

COMMISSION OUVERTE **SOCIAL**

RESPONSABLES : PAUL BOUAZIZ ET ALAIN SUTRA



Lundi 22 avril 2013

**Rupture conventionnelle
et transaction.**

**Actualisation du régime juridique
des indemnités de rupture**

Intervenants :

Jean-Louis Magnier

Ancien membre du conseil de l'Ordre

Alain Sutra

Avocat à la Cour, co-responsable de la
commission droit social

Rachid Brihi

Avocat à la Cour



*Présentes à cette occasion, les éditions Lexbase
vous proposent de retrouver un compte-rendu
de cette réunion.*

Revue

Lexbase Hebdo édition sociale n°532 du 20 juin 2013

[Rupture du contrat de travail] Événement

Rupture conventionnelle et transaction — Compte rendu de la réunion de la commission droit social du barreau de Paris du 22 avril 2013

N° Lexbase : N7612BT4



par *Grégory Singer*, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition sociale

La commission ouverte de droit social organisait, le 22 avril 2013, sous la responsabilité de Paul Bouaziz et Alain Sutra, avocats à la cour, une réunion portant sur la distinction entre rupture conventionnelle et transaction à laquelle intervenaient, également, Jean-Louis Magnier et Rachid Brihi. Présentes à cette occasion, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver le compte-rendu de cette réunion. La logique juridique voudrait qu'en amont de la rupture du contrat, la rupture conventionnelle intervienne et qu'en aval, il y ait possibilité de conclure une transaction. La pratique est cependant parfois un peu plus complexe : les parties, sans appliquer les règles de la rupture conventionnelle, vont opter pour une rupture du contrat de travail suivie d'une transaction tout en aménageant en amont les effets de cette rupture. La rupture conventionnelle présente l'avantage d'organiser la rupture en amont mais l'inconvénient de ne régler que la rupture et non les litiges annexes à la rupture.

I — La transaction

La transaction devant permettre d'identifier l'ensemble des risques juridiques portant sur les litiges entre employeur et salarié, sa rédaction n'est ainsi pas aisée pour **Maître Alain Sutra**. En effet, la transaction se replie sur son objet. L'employeur et son conseil doivent identifier l'ensemble des risques judiciaires pouvant intervenir. Lorsqu'une transaction est conclue, tous les litiges qui ne sont pas réglés dans la transaction pourront faire l'objet d'un contentieux ultérieur.

Dans l'hypothèse où il existe plusieurs litiges, il est opportun de les identifier et de ne pas prévoir une indemnité transactionnelle globale mais plusieurs indemnités réglant chacun des litiges exposés. Par ailleurs il convient de ne pas mélanger les indemnités versées au salarié dont le régime fiscal et social est différent.

La transaction est toujours postérieure à la rupture du contrat. Dernièrement, la Chambre sociale de la Cour de cassation a rappelé l'articulation entre celle-ci et la résiliation judiciaire. Dans un arrêt du 5 décembre 2012 (1), la Cour précise qu'une transaction ne peut avoir pour objet de mettre fin à un contrat de travail, et ce même si un accord existe prévoyant le départ négocié du salarié, intervenu avec le concours des avocats, dans des conditions assurant aux parties le respect de leurs droits respectifs et alors que le salarié avait bien eu l'intention de rompre son contrat de travail dans la mesure où il donne à cet acte la portée juridique d'une rupture du contrat de travail en ne poursuivant plus à titre principal la résiliation judiciaire du contrat de travail. En effet, si l'on décide dans la transaction, elle-même, de rompre le contrat, celle-ci ne peut être qu'annulée. Ainsi, en l'espèce, aucune notification formelle de la rupture, notamment par l'envoi d'une lettre de licenciement, n'avait eu lieu. Cet arrêt est important car il encadre strictement la chronologie permettant la conclusion d'une transaction.

Cette jurisprudence se situe dans le prolongement de l'arrêt du 4 avril 2007 (2) qui énonce qu'est nulle la transaction signée postérieure au licenciement mais dont le projet avait été envoyé à la salariée et accepté par celle-ci avant la rupture. La Chambre sociale considèrerait ainsi que lorsque des pourparlers ont été finalisés en amont de la rupture, la transaction conclue postérieurement est nulle. La transaction ayant pour objectif de régler le différent à la suite de la rupture, le fait que les parties se soient mises d'accord en préalable de la rupture entraîne la nullité de ladite transaction. Selon Alain Sutra et **Jean-Louis Magnier**, il faut que les avocats fassent preuve d'une grande prudence dans leur communication, notamment électronique, avec leurs clients.

Jean-Louis Magnier souligne, en effet, que la validité de la transaction dépend des conditions de sa conclusion. Le secret professionnel, la confidentialité ne permet pas d'échapper aux règles dégagées par la Cour de cassation. Or, l'on rencontre parfois des pratiques, des montages, effectués par des confrères qui bâtissent un arrangement avec, parfois, la création d'un scénario et de fausses lettres de conflits qui sont contraires à la déontologie. La foi du palais, la confidentialité, ne sauraient couvrir ce genre de pratique d'autant que le client n'est pas tenu par cette confidentialité. Il existe un mode légal de rupture conventionnelle autonome mais il n'existe pas de rupture transactionnelle en dehors du contexte du licenciement notifié.

Les intervenants pointent ainsi le risque d'un engagement de la responsabilité civile professionnelle en cas de nullité d'une transaction mais **Maître Paul Bouaziz** insiste sur le danger d'une confusion entre la responsabilité d'un avocat envers son client et la responsabilité vis-à-vis d'un autre confrère. Les règles déontologiques et les responsabilités professionnelles de l'avocat ne se mélangent pas.

En dehors de ce problème de forme précédemment évoqué, dès lors que la transaction est postérieure à la rupture du contrat de travail, elle est en principe valable pour Alain Sutra. Les pouvoirs du juge sont limités. Il peut cependant toujours apprécier le bien fondé d'une qualification énoncée dans une transaction pour en apprécier les concessions réciproques. L'absence de motif de licenciement ou un "mauvais" motif de licenciement énoncés dans la lettre de licenciement peut ainsi entraîner l'annulation de la transaction si le montant de l'indemnité transactionnelle s'avère inférieure aux droits du salarié.

Dans l'hypothèse spécifique d'une prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié, les parties ont-elles la possibilité de conclure une transaction ? Elles peuvent décider de négocier une transaction en maintenant chacune leurs positions, auquel cas les indemnités transactionnelles versées sont fiscalisées et chargées. En revanche, l'employeur peut également reconnaître dans la transaction que la prise d'acte produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Mais, dans ce cas, si le salarié a au moins deux ans d'ancienneté dans une entreprise de onze salariés et plus, pour que la transaction soit valable, il doit alors verser au salarié une indemnité de préavis, une indemnité de licenciement et au minimum six mois de salaire au titre des dommages-intérêts. L'employeur ne peut verser moins au titre des concessions réciproques. La question se pose cependant de savoir si ces sommes versées sont fiscalisables et chargeables. Selon Alain Sutra, à sa connaissance, ni l'Acoss, ni la deuxième chambre civile, ne répondent encore à cette interrogation.

Alain Sutra s'interroge également sur les effets de la loi de sécurisation de l'emploi instituant un barème sur l'évaluation future des concessions réciproques. En effet, en cas de litige, lors de la conciliation prévue à l'article L. 1411-1 du Code du travail (N° Lexbase : L1878H9G), l'employeur et le salarié peuvent convenir ou le bureau de conciliation proposer d'y mettre un terme par accord. Cet accord prévoit le versement par l'employeur au salarié d'une indemnité forfaitaire dont le montant est déterminé, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles, en référence à un barème fixé par décret en fonction de l'ancienneté du salarié. Les partenaires sociaux avaient prévu dans l'Accord national interprofessionnel certains seuils :

- entre zéro et deux ans d'ancienneté, deux mois de salaire ;
- entre deux et huit ans d'ancienneté, quatre mois ;
- entre huit et quinze ans d'ancienneté, huit mois ;
- entre quinze et vingt-cinq ans d'ancienneté, dix mois ;
- au-delà de vingt-cinq ans d'ancienneté, quatorze mois de salaire.

