse le seuil de 10 dans une même période de 30 jours.

La même obligation pèse certainement sur cet employeur s'il envisage, pour des raisons économiques, de conclure 10 conventions de rupture ou plus dans une même période de 30 jours, à l'exclusion de tout licenciement. En effet, l'arrêt du 9 mars 2011 de la Cour de cassation précise que les ruptures conventionnelles doivent constituer «la ou l'une des modalités» du processus de réduction des effectifs, contrairement à la directive européenne

du 20 juillet 1998 (17) qui dispose que, pour le calcul du nombre de licenciements entraînant l'assujettissement à la procédure de licenciement collectif pour motif économique, «sont assimilées aux licenciements les cessations du contrat de travail intervenues à l'initiative de l'employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs, à condition que les licenciements soient au moins au

nombre de cinq». Il est donc permis de penser que des ruptures conventionnelles à elles-seules, lorsque leur nombre est au moins égal à 10 dans une période de 30 jours, s'opposent à ce qu'une entreprise, si elle emploie 50 salariés et plus, contourne la procédure de licenciement collectif, peu important que ces ruptures conventionnelles ne s'accompagnent d'aucune mesure de licenciement pour motif économique.

Le principe de l'intégration des ruptures conventionnelles dans la procédure de licenciement collectif économique étant posé, il restait à déterminer la période et le périmètre pouvant être pris en considération pour le décompte de ces ruptures. En effet, selon l'article L.1233-26 du Code du travail, lorsqu'une entreprise ou un établissement qui emploie 50 salariés et plus a procédé pendant trois mois consécutifs à des licenciements économiques de plus de 10 salariés au total sans atteindre 10 salariés dans une même période de 30 jours, tout

nouveau licenciement économique envisagé au cours des trois mois suivants est soumis aux dispositions relatives au licenciement collectif, notamment celles imposant la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi (18). Il s'agissait donc de savoir si des ruptures conventionnelles échelonnées sur plusieurs mois et éventuellement conclues dans différents établissements de l'entreprise devaient être prises en compte pour l'application de cet article L.1233-26.

La Cour d'appel de Lyon, par son arrêt du 11 janvier 2012 (19), a, pour sa part, tranché cette question dans une affaire où une entreprise soutenait que les ruptures conventionnelles ne pouvaient pas être comptabilisées comme des licenciements économiques au sens de l'article L.1233-26 du Code du travail et qu'en tout état de cause, il n'était pas démontré qu'elle aurait notifié 10 licenciements pour motif économique au cours des trois derniers mois précédant le licenciement économique qui était contesté ; que pendant ces trois mois, seules 2 ruptures conventionnelles ont été homologuées et non pas 8 comme le prétendait le salarié concerné. Dans l'espèce, la cour d'appel, tout en rappelant que c'est dans le cadre de l'entreprise qu'un plan de sauvegarde de l'emploi doit être envisagé et non pas dans celui de chaque établissement pris individuellement, retient toutes les ruptures conventionnelles conclues au niveau de l'entreprise - et non au niveau seulement de l'établissement où est intervenue la rupture - au cours de la période considérée de trois mois, dès lors que ces ruptures ont été négociées dans le contexte des réductions d'effectifs prévues par l'entreprise

Dès lors que la rupture conventionnelle présente un caractère économique, qu'elle intervient dans un contexte de suppression d'emplois dû à des difficultés économiques et qu'elle s'inscrit dans un projet global et concerté de réduction des effectifs, elle devra être prise en compte au stade de la détermination de la procédure applicable

(17) Directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs. Il peut être souligné à cet égard que le droit français doit être interprété à la lumière du droit communautaire pour atteindre l'objectif défini par ce même droit. La directive européenne, y compris mal ou non transposée en droit interne, est prise en compte par les juridictions nationales, eu égard notamment au principe de primauté des sources de droit communautaire sur le droit national

(18) L'article L.1233-27 du Code du travail prévoit, quant à lui, que lorsqu'une entreprise ou un établissement employant 50 salariés et plus a procédé au cours d'une année civile à des licenciements pour motif économique de plus de 18 salariés au total, sans avoir été tenu de présenter de plan de sauvegarde de l'emploi, tout nouveau licenciement économique envisagé au cours des trois premiers mois de l'année civile suivante est soumis aux dispositions relatives au licenciement collectif, notamment celles imposant la mise en place d'un PSE

(19) Cour d'appel de Lyon, chambre sociale B, 11 janvier 2012, arrêt n°10/08641



pour faire face à ses difficultés économiques et que les salariés ayant souscrit aux ruptures conventionnelles n'ont pas été remplacés. De ce fait, les juges d'appel, constatant que 16 demandes d'homologation de rupture conventionnelle avaient été déposées par l'entreprise dans différents départements au cours de ces trois mois, ont tenu pour acquis que les ruptures conventionnelles excédaient le seuil de 10 salariés édicté en matière de licenciement collectif. Il peut être souligné que, dans cette affaire, la Cour d'appel a pris également en compte des ruptures conventionnelles dont l'homologation a été rejetée par l'autorité administrative en raison des licenciements pour motif économique engagés par l'entreprise. Il faut cependant savoir que les deux salariés concernés par ce refus avaient néanmoins quittés l'entreprise, l'un dans le cadre d'une démission, l'autre dans le cadre d'un licenciement pour faute grave, et n'avaient pas fait l'objet d'un remplacement, d'où leur intégration dans la procédure. Il s'ensuit que le salarié licencié pour motif économique qui faisait grief à son ex-employeur d'avoir détourné la procédure de licenciement économique en recourant à des ruptures conventionnelles pour échapper à la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi, dont il a ainsi été abusivement privé, a vu son licenciement déclaré nul par les juges. Que les ruptures conventionnelles doivent être intégrées dans la procédure est une chose, encore est-il nécessaire, comme nous l'avons noté précédemment, qu'elles aient une cause économique. Sur ce point, un auteur (20) remarque que «l'exigence d'une cause économique soulève une difficulté. La rupture conventionnelle du contrat

Les plans de départs volontaires

Il est admis depuis longtemps par la jurisprudence qu'une entreprise qui traverse des difficultés économiques et se trouve contrainte de réduire ses effectifs, puisse faire appel aux salariés volontaires pour quitter l'entreprise et ainsi éviter de procéder à des licenciements pour motif économique.

Le départ volontaire constitue donc une alternative au licenciement économique et à la démission. Si un employeur peut élaborer un plan de départs volontaires pour supprimer des emplois face à un contexte économique difficile, pour autant les ruptures amiables qui interviendront à cette occasion seront, puisqu'elles sont fondées sur un motif économique, soumises à la procédure de licenciement pour motif économique, comme l'exige l'article L.1233-3 du Code du travail.

Dans les entreprises comptant 50 salariés et plus, le plan de départs volontaires pourra s'inscrire dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi [PSE] - rendu obligatoire lorsqu'au moins 10 ruptures de contrats de travail pour motif économique sont susceptibles d'être réalisées sur une même période de 30 jours (1) -, dont il constituera l'une des mesures - voire la seule - afin d'éviter ou de limiter le nombre de licenciements, et ce que le PSE soit conclu sous la forme d'un accord collectif ou qu'il résulte seulement d'un engagement unilatéral de l'employeur soumis à l'avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Le plan de départs volontaires peut aussi, dans les entreprises qui occupent 300 salariés et plus (2), être organisé par un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences [GPEC] qui détermine les catégories d'emplois menacés par les évolutions économiques ou technologiques, sous contrôle de l'Administration, et prévient le risque de licenciement économique par des mesures financières et des aides au reclassement externe qui incitent au volontariat des salariés concernés pour une rupture amiable de leur contrat de travail.

Les ruptures d'un commun accord qui interviennent en application d'un plan de départs volontaires intégré à une PSE ou à un accord de GPEC sont conclues sur le fondement du Code civil [article 1134] et non pas sur celui du Code du travail. En effet, le régime de la rupture conventionnelle n'est pas applicable aux ruptures amiables qui résultent d'un PSE ou d'un accord de GPEC. Cette exclusion est expressément prévue par l'article L.1237-16 du Code du travail et a été expliquée tant par le rapporteur du projet de loi à l'Assemblée nationale : «cette exception permettra de conserver leur pleine autonomie à ces procédures, qui ne concernent, par construction, que les entreprises d'une certaine taille, font l'objet d'accords collectifs ou du moins de documents soumis à consultation ; par ailleurs sont attachées aux indemnités versées dans le cadre de ces procédures des exonérations fiscales et sociales dérogatoires qu'il convient de ne pas impacter» (3) que par le rapporteur devant le Sénat : «Les accords de GPEC peuvent prévoir le départ négocié de salariés. Dans la mesure où l'accord définit déjà dans quelles conditions la rupture du contrat est opérée, il apparaît peu opportun d'imposer dans ce cas de figure le respect de la procédure instituée par le présent article. Le PSE, anciennement dénommé plan social, a pour objet d'éviter les licenciements ou d'en diminuer le nombre (...) Il comporte des mesures variées, telles que des actions de reclassement interne ou externe des salariés, de soutien à la création d'activités nouvelles ou encore d'aménagement du temps de travail. Là encore, les départs négociés dans le cadre du PSE ne sont pas soumis à la procédure définie par le présent article, étant entendu qu'ils sont déjà encadrés par les dispositions du PSE» (4).

(1) Lorsque plus de 10 ruptures pour motif économique sont intervenues pendant les trois mois qui précèdent, sans atteindre le seuil de 10 dans une même période de 30 jours, ou lorsque plus de 18 ruptures ont eu lieu au cours de l'année civile précédente, toute nouvelle rupture ayant une cause économique et survenant dans les trois mois qui suivent entraîne l'obligation d'élaborer un PSE (cf. articles L.1233-26 et L.1233-27 du Code du travail)

(2) mais aussi dans les groupes d'entreprises employant 300 salariés et plus dont le siège social est situé en France ainsi que dans les entreprises ou les groupes de dimension communautaire qui comportent au moins un établissement ou une entreprise de 150 salariés et plus en France

(3) Rapport du député Dominique Dord au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale, n°789 du 8 avril 2008

(4) Rapport du sénateur Pierre Bernard-Reymond au nom de la commission des affaires sociales du Sénat, n°306 du 30 avril 2008

de travail n'a pas à être motivée (...) comment dès lors faire état d'une cause économique à propos d'un acte dont la validité n'est pas subor-

donnée à la mention d'une cause ?». Il poursuit en faisant observer que «si les parties n'ont pas l'obligation de préciser le motif qui les incite



à conclure cet accord de rupture, il n'en demeure pas moins que la décision commune de l'employeur et du salarié a toujours une cause. Celle-ci devra être recherchée dans les circonstances qui ont entouré la conclusion de l'acte ou dans les déclarations des parties lors de l'entretien précédant la conclusion de la convention de rupture». Ainsi que l'écrit Catherine Taillandier, président de chambre honoraire à la Cour d'appel de Paris, «il faut cependant relever que la difficulté, en cette matière, est d'établir que les ruptures conventionnelles sont bien intervenues dans un contexte de difficultés économiques et relèvent d'une stratégie de l'employeur, preuve parfois difficile à établir, surtout dans les petites et moyennes entreprises» (21).

Pour sa part, la Direction générale du travail a établi une énumération indicative des éléments susceptibles de révéler un contournement de la procédure de licenciement collectif (22). En effet, certains indices d'évitement d'un plan de sauvegarde de l'emploi peuvent être décelés au sein d'une entreprise confrontée à un contexte économique difficile et dont on constate qu'elle se livre à un recours massif à la rupture conventionnelle. L'existence avérée d'un tel contournement devra alors conduire l'autorité administrative à refuser l'homologation des conventions de rupture

trouvant leur cause dans les difficultés économiques de l'entreprise et s'inscrivant dans un processus de compression des effectifs.

Ce n'est pas parce que les ruptures conventionnelles doivent, lorsqu'elles remplissent les conditions que nous venons de rappeler, être décomptées afin de déterminer si le seuil requis pour engager la procédure de licenciement collectif pour motif économique est atteint, que ces ruptures perdent leur nature. La Cour de cassation a, dans son communiqué, entendu préciser que «l'intégration des ruptures conventionnelles dans la procédure de licenciement économique ne remet cependant pas en cause leur qualification et leur régime juridiques propres, non plus qu'elle n'affecte, en soi, leur validité» (14). Ceci signifie donc que la rupture conventionnelle, même incluse dans le décompte des ruptures servant à déterminer la procédure applicable, demeure une rupture d'un commun accord et ne se transforme pas en un licenciement. Sur ce point, Jean-Marc Béraud ne manque pas d'indiquer dans son rapport que «la nullité des ruptures conventionnelles n'est ni une condition préalable ni une conséquence obligée de leur prise en compte dans les procédures et les obligations inhérentes aux licenciements pour motif économique» (23).

Reste à savoir si la prise en compte, aujourd'hui, de ces ruptures conventionnelles dans la procédure de licenciement pour motif économique conduira, demain, à élargir le champ de cette procédure à ces mêmes ruptures, c'est-à-dire l'application des mesures du plan de sauvegarde de l'emploi, dont tout particulièrement celles de l'éventuel plan de départs volontaires, à l'égard des salariés ayant accepté une telle rupture. La question se pose également de savoir si ces ruptures intervenues dans un contexte de difficultés économiques et de projet global de réduction d'effectifs peuvent être atteintes dans leur validité. Les juges qui, à notre connaissance, n'ont pas encore eu à se prononcer sur ce point, opteront-ils, en cas d'irrégularité de la convention de rupture, pour une nullité de celle-ci avec toutes les conséquences de droit qui s'y rattachent ou requalifieront-ils la rupture conventionnelle en licenciement sans cause réelle et sérieuse ? ■

(21) Catherine Taillandier, *Semaine sociale Lamy* – 24 septembre 2012, n°1552, pages 7 et s.

(22) Instruction DGT n°02 du 23 mars 2010, 2.

(23) Jean-Marc Béraud déjà cité, - *Revue de droit du travail* - n°4 – 19 avril 2011, pages 226 et s.



