



LA RUPTURE CONVENTIONNELLE :

qu'est-ce que c'est ?

Introduction

La rupture conventionnelle a été instaurée par l'accord sur la modernisation du marché du travail signé en janvier 2008, et constitue une nouvelle modalité légale de rupture du contrat de travail.

L'originalité de cette rupture vient de la concrétisation commune de ses modalités entre l'employeur et le salarié, sous le contrôle du directeur départemental du travail qui homologue ou non.

D'août 2008 à mai 2009, ce sont 90 000 ruptures conventionnelles qui ont été homologuées (chiffres de la DARES) et qui représentent entre 5 et 10% des sorties de CDI ; ce qui, selon le Ministère du Travail, correspond au taux estimé de licenciements déguisés.

Comme pour toute modalité de sortie de l'entreprise, il est important d'y apporter une attention toute particulière et ce, notamment, en période de crise, afin de limiter les possibilités de détournement par les employeurs de cette mesure.

En effet, certains peuvent être tentés d'y recourir de façon abusive afin de détourner la procédure de PSE.

Le secteur des SII semble révélateur de ce risque, à en croire les divers témoignages nous remontant ou présents sur les forums de discussion.

Ainsi, selon l'association professionnelle des informaticiens (le Munci), cette nouvelle modalité de rupture du contrat de travail représenterait un quart du total des ruptures dans ce secteur.

Il nous apparaît donc nécessaire de rappeler, de façon pratique, le processus de cette rupture au travers du jeu de "questions-réponses" ci-après.

Enfin, il est également utile de rappeler les procédures d'assistance du salarié prévues en cas de rupture du contrat de travail.

*Le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ; ce peut être un représentant du personnel, le délégué syndical ou toute autre personne de son choix. En l'absence de représentant du personnel, il peut être assisté par un **conseiller du salarié** (choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative). Les conseillers du salarié sont donc en première ligne pour gérer ces questions d'assistance du salarié lors de la rupture conventionnelle, les délégués du personnel, représentants de proximité, aussi.*

Toutefois, un autre risque existe et qui peut s'accélérer en période de crise : le durcissement des conditions de départ peut aboutir à une montée des licenciements pour faute !

*Serge LEGAGNOA
Secrétaire général*

La rupture conventionnelle, qu'est ce que c'est ?

La loi n°2008-596 du 25 juin 2008 a instauré cette nouvelle forme de rupture, en parallèle aux traditionnels licenciement et démission. En effet, celle-ci est « *exclusive du licenciement ou de la démission* ». Dorénavant, l'employeur et son salarié peuvent dissoudre les liens contractuels par consentement mutuel. Cette décision prend la forme d'une rupture conventionnelle, convention signée d'un commun accord par les parties au contrat. Elle ne concerne, cependant, que les salariés en contrat à durée indéterminée.

Attention, il faut la distinguer de la rupture amiable, depuis longtemps reconnue par la jurisprudence comme mode de rupture du contrat de travail. Cette dernière ne nécessite pas le même formalisme et n'assure pas un minimum de garanties pour le salarié. La rupture conventionnelle n'en est qu'une « *forme organisée* »¹. Elle doit aussi être distinguée des autres modes où l'employeur et le salarié peuvent s'entendre à l'amiable dans le cadre d'une GPEC ou d'un PSE : le départ négocié.

La première circulaire² recense trois conditions pour que la rupture soit valable :

- le consentement libre des parties³,
- le respect des règles de fond et de forme,
- et l'homologation de la rupture signée par les parties, par la DDTEFP.

Dans quelles circonstances peut-on conclure une rupture conventionnelle ?

Avant toute chose, il faut que le salarié soit en contrat à durée indéterminée. La rupture est formellement interdite pour les contrats à durée déterminée. Celle-ci est utile quand le salarié et son employeur décident d'un commun accord de rompre la relation de travail qui les unit. La rupture intervient à l'initiative commune de l'employeur et du salarié. Mais l'initiative n'est jamais totalement commune. En pratique l'une des deux parties va proposer ce mode de rupture et l'autre va l'accepter.

En cas de GPEC ou de PSE

Attention, la rupture conventionnelle est expressément exclue en cas d'accord collectif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences⁴ et en cas de plan de sauvegarde de l'emploi⁵. Aucun motif économique ne peut permettre de la conclure et, bien entendu, celle-ci ne doit pas servir à cacher un plan social. Mais il n'est pas exclu de pouvoir conclure une rupture amiable dans ces deux hypothèses. Autoriser les ruptures conventionnelles dans ces cas-là reviendrait à contourner les règles du code du travail sur le décompte du nombre de

¹ Circ. n°2009-04 du 17-3-09.

² Circ. n°2008-11 du 22-7-08.

³ Au sens de l'article 1109 du code civil.

⁴ Art. L.1237-16 et L.2242-45 du code du travail.

⁵ Art. L.1233-61 du code du travail.

postes supprimés afin de déterminer un plan de sauvegarde de l'emploi par exemple. La rupture est donc exclusivement exclue du chapitre relatif aux licenciements pour motif économique.