Ne risque-t-on pas de voir apparaître une jurisprudence de la Chambre sociale qui énoncera que des sommes versées en-deçà de ces montants ne constitueraient pas des concessions réciproques...

Les effets de la transaction dépendent du moment de sa conclusion. Si elle est conclue après la rupture mais en amont d'un contentieux, elle se replie sur son objet. Son existence n'empêche pas des demandes concernant des litiges même nés antérieurement. Lorsqu'une instance est déjà engagée, la transaction aura les mêmes effets que la chose jugée. Le principe de l'unicité de l'instance va ainsi s'appliquer à la transaction. Les parties ne pourront plus alors faire de demandes devant le conseil des prud'hommes, même si elles excèdent l'objet de la transaction, pour des faits connus antérieurement à la signature de la transaction. Cette transaction n'interdit pas cependant d'engager, par la suite, une nouvelle procédure portant sur des prétentions dont le fondement est né ou s'est révélé postérieurement à sa conclusion (4). La jurisprudence a donné à la transaction les mêmes effets qu'un jugement sur le fond.

Quid de la validité d'une transaction après l'annulation d'un licenciement ? La nullité du licenciement (notamment, en cas de PSE) entraîne la nullité des effets du licenciement, notamment de la transaction.

La particularité du statut du salarié protégé apporte quelques aménagements au régime de la transaction. Dès que l'employeur obtient l'autorisation par l'administration de licencier son salarié, il peut conclure avec celui-ci une transaction. Dans cette transaction, il ne peut cependant être mentionné que le salarié s'engage à ne pas contester la décision d'autorisation de licenciement. Toute renonciation par le salarié à la possibilité d'utiliser ce recours de deux mois est nulle.

Depuis un arrêt de 1996, la Chambre sociale estime, en revanche, qu'une transaction conclue postérieurement à l'annulation d'un licenciement est possible (5). Si le salarié ne souhaite pas sa réintégration, il peut transiger.

Par un arrêt de 2013 (6), la Cour de cassation revient sur l'hypothèse d'une transaction conclue avec un salarié protégé durant l'exécution du contrat de travail. Dans cette affaire, un salarié, ayant la qualité de délégué du personnel et de membre du comité d'entreprise, a démissionné de ce dernier mandat et a conclu un protocole transactionnel avec l'employeur aux termes duquel il était promu au poste de chef d'équipe, confirmait sa démission de membre du comité d'entreprise et recevait une indemnité transactionnelle et, en contrepartie, renonçait à l'exercice de toute action judiciaire. La cour d'appel qui a constaté que la transaction, intervenue après démission du salarié de son mandat de membre élu du comité d'entreprise en raison de difficultés dues à des rivalités syndicales au sein de cette institution, avait pour objet de mettre fin à un litige relatif à un rappel de salaire et à la modification de son contrat de travail et fait ressortir qu'elle n'affectait pas la protection dont il continuait à bénéficier, a pu débouter le salarié de sa demande d'annulation du protocole transactionnel. A l'instar de salariés dits "ordinaires", une transaction peut être conclue avec un salarié protégé durant l'exécution du contrat de travail mais celle-ci ne devra pas porter sur la rupture.

II — La rupture conventionnelle

La rupture conventionnelle, illustration d'un monde sans conflit et d'un "consensualisme individuel", tente d'organiser un mode de départ pacifié du salarié selon **Maître Rachid Brihi**. En effet, notre intervenant estime que la rupture conventionnelle a été instaurée afin de sortir les conflits individuels de la sphère judiciaire et de sécuriser la rupture de la relation de travail par un processus contractualisé sous l'égide de l'Administration.

Mais après cinq années de mise en pratique, la sécurisation, tant attendue, n'existe pas totalement, ce qui n'empêche pas ce nouveau mode de rupture de rencontrer un vif succès. Pour Rachid Brihi, l'on constate un effet pervers inflationniste dans les montants versés plus importants que l'indemnité prévue par la loi ou la convention. Il est d'ailleurs à souligner que plus le montant de l'indemnité spécifique versée est important, plus l'administration examine attentivement cette rupture. En effet cette "faveur" consentie par l'employeur pourrait dissimuler un moyen de pression très incitative pour pousser le salarié à conclure une rupture conventionnelle et de ce fait constituer un vice du consentement. Dans la pratique c'est le salarié qui apparaît bien souvent comme étant à l'initiative de la

rupture conventionnelle, l'employeur ne souhaitant pas formellement en être l'instigateur. En effet, la volonté pour l'employeur de rompre le contrat d'un salarié pourrait bien être assimilée à une volonté de licencier ce salarié.

Après la signature de la rupture, il est important de préciser qu'un exemplaire de la convention doit être remis au salarié. Ainsi, si un exemplaire de la convention n'a pas été remis au salarié, la rupture conventionnelle du contrat de travail est nulle. En effet, cette remise est nécessaire à la fois pour que chacune des parties puisse demander l'homologation de la convention et pour garantir le libre consentement du salarié en lui permettant d'exercer ensuite son droit de rétractation en connaissance de cause (7).

Rachid Brihi s'interroge sur la répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire en cas de recours contre la décision de l'administration. "*Querelles de procédure, querelles de légitimité*" selon notre intervenant. La cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 14 juin 2011 (8), tranche nettement en faveur d'une compétence globale du juge judiciaire. Le juge prud'homal est ainsi compétent, non seulement sur la vérification des règles liées à l'homologation mais également sur le fond de la rupture. Pour la cour administrative d'appel de Marseille, dès lors qu'il y a, pour un salarié protégé, une demande d'autorisation administrative de rompre le contrat, il y a un contrôle total de la rupture conventionnelle par la juridiction administrative (CAA Marseille 7ème ch., 29 mai 2012, n° 12MA00 043 N° Lexbase : A4221IRR).

La jurisprudence est également très ferme sur le respect du délai de prescription d'un an. Dans un arrêt du 10 avril 2013, la Chambre sociale considère qu'au-delà du délai prévu par l'article L. 1237-14 du Code du travail (N° Lexbase : L8504IA9), aucun recours en annulation ne peut être admis pour contester la rupture (9). Aussi il n'y avait plus lieu de statuer sur la demande de résiliation judiciaire du contrat de travail antérieure à la rupture conventionnelle.

Rachid Brihi souligne que le droit commun des vices du consentement (dol, erreur, violence) s'applique au régime de la rupture conventionnelle. Par exemple, la Haute juridiction a considéré que la situation de violence morale résultant d'un harcèlement moral subi par le salarié au moment de la conclusion de la rupture conventionnelle caractérise un vice du consentement permettant l'annulation de la rupture conventionnelle (10).

En revanche, l'existence d'un différend entre les parties n'interdit pas en soi de conclure une convention de rupture conventionnelle, sauf à ce que ce différend puisse être considéré par le juge comme la manifestation que l'employeur a voulu imposer ce mode de rupture au salarié.

Le législateur a eu le souci d'anticiper les abus pouvant résulter de l'exercice de la rupture conventionnelle. Quelques décisions encadrent ces effets pervers. En matière de plan de sauvegarde de l'emploi, la Chambre sociale de la Cour de cassation a estimé 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 (11). Il n'y a pas d'automatisme entre la rupture conventionnelle intégrée dans le nombre de licenciements envisagés et les conséquences en termes de qualification de la rupture. L'employeur peut donc procéder à une rupture conventionnelle sans remplacer ensuite le salarié dans l'entreprise, sans qu'il s'agisse automatiquement d'une rupture pour motif économique.

