



HAL
open science

Les modes amiables de rupture du contrat de travail

Jennifer Decamps

► **To cite this version:**

Jennifer Decamps. Les modes amiables de rupture du contrat de travail. Droit. Université d'Avignon, 2014. Français. NNT : 2014AVIG2039 . tel-01149113

HAL Id: tel-01149113

<https://theses.hal.science/tel-01149113>

Submitted on 6 May 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse

Faculté de Droit, d'Economie et de Gestion

Les modes amiables de rupture du contrat de travail

Thèse pour obtenir le grade

Docteur en Droit de l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse

Discipline : Droit privé

Présentée et soutenue publiquement par

Jennifer CIOLFI-DECAMPS

Le 19 décembre 2014

Directeur de Thèse

Monsieur Franck PETIT

Professeur à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse

Membres du Jury

Monsieur Alexis BUGADA

Professeur à l'Université Aix-Marseille (Rapporteur)

Monsieur Denis MOURALIS

Professeur à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse

Monsieur Jean-Louis RESPAUD

Maître de conférences-HDR à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse

Monsieur Bruno SIAU

Maître de conférences-HDR à l'Université Montpellier I (Rapporteur)

« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme étant propres à leur auteur ».

A mon fils
A mon époux
A mes parents

REMERCIEMENTS

Je tiens avant tout à remercier Monsieur Franck PETIT pour avoir accepté de diriger ces travaux de recherche, pour ses patientes relectures, ses conseils éclairés et sa disponibilité qui ont permis l'aboutissement de ce travail. Qu'il trouve en ces quelques lignes l'expression de ma sincère considération.

Je remercie également les membres du jury qui me font l'honneur de participer à l'appréciation de ce travail.

Mes sincères remerciements vont également à Madame Léa AMIC dont l'écoute et la bienveillance ont été essentielles tout au long de l'écriture de cette thèse.

LISTE DES ABREVIATIONS

Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre civile)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre criminelle)
CA	Cour d'appel
Civ. (1, 2, 3)	Cour de cassation chambre civile (première, seconde, troisième)
Coll.	Collection
Com.	Cour de cassation chambre commerciale
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Crim.	Cour de cassation chambre criminelle
D.	Recueil Dalloz
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Dr. soc.	Revue de droit social
éd.	Edition
Gaz.	Gazette du Palais
Infra	Ci-dessous
JCP E	Juris-classeur périodique édition entreprise
JCP G	Juris-classeur périodique édition générale
JCP S	Juris-classeur périodique édition sociale
JO	Journal officiel.
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
Mixte	Cour de cassation chambre mixte
Op. cit.	Opere citato (ouvrage déjà cité)
p.	Page
préc.	Précité
PUF	Presses Universitaires de France
RDC	Revue droit des contrats
RDT	Revue droit du travail
Rép. Civ.	Répertoire encyclopédique Dalloz
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RRJ	Revue de la recherche juridique
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Soc.	Cour de cassation chambre sociale

SSL
Sup.
Supra

Semaine Sociale Lamy
Supplément
Ci-dessus

V.
vol.

Voir
Volume

SOMMAIRE

Partie 1 La reconnaissance des accords de rupture du contrat de travail	p. 15
Titre 1 La nature des accords de rupture du contrat de travail antérieurs à la loi de modernisation du marché du travail	p. 16
Chapitre 1 La validité des ruptures amiables	p. 17
Chapitre 2 La validité des clauses de rupture du contrat de travail	p. 46
Titre 2 La nature de la rupture conventionnelle du contrat de travail	p. 109
Chapitre 1 La procédure de la rupture conventionnelle du contrat de travail	p. 115
Chapitre 2 Les effets de la rupture conventionnelle du contrat de travail	p. 160
Partie 2 La place des accords de rupture au sein des actes de rupture du contrat de travail	p. 181
Titre 1 L'autonomie des accords de rupture	p. 182
Chapitre 1 La place du consensualisme au sein des actes de rupture du contrat de travail	p. 183
Chapitre 2 L'intérêt juridique de l'utilisation du consensualisme lors de la rupture du contrat de travail	p. 213
Titre 2 Les accords de rupture, des actes de rupture en attente d'amélioration	p. 233
Chapitre 1 Le besoin de sécurisation des accords de rupture du contrat de travail	p. 234
Chapitre 2 Le besoin de perfectionnement des accords de rupture du contrat de travail	p. 250

INTRODUCTION

« La disparition du contrat par sa parfaite exécution est une fin heureuse »¹

1. Le contrat de travail peut cesser d'exister sans avoir été rompu. Il est important de ne pas assimiler la disparition du contrat à sa rupture anticipée. En effet, le contrat de travail peut prendre fin par la réalisation de la tâche ayant justifiée sa conclusion² ou par l'arrivée du terme défini lors de sa conclusion ou encore par le départ à la retraite du salarié. Dans ces cas, le contrat n'est pas rompu, il prend fin naturellement. Dans une pareille situation, la fin de la relation contractuelle est « heureuse » puisqu'aucun évènement n'a conduit les parties à se défaire précocement des liens créés par leur volonté commune. Mais le contrat de travail peut aussi prendre fin par une rupture anticipée voulue³ ou subie⁴. Dans ce cas, la disparition de la relation contractuelle de travail n'est pas naturelle puisque l'intervention de l'une des parties, ou des deux, ou encore du juge⁵ en est à l'origine.

2. La précocité de la cessation du contrat de travail est, dans la majorité des cas, la conséquence du climat relationnel qui n'a cessé de se dégrader, au fil du temps, entre l'employeur et le salarié, comme cela peut se passer au sein d'un couple marié. « Ils se

¹ P. STOFFEL-MUNCK, « La rupture du contrat », Travaux de l'association Henri Capitant, Journées brésiliennes 2005, p. 803 et s.

² Il s'agit du cas du contrat de travail à caractère saisonnier.

³ La faculté de rupture anticipée de la relation contractuelle de travail est offerte aux parties par le Code du travail.

⁴ B. TEYSSIE, « Les modes de rupture du contrat de travail autres que le licenciement », SSL, 1985, n° 274, p. 64.

⁵ I. DAUGAREILH, « La résiliation judiciaire du contrat de travail », Dr. soc. 1992, p. 805 ; J. SAVATIER, « la résolution judiciaire des contrats de travail des salariés non protégés », Dr. soc. 1979, p. 414 ; E. LEMOINE, « Les principes civilistes dans le contrat de travail », LPA, 2001, n° 119, p. 8 ; P. MAZIERE, « La résolution judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée entre droit civil et droit du travail, 1^{ère} partie », LPA, 1999, n° 66, p. 7 ; P. MAZIERE, « La résolution judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée entre droit civil et droit du travail (suite et fin) », LPA, 1999, n° 67, p. 5.

sont tant aimés », voici la formule aujourd'hui consacrée reprise en cœur dès lors qu'un divorce est prononcé. Traduisant l'intensité relationnelle ayant animé les époux, cette phrase révèle la stupeur des tiers au contrat⁶ lorsqu'ils apprennent la désunion de ce couple qui semblait être parfait. Si les époux décident de mettre fin à leur union c'est parce qu'ils ne sont pas parvenus à « briser la routine » ou à désamorcer les conflits, au départ insignifiants, qui ont effrité leurs liens. Il peut en être de même pour l'employeur et le salarié qui se comporte, à certains égards, comme un couple. Et comme la relation amoureuse, celle de travail peut débiter par un véritable coup de foudre : l'employeur ayant trouvé le salarié correspondant en tout point à ses attentes et le salarié ayant trouvé l'employeur lui permettant de s'épanouir professionnellement.