Mais cette exclusion a été interprétée à double sens. Certains DRH y ont vu la possibilité de conclure des ruptures conventionnelles sans que celles-ci interviennent dans le décompte des licenciements puisqu'elles sont expressément exclues. Cette interprétation est totalement contraire aux intentions des rédacteurs de l'ANI⁶ et du législateur. L'exclusion signifie qu'en période de GPEC ou de PSE, il est interdit de conclure des ruptures conventionnelles, et si celles-ci sont finalement conclues, elles doivent intervenir dans le décompte des licenciements.

De plus, en cas de GPEC et de PSE, il existe déjà des modes de rupture amiable donc cela aurait fait double emploi. La rupture conventionnelle n'est pas une alternative à ces modes déjà existants. De même, la convention de reclassement personnalisé et le congé de mobilité ne sont pas compatibles avec la rupture conventionnelle car ces deux mesures s'inscrivent dans un contexte de difficultés économiques et de licenciements collectifs. De plus, en cas de transfert d'entreprise ou d'application volontaire de l'article L.1224-1 du code du travail (ancien article L.122-12), on ne peut pas proposer de CRP ou de congé de reclassement dans le cadre d'une rupture conventionnelle.

Mais on pourrait voir une différence si l'entreprise connaît seulement des difficultés économiques mais n'a pas encore mis en place de GPEC ou de PSE. Dans ces deux derniers cas, la conclusion est impossible, on le sait, mais si l'entreprise connaît seulement des difficultés, est-ce la même solution ? La DDTEFP peut ne pas être au courant de ces difficultés mais si plusieurs demandes de rupture lui parviennent successivement pour la même entreprise, elle s'inquiètera et investiguera avant de donner son homologation. A défaut de parvenir aux 10 licenciements, rien ne s'oppose à conclure une rupture conventionnelle même si l'entreprise connaît seulement des difficultés économiques. Cependant il faudra les intégrer dans le calcul des 10 licenciements, contrairement aux interprétations des DRH qui ne l'entendent pas de cette façon.

Si le salarié a déjà été convoqué à un entretien préalable de licenciement :

De même, si un salarié a déjà été convoqué à un entretien préalable de licenciement, peut-on conclure une rupture conventionnelle ? La jurisprudence juge qu'une transaction est impossible dans ces cas-là⁷ car une rupture amiable ne peut intervenir que si aucun litige n'existe entre les parties. Celle-ci ne peut être envisagée que si aucun différend n'existait au préalable entre le salarié et son employeur. A défaut la rupture pourrait être requalifiée⁸. Mais peut-on appliquer la même solution à la rupture conventionnelle ? Autrement dit, si une procédure de licenciement est déjà engagée, peut-on l'arrêter au profit d'une rupture conventionnelle ? Il semblerait que oui, à la condition cependant que le licenciement n'ait pas encore été notifié. Et si un salarié annonce sa décision de démissionner à son employeur, peut-il revenir dessus et proposer à celui-ci une rupture conventionnelle ? Cela pourrait être tout à fait possible et même

⁶ ANI sur la modernisation du marché du travail du 11-1-08.

⁷ Cass. Soc. 5-5-98, n°96-17.137.

⁸ Cass. Soc. 26-10-99, *Bull. V*, n°411 et Cass. Soc. 11-2-09, n°08-40.095 : au jour de la conclusion de la convention de rupture, il existait un différend entre l'employeur et la salariée, ainsi la rupture doit être requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

préférable, financièrement parlant, pour le salarié. On peut juste s'interroger sur le fait que la rupture, dans ces cas-là, n'est peut-être pas à l'initiative des deux parties, mais reste d'un commun accord.

Si le salarié est en période d'essai

Rien n'interdit de conclure une rupture conventionnelle pendant la période d'essai d'autant que cette dernière a été allongée depuis le 1^{er} juillet 2009.

Avec qui conclure une rupture conventionnelle ?

La rupture conventionnelle peut être conclue avec n'importe quel salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée.

En cas de suspension du contrat de travail, si la cause de celle-ci n'entraîne aucune protection spécifique, comme un congé parental d'éducation, un congé sabbatique ou un congé sans solde, la rupture conventionnelle est tout à fait possible. L'hypothèse d'un congé annuel de formation semble possible aussi. Cependant, certaines causes de suspension empêchent sa conclusion. En effet, en cas de congé maternité, d'arrêt maladie pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle, la conclusion d'une rupture conventionnelle n'est pas autorisée. Elle ne peut être utilisée pour contourner l'interdiction de licenciement.

La circulaire du 17 mars 2009 vient de préciser qu'il est aussi possible de conclure une rupture conventionnelle avec un salarié français travaillant pour une entreprise étrangère en France si celui-ci est titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée de droit français. Dans les cas où il n'existe aucun établissement de l'entreprise sur le sol français, la demande d'homologation sera envoyée à la DDTEFP dont relève l'adresse personnelle du salarié.