La position de la Cour de cassation pourrait évoluer sur cette question. Dès lors qu'il n'y aura pas de remplacement du salarié quittant l'entreprise par le biais d'une rupture conventionnelle, ladite rupture pourrait à la fois être décomptée mais aussi traitée comme un licenciement pour motif économique.

La loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, de modernisation du marché du travail (N° Lexbase : L4999H7B), ainsi que l'ANI du 11 janvier 2008 interdisent que les PSE ou des accords de GPEC intègrent des modalités de départ par le mécanisme de la rupture conventionnelle.

La jurisprudence et l'administration sont également très vigilantes sur la conclusion de ruptures conventionnelles lorsque la santé du salarié pose quelques interrogations. Par exemple, les juridictions du fond ont annulé des ruptures conventionnelles régularisées en période de suspension du contrat de travail (12). Si l'interdiction de conclure une rupture conventionnelle durant une suspension du contrat en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle paraît claire, l'hypothèse de la suspension du contrat pour une maladie non-professionnelle soulève quelques incertitudes pour nos intervenants.

Par ailleurs, Maître Rachid Brihi rappelle que la transaction est antinomique de la rupture conventionnelle. Mais n'y aurait-il pas la possibilité de conclure une transaction postérieurement à la conclusion d'une rupture conventionnelle ? Cette hypothèse pourrait être envisagée si l'une des deux parties conteste cette rupture.

(1) Cass. soc., 5 décembre 2012, n° 11-15.471, FP-P+B (N° Lexbase : A5534IYM).

(2) Cass. soc., 4 avril 2007, n° 05-42.856, F-D (N° Lexbase : A8998DUS).

(3) Sur ce point, lire *Sécurisation de l'emploi : les points clés de la réforme — Compte-rendu d'un petit-déjeuner du cabinet Coblenz & Associés*, Lexbase Hebdo n° 526 du 1 mai 2013 — édition sociale (N° Lexbase : N6889BTC) et les obs. de S. Tournaux, *Commentaire des articles 18 à 21 et article 25 de l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés*, Lexbase Hebdo n° 514 du 31 janvier 2013 — édition sociale (N° Lexbase : N6889BTC).

(4) Cass. soc., 13 juin 2012, n° 10-26.857, FS-P+B (N° Lexbase : A8796IN4).

(5) Cass. soc., 15 avril 1996, n° 92-44.826, publié (N° Lexbase : A3961AAX).

(6) Cass. soc., 29 janvier 2013, n° 11-23.743, F-D (N° Lexbase : A6261I4N).

(7) Cass. soc., 6 février 2013, n° 11-27.000, FS-P+B+R (N° Lexbase : A5796I7S).

(8) CA Versailles, 14 juin 2011, n° 10/01 005 (N° Lexbase : A8277HTQ), v. *La validation d'une rupture conventionnelle par le conseil de prud'hommes — Questions à Maître Karen Durand-Hakim, Avocat au barreau de Paris, DDLC — Société d'avocats*, Lexbase Hebdo n° 450 du 28 juillet 2011 - édition sociale (N° Lexbase : N7195BSB).

(9) Cass. soc., 10 avril 2013, n° 11-15.651, FS-P+B (N° Lexbase : A0813KC4), v. les obs. de S. Tournaux, *Articulation entre rupture conventionnelle et résiliation judiciaire du contrat de travail*, Lexbase Hebdo n° 525 du 25 avril 2013 — édition sociale (N° Lexbase : N6799BTY).

(10) Cass. soc., 29 janvier 2013, n° 11-22.332, FS-P+B+R (N° Lexbase : A6245I43), v. les obs. de S. Tournaux, *Rupture conventionnelle : consécration de la prééminence du consentement*, Lexbase Hebdo n° 516 du 14 février 2013 — édition sociale (N° Lexbase : N5793BTQ).

(11) Cass. soc., 9 mars 2011, n° 10-11.581, FS-P+B+R+I (N° Lexbase : A3242G79), v. les obs. de Ch. Willmann, *La Cour de cassation assimile les ruptures conventionnelles à des licenciements pour motif économique*, Lexbase Hebdo n° 433 du 24 mars 2011 — édition sociale (N° Lexbase : N7642BRH).

(12) La rupture conventionnelle, intervenue en période de suspension de contrat de travail sans que la salariée soit mise en mesure de se faire assister, caractérisant la précipitation affectant la liberté de consentir, doit être annulée (CA Amiens, 11 janvier 2012, n° 11/00 555 N° Lexbase : A2682IAL).

Revue

Lexbase Hebdo édition sociale n°532 du 20 juin 2013

[Rupture du contrat de travail] Pratique professionnelle

Observations sur la rupture conventionnelle

N° Lexbase : N7615BT9



par Rachid Brihi, Avocat associé, Grumbach & Associés

La commission ouverte de droit social organisait, le 22 avril 2013, sous la responsabilité de Paul Bouaziz et Alain Sutra, avocats à la cour, une réunion portant sur la distinction entre rupture conventionnelle et transaction à laquelle intervenaient, également, Jean-Louis Magnier et Rachid Brihi. Après une présentation générale de cette réunion (lire N° Lexbase : N7612BT4), Lexbase Hebdo — édition sociale vous propose de retrouver l'intervention de Maître Rachid Brihi portant sur la rupture conventionnelle.

La loi portant modernisation du marché du travail a créé un nouveau mode de rupture du contrat de travail : la rupture conventionnelle, mesure emblématique de la politique de "flexicurité" souhaitée par le Gouvernement (loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 N° Lexbase : L4999H7B). L'article 5 de la loi du 25 juin 2008, portant modernisation du marché du travail faisant suite à l'ANI du 11 janvier 2008, légalise la rupture conventionnelle en tant que nouveau mode de rupture du contrat de travail à durée indéterminée (1) et en fixe les modalités aux articles L. 1237-11 (N° Lexbase : L8512IAI) à L. 1237-16 (N° Lexbase : L8479IAB) du Code du travail.

I — Les conditions de validité spécifiques à la rupture conventionnelle

1 — L'initiative

En principe, l'employeur, comme le salarié, peut avoir le premier l'idée de rompre conventionnellement le contrat de travail.

Toutefois, **l'initiative de l'employeur** présente, un risque important, celui de mettre en exergue sa volonté de contourner les règles du licenciement.

Cela est d'autant plus vrai que la Convention internationale n° 158 de l'OIT précise qu'"aux fins de la présente convention, le terme "licenciement" signifie la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur".

Il est, dans ces conditions, vraisemblable que des actions en justice seront engagées par des salariés signataires de rupture conventionnelle pour demander l'application des règles posées par la convention internationale en matière de licenciement lorsque l'initiative de la rupture revient à l'employeur (2).

2 — Les entretiens préalables

C. trav., art. L. 1237-12 alinéa 1er (N° Lexbase : L8193IAP) : "*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*".

2.1 — En principe aucun formalisme n'est imposé par la loi

Dans le cadre d'une rupture conventionnelle, *l'employeur n'est pas légalement tenu* :

- de convoquer par courrier le salarié aux entretiens préalables à la signature d'une convention de rupture ;
- de lui remettre un document écrit entre le premier entretien et la signature de la convention ;
- de mentionner dans cette dernière le montant net de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle, les droits à préavis dont il aurait bénéficié en cas de licenciement ou le délai de recours juridictionnel pouvant être formé en application de l'article L. 1237-14 du Code du travail (N° Lexbase : L8504IA9).

Cependant :

— l'ANI du 11 janvier 2008 prévoit que la liberté de consentement du salarié est notamment garantie par **les informations** qui lui sont communiquées sur 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 la loi ne reprend pas cette obligation, celle-ci est visée dans le modèle de demande d'homologation fixé par arrêté du 18 juillet 2008 (N° Lexbase : L7271IAK) (NDLR : abrogé par arrêté du 8 février 2012 N° Lexbase : L1869ISZ).

