



GLOSSAIRE : LE DROIT DU TRAVAIL

La rupture conventionnelle

Rappel

La loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008 a créé un nouveau mode de rupture du contrat de travail : la rupture conventionnelle.

Un contrat de travail à durée indéterminée (CDI) peut dorénavant être rompu d'un commun accord entre l'employeur et le salarié, y compris pour un salarié protégé. Cet accord amiable, est distinct du licenciement et de la démission, et ne peut pas être imposé par l'une ou l'autre des parties.

Ce nouveau mode de rupture connaît un vif succès et ce, même si un certain nombre de points essentiels a été laissé en suspend, notamment en ce qui concerne le montant de l'indemnité de rupture conventionnelle. Différents arrêts datant de fin 2009 ont clarifié certains éléments inhérents à ce montant :

► Depuis le 27 novembre 2009, le montant minimum de l'indemnité de rupture conventionnelle correspond à l'indemnité conventionnelle de licenciement si le montant de celle-ci est plus favorable que l'indemnité légale. (Arrêté du 26/11/09 portant extension de l'avenant n°4 du 18/05/09 de l'ANI du 11/01/09, JO du 27/11/09)

A noter cependant que pour les employeurs des professions agricoles ou libérales, du secteur de l'économie sociale, sanitaire et sociale ainsi que pour les particuliers-employeurs (n'entrant pas dans le champ de l'avenant n°4), l'indemnité minimale reste l'indemnité légale de licenciement.

► Dans le cas où la convention collective en vigueur mentionnerait deux indemnités de licenciement (motif personnel et motif économique), les parties devront convenir d'une indemnité dont le montant est **au moins égal** :

1. soit à l'indemnité légale, si au moins une des deux indemnités conventionnelles est inférieure à l'indemnité légale,



2. soit à l'indemnité conventionnelle la plus faible, si les deux indemnités conventionnelles sont toutes deux supérieures à l'indemnité légale. (*Instruction DGT n°2009-25 du 8/12/09*)

Ces précisions apportées au montant minimum de l'indemnité de rupture, permettront sans aucun doute d'installer de façon durable ce nouveau mode de rupture.

Définition

La loi de modernisation du marché du travail a créé un nouveau moyen de mettre fin au contrat de travail : la rupture conventionnelle. Dans la pratique, il était déjà fréquent de voir salariés et employeur mettre fin au contrat de travail d'un commun accord : départ négocié, licenciement à l'amiable, etc. La nouvelle "rupture conventionnelle" se veut clarifier et encadrer ces pratiques de plus en plus fréquentes.

Elle peut être mise en œuvre par tous les employeurs et tous les salariés, y compris les salariés "protégés" (délégués du personnel, etc.). Elle suppose naturellement le consentement libre et entier des deux parties et prévoit donc une procédure qui protège le libre-arbitre du salarié.

La procédure

Les deux parties, salarié et employeur, doivent d'abord convenir du principe de la rupture conventionnelle au cours d'un ou plusieurs entretiens préalables. La loi ne fixe aucun délai particulier, mais prévoit la possibilité pour le salarié comme pour l'employeur de se faire assister par un conseiller (comme pour la ***procédure de licenciement***).

Ce mode de rupture exclusif de la démission et du licenciement, ne peut pas être utilisé dans le cadre d'une procédure de licenciement économique, ou d'un accord de G.P.E.C.

La procédure repose sur trois étapes :

- ***Le ou les entretiens préalables***

La tenue régulière du ou des entretiens préalables est un point fondamental pour garantir la liberté de consentement des parties. En pratique, il est souhaitable de faire au moins deux entretiens avant de conclure la convention.

Sur le modèle du licenciement, le salarié peut se faire assister lors du ou des entretiens, par toute personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, ou en l'absence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, par un conseiller du salarié. Si le salarié entend se faire assister, il doit en informer auparavant l'employeur, lequel pourra alors seulement lui aussi se faire assister en informant le salarié (ce qui implique des preuves écrites de ces informations)



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

- **La convention de rupture avec délai de rétractation**

La convention signée par les deux parties doit mentionner toutes les modalités de la rupture, notamment le montant de l'indemnité spécifique de rupture (lequel ne peut être inférieur à celui de la nouvelle indemnité légale, due désormais à partir d'un an d'ancienneté : 2/10ème de mois par année de présence + 2/15ème de mois pour les années au-delà de 10 ans), la date de cessation du contrat, qui ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation par l'UT, explicite ou tacite, ou de la décision de l'Inspection du travail pour les salariés protégés.