3. Dès l'instant où la relation débute ainsi, il est difficile d'envisager que des tensions puissent mettre à mal la parfaite harmonie créée par les parties au contrat. Ainsi, lorsque les parties ne parviennent pas à pérenniser leur relation dans un environnement serein et que les tensions dues à l'exécution du contrat ont éprouvé leur détermination à se maintenir dans une telle relation, la rupture anticipée est la seule issue possible. Dès lors, la relation contractuelle ne connaît pas « une fin heureuse »⁷, d'autant plus lorsque la cessation relationnelle est unilatéralement décidée. Le recours à un acte unilatéral de rupture du contrat de travail, et surtout lorsqu'il s'agit d'un licenciement, est un évènement traumatisant pour la partie qui se voit imposer la décision de son partenaire.

4. L'annonce d'un licenciement est anxiogène pour le salarié qui ne peut influencer la décision de son employeur. Si dans certains cas cette annonce est attendue ou soupçonnée, dans d'autres elle se révèle être soudaine et brutale. C'est alors que le déséquilibre caractéristique de la relation de travail resurgit : le salarié se voit imposer la volonté de son employeur sans pouvoir négocier ou s'y opposer. La démission a des effets moins angoissants pour l'employeur. Toutefois, lorsque l'effectif de l'établissement est limité, le départ d'un salarié peut remettre en cause l'organisation et la compétitivité de l'activité professionnelle. Une rupture est toujours douloureuse, cela

⁶ Il ne faut pas l'oublier, le mariage, avant même d'être un engagement sentimental, est un véritable contrat ayant des points communs avec le contrat de travail.

⁷ P. STOFFEL-MUNCK, « La rupture du contrat », préc.

est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit de celle du contrat de travail qui assure une certaine reconnaissance sociale et surtout les moyens de subvenir à ses besoins. La rupture unilatérale, même si elle est parfois nécessaire, se révèle être un acte dépourvu de compassion, comportant en lui les germes d'un quelconque contentieux.

5. Aux côtés de ces deux actes unilatéraux de rupture se trouve une catégorie consensuelle d'actes composée de la rupture amiable, ou *mutuus dissensus*⁸, prévu par le second alinéa de l'article 1134 du Code civil, et de la rupture conventionnelle issue de la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008. Cette catégorie se trouve être diamétralement opposée, notamment en ce qui concerne les effets sur les parties au contrat de travail, à celle des actes unilatéraux de rupture. Le recours à cette catégorie d'acte est justifié au regard du respect des volontés ayant conduit à la création de la relation contractuelle. En effet, les parties ont, par leur commune volonté, décidé de conclure un contrat de travail afin de créer une relation conciliant leurs intérêts respectifs. Ainsi, étant parvenues à s'entendre pour créer une relation par laquelle elles ont aménagé leurs intérêts respectifs, parfois aux moyens de concessions, elles doivent pouvoir en faire de même en ce qui concerne la cessation de cette dernière. Le recours à la rupture amiable et à la rupture conventionnelle permet donc aux parties au contrat de travail de terminer leur relation dans les mêmes conditions que celles qui ont permis de la créer. Ce qui n'est pas dénué d'intérêts.

I Objet de la recherche :

6. Créer un lien juridique est une chose aisée puisque la seule volonté des futurs cocontractants suffit. Mais le défaire s'avère être beaucoup plus difficile⁹ alors même que cette situation est de plus en plus courante¹⁰. Le contrat de travail est la

⁸ R. VATINET, « Le *mutuus dissensus* », RTD civ. 1987, p. 252.

⁹ H. BLAISE, « De la difficulté de rompre avant son terme le contrat de travail à durée déterminée », Dr. soc. 1993, p. 41.

¹⁰ R. DESCOTTE, « La rupture du contrat de travail, Point de vue », Dr. soc. 1986, p. 577.

« convention par laquelle une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant rémunération »¹¹. Cette relation, aux antipodes de la conception civiliste du contrat, se trouve être caractérisée par un état de subordination¹² dans lequel le salarié est placé, ce qui déséquilibre la relation au profit de l'employeur.

7. Très tôt, la législation sociale a reconnu la possibilité pour les parties au contrat de travail de rompre unilatéralement la relation contractuelle entretenue avec leur cocontractant et ce, en vertu de la liberté individuelle¹³. Puis s'est imposée l'idée d'un acte de rupture permettant aux parties de mettre un terme à leur relation en vertu de leur commun accord. C'est alors qu'un emprunt au droit commun a été envisagé alors même que la Chambre de la Cour de cassation affirmait et réaffirmait « son hostilité aux modes de rupture du contrat de travail issus du droit civil lorsqu'ils ont pour effet de perturber le jeu normal des règles mises en place par le code du travail »¹⁴.

8. Les dispositions du second alinéa de l'article 1134 du Code civil, permettant aux parties à une convention de la révoquer de leur consentement mutuel, ont été absorbées par la pratique « travailliste » non sans efforts¹⁵. Les partisans d'une telle utilisation considéraient que « le droit civil [n'est] pas, par nature, défavorable aux salariés »¹⁶. L'opposition farouche à l'utilisation de la technique civiliste pour rompre la relation « travailliste » était due, quant à elle, à la fois au risque d'affaiblissement de

¹¹ G. AUZERO ; E. DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz, 28^{ème} éd., p. 128.

¹² T. AUBERT-MONPEYSSSEN, « Subordination juridique et relation de travail », Thèse, Toulouse, 1985 ; Y. AUBREE, « Contrat de travail – Existence – Formation », *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit du travail*, 2014, n° 75 et s ; A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000, p. 131.

¹³ C. CAPMAS-BENOIST, *Les conventions relatives à la résiliation du contrat de travail*, Thèse, Paris, 2004, p. 4.

¹⁴ C. RADE, « La résolution amiable du contrat de travail sur la sellette », *D.* 2000, p. 265.

¹⁵ G. LYON-CAEN, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTD civ.* 1974, p. 229 ; A. SUPIOT, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.* 1990, p. 485 : « la question des rapports entre le droit civil et le droit du travail a pendant longtemps été empoisonnée par un procès en suspicion ».

¹⁶ A. SUPIOT, « Pourquoi un droit du travail ? », préc ; C. CAPMAS-BENOIST, *Thèse précitée*, p. 19.

l'autonomie du droit du travail que cet emprunt aurait pu entraîner et à l'idée qu'une faculté consensuelle de rupture était antinomique avec l'essence même de la relation de travail.

9. Or il semblerait que le contrat de travail puisse contenir, dès sa conclusion, un accord mutuel des parties sur la cessation de la relation. En effet, l'insertion de clause de rupture anticipée dans le contrat de travail se justifierait au regard du principe de liberté contractuelle¹⁷. Une telle hypothèse fait émerger la notion d'ordre public social définie comme la conception de l'ordre public, en tant que « norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter »¹⁸, particulière au droit du travail et au droit social. Ces règles, même si elles sont impératives, « souffrent des dérogations, à la seule condition que celles-ci soient plus favorables aux salariés »¹⁹. Les dispositions du Code du travail ne permettant la rupture du contrat de travail à durée déterminée qu'en cas de faute grave, de force majeure ou du commun accord des parties²⁰, l'insertion de clauses de rupture anticipée dans le contrat de travail paraît être impossible.
10. Une conception plus originale envisage la conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée comme un accord de rupture de ce dernier. En effet, lorsqu'un contrat à durée déterminée est conclu, la date à laquelle il prendra fin est déterminée avec précision, ou à défaut l'évènement précipitant la fin du contrat est clairement indiqué. Cette détermination de la date de cessation de la relation contractuelle se révèle être un accord des parties sur la rupture. Mais affirmer que cet accord relève de la catégorie des accords de rupture est impossible au regard de la définition des différents termes employés.
11. La prévision du terme du contrat de travail à durée déterminée ne relève pas du domaine de la rupture du contrat de travail. Etymologiquement, le mot « terme » signifie « la

¹⁷ V. infra n° 129.