De même, il est possible de conclure une rupture conventionnelle avec un avocat salarié, une assistante maternelle ou un salarié de particulier employeur. Cependant la conclusion est impossible avec un contrat d'apprentissage car c'est un contrat à un type particulier, alliant travail et formation alternée.

Concernant les anciens salariés protégés, le code du travail leur prévoit une protection supplémentaire à l'issue de leur mandat. Une rupture conventionnelle peut tout à fait être conclue pendant cette période si l'employeur respecte la procédure réservée aux salariés protégés. Il en est de même pour le médecin du travail, qui est aussi un salarié protégé. S'il s'agit d'un représentant élu ou d'un membre du CHSCT, il faut bien entendu consulter le comité d'entreprise, avant la signature de la convention. Le comité pourra certainement avoir accès au montant de l'indemnisation perçue par le salarié pour en contrôler le plancher. Les parties pourront signer le formulaire suite à l'avis donné même si le PV n'est pas encore rédigé.

Si un salarié a fait l'objet de sanctions, la rupture conventionnelle ne semble pas interdite pour autant. Mais ce mode de rupture reste réservé aux situations où la rupture n'est pas imputable à l'une ou l'autre des parties, ce qui n'est pas le cas ici. Donc cela présente tout de même un risque.

Quelle est la procédure ?

Qui en fait la demande ? Le salarié peut le faire par écrit, mail ou même oralement. La direction peut aussi en prendre l'initiative. Attention cependant car, quand le salarié prend l'initiative, cela pourrait bloquer toute possibilité de contestation de sa part (s'il a déjà trouvé un autre emploi, cela n'est pas très grave).

L'administration fournit les mêmes formulaires pour tous : convention de rupture, demande d'homologation et décision DDTEFP sont à disposition.

Entretien préalable à la rupture et assistance

Aucun formalisme particulier n'est nécessaire pour entamer les négociations.

Les parties souhaitant convenir d'une rupture conventionnelle se rencontrent lors d'un ou plusieurs entretiens, selon leur choix⁹. Même si, en théorie, un seul est nécessaire, en pratique il faut toujours plusieurs entretiens¹⁰. La multiplicité des entretiens permet aussi d'attester de la liberté du consentement.

Le salarié a la possibilité de se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise. Cela peut être un titulaire d'un mandat syndical, un élu membre d'une institution représentative du personnel ou tout autre salarié. En l'absence d'IRP, il peut être assisté par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative. La présence de représentants du personnel s'apprécie au sein de l'entreprise ou de l'UES et non de l'établissement¹¹. La circulaire du 17 mars 2009 est faite par un conseiller du salarié, l'intervention s'imputera sur le crédit d'heures de 15h par mois maximum. La prise en charge de cette assistance par le conseiller du salarié « s'effectue dans les conditions de droit commun relative à cette mission ». Ainsi, pour obtenir le remboursement de ses frais de déplacement, il devra fournir les pièces habituelles dont l'attestation du salarié assisté. La circulaire précise également que les interventions sont également comptabilisées dans le seuil d'au moins quatre interventions ouvrant droit au bénéfice de l'indemnité forfaitaire¹².

Si le salarié décide de faire usage de cette possibilité, l'employeur (ou son représentant légal, tel que le DRH) peut lui aussi avoir recours à l'assistance d'une personne de l'entreprise ou d'une personne appartenant à son organisation syndicale d'employeurs ou par un autre employeur relevant de la même branche lorsque l'entreprise comporte moins de 50 salariés. Dans ce cas-là, le salarié informe son employeur de sa volonté de se faire assister et l'employeur, à son tour, informe le salarié de sa volonté d'être assisté aussi.

Cependant aucune des parties n'a la possibilité de se faire assister par un avocat, cela est formellement interdit.

⁹ Art. L.1237-12 du code du travail.

¹⁰ Le plus souvent trois : un pour mettre en place l'idée d'une rupture conventionnelle, un deuxième pour négocier le contenu et un troisième pour la signer.

¹¹ Cass. Soc. 21-9-05, n°03-44.810.

¹² Art. D.1232-8 du code du travail.

L'entretien peut avoir lieu pendant ou en dehors des horaires de travail. S'il a lieu en dehors du temps de travail, il ne sera pas rémunéré mais s'il intervient pendant, il le sera. De plus, l'intéressé ne peut prétendre à la prise en charge des frais de déplacement. Ainsi il est judicieux de prévoir dans la convention le remboursement par l'employeur du temps et du déplacement. La personne qui assiste ne doit pas non plus subir de perte de salaire.

Certaines questions restent cependant sans réponse aujourd'hui. Notamment, que se passe-t-il si les négociations n'aboutissent pas ? On peut penser que la relation continue comme auparavant.

L'objet de la négociation

Durant la négociation de la rupture, plusieurs points vont être successivement abordés. Il faut être particulièrement vigilant pour certains d'entre eux.