La convention de rupture est établie selon un modèle unique de l'Administration du travail auquel est annexée la demande d'homologation.

Elle peut être dénoncée, par les deux parties, dans le délai de quinze jours suivant la signature. Passé ce délai, l'une des deux parties soumet un formulaire d'homologation de cette convention à l'unité territoriale (UT) du Travail qui dispose d'un délai de quinze jours ouvrables pour la vérifier et l'approuver. Au-delà de ces quinze jours, l'accord est supposé acquis.

Les salariés concernés peuvent percevoir les indemnités Assedic.

Quand la rupture concerne un salarié protégé, la convention doit également être autorisée par l'Inspection du travail.

Les parties peuvent convenir de compléter certaines dispositions par un avenant, portant par exemple sur le DIF, la clause de non-concurrence, la confidentialité ou non de la rupture, l'accompagnement par un « out placement », ou des avantages particuliers.

A compter de la signature de la convention, les parties disposent d'un délai de 15 jours calendaires pour se rétracter « sous la forme d'une lettre adressée par tout moyen attestant de sa date de réception par l'autre partie ».

- **L'homologation administrative**

Une fois le délai de rétractation de 15 jours écoulé, la partie la plus diligente adresse une demande d'homologation à l'Unité Territoriale du Travail (UT) : l'homologation est essentielle, car elle est une condition de validité de la convention.



A compter de la réception de la demande, l'administration dispose d'un délai d'intervention de quinze jours ouvrables. L'administration doit s'assurer de la liberté de consentement des parties et du respect des règles définies par la loi : notamment en vérifiant qu'au moins un entretien s'est tenu, que le salarié a bien été informé du fait qu'il pouvait être assisté, que les parties ont bien disposé d'un délai de rétractation leur permettant de réfléchir à la portée de leur engagement, que la convention comporte bien l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une indemnité au moins égale à l'indemnité conventionnelle ou légale de licenciement.

Le silence de l'Administration vaut homologation tacite.

Contentieux

Un contentieux afférant à la rupture conventionnelle ne peut être exclu. En effet, compte tenu de la masse de travail à laquelle doivent faire face les UT, il est possible que des conventions de rupture soient homologuées alors que des conditions élémentaires n'ont pas été respectées. Le salarié pourrait également estimer que, malgré le respect des garanties procédurales, son consentement n'a pas été libre et éclairé.

Tout litige concernant la convention, l'homologation ou le refus d'homologation, relève de la compétence du Conseil des Prud'hommes, à l'exclusion de tout autre recours contentieux ou administratif, lequel pourra le cas échéant prononcer la nullité de la rupture conventionnelle.

Le recours doit être formé dans un délai de douze mois à compter de la date d'homologation de la convention. Ainsi la rupture conventionnelle rend un peu les « mêmes services » qu'une transaction, sans avoir à « monter » un licenciement, mais à l'inverse de cette dernière, elle n'a pas l'autorité de la chose jugée.

Rien n'interdira de conclure dans un deuxième temps une transaction, après la rupture, c'est-à-dire après l'homologation d'une convention qui ne comporterait, par exemple, dans un premier temps que l'indemnité minimale....

Cette nouvelle disposition ne dispensera pas en effet d'une analyse et d'une procédure spécifique au cas par cas, pour assurer la sécurité juridique.

Effectivement, ce dispositif doit être utilisé avec précaution par l'employeur.

D'une part, le risque d'annulation ne peut pas être totalement exclu. D'autre part, la rupture conventionnelle permet de se mettre d'accord sur le principe de la rupture mais ne constitue pas une transaction destinée à mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation relative au contrat de travail.



En effet, la transaction ne peut intervenir qu'une fois que la rupture est consommée. Or, dans le cadre de la rupture conventionnelle, les parties se mettent d'accord avant la rupture du contrat de travail puisque cette dernière n'intervient que le lendemain de l'homologation de la convention par l'UT.

Par conséquent, et même si la rupture est validée par les services du Travail, un contentieux pourra toujours intervenir sur des questions afférentes à l'exécution du contrat de travail : versement de commissions, rappel d'heures supplémentaires, harcèlement moral, etc...

Rupture conventionnelle interdite

La rupture conventionnelle du contrat de travail n'est pas autorisée dans certains cas : la circulaire DGT du 17 mars 2009 le précise.

Dans certaines hypothèses, le législateur a estimé que le salarié était placé dans une situation dont la particularité interdisait à l'employeur et au salarié de déroger et de renoncer, par la voie de la rupture d'un commun accord, aux dispositions d'ordre public du code du travail.