— selon l'administration, 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** (Circ. DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008 N° Lexbase : L7308IAW).

— s'agissant des dates des entretiens, **il conviendra de fixer un rendez-vous à une date assez éloignée afin de permettre au salarié et à l'employeur de faire appel à un assistant**. Ceci étant, il est important de souligner que la loi n'impose aucunement le respect d'un délai entre la convocation et l'entretien, contrairement au licenciement.

2.2 — Déroulement des entretiens

Selon l'article L. 1237-12, alinéas 2 et 3, du Code du travail, 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.

3 — Le délai de rétractation

En vertu de l'article L. 1237-13 du Code du travail (N° Lexbase : L8385IAS), à compter de la date de signature de la convention, l'employeur et le salarié "*disposent de 15 jours calendaires pour exercer son droit de rétractation [...] sous la forme d'une lettre adressée par tout moyen attestant de sa date de réception par l'autre partie*", donc de préférence sous forme de lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé mentionnant la date de remise.

Cependant, un courrier électronique peut constituer la lettre exigée par ce texte, mais il n'en demeure pas moins

qu'il appartient à la partie qui affirme avoir exercé son droit de rétractation de justifier de la date de réception de la missive par l'autre partie (CA Bourges 16 septembre 2011 n° 10/01 735 N° Lexbase : A0163H78, RJS, janvier 2012, n° 33).

Cette décision n'a pas à être motivée.

Selon la circulaire n° 2009-04 du 17 mars 2009 (N° Lexbase : L0486IDD), la computation du délai procédural de rétractation obéit aux principes des articles 641 (N° Lexbase : L6802H73) et 642 (N° Lexbase : L6803H74) du Code de procédure civile et R. 1231-1 du Code du travail (N° Lexbase : L2515IAE). Ce délai, qui comptabilise tous les jours de la semaine (y compris le samedi et le dimanche), démarre au lendemain de la date de signature de la convention et se termine au 15ème jour à 24 heures.

Il semblerait, à la lecture de l'article L. 1237-13 du Code du travail, que le délai commence à courir à compter de la date de réception de la rétractation et non la date d'expédition.

4 — La convention de rupture

Récemment, la Cour de cassation a estimé que *"la remise d'un exemplaire de la convention de rupture au salarié est nécessaire à la fois pour que chacune des parties puisse demander l'homologation de la convention, dans les conditions prévues par l'article L. 1237-14 du Code du travail, et pour garantir le libre consentement du salarié, en lui permettant d'exercer ensuite son droit de rétractation en connaissance de cause ; qu'ayant constaté que tel n'était pas le cas en l'espèce, la cour d'appel, qui en a déduit à bon droit que la convention de rupture était atteinte de nullité, a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision"*.

5 — L'homologation

5.1 — Sur les délais

L'article L. 1237-14, alinéa 1er, du Code du travail dispose qu'à l'issue 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.

Un arrêté du ministre chargé du Travail fixe le modèle de cette demande (3).

L'alinéa 2 dudit texte précise que l'autorité administrative dispose d'un délai d'instruction de quinze jours ouvrables, à compter de la réception de la demande, pour s'assurer du respect des conditions prévues à la présente section et de la liberté de consentement des parties. A défaut de notification dans ce délai, l'homologation est réputée acquise et l'autorité administrative est dessaisie.

5.2 — Sur le contrôle administratif

Il incombe au DDTEFP (Directe) de s'assurer de la validité de la demande d'homologation.

Selon la circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, son contrôle doit porter sur les points qui permettent de vérifier le libre consentement des parties, d'une part, et, d'autre part, sur les éléments fondant l'accord du salarié (par exemple, montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle, respect du délai de rétractation, etc.).

Il est ainsi prévu que l'administration contrôle :

- la façon dont salarié et employeur ont été assistés au cours de chaque entretien préalable ;
- le montant de l'indemnité de rupture conventionnelle versée (4) ;
- la date envisagée pour la rupture du contrat de travail ;
- la date et la signature de la convention ;
- la date de fin du délai de rétractation.

5.3 — Sur les pouvoirs du conseil des prud'hommes en matière d'homologation

Alors que l'administration avait estimé *"qu'en créant un bloc de compétence au profit du conseil de prud'hommes, le législateur n'a pas pour autant entendu modifier les principes généraux applicables à la décision administrative"*

que constitue l'homologation. Au nombre de ces principes, il y a les conséquences qui s'attachent à une annulation contentieuse. Dans cette hypothèse, l'annulation d'un refus d'homologation a pour effet de ressaisir, dans les conditions du droit commun, l'autorité compétente à qui il appartient de statuer en tenant compte de l'autorité de la chose jugée. En aucun cas le conseil de prud'hommes n'est compétent pour accorder l'homologation de la rupture conventionnelle" (Circ. DGT n° 2009-5 du 17 mars 2009 N° Lexbase : L0564IDA), la cour d'appel de Versailles a jugé que "les dispositions d'ordre public du Code du travail disposent que le conseil des prud'hommes qui est saisi d'un contentieux consécutif au refus d'homologation de l'administration, est investi d'un pouvoir d'appréciation global, portant à la fois sur l'homologation ou le refus d'homologation, et la validité de la convention ; qu'il s'ensuit que le conseil a une compétence étendue à l'homologation d'une convention de rupture, après avoir apprécié si les conditions de procédure et de fond ont été respectées" (CA Versailles 14 juin 2011 n° 10/01 005 N° Lexbase : A8277HTQ).

Ainsi, **les juges du fond estiment que le conseil des prud'hommes est compétent pour homologuer une rupture conventionnelle en référé.**

6 — Délai de prescription du recours en annulation de la convention de rupture

En vertu de l'article L. 1237-14 du Code du travail, le salarié dispose d'un délai de douze mois pour former un recours en annulation de la convention devant le conseil des prud'hommes compétent.

Ce délai est entendu strictement par la Cour de cassation, qui a récemment rappelé que "ayant constaté que l'annulation de la rupture conventionnelle n'avait pas été demandée dans le délai prévu par l'article L. 1237-14 du Code du travail, la cour d'appel n'avait plus à statuer sur une demande, fût-elle antérieure à cette rupture" (5).

II — Les conditions de validité

1 — Le libre consentement

1.1 — Les vices du consentement

Comme toute convention, la convention de rupture, conclue dans le cadre des articles L. 1237-11 et suivants du Code du travail, répond aux conditions de validité du droit des contrats.

Ainsi, la validité de la rupture conventionnelle est subordonnée à l'existence d'un consentement libre et éclairé, exclusif de tout vice du consentement (erreur ; dol ; violence).

La Cour de Cassation a récemment affirmé que, lorsque "la salariée était au moment de la signature de l'acte de rupture conventionnelle dans une situation de violence morale du fait du harcèlement moral dont elle a constaté l'existence et des troubles psychologiques qui en sont résultés", l'acte de rupture conventionnelle est entaché de nullité (Cass. soc., 30 janvier 2013, n° 11-22.332, FS-P+B+R N° Lexbase : A6245I43).

1.2 — L'existence d'un litige antérieur

Selon Monsieur Jean Pélissier, "des recours en annulation de la rupture conventionnelle pourront également être engagés au motif qu'il existait un litige entre les parties au moment de la conclusion de celle-ci. La Cour de cassation a nettement affirmé qu'une convention conclue entre un salarié et un employeur ne pouvait pas constituer une rupture d'un commun accord en l'état d'un litige existant entre les parties. [...] On voit mal pourquoi la solution dégagée par la Cour de cassation pour les accords de rupture ne s'appliquerait pas à la rupture conventionnelle. Il n'existe aucune différence de nature entre ces actes juridiques. Les motifs qui ont conduit les magistrats de la Cour de cassation à adopter cette position sont également valables dans les deux cas" (6).