L'entretien préparatoire, première phase de la procédure de rupture conventionnelle

Les partenaires sociaux signataires de l'accord national interprofessionnel [ANI] du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, qui ont proposé l'instauration d'une procédure légale de rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée, ont suggéré la possibilité pour le salarié de se faire assister, lors des discussions préalables à cette rupture, par tout salarié de l'entreprise ou, en l'absence de représentants du personnel, par un conseiller du salarié.

La loi n°2008-596 du 25 juin 2008 qui a très largement repris les dispositions de cet ANI en matière de rupture conventionnelle, a donc prévu 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 : soit par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, qu'il s'agisse d'un salarié titulaire d'un mandat syndical ou d'un salarié membre d'une institution représentative du personnel ou tout autre salarié ; soit, en l'absence d'institution représentative du personnel dans l'entreprise, par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative» (1).

La procédure de rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée comporte donc au minimum un entretien, dont l'objet essentiel est

la négociation des conditions financières et matérielles de la séparation contractuelle, après bien évidemment que le principe du départ négocié du salarié de l'entreprise ait été accepté de part et d'autre. La signature d'une convention de rupture est ainsi obligatoirement précédée d'au moins une rencontre formalisée entre l'employeur et le salarié. Il s'agit-là d'un élément substantiel de la procédure et une condition de validité de la rupture conventionnelle. L'absence d'un tel entretien constitue une irrégularité qui sera ipso facto sanctionnée par le rejet de la demande d'homologation administrative de la rupture.

La signature d'une convention de rupture est ainsi obligatoirement précédée d'au moins une rencontre formalisée entre l'employeur et le salarié

La représentation de l'employeur à l'entretien préparatoire

En matière de licenciement, c'est l'employeur lui-même qui doit, en principe, être présent à l'entretien préalable. Cependant, il est admis que l'employeur puisse se faire représenter à cet entretien. La Cour de cassation pose le principe selon lequel la faculté de représenter l'employeur à l'entretien n'est pas réservée au seul délégataire du pouvoir de prononcer le licenciement (1). Ce qui signifie que le représentant de l'employeur, habilité à mener l'entretien, ne sera pas nécessairement celui qui décidera de ses suites. Ainsi, un collaborateur de l'employeur peut recevoir mandat pour procéder uniquement à l'entretien préalable du salarié. Par contre, il a été jugé que la finalité même de l'entretien préalable et les règles relatives à la notification du licenciement interdisent à l'employeur de donner mandat à une personne étrangère à l'entreprise pour conduire la procédure de licenciement (2). On peut penser que ces solutions apportées pour l'entretien préalable au licenciement sont transposables aux entretiens de négociation de la rupture conventionnelle.

(1) Cass. soc., 14 juin 1994, pourvoi n°92-45072 ; 14 mai 1987, pourvoi no 83-46073 et, implicitement, 18 février 1988, pourvoi n°85-46169

(2) Cass. soc., 7 décembre 2011, pourvoi n°10-30222 ; 26 mars 2002, pourvoi n°99-43155

(1) Article L.1237-12 du Code du travail



Une participation assistée

Par ailleurs, le législateur a prévu que le salarié peut se faire assister lors du ou des entretiens préparatoires de la rupture conventionnelle. Comme l'a mentionné, lors des travaux parlementaires, le rapporteur du projet de loi devant l'Assemblée nationale «ces dispositions reprennent celles relatives à l'assistance pour l'entretien préalable de licenciement» (2). En effet, les règles d'assistance du salarié pendant cet ou ces entretiens sont comparables à celles qui ont été édictées pour l'entretien préalable à une éventuelle mesure de licenciement ; les partenaires sociaux s'en sont manifestement inspirés. Ainsi, de manière identique, le salarié dispose de la faculté de se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, investie ou non d'un mandat représentatif. De même, il peut, si l'entreprise qui l'emploie est dépourvue d'institutions représentatives du personnel [délégués du personnel, comité d'entreprise, délégués syndicaux, comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail], recourir aux services d'un conseiller du salarié. Ce recours reste facultatif et ne prive pas le salarié du droit de préférer être assisté par un de ses collègues de travail.

En revanche, l'assistance de l'employeur pour ces mêmes entretiens se trouve expressément prévue et encadrée par la loi, ce qui n'est pas le cas pour l'entretien préalable au licenciement. En effet, l'employeur se voit reconnaître, par une disposition légale, le droit de se faire assis-

ter pendant les entretiens préparatoires. Cette possibilité, conforme à la volonté des signataires de l'ANI du 11 janvier 2008 et entérinée par le législateur, est justifiée par le caractère conventionnel de la rupture et par le souci d'établir un équilibre entre les parties. Toutefois, afin d'assurer cette égalité des

L'employeur se voit reconnaître, par une disposition légale, le droit de se faire assister pendant les entretiens préparatoires

armes et toujours en accord avec les termes de l'ANI, la loi du 25 juin 2008 a posé une condition préalable à cette assistance de l'employeur : ce dernier a la faculté de se faire assister seulement quand le salarié en fait lui-même usage (1). Autrement dit, l'employeur ne peut être assisté que si le salarié lui-même recourt à un assistant. Si le choix du salarié d'être assisté ouvre à l'employeur la même possibilité, le choix inverse du salarié ferme donc cette option à l'employeur. La faculté offerte à l'employeur d'être assisté lors d'un entretien préparatoire est totalement subordonnée à la décision du salarié d'être assisté au cours de ce même entretien ; il s'agit-là d'une condition impérative visant à respecter le parallélisme des formes. Par conséquent, un employeur qui se ferait assister alors que le salarié ne le serait pas commettrait une irrégularité de procédure s'opposant à ce que la convention de rupture puisse être homologuée par l'autorité administrative, c'est-à-dire par le Directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi [Direccte]. En revanche, l'employeur conserve toujours la

Dans les entreprises comptant 50 salariés et plus, le choix de l'assistant de l'employeur ne peut se porter que sur un salarié de l'entreprise

liberté de ne pas se faire assister quand bien même le salarié aurait choisi de l'être.

Des catégories d'assistants fixées par la loi

Le projet de loi initial ne précisait pas la nature des personnes habilitées à fournir une assistance à l'employeur. Afin d'encadrer législativement l'assistance de l'employeur, trois amendements furent déposés devant le Sénat sur le projet adopté en 1ère lecture par l'Assemblée nationale. L'amendement qui a été adopté, présenté par la commission des affaires sociales du Sénat, a établi une liste alternative et limitative d'assistants possibles et introduit une distinction selon la taille de l'entreprise en permettant aux employeurs qui occupent moins de 50 salariés d'être assistés par une personne extérieure à l'entreprise. Il résulte du texte de loi définitivement adopté le 12 juin 2008 que l'employeur a la faculté de se faire assister par différentes personnes selon les situations. Dans les entreprises dont l'effectif est inférieur à 50 salariés, l'employeur peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou par une personne appartenant à son organisation syndicale d'employeurs ou encore par un autre employeur relevant de la même branche. Par contre, dans les entreprises comptant 50 salariés et plus, le choix de l'assistant de l'employeur ne peut se porter que sur un salarié de l'entreprise.

(2) Rapport du député Dominique Dord au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale, n°789 du 8 avril 2008, page 58



Il faut observer cette différence notable avec l'entretien préalable au licenciement, où l'employeur ne peut en aucun cas se faire assister par une personne extérieure à l'entreprise et ce quel que soit l'effectif de celle-ci. Une jurisprudence constante

interdit effectivement la présence à l'entretien préalable d'une personne étrangère à l'entreprise comme, par exemple, un avocat, un huissier de justice, un membre d'un cabinet d'expert-comptable ou d'une organisation patronale, y compris si ce tiers n'intervient pas dans la discussion (3). Contrairement aux règles applicables à la phase de conciliation de la procédure de licenciement, les règles en matière de négociation d'une rupture conventionnelle autorisent donc l'employeur, à la condition que son entreprise emploie habituellement moins de 50 salariés, à recourir à une assistance extérieure au cours des entretiens préparatoires. Les conditions de cette assistance dans les entreprises de moins de 50 salariés méritent d'être soulignées. En effet, si l'employeur peut toujours faire appel à un membre du personnel, dont il a le libre choix, l'assistance par une personne étrangère à l'entreprise est quant à elle strictement limitée. Outre que l'employeur ne peut, tout comme le salarié d'ailleurs, être assisté que par une seule personne, appartenant ou non au personnel de l'entreprise, l'assistant extérieur doit être choisi parmi deux catégories de personnes que la loi a énumérées. Tout d'abord, cette assistance peut être assurée par un autre employeur ressortissant à la même branche professionnelle, peu importe la taille de l'entreprise que dirige ce dernier et le lieu de

Outre que l'employeur ne peut, tout comme le salarié d'ailleurs, être assisté que par une seule personne, appartenant ou non au personnel de l'entreprise, l'assistant extérieur doit être choisi parmi deux catégories de personnes que la loi a énumérées

A l'exception de ces deux types d'assistants extérieurs désignés par la loi, aucune autre personne ne peut être admise à participer aux entretiens préparatoires aux côtés de l'employeur si elle n'appartient pas au personnel de l'entreprise. Sur ce point, la circulaire du Directeur général du travail du 22 juillet 2008 (4) prend soin de souligner que l'assistant ne peut être un avocat.

Comme nous l'avons vu précédemment, dans les entreprises de 50 salariés et plus, le choix de l'assistant de l'employeur est bien plus restreint puisqu'il ne peut se porter que sur un salarié de l'entreprise, quelle que soit sa catégorie professionnelle. En aucune circonstance, l'employeur ne peut se faire assister par une personne n'appartenant pas au personnel de son entreprise, sauf à voir l'homologation de la rupture conventionnelle rejetée par l'autorité administrative.

Une obligation d'information réciproque et préalable

Alors que le texte initial du projet de loi ne contenait aucune obligation

son implantation. Ensuite, lorsque l'employeur est adhérent à une organisation patronale, il dispose, de ce fait, d'une seconde possibilité, celle d'être plutôt assisté par un membre de ce même syndicat professionnel.

Le législateur a imposé au salarié de prévenir à l'avance l'employeur de son intention de se faire assister

L'employeur devra, dans un délai raisonnable, faire savoir au salarié qu'il sera, de son côté, également accompagné

pour le salarié d'informer préalablement l'employeur de sa décision d'être assisté, un amendement, adopté par l'Assemblée nationale en 1ère lecture, est venu introduire dans la loi cette obligation afin que l'employeur en soit averti et qu'il lui soit ainsi possible de se faire assister lui aussi, en informant à son tour le salarié. Si le législateur a imposé au salarié de prévenir à l'avance l'employeur de son intention de se

faire assister, il n'a pas précisé sous quel délai ni sous quelle forme cette information doit être fournie. Dans le silence de la loi et par souci de loyauté, il nous semble que

l'information doit être donnée clairement et suffisamment à l'avance pour permettre à l'employeur de prendre ses dispositions. De la même façon, l'employeur devra, dans un délai raisonnable, faire savoir au salarié qu'il sera, de son côté, également accompagné. Il s'agit pour l'employeur et le salarié de s'informer respectivement

dans un esprit de bonne foi, de sorte que la négociation dans laquelle l'un et l'autre s'engagent s'ouvre sous de bons auspices.

Des rencontres à planifier

Contrairement à l'entretien préalable auquel est convoqué le salarié dont le licenciement est envisagé par l'employeur, ce dernier n'est pas supposé, dans une démarche qui vise à parvenir à une séparation par consentement mutuel, décider autoritairement de la date du ou des entretiens préparatoires. A défaut d'une concertation sur l'organisation matérielle des rencontres entre

(3) Cass. soc., 20 juin 1990, pourvoi n°87-41118 ; 27 mai 1998, pourvoi n°96-40741 ; 22 février 2006, pourvoi n°04-43636 ; 28 octobre 2009, pourvoi n°08-44241 ; 30 mars 2011, pourvoi n°09-71412

(4) Circulaire DGT n°2008-11 du 22 juillet 2008, 2.A/



les parties, ces entretiens, en raison de l'objectif poursuivi, doivent à tout le moins être fixés de telle sorte qu'ils ne suscitent aucune difficulté particulière au salarié pour y participer. Une intention contraire, peu probable, irait à l'inverse du but recherché qui est d'aboutir à un commun accord sur la rupture du contrat de travail. Dans la mesure où nous nous situons dans un processus de résiliation amiable, rien n'interdit semble-t-il que la négociation de la rupture se déroule, en tout ou partie, en dehors de l'horaire de travail du salarié, voire pendant une période de suspension du contrat de travail, tel qu'un arrêt de travail consécutif à un accident ou une maladie sans caractère professionnel (5) ou un congé parental d'éducation, un congé sabbatique voire un congé payé. Le ou les entretiens peuvent donc, sous réserve d'une position contraire de la Cour de cassation qui n'a pas encore été conduite à statuer sur cette question, se tenir hors du temps de travail sans que cela constitue en soi une irrégularité de procédure. Dès lors qu'un entretien a lieu en dehors du temps de travail, ce temps de négociation, comme le temps de déplacement pour se rendre à l'entrevue, ne sera pas rémunéré, sauf s'il en a été décidé autrement par l'employeur ou qu'une convention ou accord collectif en prévoit le paiement. On sait que, la loi étant muette sur le sujet, la Cour de cassation considère que la convocation du salarié à l'entretien préalable au licenciement en dehors du temps de travail ne constitue pas une irrégularité de procédure (6) mais que le salarié peut prétendre non seule-

La négociation n'est pas figée à une seule rencontre et le nombre d'entretiens n'est pas limité ; pas plus que les parties ne sont enserrées dans un délai contraint pour signer la convention de rupture

ment à la réparation du préjudice subi de ce fait mais aussi au paiement comme temps de travail du temps passé à l'entretien (7). Il appartiendra à la Haute juridiction de décider si sa jurisprudence relative à l'indemnisation du temps de l'entretien préalable au licenciement doit être transposée aux entretiens préparatoires à la rupture conventionnelle. En tout état de cause, la question du paiement du temps de négociation peut être soulevée lors des pourparlers et faire ainsi partie des points à négocier. Par contre, lorsque l'entretien se déroule pendant l'horaire de travail, la rémunération paraît indiscutablement devoir être intégralement maintenue.