En ce qui concerne la conclusion d'une rupture conventionnelle pendant une suspension du contrat de travail, il convient ainsi de distinguer la nature de la suspension du contrat de travail.

- Dans les cas de suspension ne bénéficiant d'aucune protection particulière (congé parental d'éducation, congé sabbatique, congé sans solde, etc...), aucune disposition n'interdit aux parties de conclure une rupture conventionnelle.
- 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 en vertu de l'article L 1225-4, ou pendant l'arrêt imputable à un accident du travail ou une maladie professionnelle en vertu de l'article L 1226-9, etc...), la rupture conventionnelle ne peut, en revanche, être signée pendant cette période.
- La rupture conventionnelle et la procédure qu'elle implique ne sont pas davantage applicables lorsqu'il existe déjà, de par la loi ou l'accord collectif, des dispositifs visant à garantir et à organiser la liberté de consentement du salarié et la protection de ses droits.

RAPPEL :

1. Ainsi, le législateur a exclu du champ de la rupture conventionnelle les ruptures amiables intervenant dans le cadre des accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) ou dans le cadre de la mise en œuvre des plans de sauvegarde de l'emploi (PSE).



2. Dans le cadre d'un départ volontaire à la retraite, le salarié ne peut pas prétendre à une indemnité pour rupture conventionnelle. L'avenant du 18 mai 2009 à l'accord sur la modernisation du marché du travail, qui a institué cette rupture conventionnelle, a répondu par la négative.

L'indemnité de rupture conventionnelle ne vise que les licenciements ou départs négociés. Le même avenant précise également que l'indemnité de rupture conventionnelle ne peut pas être inférieur au montant de l'indemnité de licenciement légale ou conventionnelle.

Transaction et licenciement

La transaction a pour objet de prévenir ou terminer une contestation entre l'employeur et le salarié. Si le différend est en rapport avec un licenciement, le salarié ne peut conclure de transaction qu'après avoir eu connaissance des motifs de son licenciement : une lettre de licenciement doit lui avoir été préalablement adressée par lettre recommandée avec accusé de réception.

L'employeur, qui n'envoie pas la lettre de licenciement en recommandé au salarié mais la lui remet en main propre avant de conclure la transaction, encourt les conséquences de la nullité de cette transaction : *référence Cass. Ch. soc., 10 nov. 2009 (pourvoi n° 08-41214 FD), cassation totale sans renvoi, avec visa des articles L. 1232-6 du Code du travail et 2044 du Code civil.*



La rupture conventionnelle

ne connaît pas la crise !

Mise en place en août 2008, mois de sa mise en place effective, le succès de ce dispositif ne se dément pas : le nombre de ruptures conventionnelles conclues entre employeurs et salariés croît de manière continue, mois après mois. Le taux de refus d'homologation est quant à lui en baisse, malgré certaines difficultés d'interprétation des textes.

Ainsi, plus de 223.000 salariés ont mis fin à leur contrat de travail par le biais d'une rupture conventionnelle.



Les données mensuelles de janvier 2010 de la DARES confirment ce double mouvement. Chaque mois, le ministère du Travail reçoit davantage de demandes d'homologation que le mois précédent : 22.094 en octobre, 23.997 en novembre, et 24.803 en décembre 2009 (contre 17.173 en juin 2009).

Il suffit de lire les statistiques mensuelles de cette direction depuis 18 mois pour mesurer l'ampleur des dérives et s'apercevoir que les entreprises utilisent ce dispositif pour contourner le droit du licenciement, plus contraignant et protecteur.

Encore des chiffres mais validant ce qui précède :

- Les demandes d'homologation ne cessent d'augmenter 55 000 d'août 2008 à février 2009, -100 000 de mars 2009 à septembre 2009, -137 000 d'octobre 2009 à avril 2010.
- *Le dispositif est surtout utilisé dans les petits établissements*, notamment ceux du commerce. Sur la période de référence, trois ruptures conventionnelles sur quatre ont été signées dans des établissements de moins de cinquante salariés.
- *Il doit être noté une "surreprésentation" des salariés de cinquante-huit ans et plus dans les entreprises de plus de cinquante salariés* : les ruptures conventionnelles représentent près de 14 % des sorties, contre 9 à 11 % des sorties par licenciement.
- Dans le dossier de mai 2010 de *Liaisons Sociales*, intitulé « Les départs anticipés ne battent pas en retraite », où il est question de ces « providentielles ruptures conventionnelles », la direction Champagne-Ardenne de Pôle emploi pointe qu'« en 2009, 23 % des chômeurs inscrits à l'issue d'une rupture conventionnelle étaient âgés de cinquante ans et plus alors que, tous motifs d'inscription confondus, les seniors représentent seulement 10 % de la demande d'emploi enregistrée au cours de la même période. » Les chiffres ont doublé.