Ainsi, seront abordés :

- ↪ la date de la rupture du contrat de travail,
- ↪ le montant de l'indemnité de rupture conventionnelle, la direction a l'obligation d'informer le salarié du régime fiscal et social applicable à l'indemnité négociée,
- ↪ les éléments à prendre en compte dans le solde de tout compte : congés payés acquis, jours RTT acquis, etc.,
- ↪ s'il y a une clause de non-concurrence : la contrepartie financière afférente à celle-ci (normalement elle doit être versée en cas de licenciement), sauf si l'employeur décide de libérer le salarié de cette contrainte, de même il est possible que le contrat de travail n'en prévoit aucune mais durant la négociation les parties s'accordent pour en intégrer une à la rupture conventionnelle,
- ↪ normalement, le DIF ne peut être mobilisé contre la volonté de l'employeur en dehors d'un licenciement ou d'une démission, c'est pourquoi il faut être vigilant sur la négociation du DIF et son devenir ; il faut donc le négocier, même s'il y a tout lieu de penser que le DIF sera portable en cas de rupture conventionnelle¹³,
- ↪ les avantages octroyés au salarié tels que : le véhicule de fonction, le logement de fonction, le matériel informatique, les stock-options, etc.,
- ↪ l'identité de la personne à qui l'on doit adresser la lettre de rétractation, si besoin est.

Certains de ces points n'ont pas leur place dans le modèle de rupture conventionnelle fourni par l'administration. Ainsi il faut l'agrémenter d'avenants relatifs, par exemple, au DIF, à la clause de non-concurrence ou de confidentialité par exemple. La signature revient à l'employeur ou son représentant. A défaut de pouvoir pour la signer, la rupture sera dépourvue d'effet.

Le délai de rétractation

Suite à la signature de la convention, chaque partie dispose d'un délai de rétractation de quinze jours calendaires¹⁴. C'est pourquoi il est préférable de signer la convention en présence de

¹³ En effet, le DIF est un droit acquis et portable.

¹⁴ Art. L.1237-14 du code du travail.

témoins. Tous les jours, même le dimanche et les jours fériés, sont comptés. Ce délai permet d'éviter aux salariés de s'engager trop vite dans une procédure dont ils n'ont pas envie ou de pouvoir réaliser si ce mode de rupture est plus avantageux pour eux qu'un autre. Il ne faut pas que le salarié opte pour une rupture conventionnelle sous la pression de son employeur.

Le délai débute le lendemain de la date de la signature. Si celui-ci expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, ils sont prorogés jusqu'au premier jour ouvrable suivant¹⁵.

La rétractation doit s'exprimer par lettre, l'écrit est donc nécessaire. Celui-ci peut être adressé par tout moyen, attestant de sa date de réception par l'autre partie. Il est conseillé de prévoir dans la convention à qui on doit adresser la lettre de rétractation.

Homologation

A défaut d'homologation, la convention n'est pas valable. Mais, attention, homologation ne signifie pas autorisation de licenciement.

Suite au délai de rétractation de 15 jours¹⁶, le lendemain donc, la partie la plus diligente adresse une demande d'homologation à l'autorité administrative, la DDTEFP (la direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle) du lieu où est établi l'employeur, c'est-à-dire celui dont relève l'établissement où est employé le salarié, accompagnée d'un exemplaire de la convention de rupture. La DDTEFP est compétente pour tous les secteurs d'activités sauf pour les professions juridiques et judiciaires. Si la demande est adressée à une DDTEFP territorialement incompétente, celle-ci la transmet à la DDTEFP compétente sans que le délai ne commence à courir. Le modèle de cette demande est fourni par un arrêté ministériel. Aucune forme particulière d'envoi n'est exigée mais il est toujours préférable de l'envoyer en lettre recommandée avec accusé de réception pour attester de la date en cas de litige. La remise directe aux services est cependant impossible.

La demande doit impérativement comporter la mention « *lu et approuvé* » et la signature des deux parties. Quand elle reçoit la demande, la DDTEFP envoie à chacune des parties un accusé de réception mentionnant la date à laquelle le délai expire.

Selon la circulaire, le formulaire de demande d'homologation doit contenir :

- ↳ -la convention de rupture signée par les deux parties,
- ↳ -les informations nécessaires à l'instruction de la demande d'homologation par la DDTEFP,
- ↳ -et, en cas de refus d'homologation, les éléments de motivation qui fondent cette décision expresse.

Pour attester de la liberté de consentement, les parties ou les personnes qui les attestent peuvent annoter de commentaire ou compléter le formulaire d'informations pour permettre d'évaluer la liberté de consentement de chacun. La date, le nom et la signature de l'auteur du commentaire doivent être mentionnés.

¹⁵ Art. R.1231-1 du code du travail et articles 641 et 642 du code de procédure civile.

¹⁶ Art. L.1237-14 du code du travail.

La DDTEFP (en pratique le directeur départemental, mais il peut déléguer à son adjoint direct dans le champ des relations de travail) dispose alors d'un délai de 15 jours ouvrables¹⁷ d'instruction à compter de la réception de la demande. Ce délai commence le lendemain du jour de réception de la demande d'homologation, c'est dont la date de réception qui prévaut, et se termine au dernier jour ouvrable d'instruction à minuit.