De même, dans les cas où le salarié est susceptible de faire appel à un conseiller du salarié [*faculté réservée aux salariés des entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel*], l'entretien préparatoire devra se situer à une date qui laisse un temps suffisant au salarié pour se mettre en relation avec un conseiller choisi qui pourra l'assister. D'ailleurs, il ne faut pas confondre la procédure de rupture conventionnelle avec celle de licenciement. En effet, aucun formalisme n'est imposé par la loi pour le déclenchement et le déroulement de la négociation. La procédure légale d'élaboration de la convention de rupture offre à cet égard une souplesse quasi-totale. Aussi, la négociation n'est pas figée à une seule rencontre et le nombre d'entretiens n'est pas limité ; pas plus que les parties ne sont enserrées dans un délai contraint pour signer la convention de rupture. Compte tenu que les parties sont libres de

convenir du nombre d'entretiens nécessaires, de l'intervalle de temps entre ceux-ci, des dates, lieux et heures auxquels ils se tiendront, le salarié peut, en usant de sa liberté contractuelle, solliciter autant d'entretiens que la négociation en réclame raisonnablement. Dans le même esprit, le salarié peut tout à fait demander le report de l'entretien lorsque, en dépit de plusieurs tentatives, il n'a pas encore pu trouver de conseiller disponible pour l'assister. Le salarié pourra d'autant plus espérer obtenir ce report que l'employeur sera à l'initiative du projet de rupture conventionnelle [*même si la rupture est censée résulter d'un commun accord, la proposition de séparation amiable émane toujours de l'une des deux parties*]. On peut penser que, à chaque fois que l'employeur sera le premier à souhaiter mettre fin au contrat de travail par consentement mutuel, celui-ci devra faire preuve d'un minimum de compréhension ou de souplesse à l'égard du salarié s'il veut effectivement obtenir son accord pour un départ négocié de l'entreprise. Plus l'employeur trouvera un intérêt à se séparer du salarié au moyen de la rupture conventionnelle, plus il devra, en principe, être disposé à s'entendre avec lui sur le calendrier de la négociation afin d'accroître ses chances que ce dernier consente à une rupture d'un commun accord dans les conditions proposées.

On peut remarquer que la loi n'interdit pas au salarié de choisir d'être assisté à l'un seulement des entretiens préparatoires qui se tiendront. Rien n'empêche non plus le salarié de recourir à tout moment de la phase de négociation à l'assistance soit d'un salarié de l'entreprise, soit d'un conseiller du salarié dans les entreprises dépourvues

(5) La rupture conventionnelle ne pouvant s'inscrire dans une démarche visant à contourner des procédures et des garanties légales, elle ne peut être signée pendant une période de suspension du contrat consécutivement à un accident du travail ou à une maladie professionnelle ou à l'égard d'une salariée en congé de maternité ou encore d'un salarié déclaré inapte par le médecin du travail, que cette inaptitude soit d'origine professionnelle ou non (Circ. DGT n°2008-11 du 22 juillet 2008 ; circ. DGT n°2009-04 du 17 mars 2009 ; circ. DGT n°07/2012 du 30 juillet 2012). En revanche, rien n'interdit aux parties de conclure une rupture conventionnelle dans les cas de suspension où le salarié ne bénéficie d'aucune protection particulière (Questions-réponses de la DGT mis à jour le 1er décembre 2008, 4.4)

(6) Cass. soc., 7 avril 2004, pourvoi n°02-40359 ; 20 avril 2005, pourvoi n°03-40556

(7) Cass. soc., 24 septembre 2008, pourvoi n°07-42551



Organisation de l'entretien préparatoire

La loi n'a pas fixé les modalités de l'organisation des entretiens préparatoires de la rupture conventionnelle. Faute qu'un formalisme particulier soit prévu pour l'ouverture de la négociation, le recours à l'écrit paraît devoir être conseillé pour des raisons de preuve. Lorsque l'employeur est à l'origine de la démarche, il pourra adresser - notamment par voie postale en recommandé avec demande d'avis de réception - ou remettre en main propre - contre récépissé - une lettre au salarié proposant un entretien en vue d'une rupture conventionnelle de son contrat de travail (1). Si le contenu de cette lettre est totalement libre [contrairement à la lettre de convocation à l'entretien préalable au licenciement, qui doit comporter un certain nombre de mentions obligatoires], elle devrait néanmoins, dans un esprit de bonne foi, informer le salarié qu'il a la possibilité de se faire assister à cet entretien par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou, selon sa convenance et à condition que l'entreprise ne soit pas dotée de représentants du personnel, par un conseiller du salarié (2). De même, elle indiquera alors que si le salarié a l'intention d'être assisté, il devra prévenir à l'avance l'employeur.

Dans les cas où c'est le salarié qui propose une rupture conventionnelle, celui-ci est appelé, dans cette perspective, à solliciter une entrevue auprès de l'employeur ou de son représentant. La forme que prendra cette demande est laissée à l'appréciation des parties en présence. Si l'employeur accepte la proposition, il y donnera suite en invitant le salarié à un premier entretien pour négocier cette rupture.

Dans la pratique, la partie qui souhaite s'engager dans la voie d'une rupture conventionnelle aborde généralement le sujet verbalement avec l'autre partie, de ce fait le processus de rupture est souvent précédé d'un ou plusieurs échanges, sous une forme ou une autre, et n'est pas enclenché par l'envoi direct par l'employeur d'une invitation «officielle» à négocier la cessation de la relation contractuelle de travail.

(1) La cour d'appel de Rouen a relevé que l'employeur n'est pas légalement tenu de convoquer par courrier le salarié aux entretiens préparatoires (arrêt du 12 avril 2011, n°10/04389). La cour d'appel de Lyon a également souligné qu'aucune disposition ne fixe les modalités d'une éventuelle convocation (arrêt du 23 septembre 2011, n°10/09122)

(2) Un amendement, rejeté par la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale, prévoyait que l'employeur devait signifier, par tout moyen, au salarié la possibilité de se faire assister durant la négociation de la rupture conventionnelle (compte rendu n°35 de la séance du 8 avril 2008 et rapport n°789 de la commission). La Cour d'appel de Nîmes a jugé qu'aucune obligation d'information particulière à ce sujet ne s'impose à l'employeur (arrêt du 12 juin 2012, n°11/00120), la Cour d'appel de Besançon a également considéré qu'aucune disposition légale n'impose à l'employeur une démarche ou une formalité particulière (arrêt du 1er juillet 2011, n°10/02811) alors que la Cour d'appel de Reims a annulé et requalifié en licenciement sans cause réelle et sérieuse la convention de rupture en raison notamment du fait que l'employeur n'a pas démontré avoir informé préalablement le salarié de la possibilité de se faire assister (arrêt du 9 mai 2012, n°10/01501). De même, la Cour d'appel de Poitiers a retenu l'irrégularité de la procédure au motif notamment que le salarié n'a pas été informé de la possibilité dont il disposait d'être assisté par un conseiller du salarié (arrêt du 28 mars 2012, n°10/02441).

d'institution représentative du personnel ; l'absence d'assistance lors du premier entretien ne s'oppose pas à ce qu'un assistant soit présent lors d'un entretien suivant. La seule contrainte qui pèserait alors sur le salarié serait d'aviser auparavant l'employeur du recours à un assistant. Légalement, rien ne fait obstacle à ce que le salarié soit assisté par des personnes différentes au fil des entretiens préparatoires.

Le salarié est donc totalement libre de changer, pour quelque raison que ce soit, d'assistant en cours de procédure.

Il peut être rappelé que, lorsque les parties ont été assistées pendant le ou les entretiens préparatoires, les nom, prénom et qualité des assistants doivent nécessairement être indiqués dans le formulaire de demande d'homologation de la convention de rupture adressé

à l'autorité administrative [Cerfa n°14598*01]. Ces informations sont considérées par l'Administration du travail comme substantielles à l'homologation (8), le défaut de ces mentions est, par conséquent, de nature à s'opposer à cette homologation.

Si l'assistance des parties au cours des entretiens préparatoires est rigoureusement limitée à différents intervenants possédant l'une ou l'autre des qualités expressément mentionnées par la loi, rien ne s'oppose à ce que, en dehors de ces entretiens, l'employeur ou le salarié bénéficie d'une assistance de la part de toute personne ou organisme de son choix, tel, notamment, un professionnel du droit du travail. Au cours des débats parlementaires, le ministre du travail, Xavier Bertrand, a eu l'occasion de préciser «que les avocats pourront intervenir, à l'appui de l'une ou l'autre partie, employeur ou salarié, avant ou après cet entretien, et notamment, si les parties le souhaitent, durant le délai de rétractation» (9). C'est ainsi que, par exemple, la rédaction de la convention de rupture, lorsque les parties ne se suffisent pas du formulaire prévu à cet effet (10), peut être confiée à un tiers [DRH, avocat, expert-comptable, etc.]. ■

(8) Circulaire DGT n°2008-11 du 22 juillet 2008, 3.B/

(9) Assemblée nationale, 2ème séance du 16 avril 2008, (JO AN 17 avril 2008, page 1673), voir aussi réponse écrite du ministre de la Justice à la question n°25592 de la députée Jacqueline Irlès (JO 12 août 2008, page 6993)

(10) Formulaire Cerfa n°14598*01, modèle fixé par l'arrêté du 8 février 2012 (JO du 17 février 2012)



Une assistance facultative mais recommandée

Le législateur, qui a transposé les dispositions de l'accord national interprofessionnel [ANI] du 11 janvier 2008 en ce qui concerne la rupture conventionnelle, a élargi le champ d'intervention du conseiller du salarié en permettant au salarié de faire appel à celui-ci pour l'assister lors d'un entretien préparatoire de cette rupture amiable.

L'institution des conseillers du salarié qui, après deux décennies d'existence, répond largement aux objectifs que lui a fixé le législateur en 1991, s'est ainsi vu confier une mission supplémentaire, sur proposition des partenaires sociaux signataires de cet ANI.

Les conseillers du salarié sont donc appelés à apporter assistance et conseil tant aux salariés menacés de licenciement qu'aux salariés qui, pour une quelconque raison, s'engagent dans un processus de rupture négociée de leur contrat de travail.

Ainsi qu'il l'a été rappelé précédemment, la rupture conventionnelle,

pour être valable, doit résulter d'un consentement libre et éclairé du salarié. Afin de préserver la liberté de consentement du salarié, différentes garanties procédurales ont été introduites dans la loi du 25 juin 2008 (1) dans le cadre de la transposition de l'ANI de janvier 2008. Ainsi que le souligne le rapporteur du projet de loi devant l'Assemblée nationale, ces

Les conseillers du salarié sont donc appelés à apporter assistance et conseil tant aux salariés menacés de licenciement qu'aux salariés qui, pour une quelconque raison, s'engagent dans un processus de rupture négociée de leur contrat de travail

garanties «s'inscrivent dans une large mesure dans la continuité de la jurisprudence développée en matière de rupture négociée et de transaction (...) selon laquelle il convient de vérifier la «volonté claire et non équivoque

des parties de mettre fin au contrat d'un commun accord» (2). Parmi les garanties voulues par les signataires de l'ANI figure «la possibilité, lors des discussions préalables à cette rupture, pour le salarié de se faire assister par une personne de son choix – membre du CE, DP, DS ou tout autre salarié de l'entreprise – ou par un conseiller du salarié dans les entreprises dépourvues de représentant du personnel» (3). Ce droit d'assistance accordé au sala-

rié constitue un élément majeur du dispositif de la rupture conventionnelle. Il participe à garantir, dès la première étape du processus qu'est la préparation de la rupture, l'indispensable liberté de consentement du salarié tout en rééquilibrant le rapport de force entre les parties lors de la négociation de cette rupture.

Comme pour l'entretien préalable au licenciement, l'effectivité de la faculté d'être assisté au cours de l'entretien préparatoire d'une rupture conventionnelle dans les entreprises où n'existent ni délégués du personnel, ni comité d'entreprise, ni délégué syndical ne pouvait être assurée qu'en permettant au salarié de recourir, s'il le souhaite, à une personne qualifiée extérieure à l'entreprise. S'agissant d'éviter que, dans les entreprises ne disposant pas de représentants du personnel, le salarié se retrouve isolé face à l'employeur lors des discussions sur son départ négocié de l'entreprise, le choix de cette tierce personne s'est naturellement porté sur le conseiller du salarié, dont l'utilité, plus de 20 ans après sa création, n'est plus à démontrer.

En effet, puisque le dispositif d'assistance du salarié pendant le ou

(1) Loi n°2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail et instaurant la rupture conventionnelle, article 5

(2) Rapport du député Dominique Dord au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale, n°789 du 8 avril 2008, page 58

(3) Accord national interprofessionnel (ANI) relatif à la modernisation du marché du travail, signé le 11 janvier 2008, article 12



les entretiens formels de négociation de la rupture conventionnelle est analogue à celui de l'entretien préalable au licenciement, le conseiller du salarié y trouve pleinement sa place pour faire bénéficier le salarié de «son expérience des relations professionnelles et de ses connaissances du droit social» (4) au moment où se discute la rupture du contrat de travail de ce dernier.

De l'utilité du conseiller du salarié

Depuis déjà quatre ans, l'institution des conseillers du salarié est donc associée aux pourparlers de la rupture conventionnelle. L'évolution de la mission confiée au conseiller du salarié par la loi entraîne, par conséquent, celui-ci à jouer un nouveau rôle aux côtés des salariés qui s'engagent dans la voie d'une rupture amiable de leur contrat de travail. Effectivement, la fonction du conseiller durant les entretiens préparatoires n'est pas totalement comparable à celle qui lui est dévolue lorsqu'il intervient lors d'une procédure de licenciement.

Tout d'abord, compte tenu que la rupture conventionnelle «ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties» (5), le conseiller du salarié aura à veiller au libre consentement du salarié pour une séparation d'un commun accord. Sa présence peut ainsi dissuader, s'il y a lieu, l'employeur ou son représentant d'exercer des violences ou pressions morales à l'encontre du salarié pour l'amener à conclure une rupture conventionnelle.