Le constat est que les salariés, qui s'inscrivent sur les listes du Pôle emploi après la conclusion d'une rupture conventionnelle, sont de plus en plus nombreux (73,7% d'entre eux au mois de novembre, et 79% au mois de décembre).



Force est de constater que les salariés qui quittent " volontairement" leur emploi n'ont pas, à court terme, de solution de rechange.

Dans le même temps les inscriptions comme auto entrepreneurs ont progressé.



La conjugaison de ces deux phénomènes conduit à penser que la crise incite les employeurs, devant réduire leur masse salariale pour faire face à la baisse de leur chiffre d'affaires, à conclure davantage de ruptures conventionnelles qu'à recourir aux licenciements.

Certains incitent fortement leurs salariés à quitter l'entreprise pour utiliser leurs services en tant qu'auto entrepreneurs !!! (plus de charges sociales et de contraintes imposées par le code du travail ou accords collectifs !)



Les salariés qui se laissent séduire par le chant des sirènes de la rupture conventionnelle et du statut d'auto-entrepreneur risquent fort de se retrouver dans la cohorte des précaires

De nombreuses ruptures conventionnelles ne sont donc pas si « conventionnelles » que cela... !

La réalité de l'entreprise contrarie bien souvent le droit : en période de crise économique et de chômage, ce dispositif permet à certains employeurs peu scrupuleux de recourir en toute légalité aux ruptures conventionnelles alors qu'ils auraient du passer par la procédure plus protectrice du licenciement.

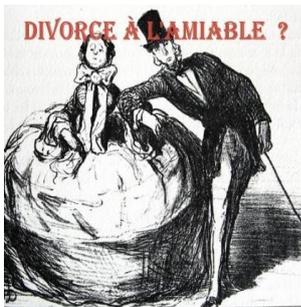
Les salariés les plus fragiles sont encore une fois ceux qui n'ont pas connaissance de leurs droits et/ou ne peuvent pas financièrement se payer les conseils d'un spécialiste du droit pour les aider lorsqu'ils sont incités par leur employeur à signer ce type de rupture de leur contrat de travail.

L'UT du travail doit vérifier la régularité de l'accord : notamment en s'assurant que les droits du salarié ont été respectés (respect des délais et versement au minimum des indemnités légales de licenciement- conventionnelles selon l'accord interprofessionnel).



En revanche, elle reste impuissante face à d'éventuels abus masqués : la conformité peut être respectée, mais les pressions, qui ont pu amener le salarié à signer un tel accord, restent invisibles !

La rupture conventionnelle peut donc dissimuler un licenciement qui serait plus contraignant pour l'employeur. *Dans des cas non négligeables, elle peut donc être un licenciement pour motif personnel voir économique déguisé.* Un chiffre est particulièrement évocateur : le nombre de personnes qui s'inscrit comme demandeur d'emploi en catégorie A B et C, c'est à dire demandeur d'emploi tenu de faire des actes positifs de recherche d'emploi, sans emploi ou exerçant une activité réduite , suite à une rupture conventionnelle.



La rupture conventionnelle : souplesse ou danger ?

Dans la période de crise actuelle, les cas où les salariés souhaitent quitter volontairement leur emploi parce qu'ils ont un autre emploi en perspective sont rares.

Dans la majorité des cas, il est fort probable ...que la rupture conventionnelle se fait à la demande et sous la pression de l'employeur en lieu et place d'une procédure pour licenciement pour faute ou d'un licenciement économique.

Les débats parlementaires dans les deux assemblées en 2008 ont tourné d'ailleurs autour de cette question.

Ainsi, au Sénat le 29 avril 2008, MM. Dominique Tellier, directeur des relations sociales, et Guillaume Resson, directeur adjoint chargé des affaires publiques du Mouvement des entreprises de France (Medef) expliquaient les "avancées" de la mesure : ".. / ... concernant la rupture conventionnelle par le fait notamment qu'elle limitait le risque de « judiciarisation et lèvera les réticences à l'embauche, notamment dans les PME ».



M. Dominique Tellier a rappelé également que « cette procédure ne se substitue ni à la démission ni au licenciement et constitue un mode autonome de rupture ».