¹⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^{ème} éd. 2014, V. Ordre public.

¹⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc. V. Ordre public social.

²⁰ Article L. 1243-1 du Code du travail.

borne, la fin, la limite ». Le terme d'un contrat est donc la détermination, par avance, de la date à laquelle ce dernier prendra fin ou encore la limite temporelle à partir de laquelle le contrat ne produira plus d'effet. Ainsi, la seule détermination par avance du terme du contrat ne constitue pas un acte de rupture mais plutôt une condition de validité du contrat de travail à durée déterminée qui, par définition « comporte un terme fixé avec précision dès sa conclusion »²¹.

12. Le terme « rupture », du verbe latin *rumpere*, signifie rompre ou encore briser, ce qui implique la réalisation d'une action permettant d'aboutir à la cessation brutale de la relation contractuelle. Et pour pouvoir rompre le contrat de travail, il faut avoir la volonté d'y mettre fin avant le terme initialement prévu. Dès lors que la volonté de briser les liens contractuels émane d'une seule des parties au contrat de travail, l'acte de rupture sera unilatéral. En revanche, dès lors que la volonté de rompre est commune aux deux parties, l'acte de rupture sera amiable. La rupture ne pouvant intervenir qu'antérieurement au terme du contrat, le terme de « rupture anticipée » trouve à être employé.
13. La rupture anticipée se définit comme « la rupture du contrat à durée déterminée avant l'arrivée du terme »²². Cette définition ne vise que la rupture anticipée du contrat à durée déterminée. Ce qui peut laisser penser, à tort, que la rupture du contrat à durée indéterminée est impossible. Or, cette apparente exclusion des contrats à durée indéterminée est due à la définition même de ces deux types de contrats.
14. Le contrat à durée déterminée est caractérisé par la prévision de son terme contrairement au contrat à durée indéterminée qui est caractérisé par l'imprécision relative à son terme. Ainsi comment serait-il possible de rompre avant son terme un contrat qui, par définition, n'en comporte pas ? Cette interprétation se révèle être cohérente dès lors qu'une attention particulière est portée à cette spécificité. Ne comportant pas de terme, l'exécution du contrat à durée indéterminée se poursuit tant que les parties n'y mettent pas fin, soit par un acte unilatéral, soit par un acte consensuel

²¹ Alinéa 1^{er} de l'article L. 1242.7 du Code du travail.

²² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc. V. Rupture anticipée.

de rupture²³. La faculté de rupture ainsi offerte aux parties est la conséquence directe de l'interdiction des engagements perpétuels²⁴. Ce qui implique la possible rupture du contrat à durée indéterminée dès lors qu'il ne peut trouver à s'appliquer durant une période infinie. Ainsi, il serait plus exact d'employer le seul terme de « rupture » du contrat à durée indéterminée et réserver celui de « rupture anticipée » au contrat à durée déterminée.

15. La rupture amiable peut, quant à elle, être définie comme l'acte par lequel les parties mettent conjointement fin à la relation contractuelle qu'elles ont créée. Cet acte, empreint de consensualisme, permet aux parties de décider les conditions dans lesquelles elles vont rompre le contrat de travail. Elles se trouvent dès lors dans la même situation que celle ayant conduit à la création de ce lien juridique. C'est sans distinction que cet acte de rupture est aussi appelé « rupture consensuelle », « accord de rupture », « rupture d'un commun accord » ou encore « résiliation amiable », le terme de résiliation étant définie comme « la résolution non rétractive ou la dissolution du contrat par un acte volontaire »²⁵. Ainsi l'emploi des termes « rupture » et « résiliation » est sans importance car ils font tous les deux références à la dissolution de la relation contractuelle.

16. La définition de la rupture conventionnelle doit être construite à partir de différents éléments disséminés dans l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008. Ainsi, ce « mode de rupture, exclusif de la démission et du licenciement, ne peut être imposé de façon unilatérale par l'une ou l'autre des parties » et permet de « sécuriser les conditions dans lesquelles l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat qui les lie »²⁶. Le législateur a ajouté une précision

²³ Article L. 1231-1 du Code du travail : « le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié », ou d'un commun accord , » ».

²⁴ C. RADE, « La figure du contrat dans le rapport de travail », D. 2001, p. 802.

²⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc. V. Résiliation.

²⁶ Article 12 de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008.

supplémentaire en indiquant qu'elle « résulte d'une convention signée par les parties au contrat »²⁷, ce qui le distingue de la rupture amiable.

17. La reconnaissance du recours à l'acte amiable du contrat de travail a connu de nombreuses vicissitudes en partie dues à l'absence de procédure le privant de toute attractivité. La rupture conventionnelle n'a pas connu le même « chemin de croix » en raison de sa création par les acteurs du monde « travailliste ». Acte de rupture spécifique à la matière sociale, la rupture conventionnelle n'a pas eu besoin d'être reconnue comme telle du fait de son origine. En effet, le législateur ayant limité son utilisation aux seules ruptures de contrats de travail, la rupture conventionnelle a été, dès sa création, reconnue comme un acte de rupture à part entière du contrat de travail à durée indéterminée conformément à la volonté des partenaires sociaux et du législateur.
18. D'origines différentes, les modes amiables de rupture du contrat de travail se trouvent être unis par leur principal effet : la rupture du contrat de travail. La rupture amiable étant issu du droit commun des contrats trouve à s'appliquer à l'ensemble des conventions, quel qu'en soit la nature, sauf en cas de dispositions contraires. Ainsi, sa reconnaissance en tant qu'acte de rupture du contrat de travail a dû être déterminée au regard des spécificités de la matière sociale. La rupture conventionnelle étant un outil spécifique au droit du travail, cela lui a permis, *de facto*, d'être reconnue comme un acte de rupture de la relation contractuelle de travail.

II Enjeux de la recherche :

19. Le caractère *intuitu personae*²⁸ du contrat de travail fait naître une relation de confiance entre l'employeur et le salarié, permettant ainsi d'assurer la paisibilité de leur relation. De cette confiance découle l'idée de respect de son cocontractant, ce qui exclut

²⁷ Article L. 1237-11 du Code du travail.

²⁸ M-A. PEANO, « L'intuitus personae dans le contrat de travail », Dr. soc. 1995, p. 129 ; M-C ESCANDE-VARNIOL, « Salaire », Dalloz Encyclopédie, Répertoire de droit du travail, 2013, n° 107 et s.

a priori l'utilisation d'actes unilatéraux de rupture caractérisés par leur brutalité. Ainsi, la rupture du contrat de travail ne saurait être recherchée que par un acte permettant de rompre la relation en douceur, en préservant les intérêts de chacune des parties. L'acte unilatéral de rupture ayant une connotation conflictuelle puissante, il semble qu'une autre voie soit à privilégier : celle de l'acte consensuel de rupture.