De même, le conseiller du salarié, en sa qualité de praticien du droit du travail, est apte à fournir au salarié des informations sur le dispositif de la rupture conventionnelle ainsi que sur les droits auxquels il peut prétendre dans ce cadre. De

ce fait, le conseiller est en mesure d'éclairer le salarié afin que ce dernier puisse donner son consentement en toute connaissance de cause. Cet appui, notamment juridique, du conseiller permet également au salarié d'être suffisamment avisé pour pouvoir refuser une rupture amiable dont il apparaît qu'elle contournerait une procédure légale applicable en la circonstance ou porterait atteinte à des règles protectrices dont il bénéficie éventuellement ou bien encore le priverait d'avantages qu'il tirerait d'un autre mode de rupture utilisable [le cas échéant, un licenciement ou un départ négocié dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) ou d'un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC)].

De la même façon, l'apport du conseiller est de nature à s'opposer à ce que le salarié soit victime d'une manœuvre dolosive de la part de l'employeur, c'est-à-dire d'un mensonge intentionnel dans le but d'obtenir son consentement. Tel sera le cas lorsque l'employeur aura délibérément fourni des informations erronées ou insuffisantes

Le conseiller du salarié se trouve être, dans les entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel, le "garant de l'absence de vice du consentement"

pour tromper le salarié et sur la base desquelles celui-ci est appelé à consentir à la rupture conventionnelle. D'une manière plus générale, le conseiller sera en capacité

de détecter toute erreur, volontaire ou non, dans les informations que l'employeur communiquera au salarié concernant ses droits.

Ainsi, le conseiller peut, soit par sa présence dissuasive, soit par son soutien actif, prévenir tout vice [erreur, dol, violence (6)] qui serait susceptible d'affecter le consentement du salarié. On peut, en conséquence, affirmer que le conseiller du salarié se trouve être, dans les entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel, le «garant de l'absence de vice du consentement» (7). Il constitue, pour cette raison, un acteur essentiel du dispositif de la rupture conventionnelle, qui contribue à protéger le salarié contre tout abus et qui participe à assurer un accord librement consenti entre les parties. L'assistance par le conseiller du salarié doit bel et bien s'analyser comme un garde-fou dans la procédure d'élaboration de la rupture conventionnelle. Pour autant, le

Un témoin qui s'engage

Comme pour l'entretien préalable au licenciement, le conseiller du salarié en tant que participant à l'entretien, se trouve être un témoin direct des pourparlers de la rupture conventionnelle. De ce fait, il entre dans le rôle du conseiller du salarié de contribuer à la défense des intérêts du salarié en témoignant, en tant que de besoin, du déroulement du ou des entretiens préparatoires auxquels il a participé.

En outre, le rôle que doit tenir le conseiller du salarié au cours de ces entretiens préparatoires l'amène également à se positionner en tant que garant du libre consentement du salarié pour son départ volontaire de l'entreprise dans les conditions convenues. Il est donc invité, si besoin est, en sa double qualité d'assistant et de témoin, à mentionner, sur le formulaire de demande d'homologation de la convention de rupture, toute information ou commentaire qu'il jugerait opportun de porter à la connaissance de l'autorité administrative ().*

(*) Circulaire DGT n°2008-11 du 22 juillet 2008, 2.B

(4) Critères sur lesquels sont choisis les conseillers du salarié (article D.1232-4 du Code du travail)

(5) Article L.1237-11 du Code du travail

(6) Article 1109 et s. du Code civil

(7) Guillaume Brédon et Lucien Flament - La Semaine juridique - édition sociale n°31-35 - 29 juillet 2008, étude 1431, pages 17 et s.



conseiller doit évidemment respecter le souhait réfléchi et non équivoque du salarié de quitter l'entreprise par la voie de la rupture conventionnelle et ne pas compromettre ce départ négocié lorsqu'il est réellement consenti ou voulu.

Une très grande part des salariés qui consentent à la rupture conventionnelle de leur contrat de travail se prive ou est privée d'une assistance.

Un départ qui se négocie

Par ailleurs, le conseiller du salarié est aussi appelé à adopter une posture de négociateur dans le cadre des pourparlers, toujours sans se substituer au salarié qu'il assiste et en se conformant à la volonté de ce dernier, qu'il doit bien sûr éclairer de ses connaissances et de son expérience.

La négociation est un élément intrinsèque du processus de la rupture conventionnelle. Il s'agit pour les parties, dès l'instant où cette rupture leur apparaît comme un mode de séparation envisageable sinon souhaitable, de trouver un terrain d'entente sur les conditions dans lesquelles elle va concrètement se réaliser. Une fois que le principe d'une rupture amiable de la relation contractuelle est retenu, l'employeur et le salarié doivent donc rechercher un accord, ce qui implique la confrontation d'intérêts contradictoires que chaque partie va tenter de rendre compatibles par un jeu de concessions mutuelles. Cette négociation destinée à parvenir à un compromis dans lequel chacune des parties y trouvera de l'avantage, est l'objet même - la raison d'être - du ou des entretiens que les signataires de l'ANI de janvier 2008 ont expressément voulu et que le législateur a repris à son compte. Pour ce faire, la loi laisse du temps à la négociation puisqu'aucun délai n'est assigné à

l'employeur et au salarié pour aboutir à un accord.

Là encore, pour établir un rapport de force mieux équilibré entre les parties, la participation du conseiller du

salarié dans le processus de négociation se révélera certainement bénéfique pour le salarié. Du fait que le lien de subordination subsiste, il peut, selon les personnalités en présence, être difficile pour le salarié de s'engager seul dans une âpre discussion voire une partie de bras de fer avec son employeur. Le fait pour le salarié d'être soutenu par un conseiller peut accroître son pouvoir de négociation, a fortiori s'il ne détient pas au sein de l'entreprise un positionnement hiérarchique qui l'a familiarisé aux négociations ou, tout simplement, qui ne le place pas en position de force pour obtenir la rupture conventionnelle à ses conditions. Pour ces raisons, l'assistance par un conseiller ne peut qu'être fortement recommandée aux salariés des entreprises sans représentant du personnel, surtout lorsqu'ils sont démunis face à leur employeur pour peser efficacement dans la négociation de leur départ. Or, il ressort de l'enquête du Centre d'études de l'emploi (CEE) publiée en juillet 2012 (8), qui analyse un échantillon de 101 ruptures conventionnelles signées fin 2010, ainsi que de l'étude réalisée pour le compte de la Direccte de Haute-Normandie, publiée en juin 2012, qui dresse un premier bilan du dispositif de la rupture conventionnelle dans notre région (9), qu'une très petite minorité de salariés se fait assister pendant les entretiens

préparatoires. S'agissant précisément de la Haute-Normandie, sur l'échantillon de salariés enquêtés, il apparaît que seulement 20 % de ceux-ci ont déclaré avoir été assistés lors de ces entretiens, et 17 % l'ont été par un conseiller du salarié. En 2011, toujours en Haute-Normandie, les 98 conseillers du salarié ayant produit un bilan de leur activité annuelle - sur 145 inscrits sur les listes départementales - ont participé au total à 146 entretiens préparatoires, dont 98 dans des entreprises de moins de 11 salariés, sachant qu'au cours de la même année, ont été déposées dans notre région 6.510 demandes d'homologation.

Il est donc certain qu'une très grande part des salariés qui consentent à la rupture conventionnelle de leur contrat se prive ou est privée d'une assistance. Pourtant, lorsque la proposition d'une rupture amiable émane de l'employeur, une préparation minutieuse, exhaustive et réaliste des revendications du salarié pour son départ négocié est indispensable. Si le salarié est le seul à pouvoir élaborer la liste des éléments qui vont permettre de bâtir son argumentation, l'assistant, et tout spécialement le conseiller du salarié, peut soutenir le salarié dans l'exposé de ses prétentions et la justification du dédommagement réclamé, en même temps qu'il constituera une force de proposition. Plus particulièrement, lorsque le salarié ne maîtrise pas la pratique de la négociation ou qu'il ne se trouve pas en état de « batailler » pour obtenir satisfaction, le conseiller du salarié peut l'aider, en amont des entretiens, à organiser sa stratégie et, au cours des entretiens, à porter ses exigences.

Puisque son rôle l'amène à constituer un rempart contre les dérives et un appui pour le salarié dans la défense de ses intérêts légitimes face à une perte d'emploi, fût-elle consentie, le conseiller du salarié ne peut se dérober à cette mission que lui confie le législateur

(8) Rapport final du Centre d'Études de l'Emploi (CEE) – juillet 2012 – «Des ruptures conventionnelles vues par des salariés». Le CEE est un établissement public placé sous la tutelle du ministère chargé du travail et de l'emploi et du ministère chargé de la recherche

(9) Étude publiée dans le TEN-Info n°81 – juin 2012 «les ruptures conventionnelles en Haute-Normandie : un premier bilan après quatre ans d'exercice du dispositif»



Une mission d'importance

L'assistance et le conseil aux salariés au cours de l'entretien préalable au licenciement ont, pendant près de 18 ans, constitué la mission exclusive du conseiller du salarié. Il n'en est plus ainsi depuis 4 années en raison de l'élargissement du champ d'intervention des conseillers du salarié à la phase de négociation de la rupture conventionnelle. Le rôle de ces intervenants extérieurs à l'entreprise a donc évolué. La charge d'assister les salariés dans le cadre d'une rupture d'un commun accord du contrat de travail fait désormais partie intégrante de la mission dévolue à chacun des conseillers du salarié. En acceptant d'endosser le rôle de conseiller du salarié, le candidat à cette fonction s'engage à exercer pleinement sa mission, c'est-à-dire à assister et conseiller indifféremment les salariés menacés de licenciement comme les salariés qui sont sur le point de résilier à l'amiable leur contrat. La mission de conseiller du salarié constitue un véritable engagement moral envers l'État de la part de la personne à qui est confiée ce mandat.

De même, la qualité de conseiller du salarié confère à celui qui a été désigné comme tel après avoir brigué cette fonction, le devoir de répondre, chaque fois qu'il en a la possibilité, aux salariés qui sollicitent son assistance, que ce soit pour un entretien préalable au licenciement ou pour un entretien préparatoire d'une rupture conventionnelle. L'inscription sur la liste des conseillers du salarié doit ainsi être également regardée comme un engagement du conseiller à l'égard de tous les salariés qui sont susceptibles de vouloir recourir à son appui, pour la défense de leurs intérêts tant lors d'un licenciement que d'une rupture négociée.

Par conséquent, la participation au processus de négociation d'une rupture conventionnelle ne peut légitimement apparaître comme étant une mission secondaire, voire accessoire, du conseiller du salarié. Sur le plan des fonctions que le conseiller du salarié se voit attribuer et qu'il doit donc assumer et effectivement exercer, l'assistance du salarié lors d'un entretien préparatoire d'une rupture conventionnelle doit être placée au même niveau que l'assistance du salarié dont le licenciement est envisagé.

Il s'ensuit que doit être fortement encouragée l'implication des conseillers du salarié dans le dispositif de la rupture conventionnelle. Puisque son rôle l'amène à constituer un rempart contre les dérives et un appui pour le salarié dans la défense de ses intérêts légitimes face à une perte d'emploi, fût-elle consentie, le conseiller du salarié ne peut se dérober à cette mission que lui confie le législateur.

Des éléments à négocier

Un certain nombre de points sont à négocier dans le cadre de la phase de préparation de la rupture conventionnelle.

En premier lieu, il s'agit des éléments qui doivent obligatoirement figurer dans le formulaire officiel de convention de rupture et de demande d'homologation de celle-ci (10). Ainsi, la date envisagée de la

rupture du contrat de travail - qui ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation par le Direccte - devra être arrêtée de concert. S'agissant d'une rupture d'un commun accord, aucun préavis n'est légalement dû par l'une ou l'autre des parties (11). L'employeur et le salarié peuvent donc convenir librement d'une date en considération de l'organisation et de l'activité de l'entreprise ou d'obligations extérieures pesant sur le salarié mais aussi de contingences diverses.

Ensuite, le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle devra être déterminé. Toute rupture conventionnelle doit obligatoirement, sous peine de n'être pas homologuée par l'autorité administrative, donné lieu au versement d'une indemnité

dont le montant ne sera en aucun cas inférieur à celui de l'indemnité que le salarié aurait perçue s'il avait fait l'objet d'un licenciement. En effet, cette indemnité ne peut être inférieure ni à l'indemnité légale de licenciement (12) ni à l'indemnité conventionnelle de licenciement lorsque celle-ci est supérieure à l'indemnité légale (13). Contrairement à l'indemnité de licenciement, dont le bénéfice est conditionné à une ancienneté minimale du salarié dans l'entreprise [au moins une année d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur pour ce qui concerne l'indemnité légale de licenciement], l'indemnité de rupture conventionnelle est due sans aucune condition d'ancienneté. Ainsi, le salarié qui compte moins d'une année d'ancienneté ouvre droit, lui aussi, à une indemnité de rupture dont le montant minimum sera calculé au prorata du nombre de mois de présence dans l'entreprise (14). Si la loi, à la suite de l'ANI de janvier 2008, a imposé un montant plancher pour cette indemnité, elle n'a, en revanche, fixé aucune limite maximale ; l'indemnité négociée peut, par conséquent, être bien plus avantageuse. Compte tenu que l'indemnité de rupture a pour objet de réparer le préjudice subi par le salarié par la perte de son emploi, il s'agit pour les parties de parvenir à s'entendre sur une juste indemnité de départ. Puisque le salarié n'est jamais contraint d'accepter une

rupture amiable assortie d'une indemnité dont il jugerait le montant insuffisant au regard de sa situation personnelle, la négociation de cette indemnité peut générer des propositions et

Compte tenu que l'indemnité de rupture a pour objet de réparer le préjudice subi par le salarié par la perte de son emploi, il s'agit pour les parties de parvenir à s'entendre sur une juste indemnité de départ

(10) Formulaire Cerfa n°14598*01, modèle fixé par l'arrêté du 8 février 2012 (JO du 17 février 2012)

(11) voir à ce sujet Circulaire DGT n°2009-04 du 17 mars 2009, 5.1 et « questions-réponses » DGT mis à jour au 1er décembre 2008, 2.-1

(12) Article L.1237-13 du Code du travail

(13) Avenant n°4 du 18 mai 2009 à l'ANI du 11 janvier 2008, étendu par arrêté du 26 novembre 2009. Les dispositions de cet avenant sont applicables aux conventions de rupture signées par tous les employeurs et tous les salariés compris dans le champ d'application professionnel de l'ANI. Cet ANI ayant été signé par le MEDEF, la CGPME et l'UPA pour ce qui concerne les organisations patronales, les dispositions de l'avenant n°4, faute d'une transposition dans la loi ou bien d'un simple élargissement de cet avenant, ne concernent pas les branches professionnelles et les secteurs d'activité non représentés par les signataires de l'ANI. Il s'agit essentiellement des professions agricoles, des professions libérales, des particuliers employeurs, du secteur de l'économie sociale et du secteur sanitaire et social - cf. Instruction DGT n°2009-25 du 8 décembre 2009

(14) Circulaire DGT n°2009-04 du 17 mars 2009, point 5.3



des contre-propositions de part et d'autre jusqu'à parvenir à un accord satisfaisant pour les deux parties. Selon que le salarié a ou non le désir de quitter absolument l'entreprise ou qu'il sera à l'origine de la proposition de rupture conventionnelle, entrera certainement en ligne de compte le fait que ce mode de rupture, contrairement à la démission, ouvre droit au versement des allocations du régime d'assurance chômage, sous réserve bien sûr que le salarié remplisse les conditions habituelles d'attribution (15). A cet égard, il faut savoir que l'indemnité de rupture conventionnelle, lorsque son montant est supérieur à celui de l'indemnité légale de licenciement, entre dans le calcul du différé d'indemnisation spécifique appliqué par Pôle Emploi, en sus du différé d'indemnisation congés payés et du délai d'attente de 7 jours, repoussant ainsi d'autant le point de départ du paiement de l'allocation de chômage (16) Il en va également ainsi pour l'indemnité, quel que soit son montant, versée aux salariés ayant moins d'un an d'ancienneté. De même, dans la négociation du montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle, sera sans doute également considéré le régime social et fiscal favorable auquel est soumise cette indemnité (17).