Les juges du fond ont suivi l'analyse de Monsieur Jean Pélissier (7).

Ainsi, **l'existence d'un différend entre l'employeur et le salarié au moment de la conclusion de la convention de rupture, fait échec à la validité de celle-ci** et entraîne sa requalification par le juge en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

2 — La cause de la rupture conventionnelle

Vont ici être mis en exergue les moyens de lutter contre le risque de voir la rupture conventionnelle comme un moyen de contourner la protection qu'offre le droit du travail au salarié, aussi bien s'agissant du droit du licenciement que des règles protectrices accordées à certains salariés (AT/MP-maternité-inaptitude).

2.2 — La cause économique : mise en place de garde-fou contre le contournement du droit du licenciement pour motif économique

2.2.1 — Principe

Par principe, 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.

La loi du 25 juin 2008, comme l'ANI du 11 janvier 2008, n'écarte l'application des dispositions concernant la rupture conventionnelle que dans deux cas : lorsque la rupture du contrat de travail résulte d'un accord collectif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, ou lorsqu'elle résulte d'un plan de sauvegarde de l'emploi (C. trav., art. L. 1237-16 N° Lexbase : L8479IAB).

En dehors de ces deux situations, les dispositions spécifiques de la rupture conventionnelle peuvent être utilisées.

Elles peuvent donc l'être, semble-t-il, même lorsque l'entreprise connaît des **difficultés économiques** et entend supprimer des emplois dès lors que la rupture conventionnelle ne résulte pas de l'application d'un plan de sauvegarde de l'emploi ou d'un accord collectif de GPEC.

Cette interprétation semble confortée par la rédaction de l'article L. 1233-3, alinéa 2, du Code du travail (N° Lexbase : L8772IA7), issue de la loi du 25 juin 2008, précisant que les dispositions concernant les licenciements économiques sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant d'un motif économique, "à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants".

En d'autres termes, les ruptures conventionnelles ne relèveraient jamais des règles régissant les licenciements pour motif économique et seraient valables dès lors qu'elles respecteraient les règles spécifiques à ce mode de rupture.

Les ruptures conventionnelles se trouvent donc exclues du champ d'attraction des licenciements économiques (8).

Légalement, un projet de licenciement économique donnant éventuellement lieu à établissement d'un PSE peut coexister avec des ruptures conventionnelles extérieures à ce PSE et l'employeur à **la possibilité de procéder à des réductions d'effectif par voie de rupture conventionnelle homologuée**, à condition que les droits des salariés soient préservés (9).

2.2.2 — Exception et applicabilité du droit du licenciement pour motif économique

Selon Monsieur Jean Péliissier, l'affirmation selon laquelle les ruptures conventionnelles ne relèveraient jamais des règles régissant les licenciements pour motif économique "est difficilement acceptable". Il estime "qu'elle est, en effet, en totale contradiction avec le texte de l'accord national interprofessionnel qui précise, en son article 12, que la recherche de solutions négociées 'ne doit pas se traduire par une quelconque restriction de la capacité des salariés à faire valoir leurs droits en justice' et que celles-ci ne doivent pas porter atteinte aux procédures de licenciement collectif pour cause économique engagées par l'entreprise. S'il est possible d'affirmer que les ruptures conventionnelles du contrat de travail pour motif économique ne sont pas toutes exposées à la nullité, il n'est guère concevable que des ruptures conventionnelles, dont le motif économique est avéré, puissent permettre à un employeur d'é luder les protections que des dispositions légales d'ordre public confèrent aux salariés" (10).

Somme toute conscient que la rupture conventionnelle apparaît comme porteuse d'un risque important de contournement des règles du licenciement, **le ministre du Travail avait considéré que la rupture conventionnelle ne doit pas conduire à contourner les règles du licenciement pour motif économique et que l'autorité administrative doit vérifier l'existence ou non d'un contournement des procédures de licenciement collectif** justifiant un refus d'homologation de la rupture conventionnelle (Circ. DGT n° 2010/02 du 23 mars 2010, relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée N° Lexbase : L9694IG7).

Dans ce même souci d'éviter un contournement par l'employeur de l'applicabilité du droit du licenciement pour motif économique, la Cour de cassation a considéré 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" (fameux arrêt "Norbert Dentresangle", Cass. soc., 9 mars 2011, n° 10-11.581, FS-P+B+R+I N° Lexbase : A3242G79).

Selon le communiqué de presse de la Cour de cassation relatif à l'arrêt "Norbert Dentresangle", "la Chambre sociale

[...] [retient] 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".

2.2.3.1 — Condition d'application de la règle prétorienne

Cette obligation de prendre en compte les ruptures conventionnelles pour déterminer la procédure applicable est assujettie à une double condition : la rupture conventionnelle doit avoir une cause économique et doit s'inscrire dans un processus de réduction des effectifs.

S'agissant de l'existence d'une cause économique, il appartiendra au comité d'entreprise d'établir que les ruptures conventionnelles dont il exige la prise en compte dans le calcul des licenciements envisagés ont bien été signées pour un motif non inhérent à la personne du salarié (11).

S'agissant de la condition de réduction des effectifs, Monsieur Jean Pélissier estime que cette formulation "*a cependant un caractère limitatif qui ne devrait pas être retenu dans un attendu de principe*" (12). Selon l'auteur, la même solution devrait être retenue pour toutes les ruptures conventionnelles ayant un motif non-inhérent à la personne du salarié s'inscrivant dans le cadre de l'article L. 1233-3, alinéa 1er, du Code du travail.

En effet, de la sorte, la Cour de cassation poserait un véritable obstacle au risque de contournement du droit du licenciement pour motif économique.

2.2.3.2 — Portée de la règle prétorienne

L'employeur est tenu d'engager une procédure de licenciement collectif dès qu'il y a plusieurs ruptures conventionnelles ayant un motif économique s'inscrivant dans un processus de réduction des effectifs, et de présenter un plan de sauvegarde de l'emploi lorsque le nombre de ces ruptures ou la somme des licenciements envisagés et de ces ruptures, dans une entreprise employant au moins 50 salariés, atteint le nombre de 10 dans une période de trente jours.

Les ruptures conventionnelles doivent être incluses dans le plan de sauvegarde de l'emploi et les signataires des conventions de rupture doivent donc, en principe, bénéficier des mesures de reclassement qui doivent être intégrées à ce plan.

Quid de l'articulation avec la jurisprudence "Renault", "Complétel" et "KLM". Dans le fameux arrêt "Renault" (Cass. soc., 26 octobre 2010, n° 09-15.187, FS-P+B+R+I N° [Lexbase : A6142GCH](#)), la Cour de cassation avait pour la première fois estimé qu'un plan de reclassement interne n'était pas nécessaire "*dès lors que le plan de réduction des effectifs au moyen de départs volontaires exclut tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppressions d'emplois*". Dans l'arrêt "KLM" (Cass. soc., 9 octobre 2012, jonction, n° 11-23.142 à n° 11-23.146, FS-P+B N° [Lexbase : A3532IUD](#)), la Cour a précisé sa "pensée" en considérant que "*si l'employeur qui entend supprimer des emplois pour des raisons économiques en concluant avec les salariés des accords de rupture amiable, n'est pas tenu d'établir un plan de reclassement interne lorsque le plan de réduction des effectifs au moyen de départs volontaires exclut tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppression d'emplois, il en va autrement lorsque le projet de réduction d'effectifs implique la suppression de l'emploi de salariés qui ne veulent ou ne peuvent quitter l'entreprise dans le cadre du plan de départs volontaires et conduit soit au maintien de ces salariés dans l'entreprise dans un autre emploi, soit à leur licenciement*".