20. La rupture d'un commun accord présente un double intérêt : il s'agit à la fois d'un acte malléable et d'un acte permettant d'assurer la célérité de la rupture en raison de l'absence de procédure spécifique. Cet acte permet à l'employeur de ne pas avoir à se conformer aux lourdeurs procédurales caractéristiques du licenciement et au salarié de pouvoir négocier la cessation de son contrat en prévoyant, par exemple le versement d'une indemnité.
21. Le consensualisme étant à l'origine de la relation de travail, il est logique qu'il puisse être à l'origine de sa cessation²⁹. Partant de cette idée, la cessation de la relation se trouve apaisée comme s'il ne s'agissait que d'une « péripétie normale de la vie professionnelle d'un salarié »³⁰. Car la tendance n'est plus à la « fidélité » sans faille de l'employeur et du salarié. Pour des raisons liées à l'environnement économique et social, mais aussi inhérentes aux parties, la succession de contrats de travail au sein de différents établissements est de plus en plus fréquente. Face à cette tendance, qui ne semble pas prête d'être inversée, les modes amiables de rupture constituent les actes les plus à même de libérer les parties au contrat de travail de leurs liens juridiques dès lors que leur volonté est telle.
22. La suprématie du licenciement et de la démission a empêché la rupture amiable, issue de l'article 1134 du Code civil, de s'affirmer en tant qu'acte de rupture à part entière. Pénalisée par son manque de détermination procédurale, la condition de la rupture amiable a suivi le flot des décisions prétorienne lui permettant d'obtenir la qualification d'acte de rupture sans toutefois parvenir à se hisser au même rang que le licenciement et la démission, renforçant ainsi leur toute-puissance.

²⁹ R. VATINET, « Le mutuus dissensus », préc.

³⁰ R. DESCOTTE, « La rupture du contrat de travail, Point de vue », préc.

23. Les parties au contrat de travail ont longtemps préféré user, et parfois abuser, des actes unilatéraux de rupture, certes en décalage avec leur volonté consensuelle, mais plus sûr d'un point de vue procédural. Le besoin latent de consensualisme lors de la rupture du contrat de travail n'a été que récemment pris en compte, notamment par M. Michel De Virville³¹. C'est grâce au travail et à la détermination des partenaires sociaux que le législateur a créé un acte de rupture correspondant mieux aux besoins des acteurs du monde du travail.
24. La rupture conventionnelle, issue de la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008³², a pour ambition de devenir une rupture de « troisième type »³³. Répondant aux exigences de « fléxisécurité »³⁴, la rupture conventionnelle est rapidement parvenue à s'imposer afin de devenir un acte de rupture au même titre que le licenciement et la démission. Se révélant plus sûr, tant du point de vue procédural que du point de vue de ses effets, ce nouvel acte de rupture a été accueilli avec scepticisme par une partie de la doctrine³⁵. Le franc succès qu'il a rencontré depuis son entrée en vigueur est la conséquence des avantages qu'il confère aux parties.
25. Durant la première année, plus de 10 000 demandes de rupture conventionnelle sont déposées chaque mois³⁶. Ce chiffre double durant la seconde année d'existence de la

³¹ M. DE VIRVILLE, *Pour un code du travail plus efficace : rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité*, La documentation française, 2004.

³² Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail.

³³ G. LOISEAU, « Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail », *Dr. soc.* 2010, p. 297.

³⁴ G. AUZERO, « L'accord du 23 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail : l'ébauche d'une « fléxisécurité à la française », *RDT*, 2008, p. 152 ; C. DECHRISTE, « Marché du travail : le projet d'accord », *Dalloz actualité*, 16 janvier 2008 ; S. CANADAS-BLANC, « La loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail : un nouvel équilibre entre flexibilité et sécurité ? » *LPA*, 2009, n° 4, p. 3 ; P-H. ANTONMATTEI, « Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2013 : acte II de la fléxisécurité à la française », *Dalloz actualité*, 8 mars 2013.

³⁵ G. AUZERO, « La rupture conventionnelle du contrat de travail : l'illusion de la sécurisation », *RDT*, 2008, p. 522 ; F. TAQUET, « Brèves réflexions sur la rupture conventionnelle du contrat de travail », *Dalloz actualité*, 7 juillet 2008 ; H. PESCHAUD, « La rupture conventionnelle légale du contrat de travail », *LPA*, 2008, n° 154, p. 8.

³⁶ C. MINNI, « Les ruptures conventionnelles de 2008 à 2012 », *DARES Analyses*, mai 2013, n° 31

rupture conventionnelle et se stabilise depuis la fin 2012 aux alentours des 28 000. Corrélativement à la hausse du nombre de demandes de rupture conventionnelle, le taux d'irrecevabilité baisse passant d'un peu plus de 12 % en 2008 à moins de 2.5 % en 2012. Le taux d'homologation stagne depuis 2010 autour de 90 %. La croissance fulgurante du nombre de demandes de rupture conventionnelle prouve que les employeurs et les salariés se sont rapidement appropriés un acte de rupture répondant à leurs besoins. La fulgurante baisse du taux d'irrecevabilité participe de ce constat. Durant les 4 premières années d'application de la rupture conventionnelle, 1 076 000 ruptures ont été homologuées (hors salariés protégés). En 2012, 13.4 salariés sur 1 000 ont conclu une rupture conventionnelle. La même année, 16 % des contrats à durée indéterminée ont été conventionnellement rompu alors que le taux n'était que de 11 % en 2009. Au regard de ces chiffres, la rupture conventionnelle apparaît donc « comme un compromis entre la liberté d'entreprendre et la protection des salariés dans la rupture »³⁷.

26. La création de ce nouvel acte de rupture a laissé subsister la rupture amiable qui est parvenue à s'imposer timidement alors même que son existence était remise en cause par une partie de la doctrine³⁸. La rupture amiable, admise dans la souffrance, se trouve être autonome de la rupture conventionnelle. La Chambre sociale lui a attribué la place qui lui revenait alors que la rupture amiable était le seul acte consensuel de rupture connu par le droit du travail.

27. La rupture amiable et la rupture conventionnelle sont les deux modes de rupture consensuelle que le droit du travail français connaît. Aux côtés de ces deux actes de rupture se trouvent des éléments que l'on pourrait qualifier de secondaires au vu du sujet de la présente étude. L'insertion de clauses de rupture anticipée dans certains contrats de travail traduit la commune volonté des parties de voir leur relation contractuelle cesser lors de la survenance d'un événement très déterminé. Cette prévision n'entre pas dans la catégorie des actes de rupture pour la simple raison qu'elle

³⁷ L. CHICHEPORTICHE, *Les ruptures d'un commun accord du contrat de travail*, Thèse, Paris, 2011.

³⁸ C. RADE, « L'autonomie du droit du licenciement. Brefs propos sur les accords de rupture amiable du contrat de travail et les transactions », *Dr. soc.* 2000, p. 178 ; A. FABRE, « A la recherche du critère de qualification de la résiliation amiable du contrat de travail », *RDT*, 2009, p. 519.

ne relève pas d'un fait matériel de l'Homme³⁹. La clause prédétermine l'élément mettant fin à la relation contractuelle sans que les parties n'aient besoin de réitérer leur consentement. La transaction est, quant à elle, l'acte par lequel « les parties à un litige, [né ou à naître], y mettent fin à l'amiable en faisant des concessions réciproques »⁴⁰.

28. L'appréhension de la rupture amiable par le droit du travail a été délicate en raison des interrogations entourant la reconnaissance de sa validité. Quelles ont été les étapes de sa reconnaissance en tant qu'acte de rupture de la relation contractuelle de travail ? Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'apprécier le travail prétorien effectué alors même qu'une partie de la doctrine critiquait de façon virulente l'hypothétique reconnaissance de cet acte. La même démarche se révèle utile pour déterminer le champ d'application de la rupture amiable.