Sur ce point, il est à noter que, constatant que «les ruptures conventionnelles ont été utilisées par certains employeurs comme instrument pour se séparer de salariés, souvent âgés, en échappant aux règles encadrant le licenciement» (18), le projet de loi de financement de la Sécurité sociale prévoit de soumettre à partir de 2013 au forfait social au taux de 20 % [contribution due par les employeurs], la part des indemnités de rupture conven-

tionnelle exonérée de cotisations de Sécurité sociale [pour mémoire, la limite d'exonération est fixée à 72.744 € pour l'année 2012].

En second lieu, d'autres éléments pourront faire l'objet d'une négociation. Tel pourra être le cas, par exemple, du sort d'une éventuelle clause de non concurrence ou de non-détournement de clientèle, lorsque les stipulations de cette clause ne réservent pas son application au seul cas de licenciement ou de démission, ou encore d'une clause de dédit-formation qui pèse sur le salarié. De même, devront être discutées, entre autres choses, les questions relatives aux jours de congé payé et aux éventuels jours de réduction

du temps de travail [RTT] qui ont été acquis et non pris, au paiement des sommes dues au titre de l'intéressement, au déblocage anticipé des droits à participation, au financement du maintien des garanties de prévoyance [couverture sociale complémentaire] mais aussi, pour certaines catégories de salariés [représentants, commerciaux...], à la part variable de la rémunération dont le paiement est différé [commissions, prime d'objectifs, etc.]. Quant aux droits acquis par le salarié au titre du droit individuel à la formation [DIF], la loi du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, a prévu que la rupture du contrat de travail non consécutive à une faute lourde

Le régime indemnitaire de l'intervention du conseiller du salarié

Le conseiller du salarié qui intervient lors d'un entretien préparatoire de la rupture conventionnelle exerce ses fonctions dans les mêmes conditions matérielles et financières que celles prévues pour l'entretien préalable au licenciement.

Il assure une prestation totalement gratuite et ne peut recevoir, en contrepartie, un quelconque avantage, notamment pécuniaire, tant de la part du salarié que de l'employeur, sauf à encourir la radiation de la liste des conseillers du salarié ainsi que des poursuites pénales pour manquement au devoir de probité.

Les conseillers qui occupent eux-mêmes un emploi salarié et qui sont employés dans un établissement d'au moins 11 salariés, bénéficient néanmoins du maintien de leur salaire [l'employeur étant remboursé par l'État] lorsqu'ils exercent leur mission pendant le temps de travail et ce, dans la limite maximale de 15 heures par mois civil (1). En effet, leur intervention dans le cadre de la rupture conventionnelle est prise en charge par l'État dans les conditions de droit commun relatives à l'exercice de la mission de conseiller du salarié (2).

Par conséquent, ils bénéficient également du remboursement des frais de déplacement qu'ils engagent pour assister un salarié en phase de négociation d'une rupture conventionnelle et ce, sur production des pièces justificatives habituelles dont l'attestation du salarié assisté.

En outre, les interventions qu'ils assurent dans le cadre des discussions préalables à la rupture conventionnelle sont prises en compte, au même titre que celles effectuées dans le cadre de la procédure légale de licenciement, dans le seuil des 4 entretiens au minimum par an ouvrant droit au bénéfice de l'indemnité forfaitaire annuelle.

(1) Le crédit mensuel de 15 heures d'absence dont bénéficient les conseillers du salarié qui sont employés dans un établissement qui occupe au moins 11 salariés, pour leur permettre d'exercer leur mission d'assistance pendant leur horaire habituel de travail, peut être indifféremment utilisé pour un entretien préalable au licenciement comme pour un entretien préparatoire à la rupture conventionnelle du CDI

(2) Circulaire DGT n°2009-04 du 17 mars 2009, point 3

(15) Articles L.5421-1 et L.5422-1 du Code du travail et règlement général annexé à la convention Unedic du 6 mai 2011

(16) Règlement général (articles 21, 22 et 23) annexé à la convention Unedic du 6 mai 2011 - circulaire Unedic n°2011-25 du 7 juillet 2011, fiche n°5

(17) Article L.242-1 du Code de la Sécurité sociale et article 80 duodecimes du Code général des impôts

(18) Dossier de presse du projet de loi de financement de la Sécurité sociale pour 2013, remis à l'issue de la réunion de la Commission des comptes de la Sécurité sociale le 1er octobre 2012



et qui, par ailleurs, ouvre droit à une prise en charge par le régime d'assurance chômage - ce qui est le cas de la rupture conventionnelle - permet au salarié qui en fait la demande d'utiliser chez son nouvel employeur au cours des deux années suivant son embauche ou, le cas échéant, pendant une période de chômage, les heures de DIF qu'il n'a pas précédemment utilisées (19). Par conséquent, du fait de cette portabilité du DIF, le salarié ayant conclu une rupture conventionnelle pourra demander à son nouvel employeur ou, selon le cas, à Pôle emploi à bénéficier des heures de DIF acquises et non utilisées pour réaliser une action de bilan de compétences, de validation des acquis de l'expérience [VAE] ou de formation. Compte tenu que, depuis l'intervention de cette loi du 24 novembre 2009, le salarié dont le contrat est rompu par commun accord ne perd pas ses droits puisqu'il peut demander à les utiliser plus tard, et ce qu'il soit au chômage ou qu'il ait retrouvé un emploi, il n'est plus nécessaire désormais de négocier le sort des droits ouverts en matière de DIF (20). Pour autant, par précaution, il semble toujours souhaitable de mentionner dans la convention de rupture, comme l'a exigé la Cour d'appel de Rouen (21), le solde du nombre d'heures acquises au titre du DIF et non utilisées sachant que, depuis 2010, le certificat de travail remis au salarié à l'expiration du contrat de travail doit mentionner ce solde ainsi que la somme qui y correspond (22).

Le salarié ayant conclu une rupture conventionnelle pourra demander à son nouvel employeur ou, selon le cas, à Pôle emploi à bénéficier des heures de DIF acquises et non utilisées

Une obligation d'information qui pèse sur l'employeur

Si, comme nous l'avons vu, le nombre d'entretiens préparatoires et la durée du processus d'élaboration de la convention de rupture relèvent du domaine de la liberté des parties, en revanche, il pèse sur l'employeur une obligation d'information, que l'on pourrait qualifier de «précontractuelle», envers le salarié lors des pourparlers sur la rupture conventionnelle, que celle-ci soit précédée d'un seul ou de plusieurs entretiens formels.

Tout d'abord, l'ANI du 11 janvier 2008 précise par son article 12 que «la liberté de consentement des parties est garantie (...) par l'information du salarié 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». Si cette disposition n'a pas été transcrite dans la loi, elle s'impose néanmoins, du fait de l'extension de cet ANI par un arrêté ministériel du 23 juillet 2008, à tous les employeurs, à l'exception cependant de ceux appartenant à une branche professionnelle non représentée par les organisations patronales signataires de l'ANI (23).

Le salarié, pour être en mesure de prendre, en toute connaissance de cause, sa décision de partir ou non de l'entreprise dans le cadre juridique de la rupture conventionnelle, doit préalablement obtenir de la part de son employeur toutes les informations utiles sur le régime légal de ce mode de rupture

Par ailleurs, le salarié, pour être en mesure de prendre, en toute connaissance de cause, sa décision de partir ou non de l'entreprise dans le cadre juridique de la rupture conventionnelle, doit préalablement obtenir de la part de son employeur toutes les informations utiles sur le régime légal de ce mode de rupture. Dans une circulaire datée du 22 juillet 2008 (24), la Direction générale du travail (DGT) mentionne d'ailleurs que «pour garantir la liberté de consentement du salarié, il est essentiel que celui-ci sache qu'il peut au cours de la discussion recueillir les informations et avis nécessaires à sa décision».

Ainsi, l'employeur, ou son représentant, se doit d'informer le salarié de ses droits - y compris des droits qu'il peut perdre - afin que ce dernier puisse donner un consentement éclairé à la rupture conventionnelle. Comme le souligne un auteur, «l'enjeu est de garantir la lucidité de la décision prise par le salarié, son discernement, entendu comme la faculté de bien apprécier la situation» (25).

Dès lors, il importe que le salarié soit, lors de l'entretien, informé sur différents points essentiels, notamment sur :

- l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle, dont le montant ne peut être inférieur à celui de l'indemnité légale de licenciement, ou encore à celui de l'indemnité conventionnelle de licenciement lorsqu'il est plus favorable (13) ;

(19) Article L.6323-18 du Code du travail

(20) Réponse écrite du ministre du travail à la question n°65621 du député André Chassaingne (JO 23 mars 2010, page 3484) - Questions-réponses de la DGT mis à jour le 1er décembre 2008, 7.3

(21) Cour d'appel de Rouen, chambre sociale, 27 avril 2010, n°09/04140

(22) Article D.1234-6, 3°, du Code du travail

(23) L'ANI du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail a, du côté des organisations patronales, été signé par le MEDEF, la CGPME et l'UPA

(24) Circulaire DGT n°2008-11 du 22 juillet 2008, point 2.B/

(25) Yann Leroy, Revue de jurisprudence sociale n°4/12 - avril 2012, pages 249 et s.



■ le régime fiscal et social de cette indemnité de rupture ; à savoir que lorsque le salarié n'est pas en droit de bénéficier d'une pension de retraite d'un régime obligatoire, l'indemnité qui lui est versée bénéficie du même régime social et fiscal que l'indemnité de licenciement : elle est, à hauteur du montant de l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective de branche, par l'accord professionnel ou interprofessionnel ou, à défaut, par la loi, exonérée de cotisations de Sécurité sociale et de la CSG/CRDS ainsi que de l'impôt sur le revenu (26) ;

■ le bénéfice des allocations d'assurance chômage dans les conditions de droit commun ; en effet, sont considérés comme étant involontairement privés d'emploi, les salariés dont la cessation du contrat de travail résulte de la rupture conventionnelle (27) ;

■ le délai de rétractation, permettant tant à l'employeur qu'au salarié de revenir sur sa décision dans les 15 jours calendaires suivant la date de signature de la convention de rupture.

De plus, le salarié devra nécessairement être informé de la possibilité qui lui est ouverte de se renseigner auprès notamment des administrations et organismes qui concourent au service public de l'emploi, dont la Direccte, Pôle emploi et l'Afpa, pour prendre sa décision en pleine connaissance de ses droits exacts. Lorsque la rupture conventionnelle est proposée dans un contexte de suppression d'emplois dû à des difficultés économiques et qu'elle s'inscrit dans un projet global et concerté de réduction des effectifs, le salarié devra également être

«préalablement dûment informé de ses droits afin qu'il puisse, en toute connaissance de cause, opter pour une rupture conventionnelle en cas de suppression de poste et si les garanties attachées au licenciement économique ne se révèlent pas plus avantageuses pour lui» (28).

En outre, l'employeur pourra spontanément aviser le salarié sur les conditions du maintien des garanties de santé et de prévoyance mises en place dans l'entreprise et sur la portabilité des droits acquis au titre du droit individuel à la formation [DIF].

De même, il pourra convier le salarié à se renseigner sur les conséquences d'une rupture conventionnelle à l'égard des assurances qu'il aurait pu souscrire qui couvrent le risque de perte d'emploi. En effet, les salariés ayant contracté la garantie perte d'emploi figurant au contrat d'assurance destiné à garantir un emprunt – notamment un prêt immobilier – et concluant une rupture conventionnelle s'exposent au risque de ne pas être indemnisés par l'assureur, surtout si le contrat d'assurance emprunteur a été signé avant l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2008. Le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi a, dans deux réponses apportées en 2010 à des parlementaires, précisé que *«la tarification des contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi portant modernisation du marché du travail a été élaborée hors cette possibilité de rupture conventionnelle du contrat de travail. Il n'est donc pas possible d'étendre rétroactivement le champ des garanties perte d'emploi comprises dans les anciens contrats, sauf à obliger l'ensemble des assurés à renégocier leur contrat, éventuellement à leur détriment du fait d'un coût bien supérieur» (29).* En

novembre 2011, la Cour d'appel de Nîmes a donné raison à l'assureur qui refusait la prise en charge des mensualités de prêt, constatant que *«le caractère primordialement consensuel de la rupture conventionnelle du contrat de travail exclut la mise en œuvre de la garantie d'assurance perte d'emploi qui suppose une perte d'emploi subie par le salarié consécutive à un licenciement, seul cas de mise en œuvre de la garantie prévue par le contrat» (30).* Il importe donc que le salarié vérifie attentivement les termes de son contrat d'assurance afin de déterminer l'éventuelle prise en charge ou exclusion de la rupture conventionnelle.