Ainsi, conformément à cette jurisprudence, il semble que l'employeur sera tenu d'établir un plan de reclassement interne dès lors que la suppression des effectifs ne se fait pas qu'au moyen de ruptures conventionnelles. Et encore là rien n'est moins sûr puisque, comme le souligne Jean Pélissier, "*on peut penser que cette exclusion [de l'obligation d'établir un plan de reclassement interne] ne devrait pas non plus s'appliquer lorsque l'employeur n'a procédé qu'à des ruptures conventionnelles [puisqu'à] la différence de ce qui s'était produit dans l'affaire 'Renault', l'employeur ne prend pas l'engagement de ne pas procéder à des licenciements pour opérer la réduction des effectifs*" (13).

Par conséquent, force est de constater, qu'après analyse de l'articulation entre la jurisprudence "Dentresangle" et la jurisprudence "Renault", l'obligation de reclassement interne s'impose à l'employeur en matière de rupture conventionnelle dès lors que les conditions prétoriennes posées dans l'arrêt "Dentresangle" sont remplies.

2.3 — L'état de santé du salarié : garde-fou contre le contournement des droits protecteurs

L'article L. 1231-2 du Code du travail (N° [Lexbase : L1064H9B](#)) dispose expressément que "*les dispositions du présent titre [relatif à la rupture du contrat à durée indéterminée] ne dérogent pas aux dispositions légales assurant*

une protection particulière à certains salariés".

2.3.1 — En cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle

De la même manière que l'employeur ne peut résilier le contrat de travail à durée indéterminée pendant ces périodes de protection, la conclusion d'une rupture conventionnelle devrait également être interdite.

L'article L. 1226-9 du Code du travail (N° Lexbase : L1024H9S) interdit à l'employeur de rompre le contrat de travail pendant sa suspension consécutive à un accident du travail ou une maladie professionnelle, sauf faute grave ou impossibilité de maintenir les relations de travail.

La Cour de cassation a déjà jugé que l'employeur ne saurait faire signer au salarié une rupture d'un commun accord du contrat de travail et qu'une telle résiliation du contrat est frappée de nullité (Cass. soc., 4 janvier 2000, n° 97-44.566, publié N° Lexbase : A4889AG8).

L'administration s'est prononcée dans le même sens à propos de la rupture conventionnelle homologuée (Circ. DGT n° 2009-5 du 17 mars 2009).

En ce qui concerne la rupture conventionnelle homologuée, les juges du fond estiment que celle-ci ne peut avoir pour but de permettre à une partie de s'affranchir de ses obligations légales au détriment des droits de l'autre partie.

Récemment, la cour d'appel d'Amiens a considéré que le principe de l'article L. 1226-9 du Code du travail était application à propos d'un salarié dont la rupture conventionnelle avait été signée pendant un congé maladie (CA Amiens, 11 janvier 2012, n° 11/00 555 N° Lexbase : A2682IAL, RJS, avril 2012, n° 337).

En revanche, est valable la rupture conventionnelle signée par le salarié après une absence de plusieurs mois pour accident du travail, dès lors que l'intéressé ne rapporte pas la preuve de l'existence d'un litige et d'un vice du consentement empêchant la signature de la convention de rupture (CA Rennes, 18 janvier 2012, n° 10/04 204 N° Lexbase : A9716IA4, RJS, avril 2012, n° 337).

2.3.2 — En cas de congés maternité

La loi interdit de licencier les femmes enceintes et les bénéficiaires de congés de maternité ou d'adoption, en revanche celles-ci peuvent démissionner sans préavis.

Une rupture conventionnelle sera-t-elle possible ?

Certains auteurs se sont prononcés en faveur d'une interdiction de recourir à la rupture conventionnelle dans une telle hypothèse (14).

D'autres auteurs considèrent, au contraire, que, dans la mesure où la salariée en congé de maternité est libre de démissionner, elle devrait pouvoir avoir recours à la rupture conventionnelle homologuée. En effet, la démission *"est moins avantageuse pour le salarié qu'une rupture conventionnelle car elle n'offre aucune indemnisation ; elle ne peut pas être rétractée ; elle n'est pas soumise à contrôle administratif des conditions de la rupture. La protection particulière d'un salarié en cours de suspension de son contrat de travail n'est donc pas moins assurée par la rupture conventionnelle que par une démission et elle ne peut pas davantage être imposée par l'employeur"* (15).

Le juge, pour sa part, estime qu'en vertu du régime de protection de l'article L. 1225-4 du Code du travail, *"la rupture conventionnelle conclue entre les parties doit être annulée en ce qu'elle est intervenue au cours de la période de protection prévue par l'article L. 1225-4 du Code du travail"* (CA Rennes, 8 février 2013, n° 11/05 356 N° Lexbase : A604417Y).

2.3.4 — En cas d'inaptitude

Le ministère du Travail qui a précisé, dans la circulaire relative aux conditions du contrôle de l'administration lorsqu'elle est saisie d'homologation de ruptures conventionnelles, qu'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 (N° Lexbase :

A604417Y), ou pendant l'arrêt imputable à un accident du travail ou une maladie professionnelle en vertu de l'article L. 1226-9 (N° Lexbase : L1024H9S), etc.), la rupture conventionnelle ne peut, en revanche, être signée pendant cette période" (Circ. DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008 ; Circ. DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009).

Dans le même sens, les juges du fond considèrent qu'un salarié accidenté du travail déclaré inapte ne peut pas conclure de convention de rupture conventionnelle car cela revient à contourner les règles protectrices dont il doit bénéficier. Le juge prud'homal peut ainsi annuler une telle convention (16). Le Conseil qualifie la rupture d'abusives et estime qu'elle doit produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, rejetant ainsi la demande du salarié au motif qu'une nullité se doit d'être prévue par un texte.

III — Conclusion d'une transaction après rupture conventionnelle

1 — La transaction, acte distinct de la rupture conventionnelle

La rupture conventionnelle est un acte par lequel l'employeur et le salarié décident, par consentement mutuel, de mettre un terme, en dehors de toute situation conflictuelle, au contrat de travail à durée indéterminée qui les lie.

Il faut une volonté claire et non équivoque des parties de "*mettre fin d'un commun accord aux relations contractuelles*" et qu'il y ait "*absence de tout litige*" entre les parties (Cass. soc., 2 décembre 1997, n° 95-42.981, publié N° Lexbase : A2122ACL).

La transaction, quant à elle, est consécutive à une rupture du contrat de travail, et négociée et signée après que ladite rupture, afin de prévenir ou de faire cesser un litige opposant l'employeur et le salarié quant au motif même ou aux conditions de leur séparation.

Par conséquent, comme évoqué ci-dessus, l'existence d'un litige antérieur à la conclusion de la convention de rupture amiable fait échec à la validité de ladite convention.

De plus, soulignons comme différence entre ces deux actes distincts, que s'agissant des effets de l'acte, à la l'inverse de la transaction, la rupture conventionnelle n'apporte aucune sécurité à l'employeur puisque le salarié conserve le droit, après l'homologation par l'administration, de la contester devant un conseil de prud'hommes.

2 - Quid de l'existence d'une transaction sur la rupture conventionnelle

2.1 — Transaction sur la convention de rupture elle-même

Comme mis en lumière tout au long des développements, la rupture conventionnelle est avant tout fondée sur le libre consentement des parties, et surtout du salarié.

Ainsi, il ne semble pas concevable, d'un point de vue juridique, de transiger sur la rupture conventionnelle elle-même, laquelle doit intervenir en dehors de tout contexte conflictuel.

Transiger sur l'objet même de ces conventions supposerait que le salarié remette en cause *a posteriori* son consentement à signer la convention et que l'employeur admette que le consentement du salarié n'était pas libre et éclairé, qu'il était en d'autres termes vicié ou forcé et lui verse une indemnité complémentaire afin qu'il renonce à s'en prévaloir devant une juridiction prud'homale, n'y aurait-il pas lieu de considérer que la rupture d'un commun accord ou conventionnelle, privée de son objet, est donc annulable.