Le Code du travail ne prévoyant pas la procédure de cet acte, il est légitime de s'interroger sur les étapes qui ont permis à la résiliation amiable d'obtenir un régime juridique. Et une fois de plus, l'étude de la jurisprudence rendue par la Chambre sociale de la Cour de cassation permet d'apporter des éléments de réponse. La méfiance des praticiens et des employeurs et salariés, à l'égard de la résiliation amiable, est due aux différentes imprécisions de son régime juridique ainsi qu'au manque de prévisibilité de ses effets d'un point de vue sécuritaire.

29. Le recours à l'acte transactionnel, lui aussi d'origine civiliste, est devenu courant. Dès lors, la nature des relations entretenues par ces deux actes issus du Code civil soulèvent de nombreuses questions. En effet, il est possible de s'interroger sur le rôle joué par la transaction dans l'expression de l'efficacité de la résiliation d'un commun accord. L'étude de la jurisprudence est donc essentielle pour déterminer la nature des accords de ruptures antérieurs à la création de la rupture conventionnelle.

30. La rupture conventionnelle, même si son appréhension par le droit du travail a été réalisée par le législateur, soulève des interrogations relatives tant à sa nature qu'à la place qu'elle occupe au sein des actes de rupture du contrat de travail. Afin de

³⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc. V. Acte.

⁴⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc. V. Transaction.

comprendre sa nature, il est nécessaire d'analyser les motivations des partenaires sociaux les ayant incités à créer un nouvel acte de rupture amiable alors même que la rupture d'un commun accord était déjà reconnue.

En raison de la préexistence du *mutuus dissensus*, il est nécessaire de s'interroger sur les atouts procéduraux de la rupture conventionnelle afin de déterminer la place de ce nouvel acte de rupture. Sa limitation aux seules ruptures du contrat de travail à durée indéterminée n'est-elle pas un moyen d'assurer la subsistance de la rupture amiable ? Et si telle a été la volonté législative, quelle relation les deux actes amiables de rupture ont-ils vocation à entretenir ? L'étude de la doctrine mais aussi de la jurisprudence permet de répondre à cette cruciale question pouvant remettre en cause la dualité des modes amiables de rupture.

L'étude de ce sujet ne serait pas complète sans que l'analyse des relations entretenues par les actes amiables et les actes unilatéraux de rupture soit faite. Car le résultat qui en découle pourrait remettre en cause soit la suprématie des actes unilatéraux, soit la nécessité des actes amiables. Ainsi la détermination de l'intérêt que représente le recours à ce type d'acte se révèle être cruciale car elle permet l'appréciation de l'efficacité dont la rupture conventionnelle fait preuve et de vérifier si elle correspond aux ambitions des partenaires sociaux.

L'étude de la jurisprudence permet d'apporter des éléments de réponse à la question de la performance de la rupture conventionnelle. Cette étude des décisions prétoriennes permet aussi d'apprécier les éléments faisant se démarquer la rupture conventionnelle de la rupture amiable.

Ainsi au regard des réponses apportées à toutes ces interrogations, il est possible de dresser le bilan de la rupture conventionnelle. Et pour ce faire, il paraît essentiel d'en évaluer les effets. Assure-t-elle efficacement la sécurité de la rupture ? Prend-elle suffisamment en compte le déséquilibre caractéristique de la relation de travail ?

31. Afin de répondre à l'ensemble des interrogations que soulèvent les modes amiables de rupture du contrat de travail, il est nécessaire de s'intéresser tout d'abord aux étapes ayant conduit à la reconnaissance de ces actes ainsi que celle des clauses de rupture et de l'acte transactionnel pouvant seconder la rupture amiable (**Partie 1**).

32. Ensuite, il est nécessaire d'apprécier les éléments ayant permis à ces modes de rupture de gagner en autonomie au point d'atteindre l'hégémonie du licenciement et de la démission alors même que les actes amiables se trouvent être perfectibles (**Partie 2**).

Partie 1 La reconnaissance des accords de rupture du contrat de travail

Partie 2 La place des modes amiables de rupture du contrat de travail au sein des actes de rupture du contrat de travail

Partie 1 La reconnaissance des accords de rupture du contrat de travail

33. La formation du contrat de travail suppose une véritable rencontre des volontés par laquelle l'une des parties va s'engager à rémunérer la seconde en contrepartie du travail effectué tandis que la seconde va s'engager à accomplir le travail demandé par la première en contrepartie duquel elle percevra une rémunération et ce, pour une période plus ou moins longue.
34. Traditionnellement, la cessation de la relation contractuelle de travail se fait unilatéralement, soit à l'initiative de l'employeur, soit à l'initiative du salarié. Toutefois, le licenciement et la démission ne sont pas les seuls actes de rupture du contrat de travail possibles. Nous ne pouvons d'ailleurs que nous féliciter de ce constat car l'hypothèse inverse serait une source de déséquilibre important de la relation de travail qui, rappelons-le, l'est déjà par nature. A leurs côtés existent des actes consensuels dédramatisant la rupture et traduisant la volonté conjointe, comparable à celle présente à l'origine de la relation, de faire cesser la relation de travail.
35. La loi de modernisation du marché du travail a apporté une innovation importante en la matière puisqu'elle a créé la rupture conventionnelle du contrat de travail (Titre 2), premier acte consensuel de rupture dont le régime juridique est expressément prévu par le Code du travail lui-même. Cependant, il ne s'agit en aucun cas du premier acte consensuel de rupture du contrat de travail connu par le Code mais bel et bien le premier prévu par ce dernier. En effet, l'emprunt de techniques fait au droit commun des contrats (Titre 1) ainsi que l'utilisation de techniques contractuelles performantes ont permis depuis des décennies de rompre de façon amiable la relation contractuelle de travail.

Titre 1 La nature des accords de rupture du contrat de travail antérieurs à la loi de modernisation du marché du travail

36. Les accords de rupture du contrat de travail se sont, dans un premier temps, élaborés en dehors de tout cadre législatif impératif, induisant ainsi à tort le recours aux seuls actes unilatéraux de rupture. C'est dans un souci de clarté que nous allons classer ces accords de rupture en deux grandes catégories.
37. Les ruptures amiables du contrat de travail (**Chapitre 1**) sont directement issues du droit commun des contrats et plus particulièrement de la technique du *mutuus dissensus* prévue par l'article 1134 du Code civil. L'emploi du pluriel est révélateur de la multitude de dénominations données à cet acte de rupture totalement autonome des actes unilatéraux classiques que sont le licenciement et la démission.
- Les clauses de rupture du contrat de travail (**Chapitre 2**) sont, quant à elles, issues de pratiques contractuelles performantes répondant aux besoins d'employeurs soucieux de prévoir une éventuelle cessation amiable de la relation contractuelle.

Chapitre 1 La validité des ruptures amiables

38. La validité de cet acte de rupture est basée sur le postulat selon lequel la volonté conjointe ayant permise la création de la relation contractuelle doit en permettre la cessation. En d'autres termes, en quoi seule la création du contrat de travail pourrait-elle être un acte consensuel ? Pourquoi la cessation de la relation contractuelle ne pourrait-elle pas découler de la volonté commune de l'employeur et de son salarié ?
39. Le Code du travail n'apportait, avant la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008, aucune réponse à ces interrogations. Pire encore, il ne prévoit pas le régime juridique de la rupture amiable du contrat de travail et se contente de faire référence à un éventuel « commun accord »⁴¹ de l'employeur et du salarié. Une immersion dans le Code civil permet d'amorcer un début de réponse. En effet l'article 1134 prévoit que le consentement mutuel des parties peut révoquer la convention qu'elles ont créée. Alors envisagé comme le seul fondement textuel de la rupture amiable du contrat de travail, l'utilisation de ce concept purement civiliste est couramment faite par les acteurs de la relation contractuelle de travail ainsi que par les magistrats (**Section 1**) considérant dès lors que le principe de liberté contractuelle est une source de rupture d'un commun accord du contrat de travail (**Section 2**).