En pratique elle va contrôler la liberté du consentement, le respect des conditions, la hauteur de l'indemnité concédée, le respect du délai de rétractation... Certaines informations sont indispensables alors que d'autres sont seulement nécessaires à l'instruction : le contrôle ne sera donc pas exactement le même. La circulaire du 22 juillet 2008 précise, par exemple, que peuvent être considérés comme substantiels : les informations relatives aux parties telles que l'adresse, l'ancienneté du salarié, les éléments de rémunération, la tenue d'au moins un entretien, l'assistance des parties à l'entretien et la signature de la convention de rupture. Il faut préciser que le remplacement du salarié n'est pas une condition nécessaire pour l'homologation.

Tout dossier incomplet fait obstacle à ce que les parties puissent se prévaloir de la demande d'homologation. Les parties seront informées de toutes omissions et le dossier sera considéré comme irrecevable.

En cas de refus, la DDTEFP doit le notifier dans le délai de 15 jours, à défaut l'homologation sera réputée acquise et la DDTEFP sera dessaisie. Dans ce cas-là, elle ne pourra revenir sur sa décision implicite d'homologation, quelque soit le motif d'illégalité ou d'opportunité. Mais elle doit quand même remplir le formulaire de rupture conventionnelle. En cas de refus exprès, la DDTEFP doit impérativement motiver sa décision.

En pratique, peu de refus d'homologation interviennent (15 à 20%). La plupart des motifs concerne le non-respect du calendrier, des procédures non respectées pour les salariés protégés, des indemnités insuffisantes... En ces temps de crise, un des refus principaux reste la fraude aux plans sociaux. Quand bon nombre de demandes d'homologation parviennent de la même entreprise, la direction du travail s'alerte et regarde si celles-ci ne sont pas conclues pour frauder à la mise en place d'un PSE. Dans ce cas-là, et même seulement en cas de doute, elle refuse l'homologation de peur que la rupture conventionnelle soit signée pour contourner les garanties en matière de licenciements économiques et collectifs.

Pour réduire le nombre de refus, l'employeur va demander au salarié d'envoyer lui-même la demande d'homologation à la direction du travail.

Demande d'autorisation à l'inspecteur du travail

Concernant les salariés protégés, il faut envoyer un exemplaire du formulaire à l'inspecteur du travail¹⁸. Le délai d'instruction est supérieur dans ce cas-là, il peut être porté à deux mois en cas de nécessité. Mais, à la différence du contentieux de l'homologation, le litige relatif à l'autorisation de l'inspecteur du travail sera porté devant le tribunal administratif ou devant le ministre.

¹⁷ Exclusion du jour de repos hebdomadaire et des jours fériés reconnus par la loi et habituellement chômés dans la DDTEFP.

¹⁸ Les exemplaires sont fournis par l'administration aussi.

En cas de refus d'homologation : Lorsque l'administration refuse l'homologation, peut-on se tourner vers les recours administratifs habituels¹⁹? La première circulaire l'exclut expressément : hors le cas de salariés protégés, tout litige relatif à une rupture conventionnelle est du ressort du conseil des prud'hommes. Aucun recours devant le tribunal administratif, aucun recours hiérarchique devant la DDTEFP et aucun recours gracieux devant le ministre ne sont admis. La seule solution est de se tourner vers les prud'hommes. La DDTEFP doit donc conserver les formulaires en cas de contestation devant le conseil de prud'hommes.

En attente d'homologation, il peut être conseillé au salarié de prendre ses congés. S'il reste dans l'entreprise, il n'est pas prudent qu'il commence à organiser son départ tant que l'acceptation d'homologation n'est pas parvenue.

Notons que les demandes d'homologation sont de plus en plus acceptées. En effet, en août 2008, 27% des demandes ont été rejetées alors qu'en mars 2009 seulement 15% ont subi un rejet.

L'indemnité spécifique de rupture conventionnelle

La loi prévoit que le salarié doit bénéficier d'une indemnité spécifique quand il signe une rupture conventionnelle. Selon l'article R.1234-2, « *l'indemnité de licenciement ne peut être inférieure à un cinquième de mois de salaire par année d'ancienneté, auquel s'ajoutent deux quinzièmes de mois par année au-delà de dix ans d'ancienneté* ». Un plancher est prévu pour l'indemnité mais aucun plafond ne l'est.

Le régime est beaucoup plus favorable que le traditionnel régime relatif aux indemnités versées dans le cadre de rupture d'un commun accord²⁰ hors cas de contexte économique. Dorénavant le même régime fiscal que celui applicable aux indemnités de licenciement leur est applicable.

Lors du contrôle pour l'homologation, l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle est rigoureusement examinée. La première circulaire précise qu'elle doit être calculée sur la moyenne des trois ou douze derniers mois de rémunérations. On prend la solution la plus favorable pour le salarié. Le montant doit être au moins égal à l'indemnité légale de licenciement. Si le calcul ne s'opère que sur les trois mois, toute prime ou gratification de caractère annuel ou exceptionnel, versée au salarié pendant cette période, n'est prise en compte que dans la limite d'un montant calculé à due proportion²¹. Lorsque le salarié a moins d'un an d'ancienneté, l'indemnité sera calculée au prorata des mois de présence.