Reste que, comme l'a noté la Cour d'appel de Rouen (31), aucune disposition n'impose à l'employeur de remettre au salarié un document écrit entre l'entretien préparatoire et la signature de la convention de rupture. Là encore, la présence du conseiller du salarié permet, en sa qualité de témoin de l'entretien, de récapituler au salarié qu'il assiste les droits qui lui ont été exposés par l'employeur et, en sa qualité de praticien du droit du travail, de les expliquer si besoin est, voire, le cas échéant, de corriger les erreurs et les omissions afin que le salarié soit en possession d'informations fiables, claires, complètes et bien comprises.

Un délai de réflexion ... pour pouvoir changer d'avis

L'accord qui aura pu être trouvé entre l'employeur et le salarié à l'issue de la négociation sera concrétisé par la conclusion d'une convention de rupture, laquelle

(26) Pour en savoir plus sur le régime social de cette indemnité, se reporter aux précisions figurant sur le site www.urssaf.fr S'agissant du régime fiscal de l'indemnité, consulter le précis de fiscalité 2012 (livre I - Fiscalité directe des personnes, n°424-2) mis en ligne sur le site <http://doc.impots.gouv.fr> ; circulaire BOI-RSA-CHAMP-20-40-10-30 du 3 octobre 2012

(27) Articles L.5421-1 et L.5422-1 du Code du travail et règlement général annexé à la convention Unedic du 6 mai 2011 - circulaire Unedic n°2011-25 du 7 juillet 2011

(28) Réponse écrite du ministre du travail à la question n°106030 du député Christian Eckert (JO 31 mai 2011, page 5884)

(29) Réponses écrites du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi à la question écrite n°12933 du sénateur Ronan Kerdraon et à la question écrite n°12982 du sénateur Jacques Mahéas (JO Sénat 21 octobre 2010, page 2745)

(30) Cour d'appel de Nîmes, 2ème chambre civile, 8 novembre 2011, n°11/00044

(31) Cour d'appel de Rouen, chambre sociale, 12 avril 2011, n°10/04389



sera obligatoirement établie au moyen du formulaire *Cerfa* dont le modèle a été fixé en dernier lieu par l'arrêté ministériel du 8 février 2012. Ce formulaire officiel, qui intègre à la fois la convention de rupture et la demande d'homologation de celle-ci, se suffit à lui-même. En effet, comme l'a relevé la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, «les textes n'exigent aucun autre document que celui résultant des imprimés officiels comportant deux parties distinctes» (32).

Les parties sont néanmoins libres d'annexer, si besoin, des feuillets à ce formulaire afin d'y porter des informations ou commentaires complémentaires (33). De même, rien ne s'oppose à ce qu'ils joignent un protocole d'accord rédigé sur papier libre, qui ne devra évidemment pas comporter d'éléments contradictoires avec ceux figurant dans le formulaire administratif mais qui pourra contenir des stipulations supplémentaires portant sur des points sur lesquels les parties se sont entendues. Cependant, seule l'utilisation du formulaire permettra d'obtenir l'homologation de la rupture conventionnelle ; aucun document complémentaire ne peut et ne doit être exigé des parties (34). Soulignons à cette occasion que, comme l'a rappelé la Cour d'appel de Lyon, la convention de rupture est soumise aux dispositions de l'article 1325 du Code civil, selon lequel les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques [contrats dans lesquels chaque partie s'oblige vis-à-vis de l'autre] ne sont valables

qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. D'où il en résulte que «en stipulant qu'à l'expiration 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, l'article L. 1237-14 du Code du travail rappelle implicitement que la convention doit être établie en double exemplaire sans quoi, une des parties serait privée du droit d'exercer son droit de demander l'homologation» (35).

Dans le but d'apporter une aide aux employeurs et aux salariés dans leur démarche de demande d'homologation de la rupture conventionnelle, le ministère du travail ouvrira, à la fin novembre 2012, un site portail Internet qui permet notamment la saisie assistée des informations dans le formulaire officiel. Ce nouveau service en ligne vous est présenté dans l'article suivant.

Au rang des garanties procédurales mises en place par le législateur et voulues par les partenaires sociaux signataires de l'ANI du 11 janvier 2008 afin de s'assurer de la réalité du consentement du salarié, figure le droit de rétractation. En effet, à compter de la signature de la convention de rupture, les parties disposent d'un délai de 15 jours calendaires pendant lequel chacune d'elles peut renoncer à cette rupture. Ce n'est qu'à l'issue de ce

délai que la demande d'homologation de la convention peut être adressée à l'autorité administrative, en l'absence de rétractation de la part de l'une ou l'autre des parties (36).

La computation de ce délai, comme d'ailleurs celui du délai d'instruction imparti à l'Administration, obéit aux règles de droit commun fixées par le Code de procédure civile (37). Le délai de rétractation commence donc à courir à compter du lendemain de la date de signature de la convention de rupture. Ce délai étant exprimé en jours calendaires, tous les jours de la semaine sont à prendre en compte. Il s'achève ainsi le 15^{ème} jour, à minuit, qui suit celui où la convention a été signée (38). Lorsque ce délai expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant (39). Une fois le délai expiré, ni l'employeur ni le salarié ne peuvent plus se rétracter.

La partie qui revient sur son consentement n'a pas à motiver sa décision. Aux termes de la loi du 25 juin 2008, le droit de rétractation «est exercé sous la forme d'une lettre adressée par tout moyen attestant de sa date de réception par l'autre partie» (40). Comme le souligne un auteur, «l'accent est donc mis ici sur la date de réception par la partie à qui l'on oppose la rétractation et non sur la date d'envoi de cette rétractation» (41). Par conséquent, il en ressort que les parties ne disposent pas néces-

A compter de la signature de la convention de rupture, les parties disposent d'un délai de 15 jours calendaires pendant lequel chacune d'elles peut renoncer à cette rupture

(32) Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 17^{ème} chambre, 28 juin 2011, n°10/10365

(33) Circulaire DGT n°2008-11 du 22 juillet 2008, point 2.B/

(34) Questions-réponses de la DGT mis à jour le 1^{er} décembre 2008, 1.1

(35) Cour d'appel de Lyon, chambre sociale C, 23 septembre 2011, n°10/09122

(36) Article L.1237-14, 1^{er} alinéa, du Code du travail

(37) Articles 641 et 642 du Code de procédure civile - circulaire DGT n°2009-04 du 17 mars 2009, point 4.1

(38) Circulaire DGT n°2008-11 du 22 juillet 2008, point 2.C/

(39) Article R.1231-1 du Code du travail. Par jours ouvrables, il faut entendre tous les jours de la semaine, à l'exception du dimanche, ou du jour habituel de repos hebdomadaire qui le remplace dans l'entreprise, et des jours fériés légaux chômés.

(40) Article L.1237-13, 3^{ème} alinéa, du Code du travail

(41) Daniel Boulmier, *La Semaine juridique - édition sociale* n°29 - 20 juillet 2010, étude 1306, pages 15 et s.



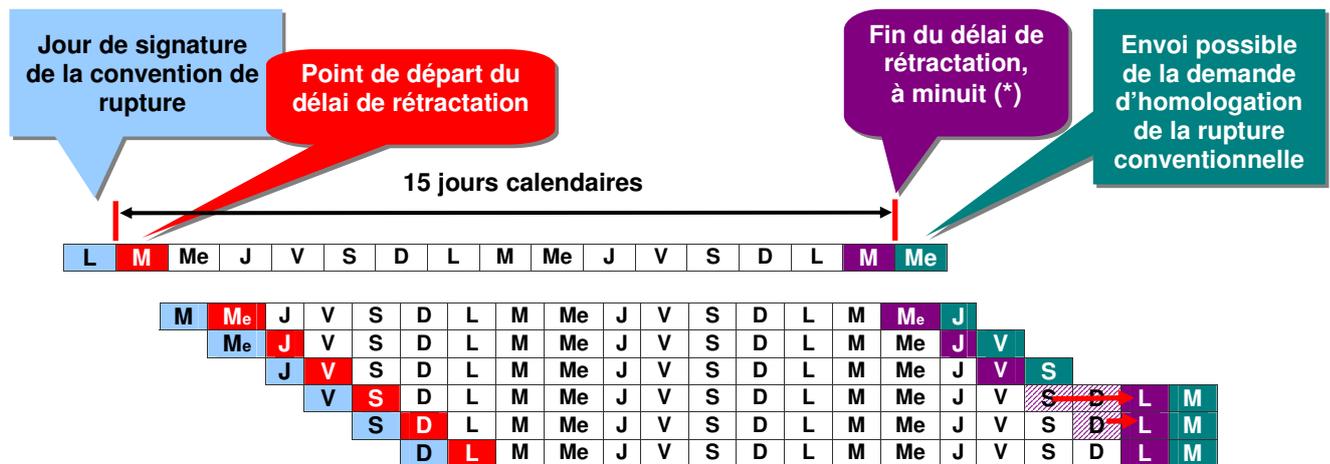
sairement pleinement de 15 jours de réflexion puisque la rétractation doit être portée à la connaissance de l'autre avant l'expiration de ce délai. Ainsi, lorsque la décision de se rétracter est notifiée par la voie postale, il importe de tenir compte du délai d'acheminement du courrier. En effet, puisque la volonté de se rétracter est réputée exprimée à la date de réception par l'autre partie de la lettre l'en informant et non à la date à laquelle celle-ci lui est envoyée, il faut absolument que la partie soit informée de la rétractation au plus tard le dernier jour du délai. La rétractation, reçue

postérieurement à l'expiration du délai, fût-elle adressée au cours de ce délai, est sans effet ; elle ne fait pas obstacle à la poursuite du processus et notamment au dépôt par l'autre partie d'une demande d'homologation de la convention de rupture.

Pour des raisons de preuve, il est fortement conseillé de notifier la rétractation soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, soit par lettre remise en main propre contre décharge. La Cour d'appel de Bourges a admis qu'un message électronique [courriel] puisse constituer la lettre exi-

gée par la loi, mais son expéditeur doit être en mesure d'apporter une preuve de sa réception (42).

En cas de rétractation dans le délai imparti, la convention de rupture sera réputée non écrite, rompant de ce fait le processus de rupture en cours, et le contrat de travail se poursuivra normalement dans les conditions habituelles. ■



(*) sauf si ce jour tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé :
 prorogation du délai jusqu'au 1^{er} jour ouvrable suivant (article R.1231-1 du Code du travail)

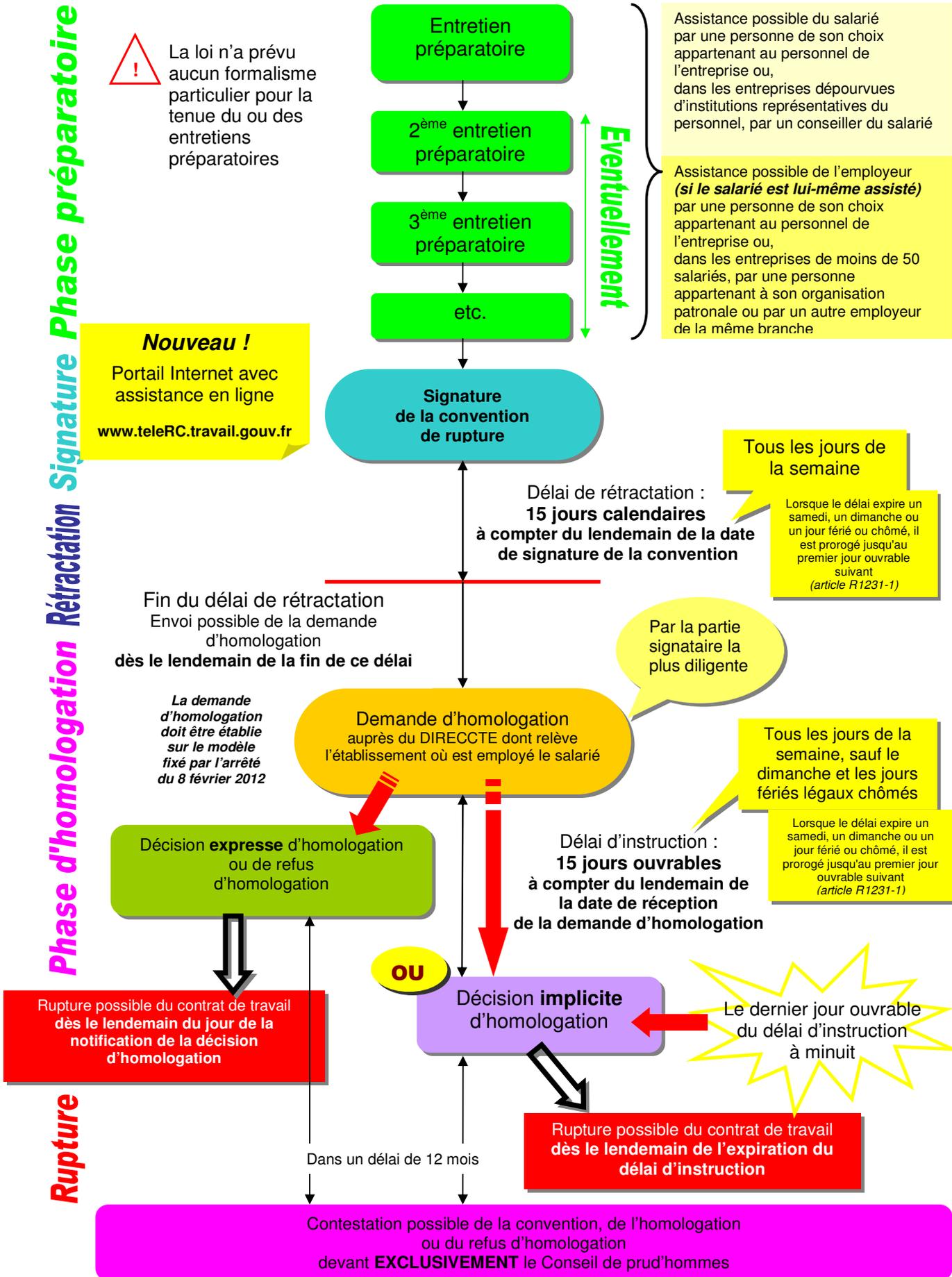
Rupture conventionnelle – computation du délai de rétractation

(42) Cour d'appel de Bourges, chambre sociale, 16 septembre 2011, n°10/01735



Procédure de rupture conventionnelle du CDI

Articles L.1237-11 à L.1237-16, et R.1237-3 du Code du travail





Un service en ligne pour la demande d'homologation

Fin Novembre, un service en ligne sera mis à la disposition des employeurs et des salariés qui concluent une rupture conventionnelle. Il s'agit d'un site portail Internet, développé par le ministère du travail, permettant aux parties de remplir le formulaire officiel de demande d'homologation [Cerfa] en bénéficiant d'une assistance en ligne pour la saisie des informations requises.