En relisant ces déclarations, il peut apparaître que cette procédure est devenue le dernier outil de régulation à la mode des chefs d'entreprises ou des DRH.

Selon les syndicats, « ce dispositif est bel et bien utilisé pour contourner notamment les règles des plans sociaux et éviter les procédures liées à un licenciement économique ».

Des spécialistes en droit social estiment même que ce dispositif arrive à refondre en partie « le droit social en gommant le lien de subordination (qui pourtant est bien réel) entre l'employeur et le salarié ».

Cette "refondation" ruinerait toute la spécificité du droit du travail qui instaure des garde-fous, des barrières de sécurité, qui visent à équilibrer au cours de la relation contractuelle « le poids » des contractants.

Le leurre de l'égalité entre l'employeur et le salarié, la négociation de gré à gré, le recours au volontariat structurent désormais toutes les réformes en matière de droit du travail, au risque de pervertir notre droit social, de vider de sa substance le droit du licenciement économique. « Comment un plan de sauvegarde de l'emploi pourrait-il s'avérer pertinent quand toutes les mesures censées s'y trouver ont préalablement été proposées aux salariés sur la base du volontariat ? » s'inquiète Alexandre Fabre, docteur en droit, auteur notamment du livre *Le régime du pouvoir de l'employeur*.

Le professeur Emmanuel Dockès voit justement dans la rupture conventionnelle « un puissant moyen d'écartier le droit du licenciement ». « À la réflexion », dit-il, « cette évolution juridique est peut-être la plus dangereuse de toutes... la rupture conventionnelle pourrait marginaliser la pratique du licenciement à l'ancienne. L'exigence d'une cause réelle et sérieuse deviendrait alors, en pratique, une sorte d'exception, un cas marginal légèrement désuet ».

"Cette nouvelle forme de rupture du contrat de travail favoriserait donc les cessations anticipées d'activité, elle serait détournée par les employeurs pour se débarrasser aux frais de l'assurance chômage de leurs seniors. Ainsi, par exemple, 15 à 20 % des séparations à l'amiable conclues dans le secteur des mines et de la métallurgie portent sur des salariés de plus de cinquante ans.

Ce problème n'est pas nouveau puisqu'en avril 2009 déjà, l'OCDE, pourtant favorable à prescrire la poursuite sur la voie de l'assouplissement de la législation sur les licenciements, recommandait au Gouvernement, dans son *Étude de la France, 2009* « d'éviter que les employeurs ne puissent abuser du nouveau dispositif de rupture conventionnelle pour se séparer des seniors à bon compte et aux frais de l'assurance chômage ».



Au moment où, justement, le Gouvernement entend reporter de soixante à soixante-deux ans l'âge légal de départ à la retraite et prétend vouloir améliorer le taux d'emploi des seniors, la brèche ainsi ouverte par la rupture conventionnelle devrait être comblée pour éviter cette utilisation abusive, voire « perverse ».

En outre, *il existe une autre utilisation dangereuse de ce dispositif par les employeurs, exprimée par les partenaires sociaux et les parlementaires de l'époque : à savoir les « petits paquets de rupture conventionnelle ficelés » pour détourner les règles applicables en matière de licenciements économiques, notamment l'obligation pour l'employeur d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi.*

Effectivement, la rupture conventionnelle « libère » l'employeur de ses obligations en termes de reclassement, d'information et de consultation du comité d'entreprise et peut ainsi porter atteinte aux procédures de licenciements collectifs pour motif économique.



D'ailleurs, preuve en est l'instruction du 23 mars 2010 de la Direction générale du travail relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un CDI, invitant l'autorité administrative à vérifier l'existence ou non d'un contournement des procédures de licenciement collectif « 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. »

Il convient toutefois de noter que la même instruction rappelle qu'«une rupture conventionnelle peut intervenir alors même que l'entreprise rencontre des difficultés économiques qui l'amènent à se séparer de certains de ces salariés».

Force est donc de constater que face aux dérives potentielles la seule réponse donnée est une gestion des dangers du dispositif en reportant sur les services chargés du Travail le soin de contrôler les demandes d'homologation, de surveiller les abus et éventuellement de les sanctionner en refusant l'homologation de la rupture conventionnelle.

Des décisions de conseils de prud'hommes, n'allant d'ailleurs pas toutes dans le même sens, interviennent ensuite pour approuver ou non le refus d'homologation de la rupture conventionnelle par l'UT concernée.

ღღღ



M
N