Section 1 L'utilisation d'un concept civiliste

40. Les parties au contrat de travail peuvent-elles se soustraire au monopole des actes unilatéraux de rupture du contrat de travail ? Le Code du travail répond par l'affirmative sans toutefois s'étendre sur le sujet, ne prévoyant pas le régime juridique de cet acte amiable de rupture du contrat de travail. Cette réponse se fait en deux temps : tout d'abord par l'article L.1231-1 qui prévoit le cas de la rupture d'un contrat à durée indéterminée « d'un commun accord », puis par l'article L. 1243-1 qui prévoit à son

⁴¹ Article L. 1231-1 du Code du travail

tour la rupture d'un contrat à durée déterminée avec « l'accord des parties ». Toutefois, le Code du travail reste silencieux sur la nature de cet acte symbolisant l'accord mutuel des parties. Il semble alors simplement mentionner une possibilité prévue par un autre fondement textuel.

41. Nous pouvons dès lors penser que c'est au droit commun des contrats que les articles L. 1231-1 et L. 1243-1 du Code du travail font référence. En effet, l'article 1134 et plus particulièrement son second alinéa prévoit la révocation d'un contrat par le « consentement mutuel » des parties. Mais l'utilisation de cette technique civiliste a soulevé de nombreux débats doctrinaux notamment en raison de l'autonomie du droit du travail (§1) alors même qu'elle est aujourd'hui de plus en plus courante (§2).

§1 L'autonomie du droit du travail face à l'utilisation de techniques civilistes

42. Aujourd'hui le débat qui a agité la doctrine durant les trente-glorieuses sur l'autonomie du droit du travail ne fait plus rage. Il est donc totalement inutile de discuter de la réalité de cette autonomie à présent acquise⁴². Malgré tout, il est possible de se demander si cette autonomie n'exclut pas de fait l'utilisation de techniques issues du droit commun des contrats⁴³. En d'autres termes, la nature particulière du droit du travail permet-elle l'utilisation de techniques civilistes issues du droit commun des contrats ? En effet, une partie de la doctrine considère que le caractère inégalitaire de la relation de travail ne permet pas le recours aux techniques issues du droit commun des contrats. Et cela pour une raison simple : le droit commun des contrats est basé sur l'idée d'une parfaite égalité et entente entre les parties tandis que le droit du travail régit des relations purement antagonistes dans lesquelles existe un rapport de force entre partie forte et partie faible. Ainsi, les techniques civilistes, que nous hasardons à qualifier de pacifistes⁴⁴, ne paraissent pas efficaces pour gérer les relations contractuelles de travail.

⁴² X. LAGARDE, « Aspects civilistes des relations individuelles de travail », RTD Civ. 2002 p. 435

⁴³ G. COUTURIER, « Les techniques civilistes et le droit du travail », D. 1975 p. 152

⁴⁴ Ces techniques peuvent sembler pacifistes en ce sens qu'elles ont été élaborées pour satisfaire les deux parties au contrat qui ont eu la volonté commune de s'unir contractuellement.

43. Cette vision est toutefois restrictive : n'est-il pas possible, aujourd'hui encore, de trouver une relation de travail équilibrée ? Sans se lancer dans un débat d'ordre philosophique, est-il utopique de penser que le contrat de travail peut-être une source d'épanouissement pour le salarié ? En quoi la relation contractuelle civiliste serait-elle plus équilibrée que la « travailliste » ? Le contrat n'est-il pas là pour, entre autre, équilibrer la relation qu'il crée ? Une preuve se trouve peut-être dans la célèbre citation d'Alfred Fouillée : « Qui dit contractuel, dit juste ». La volonté des parties à l'origine du contrat ne peut être que juste car il serait tout à fait déraisonnable de contracter si la situation alors créée se révélait défavorable à l'une des parties et donc injuste. Au regard de toutes ces interrogations, nous n'avons d'autre choix que de nuancer les affirmations précédentes. En effet, la justice contractuelle n'étant pas l'apanage des contrats civilistes l'utilisation de concepts civilistes, réputés justes ou équilibrés, semblent possible en droit du travail.
44. La question centrale est donc de savoir si l'utilisation de techniques civilistes est possible malgré l'autonomie du droit du travail. La réponse à cette interrogation se trouve dans le Code du travail lui-même et plus particulièrement à l'article L. 1221-1 qui dispose que « le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun ». Plus aucune hésitation est alors permise. La technique civiliste, *le mutuus dissensus*, prévue à l'article 1134 du Code civil peut être employée par les parties afin de rompre à titre amiable le contrat de travail qui les lie.
45. La démonstration est ainsi faite, l'autonomie du droit du travail n'a pas pour effet de le rendre imperméable puisqu'elle ne s'oppose pas à l'emprunt de techniques contractuelles prévues par le Code de 1804. La situation aurait pu être inverse : l'autonomie du droit du travail aurait pu entraîner un cloisonnement néfaste de la matière par rapport aux autres et ainsi causer son assèchement progressif. Il en est rien puisque la perméabilité du droit du travail lui permet de répondre au mieux aux besoins des parties au contrat de travail et en fait un droit vivant.
46. L'article L. 1221-1 du Code du travail prévoit également dans sa seconde phrase une totale liberté en ce qui concerne la forme du contrat de travail. Cette disposition paraît donc être très proche de la liberté contractuelle, grand principe en droit commun des contrats. Ainsi, l'autonomie du droit du travail n'exclut pas l'utilisation de techniques

civilistes issues du droit commun des contrats. Une tendance jurisprudentielle va même dans ce sens.

§2 L'autonomie du droit du travail face à la tendance jurisprudentielle de recours aux concepts civilistes

47. Cette tendance jurisprudentielle se révèle très favorable aux salariés, les magistrats ayant compris les bénéfices que ces derniers pouvaient obtenir de l'utilisation de techniques civilistes⁴⁵. L'article 1134 du Code civil⁴⁶ et plus particulièrement son alinéa 3 est le fondement d'une jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation relative à l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail.
48. La chambre sociale de la Cour de cassation⁴⁷ impose ainsi à l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois. Ici, la Cour de cassation utilise une obligation faite par l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil pour créer une obligation nouvelle à la charge de l'employeur⁴⁸. Dans une décision plus récente⁴⁹, la chambre sociale considère que l'obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail n'est pas respectée par l'employeur qui ne laisse pas suffisamment de temps à sa salariée pour accepter la modification de son contrat. En 2004⁵⁰, la chambre sociale impose à l'employeur d'exécuter loyalement l'obligation de reclassement qui pèse sur lui. Plus récemment encore, la Cour de cassation⁵¹ a considéré que l'employeur qui met un salarié dans une

⁴⁵ Cf. supra 1

⁴⁶ Article 1134 al. 3 Code civil : « elles doivent être exécutées de bonne foi ».

⁴⁷ Soc, 25 février 1992, n° 89-41634, Bull civ V n°122, arrêt *Expovit*, obs. G. LYON CAEN, D. 1992, p. 294.

⁴⁸ Cette obligation jurisprudentielle a été insérée par la loi du 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, dans le Code du travail à l'article L. 6321-1.

⁴⁹ Soc, 28 mars 2001, n° 99-41703.

⁵⁰ Soc, 7 avril 2004 Bull. civ. V n° 114.