Ce service, baptisé TéléRC, a pour objet à la fois d'informer les employeurs et les salariés sur le dispositif de la rupture conventionnelle, notamment sur la procédure d'homologation, et de guider les deux parties, étape par étape, pour renseigner correctement leur demande d'homologation et éviter que celle-ci soit incomplète. En outre, un outil de simulation leur est également proposé pour évaluer le montant minimum de l'indemnité spécifique de rup-



ture due au salarié. Le formulaire peut être mémorisé pour être complété ultérieurement, étant entendu que

la durée de conservation des données saisies est limitée à trois jours.

Une fois la saisie du formulaire terminée et validée, le formulaire pourra être imprimé puis devra être cosigné par l'employeur et le salarié et transmis, par l'un ou par l'autre, pour homologation aux services de la Direccte (*), et ce après l'expiration du délai de rétractation de 15 jours calendaires dont disposent les parties.

Par ailleurs, TéléRC offre la possibilité de recevoir par courriel la confirmation de la réception de la demande par la Direccte, ce qui a pour effet de fournir aux intéressés la date à laquelle débute le délai d'instruction de 15 jours ouvrables imparti à l'Administration pour statuer et au terme duquel, à défaut de réponse de celle-ci, l'homologation est réputée acquise.

(*) Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi



Enfin, passé ce délai d'instruction, en cas d'homologation implicite, le salarié comme l'employeur auront la possibilité, pendant 6 mois, de télécharger une attestation d'homologation de leur convention de rupture, directement à partir du site TéléRC.

En cas de refus de l'homologation, une décision expresse sera, comme jusqu'à présent, notifiée aux parties par la voie postale.

Dans le cadre de la campagne nationale d'information sur l'ouverture du site portail Internet TéléRC, un dépliant a été diffusé, dans toutes les régions, auprès des publics concernés [cabinets d'experts-comptables, organisations patronales et syndicales, chambres consulaires, lieux d'accueil du grand public, conseillers du salarié, etc.].

Ce dépliant est, par ailleurs, téléchargeable sur le site Internet de la Direccte de Haute-Normandie :

www.haute-normandie.direccte.gouv.fr

Au niveau national, les services centraux du ministère du travail ont, de plus, sollicité un certain nombre d'acteurs, comme le Conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables, l'Association nationale des DRH, Pôle emploi et l'Acoss, pour tenir le rôle de relais d'information auprès de leur adhérents ou de leurs publics respectifs.

Les conseillers du salarié pourront, eux aussi, trouver sur le site TéléRC des informations utiles [fiches pratiques, foire aux questions] sur le processus de la rupture conventionnelle, leur permettant de mieux conseiller encore les salariés qu'ils assistent. De même, ils pourront superviser, au côté du salarié, l'exactitude des informations saisies dans le formulaire ■





Les salariés détenant un mandat extérieur à l'entreprise sont protégés ... sous conditions

Dans le dernier numéro de cette publication (1), nous avons longuement évoqué la décision prononcée le 14 mai 2012 (2) par le Conseil constitutionnel qui, interrogé par la Cour de cassation dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), a déclaré conformes à la Constitution les dispositions protectrices contre le licenciement dont bénéficient les salariés qui détiennent un mandat extérieur à l'entreprise [administrateur d'une caisse de Sécurité sociale, membre du conseil d'administration d'une mutuelle, représentant des salariés dans une chambre d'agriculture, conseiller prud'homme, conseiller du salarié, etc ...] avec toutefois une réserve de taille sur l'interprétation de ces dispositions.

Rappelons sommairement qu'il s'agissait de savoir si un employeur peut être sanctionné pour n'avoir pas respecté un statut protecteur dont il ignorait l'existence. En effet, le législateur n'a pas prévu l'obligation pour le salarié d'informer son employeur du ou des mandats qu'il exerce à l'extérieur de l'entreprise. De ce fait, un salarié pouvait obtenir la nullité de son licenciement pour défaut d'autorisation administrative, alors même qu'il n'avait jamais informé l'employeur de l'existence de son mandat. A la question posée, le Conseil constitutionnel a répondu que les dispositions du Code du travail qui assurent au salarié une protection pour l'exercice d'un

mandat extérieur à l'entreprise, «ne sauraient, sans porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, permettre au salarié protégé de se prévaloir d'une telle protection dès lors qu'il est établi qu'il n'en a pas informé son employeur au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement».

Quatre mois, jour pour jour, après cette décision du Conseil constitutionnel, la Chambre sociale de la Cour de cassation tire les conséquences de la position des Sages de la rue de Montpensier (3) et procède à un revirement de sa jurisprudence à l'occasion d'une affaire où un salarié mis à la retraite par son employeur sans avoir informé celui-ci qu'il détenait par ailleurs un mandat de conseiller prud'homme, réclamait l'annulation de sa mise à la retraite, prononcée sans autorisation de l'inspecteur du travail.

Dans cette affaire, la cour d'appel de Rouen, désavouée aujourd'hui par les Hauts magistrats, s'était conformée à l'état de la jurisprudence de la Chambre sociale au 17 mai 2011, date à laquelle elle a rendu l'arrêt qui vient d'être cassé. Selon cette jurisprudence, ni l'absence d'information de l'employeur, ni même une déloyauté du salarié, ne pouvait priver le salarié du bénéfice de son statut protecteur d'ordre public. Seul un comportement frauduleux du salarié, comme la dissimulation volontaire de sa qualité

de salarié protégé, pouvait écarter la protection attachée à son mandat (4). Par contre, le salarié qui s'était abstenu d'informer son employeur de sa qualité de salarié protégé, et qui, sans que cela constitue nécessairement une fraude, manquait ainsi à son obligation contractuelle de loyauté, encourait une réduction du montant de l'indemnisation qui lui était due au titre de la violation de son statut protecteur (5). On peut, à cet égard, rappeler que la Chambre sociale de la Cour de cassation, face au problème récurrent de l'ignorance de l'employeur, a, plusieurs années de suite dans son rapport annuel, suggéré mais sans résultat d'instituer l'obligation légale pour le salarié d'informer son employeur de l'existence d'un mandat extérieur pour éviter que soit prononcé, en toute bonne foi, un licenciement en méconnaissance du statut protecteur.

Par un arrêt du 14 septembre 2012 (6), la Haute juridiction décide donc que le salarié, titulaire d'un mandat de conseiller prud'homme [c'est-à-dire un mandat extérieur à l'entreprise], ne peut se prévaloir de la protection qui en découle que si, au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement - ou, s'il s'agit d'une rupture ne nécessitant pas un entretien préalable, au plus tard avant la notification de l'acte de rupture - il a informé l'employeur de l'existence de ce mandat ou s'il rapporte la preuve que l'employeur en avait alors connaissance.

(1) Numéro 3 - juin 2012 - article intitulé «Questions prioritaires de constitutionnalité», pages 19 et s.

(2) Décision n°2012-242 du 14 mai 2012, publiée au Journal officiel du 15 mai 2012

(3) Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles (article 62 de la Constitution du 4 octobre 1958)

(4) Cass. soc., 16 février 2011, pourvoi n°10-12737 ; 29 septembre 2009, pourvoi n°08-43997 ; 29 mars 2005, pourvoi n°03-43407

(5) Cass. soc., 8 février 2012, pourvoi n°10-21198 ; 16 février 2011, pourvoi n°10-10592

(6) Cass. Soc., 14 septembre 2012, pourvoi n°11-21307



La Cour de cassation conditionne désormais le bénéfice du statut protecteur à l'information préalable de l'employeur sur la détention du mandat auquel est attaché ce statut. Il s'ensuit que, en l'absence d'information ou de connaissance avérée du mandat, l'employeur ne pourra plus dorénavant être sanctionné a posteriori pour ne pas avoir sollicité et obtenu l'autorisation de l'inspecteur du travail pour rompre le contrat de travail du salarié concerné.

Quant au salarié, s'il n'a pas révélé l'existence du mandat en temps utile, il ne pourra plus invoquer la protection que lui assure celui-ci pour obtenir l'annulation du licenciement ou, comme en l'espèce, la requalification d'une mise à la retraite en licenciement nul. Ainsi, en dépit de l'absence d'autorisation de l'inspecteur du travail, la rupture du contrat demeurera régulière et aucune réintégration ou indemnisation pour violation du statut protecteur ne sera possible, sauf si le salarié rapportait la preuve que l'employeur avait eu connaissance de l'existence du mandat qui lui confère une protection contre le licenciement.

Si l'arrêt du 14 septembre 2012 rendu par la Cour de cassation concerne le cas d'un conseiller prud'homme, la règle dégagée vaudra pour tous les salariés exerçant un mandat extérieur à l'entreprise et bénéficiant d'une protection liée à celui-ci ; comme elle s'appliquera également à tous les modes de rupture du contrat de travail, y compris donc à la rupture conventionnelle. D'ailleurs, le même jour, la Cour de cassation a été conduite à refuser le renvoi devant le Conseil constitutionnel d'une nouvelle question prioritaire de constitutionnalité se rapportant cette fois-ci à la protection du conseiller du salarié. La Haute juridiction motive son refus par le fait que «le salarié protégé n'est pas en droit de se prévaloir de la protection résultant d'un mandat extérieur à l'entreprise lorsqu'il est établi qu'il n'en a pas informé son employeur au plus tard lors de l'en-

Rupture conventionnelle du contrat de travail d'un salarié protégé

Par dérogation aux règles de droit commun, un régime particulier s'applique aux salariés bénéficiaires d'une protection en raison du mandat qu'ils détiennent, lorsqu'ils concluent une rupture conventionnelle de leur contrat de travail. En effet, cette rupture amiable est soumise à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail et non à une homologation par le Directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi [Directe] (1). Parmi les salariés concernés figurent ceux qui détiennent un mandat exercé à l'extérieur de l'entreprise, tels les membres du conseil ou administrateurs d'une caisse de Sécurité sociale, les membres du conseil d'administration d'une mutuelle, les représentants des salariés dans une chambre d'agriculture, les conseillers prud'hommes et les conseillers du salarié.

La demande d'autorisation, présentée soit par l'employeur soit par le salarié lui-même, ne pourra être adressée à l'inspecteur du travail qu'à l'issue du délai de 15 jours calendaires à compter du lendemain de la date de signature de la convention de rupture, dont disposent les parties pour se rétracter (2).

Contrairement à l'homologation, le silence gardé par l'inspecteur du travail au terme du délai de 15 jours qui suit la réception de la demande ne vaut pas autorisation tacite. Si l'inspecteur du travail dispose d'un délai de 15 jours pour statuer, il peut prolonger ce délai si les nécessités de l'enquête contradictoire le justifient (3). La rupture conventionnelle du contrat de travail ne peut intervenir qu'à partir du lendemain du jour de la notification de l'autorisation. Le défaut de décision expresse avant l'expiration du délai de deux mois (4) fait naître une décision implicite de rejet de la demande d'autorisation (5). Les recours formés contre la décision administrative autorisant ou refusant la rupture conventionnelle du salarié protégé sont déposés devant le ministre chargé du travail (6) et/ou devant le tribunal administratif et non devant le conseil de prud'hommes comme pour les homologations de droit commun.

(1) Article L.1237-15 du Code du travail

(2) Article L.1237-13 du Code du travail

(3) Article R.2421-4 du Code du travail

(4) Ce délai court à compter de la date de réception de la demande d'autorisation

(5) Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 modifiée relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, article 21

(6) Article R.2422-1 du Code du travail

retien préalable au licenciement et qu'ainsi interprétés, le 16° de l'article L. 2411-1 du Code du travail et les articles L. 2411-3 et L. 2411-18 du même code ne sont pas contrares à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle» (7).

A cet égard, nous rappellerons que les employeurs des salariés investis du mandat de conseiller du salarié sont systématiquement informés par l'autorité administrative qu'ils emploient au sein de leur entreprise un salarié protégé en raison de cette fonction. Par ailleurs, pour exercer sa mission d'assistance pendant son temps de travail, le conseiller du salarié, lorsqu'il est lui-même salarié d'un établissement qui occupe au moins 11 salariés, doit nécessairement aviser son employeur de l'existence de

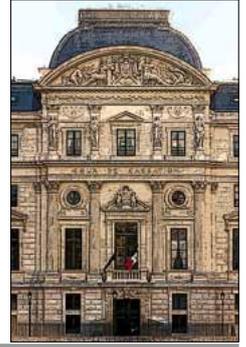
son mandat pour pouvoir disposer du droit d'absence de 15 heures au maximum par mois. Il en est de même, s'il souhaite bénéficier d'un accès prioritaire au congé de formation économique, sociale et syndicale pour les besoins de sa mission (se reporter à

l'article publié dans le numéro 3 -juin 2012- du Bulletin des conseillers du salarié de Haute-Normandie, pages 16 et s.). Dès lors, rares seront les cas où un employeur pourra ignorer compter parmi

son personnel un salarié protégé au titre de la fonction de conseiller du salarié. Par conséquent, la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation ne devrait trouver que rarement application en matière de rupture du contrat de travail d'un conseiller du salarié. ■

La Cour de cassation conditionne désormais le bénéfice du statut protecteur à l'information préalable de l'employeur sur la détention du mandat auquel est attaché ce statut

(7) Cass. soc., 14 septembre 2012, pourvoi n° 11-28269



Quelques arrêts récents ... intéressants

Le conseiller du salarié doit justifier de sa qualité auprès de l'employeur qui le reçoit

Dans un article du précédent numéro de cette publication (1) nous avons souligné que, pour pouvoir prétendre participer à un entretien, qu'il soit préalable au licenciement ou préparatoire d'une rupture conventionnelle, le conseiller du salarié doit justifier de sa qualité auprès de l'employeur. En effet, l'employeur ou son représentant a le droit de s'assurer que la personne extérieure à l'entreprise qui va assister le salarié est réellement investie d'un mandat de conseiller du salarié en cours de validité et qu'elle a compétence à intervenir dans le département où a lieu l'entretien.