Cette indemnité bénéficie d'un régime fiscal très favorable. En effet, les sommes perçues ne sont pas imposables au titre de l'impôt sur le revenu dans la limite d'un certain plafond, comme pour les indemnités de licenciement. L'exonération s'applique donc à la fraction des indemnités qui n'excède pas (lorsque le salarié n'est pas en droit de bénéficier d'une pension de retraite d'un régime légalement obligatoire) :

¹⁹ Recours hiérarchique, gracieux et contentieux.

²⁰ Cotisations sociales + CSG/CRDS + impôts.

²¹ Art. R.1234-4 du code du travail.

- ↳ soit deux ans de salaire brut ou 50% du montant de l'indemnité si ce montant est supérieur, dans la limite de six fois le plafond de la sécurité sociale (art. L 241-3 du code de la sécurité sociale,...),
- ↳ soit le montant de l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective de branche, l'accord professionnel ou interprofessionnel ou, à défaut, la loi.

Autrement dit, jusqu'au plafond de l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective ou l'accord, les indemnités sont exonérées de tout : CSG/CRDS, impôt et charges. Par contre si elles sont supérieures à ce montant, elles seront assujetties à la CSG/CRDS dans la limite²² :

- ↳ de deux fois le montant de la rémunération annuelle brute perçue par le salarié au cours de l'année civile précédant la rupture de son contrat de travail,
- ↳ ou de 50% du montant global de l'indemnité perçue, si ce seuil est supérieur.

Si le salarié peut bénéficier d'un régime obligatoire de retraite ce traitement ne s'applique pas. Mais la loi n'en dit pas plus. Le régime applicable est donc le même que celui des indemnités de départ à la retraite, c'est-à-dire exonération d'impôt dans la limite de 3 050 euros et assujettissement à charges sociales et CSG/CRDS.

Pour éviter la fraude aux départs à la retraite, l'exonération ne s'applique pas pour les salariés en droit de bénéficier d'une pension versée par un régime obligatoire de retraite. Ainsi si le salarié a atteint l'âge de départ à la retraite, les indemnités qui lui sont versées devraient être soumises au même régime que les indemnités de départ à la retraite, soit une exonération d'impôt dans la limite de 3 050 euros²³ et un assujettissement aux cotisations sociales, à la CSG et la CRDS.

Doit-on prendre en compte l'indemnité légale ou le minimum conventionnel lorsque celui-ci est plus favorable ? Il paraît évident qu'au titre du principe de faveur²⁴ le plus favorable au salarié s'applique. Mais le ministère ne semble pas adopter cette position (car un montant supérieur au minimum légal se négocie, donc il faudrait certaines contreparties).

L'avenant n°4²⁵ précise que « les indemnités de rupture » visent expressément et « exclusivement » les indemnités légales de licenciement. Il a été rajouté à l'article 12 de l'ANI, relatif à la rupture conventionnelle, que « l'accès aux indemnités de rupture et aux allocations du régime d'assurance chômage est assuré : par le versement d'une indemnité spécifique non assujettie aux prélèvements sociaux et fiscaux et dont le montant ne peut être inférieur à celui de l'indemnité de rupture prévue à l'article 11 ci-dessus « ni à l'indemnité conventionnelle de licenciement prévue par la convention collective »²⁶. Ainsi, depuis le 17 juin 2009, c'est l'indemnité conventionnelle de licenciement qui est due²⁷. Mais ces dispositions ne s'appliquent qu'aux signataires de l'accord national interprofessionnel.

²² Toujours dans la limite de six fois le plafond annuel de la sécurité sociale.

²³ Art. 81,22° du code général des impôts.

²⁴ Principe d'application de la norme la plus favorable au salarié, en cas de concours de normes applicables.

²⁵ 18-5-09, avenant à l'ANI du 11-1-08. Une demande d'extension de l'avenant est actuellement en cours. En attendant, si l'entreprise n'est pas adhérente à l'une des organisations patronales signataires, l'avenant ne lui sera pas opposable. Il faudra attendre la publication de l'arrêté d'extension au JO pour cela.

²⁶ L'avenant s'applique aux ruptures conventionnelles conclues postérieurement à l'entrée en vigueur de l'avenant.

²⁷ Date d'application de l'avenant aux organisations patronales signataires.

A quelle date intervient la rupture effective du contrat de travail ?

La date envisagée de la rupture doit être fixée dans la convention. La rupture du contrat ne doit pas intervenir avant, au plus tôt, le lendemain du jour de l'homologation de la rupture conventionnelle. A ce titre, la date peut n'être qu'indicative²⁸. Un délai plus long est envisageable pour que les deux parties aient le temps de s'organiser, c'est-à-dire pour que l'employeur trouve un remplaçant et le salarié un nouvel emploi.

Pour un salarié protégé, la date de la rupture intervient le lendemain du jour où l'inspecteur a autorisé le licenciement.

La rupture conventionnelle ouvre-t-elle le droit aux allocations chômage ?