Ainsi, comme nous l'avons souligné précédemment, les juges du fond n'hésitent pas à requalifier la rupture conventionnelle en licenciement sans cause réelle et sérieuse, lorsqu'il existe un différend entre les parties en amont de la conclusion de la convention estimant que la rupture est entachée d'un vice du consentement (17) ; mais également lorsque le salarié se trouvait sous la menace d'un licenciement (18) ; ou encore que la convention de rupture a été conclue dans un contexte conflictuel à la suite d'un refus d'un mobilité géographique (19).

Toutefois, comme le souligne Madame Isabelle Kerhoas, on **ne peut ignorer la pratique selon laquelle** le salarié, dont l'employeur souhaite se séparer, sans pouvoir alléguer un motif réel et sérieux ou sans que le motif invoqué soit suffisamment probant, peut se révéler méfiant ou rechigner (20), à subir un licenciement pour des motifs "échafaudés". Lui-même suggèrera alors de se placer plutôt sur le terrain de la rupture conventionnelle moins traumatisante qu'un licenciement suivi d'une transaction et l'employeur, pour des raisons personnelles ou économiques, a de son côté un intérêt certain à voir partir ce salarié et est disposé pour cela à gonfler l'indemnité de rupture conventionnelle.

Ainsi, **pourrait-on légitimement se demander si, chaque fois que l'indemnité de rupture conventionnelle est significativement supérieure à ce qu'elle devrait être, la rupture conventionnelle ne se substitue pas à une**

transaction. Si l'employeur consent un effort financier manifeste en faveur d'un salarié, n'a-t-il pas quelque chose à se reprocher ?

2.2 — Conclusion d'une transaction à la suite d'une rupture conventionnelle

En revanche, il ne semble pas juridiquement contestable de considérer qu'une transaction peut être conclue sur la mise en œuvre de la convention de rupture lorsque le salarié projette de contester la validité de celle-ci devant le conseil des prud'hommes dans le cadre de l'article L. 1237-14 du Code du travail.

(1) Les salariés titulaires d'un CDD sont donc exclus du recours à la rupture conventionnelle, en revanche, même si le salarié français travaille pour une entreprise étrangère en France, il peut bénéficier de la rupture conventionnelle dès lors qu'il est titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée de droit français. Si l'entreprise étrangère ne dispose d'aucun établissement sur le sol français, c'est au DDTEFP (Direccte) dont relève l'adresse personnelle du salarié que doit être adressée la demande d'homologation de la rupture conventionnelle (Circ. DGT n° 2009-5 du 17 mars 2009 N° Lexbase : L0564IDA, n° 2.1).

(2) J. Pélissier, *Modernisation de la rupture du contrat de travail*, RJS août-septembre 2008, p. 684.

(3) Arrêté du 18 juillet 2008, préc. et arrêté du 8 février 2012, préc..

(4) L'indemnité spécifique de rupture conventionnelle est vérifiée :

— base de calcul. Conformément à l'article L. 1234-9, alinéa 1er, du Code du travail (N° Lexbase : L8135IAK), l'indemnité est calculée sur la moyenne des trois ou douze derniers mois de rémunération, au plus favorable ;

— mode de calcul. Le montant de cette indemnité doit correspondre au moins à celui de l'indemnité légale de licenciement ;

— tableur de calcul. Un tableur de vérification automatique sera mis à disposition des DDTEFP. Il permettra de vérifier que le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle convenue entre les parties correspond au minimum légal prévu.

(5) Cass. soc., 10 avril 2013, n° 11-15.651, FS-P+B (N° Lexbase : A0813KC4).

(6) J. Pélissier, *Modernisation de la rupture du contrat de travail*, RJS, août-septembre 2008, p. 684.

(7) Le conseil des prud'hommes de Bobigny a jugé que l'existence d'un différend entre les parties sur la rupture du contrat fait obstacle à la conclusion d'une convention de rupture (CPH Bobigny, 6 avril 2010, n° 08/04 910 N° Lexbase : A0372E8B, RJS, août-septembre 2010, n° 669). Plusieurs cours d'appel ont considéré qu'un salarié est bien fondé à solliciter la requalification de la rupture conventionnelle en licenciement sans cause réelle et sérieuse, dès lors qu'au jour de la conclusion de la convention de rupture, il existait un différend entre les parties sur l'exécution du contrat de travail (CA Versailles 15 décembre 2011 n° 10/06 409 N° Lexbase : A3098H8A, RJS mars 2012, n° 24 ; CA Pau 28 mars 2011 n° 1536/11 N° Lexbase : A1706HM7 ; CA Reims 16 mai 2012 n° 11/00 624 N° Lexbase : A5516ILU ; CA Versailles 13 juin 2012 n° 10/05 524 N° Lexbase : A7030INP).

(8) "L'étanchéité entre ces résiliations négociées et le licenciement économique est donc en principe totale, du moins par application de la loi", J. — M. Béraud, Conseiller à la Cour de cassation, *Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique : un rapport à décrypter*, RDT, 2011, p. 226.

(9) En effet, il ne fait nul doute que dans une hypothèse de réduction des effectifs par voies de ruptures conventionnelles, l'article L. 2323-15 du Code du travail (N° Lexbase : L2761H97) s'applique bien que le contenu de l'information-consultation sur le projet de compression des effectifs n'a rien de comparable avec celui requis en matière de licenciement économique.

(10) Jean Pélissier, *Ruptures conventionnelles assujetties au droit du licenciement économique*, SSL, 2011, n° 1484.

(11) A titre d'exemple, à partir du moment où la rupture conventionnelle du contrat de travail n'est pas suivie de l'embauche d'un autre salarié pour effectuer les tâches qui étaient précédemment accomplies par le signataire de l'accord, la suppression d'un emploi est établie. Celle-ci fait présumer que la cause de la rupture a un caractère économique, mais il ne s'agit là que d'une présomption simple.

(12) J. Pélissier, *Ruptures conventionnelles assujetties au droit du licenciement économique*, SSL, 2011, n° 1484,

préc..

(13) J. Péliissier, *Ruptures conventionnelles assujetties au droit du licenciement économique*, SSL, 2011, n° 1484, préc..

(14) S. Chassagnard-Pinet et P. — Y. Verkindt, *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, JCP éd. S, 2008, n° 1365, p. 25.

(15) M. Patin, *La rupture conventionnelle du contrat suspendu*, JCP éd. S, 2011, n° 1022, p. 17.

(16) CPH Sables-d'Olonne, 25 mai 2010 n° 09/00 068 (N° Lexbase : A0010E8U) (NDLR : v. sur cette affaire, l'arrêt de la cour d'appel, CA Poitiers, 28 mars 2012, n° 10/02 441 N° Lexbase : A6204IGU).

(17) CPH Bobigny, 6 avril 2010, n° 08/04 910, préc..

(18) CA Riom, 18 janv. 2010, n° 10/00 658 (N° Lexbase : A0868GRL).

(19) CPH Bordeaux, 21 janvier 2011, n° 09/02 933.

(20) Pour des raisons d'ordre psychologique, par exemple en raison de sa forte ancienneté.

Revue

Lexbase Hebdo édition sociale n°532 du 20 juin 2013

[Rupture du contrat de travail] Pratique professionnelle

Le régime social des indemnités de rupture

N° Lexbase : N7616BTA



par Alain Sutra, Sutra Corre & Associés, Responsable de la Commission Droit social

La commission ouverte de droit social organisait, le 22 avril 2013, sous la responsabilité de Paul Bouaziz et Alain Sutra, avocats à la cour, une réunion portant sur la distinction entre rupture conventionnelle et transaction à laquelle intervenaient, également, Jean-Louis Magnier et Rachid Brihi. Après une présentation générale de cette réunion (lire N° Lexbase : N7612BT4), Lexbase Hebdo — édition sociale vous propose de retrouver l'intervention de Maître Alain Sutra sur le régime social des indemnités de rupture.