Nous ajoutons que le conseiller du salarié a, quant à lui, tout intérêt à justifier spontanément de sa qualité, de manière à ce que, en cas d'incident telle une entrave à l'exercice de ses fonctions, l'employeur ne puisse alléguer, par la suite et avec succès, que le conseiller n'ayant produit aucune justification, il était fondé à penser que cette personne pouvait usurper ce titre et ne détenir, par conséquent, aucun droit à participer à l'entretien.

La Chambre sociale de la Cour de cassation vient, par un arrêt du 25 septembre 2012 (2), de statuer sur cette question.

Dans l'affaire jugée, un salarié licencié pour insuffisance professionnelle demandait que la procédure de licenciement soit déclarée irrégulière et, au-delà, à être indemnisé du fait que son employeur avait refusé la présence du conseiller du salarié lors de l'entretien préalable auquel il avait été convoqué. En effet, l'employeur s'était opposé à ce que le conseiller choisi participe à l'entretien dans la mesure où, s'il avait prouvé son identité, en revanche il n'avait pu justifier de sa qualité de

conseiller du salarié. Le salarié soutenait que, dans la mesure où la liste des conseillers arrêtée par le préfet est publiée au recueil des actes administratifs et donc publique, le conseiller appelé à assister le salarié lors de l'entretien préalable au licenciement, ne saurait être tenu de rapporter la preuve, outre de son identité, de sa qualité.

La Cour de cassation a donné raison à l'employeur en considérant que *«la personne s'étant présentée à l'entretien préalable de licenciement comme conseiller du salarié n'avait pas, malgré la demande en ce sens de l'employeur, justifié de cette qualité (...) il ne pouvait être reproché à l'employeur d'avoir refusé sa présence»*.

Ainsi, la Haute juridiction n'admet pas que le conseiller du salarié qui se présente à un entretien ne puisse produire à l'employeur qui en fait la demande une pièce justificative de sa qualité. Faute de pouvoir justifier de sa qualité, le conseiller peut donc se voir, à bon droit, interdire d'assister le salarié à l'entretien. Ce refus légitime de la présence du conseiller ne constitue ni une entrave à l'exercice régulier de ses fonctions, ni une irrégularité de procédure.

Afin de ne pas s'exposer à une telle situation, particulièrement dommageable pour le salarié qui a fait appel au conseiller du salarié, ce dernier doit impérativement être porteur de sa carte de fonction chaque fois qu'il exerce sa mission, afin de la produire systématiquement à la personne qui dirigera l'entretien.

(1) Numéro 3 – juin 2012 – article intitulé «Vos papiers, s'il vous plaît», pages 30 et s.

(2) Cass. soc. 25 septembre 2012, pourvoi n°11-10684



L'absence d'entretien préalable ne rend pas le licenciement sans cause réelle et sérieuse, pas plus que la remise en main propre de la lettre de licenciement ne constitue une irrégularité de procédure

On sait que l'inobservation de l'entretien préalable, qui constitue une irrégularité de forme, est sanctionnée par l'attribution au salarié d'une indemnité (3), mais que le licenciement prononcé sans qu'aient été respectées les règles de procédure n'est pas nul : le juge ne peut, en l'absence de disposition le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale, annuler un licenciement (4).

La Cour de cassation, dans un arrêt du 11 septembre 2012 (5), rappelle que l'absence d'entretien préalable n'a pas pour effet de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse, peu important que le salarié prétende, après le licenciement, qu'il ne sait ni lire ni écrire. A cette occasion, elle valide également la remise de la lettre de rupture au salarié en main propre.

Il s'agit d'une confirmation de jurisprudence. En effet, bien que les articles L.1232-6 et L.1233-15 du Code du travail prévoient que le licenciement est notifié par la lettre recommandée avec demande d'avis de réception, la Cour de cassation considère que la remise en main propre contre décharge de la lettre de licenciement au salarié concerné ne constitue pas en soi une irrégularité de procédure (6). Par ailleurs, le défaut d'entretien préalable, qui, quant à lui, caractérise bien un vice de

procédure, n'entraîne pas pour autant la nullité du licenciement et ne lui donne pas nécessairement un caractère abusif (7) ; il ouvre droit cependant à réparation (8). Dans cette affaire, la Cour d'appel, dont l'arrêt est annulé, avait considéré qu'en l'absence de l'entretien préalable, il n'était pas suffisamment établi que le motif de la rupture ait été porté à la connaissance du salarié conformément à la loi et que ce dernier, par ailleurs illettré, ait finalement eu, à réception de la lettre lui notifiant son licenciement, une connaissance précise du grief qui lui était imputé. La Haute juridiction ne suit pas le raisonnement des juges d'appel. Elle confirme que l'absence d'entretien préalable ne prive pas, à elle seule, la cause du licenciement de son caractère réel et sérieux. Puis, constatant que la loi n'impose pas d'autre modalité de notification du licenciement que celle qui résulte de l'envoi d'une lettre énonçant les motifs de cette mesure, elle juge que le défaut d'entretien préalable ne peut être assimilé au défaut d'énonciation d'un motif précis du licenciement. ■

(3) Sanction des irrégularités de procédure, selon l'ancienneté du salarié et l'effectif de l'entreprise qui l'emploie :

- salariés ayant moins de 2 ans d'ancienneté et/ou appartenant à une entreprise de moins de 11 salariés = indemnité calculée en fonction du préjudice subi (art. L.1235-5 du Code du travail) ;

- salariés ayant au moins 2 ans d'ancienneté, employés dans une entreprise occupant au moins 11 salariés = indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire (art. L.1235-2 du Code du travail)

(4) Cass. soc., 31 mars 2004, pourvois n°01-46960 et 01-46961 ; 13 mars 2001, pourvoi n° 99-45735

(5) Cass. soc., 11 septembre 2012, pourvoi n°11-20371

(6) Cass. soc., 16 décembre 2009, pourvoi n° 08-42922 ; 16 juin 2009, pourvoi n° 08-40722 ; 15 décembre 1999, pourvoi n° 97-44431 ; 3 mai 1979, pourvoi n° 78-40733

(7) Cass. soc., 29 octobre 2003, pourvoi n° 01-44354 ; 31 octobre 1989, n° 87-40309

(8) Cass. soc., 18 avril 1991, pourvoi n° 89-44868



Un dépliant pour mieux vous connaître

Bien que l'institution des conseillers du salarié existe depuis maintenant plus de 20 ans, l'étude qualitative sur l'activité des conseillers du salarié de la région Haute-Normandie, qui a été réalisée pour le compte de la Direccte en 2011, a révélé une méconnaissance du public sur le rôle, les droits et obligations de cet assistant extérieur à l'entreprise.

Afin de mieux faire connaître aux employeurs et aux salariés le dispositif législatif d'assistance du salarié, la Direccte de Haute-Normandie a conçu un nouveau dépliant d'information sur le conseiller du salarié.

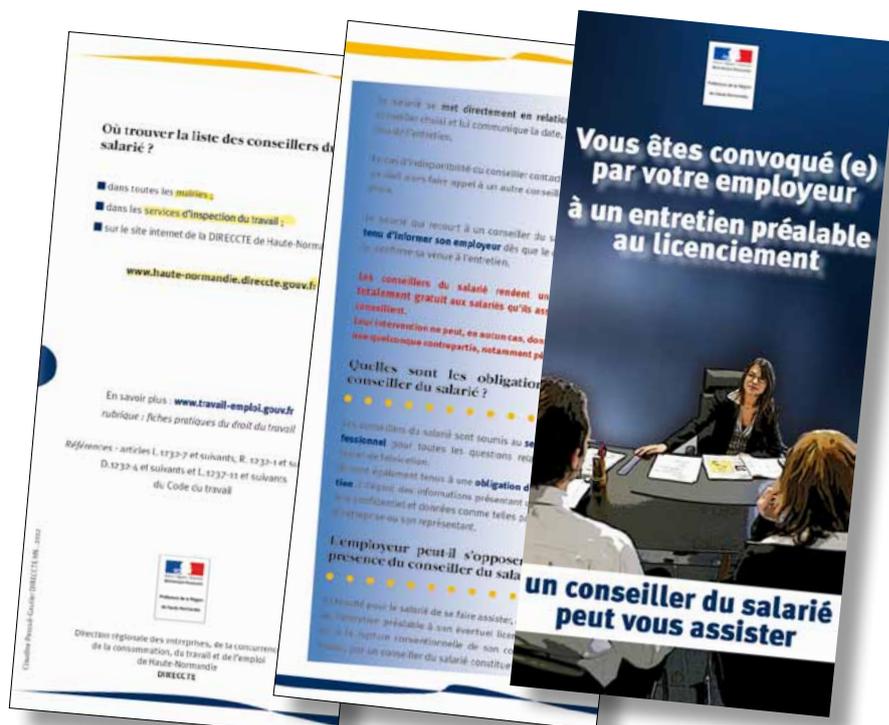
Ce document de présentation de la fonction du conseiller du salarié vient d'être diffusé, dans les deux départements que compte notre région, auprès des organisations professionnelles et syndicales, maisons de la justice et du droit, préfetures, sous-préfetures,

conseils de prud'hommes, maisons de l'avocat, mairies et sections d'inspection du travail.

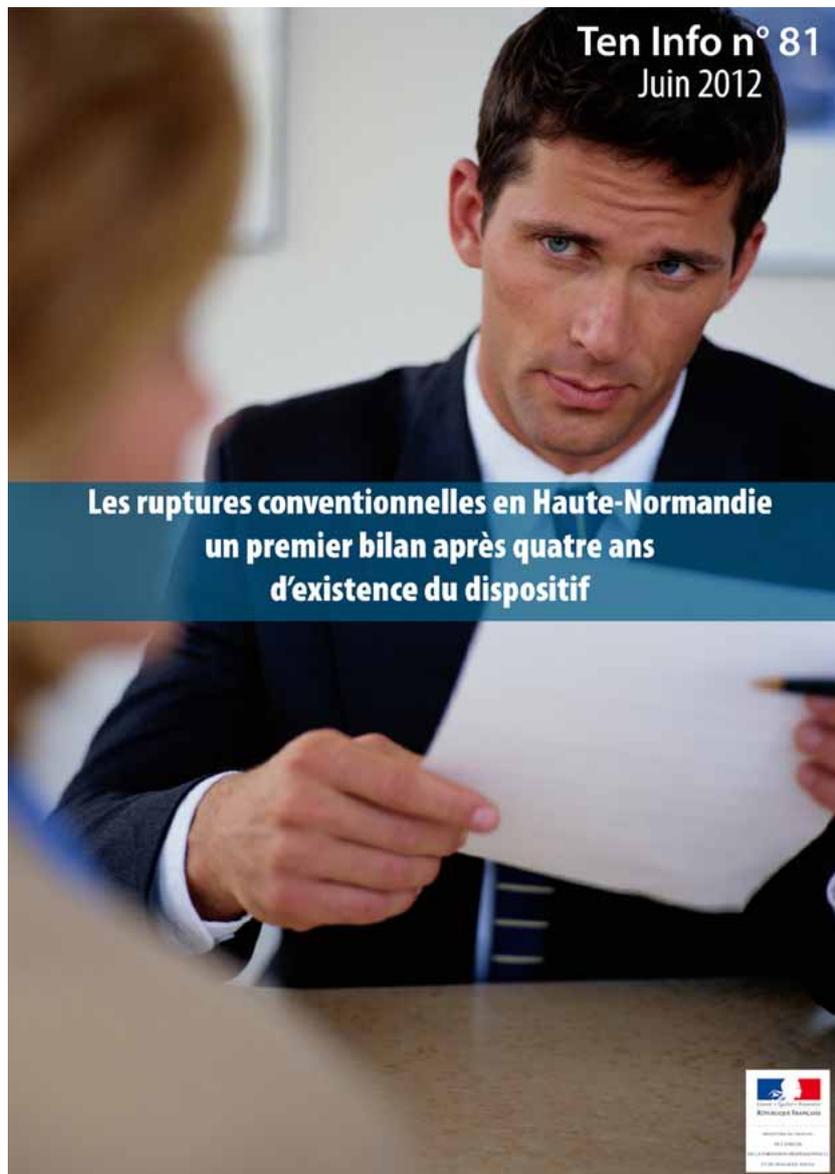
Il est également téléchargeable sur le site Internet de la Direccte de Haute Normandie :

www.haute-normandie.direccte.gouv.fr

Chaque conseiller du salarié de la région a reçu des exemplaires de ce dépliant, lequel pourra ainsi être utilement remis aux salariés qui recourent à son assistance. ■



Vient de paraître



Une étude du service
Etudes, Statistiques, Évaluation (ESE)
de la DIRECCTE de Haute-Normandie

Téléchargeable sur le site
www.haute-normandie.direccte.gouv.fr

Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation,
du travail et de l'emploi de Haute-Normandie
Directeur de publication : **Serge Leroy**
Rédaction : **Catherine Casanova, Sylvie Geiger, David Delasalle, Dominique Leroi-Duval**
14, avenue Aristide Briand 76108 Rouen cedex 1
Tel. 02.32.76.16.20 Fax 02.32.76.16.79