La grande nouveauté de la rupture conventionnelle est d'ouvrir droit aux allocations chômage dans les conditions de droit commun. Traditionnellement, celles-ci n'étaient ouvertes qu'aux travailleurs involontairement privés d'emploi. Maintenant elles sont aussi ouvertes aux travailleurs « dont le contrat de travail a été rompu conventionnellement »²⁹. La seule condition est l'homologation de la rupture.

Quel contentieux peut exister suite à la signature de la rupture ?

La loi prévoit que le contentieux relatif à la rupture conventionnelle se porte devant le conseil de prud'hommes (un amendement sénatorial voulait supprimer la possibilité de faire appel mais le rapport de la commission mixte paritaire est revenu sur cette mesure et la décision d'homologation est finalement susceptible d'appel.)

Le recours juridictionnel doit être formé avant l'expiration d'un délai de douze mois à compter de la date d'homologation de la convention³⁰. Celui-ci se fait devant le conseil des prud'hommes. Tout recours devant le juge administratif a été exclu, sauf pour les salariés protégés bien entendu. Homologation et rupture amiable sont indissociables, il serait donc incohérent de séparer le contentieux devant deux juges différents. La décision est susceptible d'appel et, ensuite, de pourvoi en cassation.

Pour les avocats salariés, ce n'est pas le conseil de prud'hommes qui serait compétent mais le bâtonnier³¹. Selon la loi, celui-ci est compétent en cas de litige lié au contrat de travail. Par extension, il devrait l'être aussi pour les litiges relatifs à la rupture conventionnelle.

²⁸ En fonction de ce délai.

²⁹ Art. L.5421-1 et L.5422-1 du code du travail.

³⁰ Art. L.1237-14 al. 4 du code du travail.

³¹ Conformément à la loi modifiée n°71-1130 du 31-12-71.

Attaquer la rupture conventionnelle devant un tribunal n'est pas aisé. Il faut prouver un cas de dol, de violences ou de vices du consentement. Outre ces quelques cas, la contestation semble difficile. Le non-respect du montant minimal de l'indemnité peut être aussi une cause fréquente de contestation. De plus, c'est au salarié de rapporter la preuve de ce qu'il avance, et cela ne facilite pas les choses...

Contentieux et PSE

L'actualité sociale et les PSE grandissant ne peuvent empêcher les juges de rester prudents concernant les ruptures conventionnelles. S'il est avéré que celles-ci sont conclues en fraude à l'établissement de plans sociaux, l'employeur sera sanctionné. De même si un salarié découvre que son employeur a mis en place un PSE, suite à son départ, comportant des conditions plus avantageuses que sa rupture conventionnelle, il pourra plaider les vices du consentement et obtenir la requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse. Et la sanction est lourde : six mois de salaire minimum, et des dommages et intérêts pour le salarié et le remboursement des allocations perçues aux Assedic par l'employeur. De même, une autre grande question est encore sans réponse: doit-on recourir à un PSE si on conclut plus de 10 ruptures conventionnelles ? Pour nous, il est évident que oui, espérons que les juges suivent notre logique.

Contentieux, clause de renonciation et transaction :

Dans une transaction il est possible d'insérer une clause où les parties certifient qu'elles renoncent à toutes poursuites futures. Peut-on insérer ce type de clause dans une rupture conventionnelle ? L'insérer reviendrait à la transformer en transaction ? La réponse n'est pas assurée mais il faut impérativement ne pas insérer ce genre de clause car elles empêchent toutes contestations en justice alors que la rupture conventionnelle peut être contestée judiciairement.

En revanche si un différent survient après la signature de la convention, il est toujours possible de le régler par transaction, du moins rien ne l'interdit. Si l'on applique la solution concernant une transaction post-licenciement³², en cas de rupture conventionnelle, la transaction y faisant suite ne pourra être conclue que si un différend survient. Signer une rupture conventionnelle laisse supposer que le différend est réglé entre les deux parties³³. Une rupture conventionnelle additionnée d'une transaction aurait toutes les chances d'être annulée.

Contentieux et sanctions

Envisager le contentieux ne peut se faire sans envisager les sanctions applicables. Le texte de la loi ne prévoit rien. Le juge a-t-il le pouvoir de requalifier la rupture en un licenciement ou une démission ? Conformément à l'article 12 du code de procédure civile, le juge se voit octroyer le pouvoir de « *donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* ». Ainsi, si les conditions nécessaires à la

³² La transaction faisant relative au litige résultant d'un licenciement ne peut être conclue qu'une fois la rupture intervenue et définitive (Cass. Soc. 29-5-96, n°92-45.115).

³³ Si l'expression du consentement entre les deux parties est bien libre.

validité de la convention ne sont pas remplies ou s'il estime que la rupture a été imposée à l'une ou l'autre des parties, rien n'empêcherait le juge de procéder à une requalification. Si on accepte cette idée, et a fortiori la réintégration, il faudra aussi envisager que l'employeur rembourse les indemnités d'allocation chômage touché par le salarié entre temps.