I — Le régime social est dépendant du régime fiscal

En effet, tout ce qui est imposable est chargeable (CSS, art. L. 242-1 N° Lexbase : L0132IWS).

Aussi, pour définir dans quelles conditions les indemnités peuvent être exonérées des cotisations sociales, il convient, dans un premier temps, d'étudier leur régime fiscal (loi n° 99-1172 du 30 décembre 1999 N° Lexbase : L1726IRD).

L'article 80 duodecimes du Code général des impôts (N° Lexbase : L0983IP4) énonce un principe : "toute indemnité versée à l'occasion de la rupture du contrat de travail constitue une rémunération imposable", sous réserve des exceptions, lesquelles seront donc interprétées strictement.

Sont ainsi exonérées :

1.1 — les indemnités versées à la suite d'une décision de justice (indemnité déterminée, ou fixée, ou accordée par le juge) pour licenciement irrégulier, sans cause réelle et sérieuse ou abusif

1.2 — les indemnités de licenciement versées en application d'un accord collectif de branche, ou interprofessionnel ou par la loi (voir le cas particulier des journalistes et VRP)

Une précision : une indemnité de licenciement prévue par accord d'entreprise ne bénéficie pas d'une exonération non plafonnée, c'est-à-dire qu'elle a le même régime que les indemnités présentées au point 1.4 ci-dessous.

1.3 — les indemnités versées dans le cadre d'un PSE

Notion de PSE : il faut entendre strictement dix licenciements et plus dans une entreprise employant au moins cinquante salariés.

Sont exonérées totalement, toutes les indemnités versées à la suite d'un licenciement ou un départ volontaire (rupture d'un commun accord, départ en retraite ou en préretraite).

Il en est ainsi des indemnités, mais aussi de diverses primes telles notamment : les primes d'aide au départ, à la création d'entreprise, incitation au reclassement... dès lors que par nature elles ne sont pas imposables (contrairement aux congés payés, préavis qui par nature sont imposables).

A noter que les indemnités prévues dans le cadre d'un accord GPEC sont imposables depuis la loi de finances pour 2011 (loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010, de finances pour 2011 N° [Lexbase : L9901INZ](#)) et donc ne sont plus exonérées de charges sociales ou en cas de non versement d'une indemnité à la date de notification de la rupture (par exemple, en cas de faute grave — prise acte de la rupture).

1.4 — les autres indemnités de licenciement : contractuelles ou transactionnelles

Ces indemnités, majorées du montant de l'indemnité conventionnelle ou légale sont exonérées à concurrence de :

— deux fois la rémunération annuelle brute perçue par le salarié au cours de l'année civile précédant la rupture (N-1).

La notion de rupture doit s'entendre par la fin juridique du contrat donc du préavis.

La rémunération s'entend des sommes figurant dans la zone 20 A de la DADS, sous réserve de certains ajustements (cf. prestations en espèces de la Sécurité sociale, prévoyance si soumis IRPP, par contre, pas de neutralisation de la période relative à certains congés, tels parental, sabbatique ou création d'entreprise...).

— 50 % du montant des indemnités.

Mais dans ces deux cas, dans la limite de 6 plafond annuel de la Sécurité sociale (PASS) ou 5 PASS en cas de mise à la retraite (1 PASS = 37 032 euros).

A noter que si les indemnités sont versées par plusieurs entreprises, il y a cumul des indemnités dans l'analyse des modalités. De même, si le versement se fait sur deux ans, on fait masse des indemnités.

II — Le nouveau régime social

Une fois déterminée la partie non imposable des indemnités de rupture, il reste à déterminer la part soumise aux cotisations sociales.

A noter que toutes les indemnités dont le montant est supérieur à 10 PASS sont assujetties aux cotisations sociales dès le premier euro et ce même sur la partie défiscalisée (depuis le 1er septembre 2012).

La limite d'exonération des cotisations sociales des indemnités non imposables, quelle que soit leur nature, est fixée à 2 PASS soit 74 064 euros.

La circulaire du 14 avril 2011 (Circ. DSS, n° 2011/145 du 14 avril 2011, relative aux modalités d'assujettissement aux cotisations et contributions de Sécurité sociale des indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail N° [Lexbase : L9799IPM](#)) précise qu'il faut faire masse de l'ensemble des indemnités versées à l'occasion de la rupture, pour apprécier si les plafonds sont atteints.

Devront donc être prises en compte les indemnités conventionnelles, contractuelles ou transactionnelles, mais aussi les indemnités versées dans le cadre d'un PSE ainsi que les indemnités versées en vertu d'une décision de justice.

En revanche, les sommes qui sont par nature soumises à cotisations sociales, telles, notamment, l'indemnité compensatrice de préavis ou l'indemnité de congés payés, ne sont pas à prendre en compte.

Par ailleurs, la Cour de cassation (Cass. civ. 2, 20 septembre 2012, n° 11-22.916, F-D N° Lexbase : A2561ITZ) a jugé que dans l'hypothèse de la signature d'une transaction suite à un licenciement pour faute grave, l'indemnité transactionnelle comprenait nécessairement l'indemnité compensatrice de préavis sur le montant de laquelle les cotisations sociales étaient dues.

III — Application dans le temps des régimes spéciaux

La circulaire du 14 avril 2011 a énoncé qu'il devait être fait masse de toutes les indemnités de rupture versées, quelle que soit la date des versements pour leur appliquer un régime social unique.

Ce régime social unique est celui applicable à la date de versement de l'indemnité initiale ou à défaut au moment de la rupture.

IV — Le régime applicable à la CSG-CRDS (CSS, art. L. 136-2 II 5° (N° Lexbase : L0134IWU)

Un principe : la part des indemnités de rupture assujetties à cotisations sociales est soumise à CSG-CRDS.

Parmi les indemnités non assujetties à cotisations sociales, sont seules exonérées de CSG-CRDS, les indemnités versées en application de la loi ou d'une convention collective de branche.

Pour les journalistes : selon la lettre-circulaire ACOSS n° 2012-76 du 8 juin 2012 (N° Lexbase : L8038ITU), le complément d'indemnité de licenciement fixé par la commission arbitrale est soumis à CSG-CRDS.

De plus l'abattement de 3 % pour frais professionnels (ramené à 1,75 %) est supprimé pour les indemnités de rupture.

V — Le régime de l'indemnité spécifique de rupture à l'occasion de la rupture conventionnelle

5.1 — cette indemnité est totalement fiscalisable et chargeable si le salarié peut bénéficier d'une pension de retraite

A souligner qu'il s'agit de l'âge à partir duquel le salarié peut liquider sa retraite, peu important le nombre de trimestres cotisés.

Pour mémoire l'âge auquel le salarié peut liquider sa retraite est :

- né en 1952. 60 ans et 9 mois ;
- né en 1953. 61 ans et 2 mois ;
- né en 1954. 61 ans et 7 mois ;
- né en 1955. 62 ans.

La date d'appréciation (circulaire BOFIP du 3 octobre 2012 N° Lexbase : X5832ALL) est la date prévue dans la convention de rupture adressée à la DIRECCTE. Cette circulaire précise que l'ouverture du droit à pension intervenant la même année que la rupture, mais postérieurement à la date de celle-ci, ne remet pas en cause le bénéfice de l'exonération.

5.2 — dès lors que le salarié ne peut bénéficier d'une pension de retraite, l'indemnité est exonérée de l'impôt et des charges sociales dans les mêmes conditions que l'indemnité de licenciement

5.3 — Le forfait social

L'employeur est redevable du forfait social (20 %) pour la part de l'indemnité exclue de l'assiette des cotisations sociales, et ce, même si cette part est soumise à la CSG-CRDS (lettre-circulaire n° 2013-0 000 019 du 28 mars 2013 N° Lexbase : L0942IX8).