⁵¹ Soc, 10 mai 2006 Bull. civ. V n° 169.

situation rendant impossible l'exécution de son travail en ne lui permettant plus de bénéficier d'un avantage lié à sa fonction commet un manquement à son obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail. L'obligation d'exécution de bonne foi a été récemment insérée dans le Code du travail⁵² par la loi du 17 janvier 2002⁵³. Cette insertion pouvant être jugée inutile en raison du renvoi effectué par l'article L. 1221-1 du Code du travail⁵⁴.

49. Toutefois, l'utilisation de l'article 1134 du Code civil par la Haute juridiction ne concerne pas uniquement l'exigence d'exécution de bonne foi du contrat de travail. En 1999, la chambre sociale a rendu un arrêt⁵⁵, sous le visa de l'article 1134 du Code civil, relatif à la qualification de modification unilatérale du contrat de travail⁵⁶. Cette fois-ci, la Haute juridiction se base sur la force obligatoire du contrat prévue par le premier alinéa de l'article 1134⁵⁷.

50. Ces quelques exemples jurisprudentiels nous permettent d'apprécier l'utilisation faite par la Cour de cassation du droit commun des contrats pour créer de la jurisprudence sociale. Une fois évacuée la question de l'utilisation d'une technique civiliste par le droit du travail, nous pouvons nous intéresser à la réalité de cette utilisation permettant d'aboutir à la rupture amiable de ce contrat.

⁵² Article L. 1222-1 du Code du travail : « le contrat de travail est exécuté de bonne foi ».

⁵³ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, loi dite « de modernisation sociale ».

⁵⁴ A. JEAMMAUD, E. DOCKES, C. MATHIEU GENIAUD, P-E. BERTHIE, D. CONDEMINE, « Droit du travail mai-septembre 2006 », D. 2007, p. 179.

⁵⁵ Soc, 10 mai 1999, Bull. civ. V, n° 199.

⁵⁶ Les conditions de travail, qui relèvent du pouvoir de direction de l'employeur, peuvent être unilatéralement modifiées par ce dernier.

⁵⁷ Article 1134 al. 1^{er} Code civil : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

Section 2 La rupture du contrat de travail en vertu du principe de liberté contractuelle

51. Le droit du travail peut emprunter les techniques du droit commun des contrats quand cela se révèle nécessaire. Ce qui permet, notamment, à l'employeur et à son salarié d'y puiser une technique leur permettant de s'affranchir des actes unilatéraux de rupture du contrat de travail, que représentent le licenciement et la démission, lorsqu'ils s'accordent sur la rupture du contrat (§1). Toutefois, ces accords de rupture sont vivement critiqués par une partie de la doctrine (§2).

§1 La licéité de la rupture d'un commun accord du contrat de travail

52. La formation d'un contrat est un véritable acte de volonté par lequel les parties qui en sont à l'origine s'engagent mutuellement en vertu de celui-ci. Le principe de liberté contractuelle impose donc une totale liberté dans le choix de contracter ainsi que dans celui de son cocontractant. De ce fait, si la formation d'un contrat est un véritable acte de volonté commune, il est logique que sa rupture puisse l'être aussi.

53. Si « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », « elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel »⁵⁸. La force obligatoire du contrat induit donc sa rupture d'un commun accord. Les deux premiers alinéas de l'article 1134 du Code civil permettent ainsi aux parties de rompre par leur consentement mutuel le contrat qu'elles ont créé. La rupture du contrat de travail peut de ce fait, elle aussi, être un véritable acte de volonté conjointe.

54. Il est des contrats de travail pour lesquels la question de licéité de la rupture d'un commun accord a été réglée par le législateur. C'est notamment le cas du contrat à durée déterminée⁵⁹ qui, outre les cas de faute grave ou de force majeure, ne peut être rompu

⁵⁸ Article 1134 Code civil.

⁵⁹ Article L. 1243-1 Code du travail : « Sauf accord des parties, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure ».

avant son terme que par la volonté des parties. La rédaction du Code travail est ainsi claire⁶⁰, la voie principale de rupture est consensuelle. Tout acte unilatéral de rupture est alors exclu. De ce fait, la rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée n'est valide que lorsqu'elle résulte d'une volonté claire et non équivoque des parties⁶¹. Le législateur a aussi prévu la rupture anticipée du contrat d'apprentissage. Ce contrat⁶² ne peut être rompu que par l'accord écrit signé des deux parties⁶³ une fois les deux premiers mois passés.

55. Cependant, il est des contrats pour lesquels la question de la licéité de la rupture d'un commun accord a dû être réglée par la jurisprudence faute de réponse législative (**A**). Quant à la procédure, le silence prétorien et législatif laisse les parties au contrat de travail seules maîtres à bord (**B**).

A. Une création jurisprudentielle progressive

56. L'article 1134 du Code civil ne prévoyant que le principe, la jurisprudence a dû préciser les effets de la rupture d'un commun accord. La licéité de la rupture d'un commun accord pour les autres types de contrat de travail que ceux évoqués précédemment, fondé sur le droit commun des contrats, a été prononcée par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 19 décembre 1979⁶⁴ en ces termes : « la Cour d'appel a estimé, d'une part, qu'il y avait eu un accord de principe entre les parties le 18 juillet 1974 pour mettre fin au contrat de travail de Fouquet, six mois plus tard, d'autre part, que quels

⁶⁰ B. TEYSSIE ; J-F. CESARO ; A. MARTINON, *Droit du travail, 1. Relations individuelles de travail*, Litec, 2014, p.124

⁶¹ Soc, 21 mars 1996, n° 93-40192.

⁶² Article L. 6222-18 al.2 Code du travail : « Passé ce délai, la rupture ne peut être prononcée que sur accord écrit signé des deux parties ».

⁶³ La Chambre sociale de la Cour de cassation s'est prononcée sur l'obligation de signature par les deux parties faite par le Code du travail dans un arrêt du 5 février 1992. L'accord de rupture doit être signé par l'employeur, l'apprenti et ses représentants légaux.

⁶⁴ Soc, 19 décembre 1979, n° 77-12061, Bull. soc. n° 1022.

qu'en soient ses termes, la lettre du 28 octobre 1974 constituant la mise à exécution de leurs conventions ».

57. Les faits étaient alors d'une simplicité navrante : un salarié et son employeur avaient signé un protocole aux termes duquel le salarié serait licencié selon les formes voulues par la législation, la convention collective et le règlement intérieur. Le licenciement devait prendre effet au 1^{er} novembre 1974 afin que le préavis s'achève le 31 janvier 1975, date à laquelle le salarié percevrait l'indemnité de licenciement correspondante ainsi que celle de congés payés. Trois mois après la signature du protocole, l'employeur adressa une lettre de licenciement au salarié qui cessa de travailler comme convenu le 31 janvier 1975. C'est alors que celui-ci lui reprocha de ne pas avoir respecté la procédure de licenciement et intenta une action afin de percevoir des indemnités. La Cour d'appel de Paris débouta le salarié de ses demandes. Ce dernier forma alors un pourvoi en cassation au moyen notamment que la juridiction d'appel avait dénaturé le protocole prévoyant le licenciement selon les formes voulues par divers textes et que la rupture « négociée » du contrat de travail aurait dû respecter les dispositions légales relatives au licenciement.

En rejetant le pourvoi formé par le salarié, la Chambre sociale valide le raisonnement de la Cour d'appel quant à l'existence même d'un protocole de rupture du contrat de travail. Aucune importance n'est alors accordée aux modalités de rupture prévues par le protocole. En effet, ce dernier prévoyait le licenciement du salarié. Se posait alors la question de savoir si un protocole pouvait être signé au sujet d'un licenciement. En d'autres termes, est-il possible de s'entendre de façon amiable sur la rupture unilatérale du contrat de travail ? La réponse de la Cour de cassation est sans équivoque : dès l'instant où l'employeur et le salarié se sont entendus pour mettre fin au contrat de travail, l'acte de rupture ne peut être un licenciement. L'existence d'un protocole ne semble pas conciliable avec une procédure de licenciement en raison de son caractère unilatéral.