Contentieux et homologation :

L'un des premiers contentieux soumis au conseil des prud'hommes concerne le fait de savoir si celui-ci peut passer outre ou non la décision administrative de la DDTEFP. Les premiers juges du fond ont décidé, d'une part, d'annuler les décisions de refus de la DDTEFP³⁴ et, d'autre part, de valider la demande à la place de la DDTEFP³⁵. On peut s'interroger sur la validité de la décision du conseil de prud'hommes de Valence, qui homologue la rupture conventionnelle et lui donne force exécutoire alors que le code du travail ne reconnaît cette faculté qu'à la seule DDTEFP. Cependant, certains auteurs estiment que l'annulation d'un acte administratif remettant les parties dans l'état antérieur à l'acte, l'annulation du refus d'homologation ne devrait pas entraîner automatiquement l'homologation de la rupture. La DDTEFP serait amené à re-statuier sur le sujet tout en tenant compte de l'autorité de la chose jugée. Mais ce n'est pas ce qui s'est passé au conseil de prud'hommes de Valence alors que le ministère avait rappelé dans une de ses circulaires que le conseil de prud'hommes n'était en aucun cas compétent pour accorder l'homologation de la rupture conventionnelle.

Il est évident que ces décisions ont supporté de nombreuses critiques. En effet les conseils de prud'hommes s'octroient, en un sens, le rôle de contrôleur de l'administration, ce qui est plus que critiquable.

A l'inverse on peut considérer que les juges du conseil de prud'hommes seront justement les sauveurs de mauvaises situations que l'administration n'aura pas su déceler. Si l'on considère que le consentement des parties est la pierre angulaire de tout l'édifice de la rupture conventionnelle, les juges ne devraient-ils pas avoir le pouvoir d'annuler la décision d'autorisation du moment que les consentements sont libres³⁶. Contre qui doit-on agir ?

Le plus judicieux est une présentation volontaire conjointe des deux parties. Mais est-ce que l'on pourrait agir contre la DDTEFP et la faire citer ? Cela semble peu probable. Mais la nullité sera-t-elle accompagnée d'une indemnité compensatrice ou d'une réintégration ? La relation contractuelle sera-t-elle rétablie, requalifiée, ou la rupture sera-t-elle déclarée imputable à l'employeur ou qualifiée de licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse ? Seul l'avenir jurisprudentiel nous le dira...

Une vision différente permettrait d'estimer que l'annulation du refus d'homologation par le juge ne signifie pas que l'autorisation d'homologation est donnée. Comme un renvoi après cassation, une nouvelle DDTEFP serait saisie de la question, le pouvoir d'homologation appartenant seulement à l'administration. Mais ce n'est pas la voie empruntée par les juges du conseil de prud'hommes de Valence.

³⁴ CPH Le Havre 30-10-08, n°08/00164.

³⁵ CPH Valence 14-10-08, n°08/00501.

³⁶ C'est-à-dire pas de dol, erreur ou violence.

Contentieux et moyen d'action/procédure

Autre question encore sans réponse : faut-il agir en référé ou en procédure normale³⁷. La procédure de référé apporte certes un gage de rapidité mais sa compétence à pouvoir apprécier la validité de l'homologation par la DDTEFP est peut-être critiquable. Mais, la formation de référé a la possibilité de transférer l'affaire directement au bureau de jugement si elle estime que la demande formée excède ses pouvoirs³⁸. On ne sait pas quelle est l'étendue du pouvoir de contrôle exercé par le juge judiciaire.

Finalement la rupture conventionnelle remporte un certain succès et le nombre de conventions ne cesse d'augmenter³⁹. Elle représente entre « 5 et 10% au total des sorties de CDI » selon Jean-Denis Combrexelle, « ce qui correspond au taux de licenciements déguisés que nous estimions »⁴⁰. Les craintes à son égard étaient abondantes, notamment sur le fait qu'elle allait permettre de contourner l'élaboration de plans sociaux et, en ces temps de crise, être un cadeau béni pour les employeurs. Malgré tout, il faut rester prudent quant à sa mise en œuvre mais nous ne pouvons que la conseiller aux salariés souhaitant quitter leur entreprise.

Vous pouvez vous rendre sur le site du gouvernement ou sur www.legifrance.gouv.fr pour vous procurer les modèles :

- ↳ arrêté du 18 juillet 2008 pour un modèle de rupture conventionnelle,
- ↳ circulaire DGT n°2008-11, 22 juillet 2008 pour un modèle d'accusé de réception d'une demande d'homologation de rupture conventionnelle et pour un modèle de notification d'irrecevabilité d'une demande d'homologation,
- ↳ circulaire DGT n°2009-04, 17 mars 2009 pour un modèle de décision d'homologation de la DDTEFP.



³⁷ Le bureau de conciliation puis bureau de jugement.

³⁸ Art. R.1455-8 du code du travail.

³⁹ Voir chiffres en infra.

⁴⁰ Dépêche AEF, lundi 6-7-09, n°116951.

*Document réalisé par le Service juridique
de la Confédération Force Ouvrière*

www.force-ouvriere.fr