58. Cette décision semble être tout à fait justifiée au regard du régime juridique du licenciement. Cet acte de rupture du contrat de travail est un acte par essence unilatéral puisqu'il impose le choix de l'employeur au salarié qui n'a alors que peu de possibilités pour y échapper. Son caractère unilatéral n'est donc pas conciliable avec le caractère

consensuel d'un protocole de rupture qui a pour seul but de formaliser l'accord entre l'employeur et le salarié sur la rupture du contrat.

59. Grâce à cet arrêt la rupture amiable du contrat de travail à durée indéterminée a acquis ses lettres de noblesse ainsi qu'une réelle autonomie par rapport aux autres actes de rupture. La Cour de cassation a réitéré sa position le 8 février 1989 en des termes bien plus explicites : « le contrat de travail peut prendre fin non seulement par un licenciement ou une démission, mais encore à la suite d'un accord des parties »⁶⁵. Une décision similaire⁶⁶ a été rendue sous le visa de l'article 1134 du Code civil et de l'ancien article L. 121-1 du Code du travail⁶⁷.
60. Cette combinaison n'est pas étonnante puisque l'article tiré du Code du travail, prévoyant notamment que « le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun », justifie le recours à celui tiré du Code civil. Ainsi la disposition législative du Code du travail permet le recours à celle du Code de 1804 et plus particulièrement à son second alinéa permettant à la convention d'être révoquée du consentement mutuel des parties qui l'ont créée. La Cour de cassation, tout en réaffirmant une position vieille de quelques décennies, pose les bases du raisonnement permettant l'utilisation du *mutuus dissensus* en droit du travail. Ainsi le champ d'application (1) et les conditions de validité de la rupture d'un commun accord (2) vont être déterminés.

1. Le champ d'application de la rupture d'un commun accord

61. La licéité de la rupture d'un commun accord concerne tous les contrats de travail (a) mais n'est pas de mise lorsque le salarié bénéficie d'une protection particulière ou qu'il rencontre des difficultés dont l'origine se trouve dans son activité salariale (b).

⁶⁵ Soc, 8 février 1989, n° 86-11022, Bull. civ. V, n° 104.

⁶⁶ Soc, 2 décembre 2003, n° 01-46540, Bull. civ. V, n° 309, p. 311 : « le contrat de travail peut prendre fin non seulement par un licenciement ou par une démission, mais encore du commun accord des parties ».

⁶⁷ Article L. 1221-1 du Code du travail.

a) La rupture d'un commun accord du contrat de travail d'un salarié ordinaire

62. En ce qui concerne les raisons de la rupture amiable d'un contrat de travail à durée indéterminée, la jurisprudence a admis celles de type personnel bien avant celles de type économique.

La Chambre sociale de la Cour de cassation s'est prononcée en ce sens dans un arrêt de 1979⁶⁸. Un salarié accepte sa mutation interne avant d'apprendre quelques mois plus tard que le poste proposé a été supprimé en raison de la conjoncture économique. Il accepte alors la proposition de son employeur d'effectuer un stage de conversion au sein d'une autre entreprise durant une période de trois mois à l'issue de laquelle il y serait embauché. A l'issue de son stage, son employeur lui verse l'indemnité prévue initialement. Un mois plus tard, le salarié présente sa démission à son nouvel employeur et intente une action en demande d'indemnités de rupture à l'encontre du précédent. La Chambre sociale de la Cour de cassation rejette son pourvoi, validant ainsi le raisonnement de la Cour d'appel de Besançon, en énonçant que « le départ de X de la société des équipements Charmilles et son transfert à la société Carpano s'étaient faits d'accord entre les parties ; qu'ayant pris toutes les dispositions nécessaires pour assurer dans de bonnes conditions un nouvel emploi à son représentant, dispositions que celui-ci avait acceptées sans réserve, la cessation de leurs relations était donc le résultat d'un accord, et que la société des équipements charmilles avait remis à son ancien salarié ce dont elle lui était redevable ; qu'en outre la Cour d'appel a estimé que X n'avait pas démontré qu'il eut souscrit les conventions susvisées dont le caractère était incontestablement avantageux pour lui, sous l'influence de l'erreur, du dol ou de la violence ». C'est ainsi que les juges ont reconnu la validité de la rupture amiable pour motif personnel du contrat de travail.

63. La reconnaissance de la rupture amiable du contrat de travail pour motif économique a été progressive. Dans un premier temps, la Cour de cassation a déclaré son illicéité⁶⁹,

⁶⁸ Soc, 30 mai 1979, n° 77-41304, Bull. soc. n° 479.

⁶⁹ Crim, 4 novembre 1982 : Au cours d'une réunion du comité central d'entreprise, le nouveau président du conseil d'administration et la nouvelle directrice du personnel ont proposé aux salariés proches de la retraite de quitter volontairement l'entreprise en échange de primes de départ. Et cela pour éviter de recourir à la procédure de licenciement économique alors applicable. Un mois plus tard, quarante démissions négociées

considérant que « les dispositions du Code du travail relatives aux licenciements économiques, instituées tant dans un but de contrôle de l'emploi que de protection des salariés, ont un caractère d'ordre public ; les parties ne sauraient y déroger en qualifiant différemment de leur seule initiative, la rupture de contrat de travail résultant de la conjoncture économique ».

Ce n'est qu'en 1984 que la Chambre criminelle opéra un revirement de jurisprudence dans son célèbre arrêt Peugeot⁷⁰ considérant dès lors « les protocoles amiables de départ ne peuvent être interprétés comme des licenciements économiques déguisés que lorsque, sur la plainte de l'administration ou des salariés, alléguant des griefs précis, il démontre qu'une fraude à la loi a été commise ».

64. Ainsi, la rupture amiable du contrat de travail pour raison économique n'est plus ni suspectée, ni automatiquement qualifiée de fraude à la loi. Cependant, la Chambre criminelle précise que la validité de la rupture pourra toujours être contestée soit par les salariés, soit par l'administration. D'un côté la jurisprudence de la Chambre sociale se veut quelque peu libérale en acceptant qu'une rupture amiable d'un contrat de travail ait un motif économique mais de l'autre, elle se veut quelque peu sécuritaire envers les salariés. L'équilibre employeur-salarié est dès lors préservé : la rupture amiable du contrat de travail pour motif économique est possible mais reste contestable par le salarié.

65. A son tour, la Chambre sociale se prononce en faveur de la licéité de la rupture amiable du contrat de travail pour motif économique en indiquant que la convention « intervenue en dehors de tout vice du consentement, consacrait la rupture amiable du contrat de travail et comportait pour le salarié le paiement des indemnités auxquelles il aurait eu droit en cas de licenciement ; qu'elle a pu en déduire que cette convention, que

ont été obtenues. Le comité d'établissement intente alors une action à l'encontre du président du CA et de la directrice du personnel pour violation de la procédure de licenciement économiques collectifs. La Cour d'appel de Lyon déboute le comité d'établissement de sa demande le 19 février 1982 et relaxe les prévenus. Sa décision est notamment motivée par la licéité de l'incitation aux départs volontaires. De plus, les juges d'appel considèrent que l'article L. 321-II du Code du travail réprimant les licenciements sans autorisation ou sans respect de la procédure prévues aux articles L. 321-3 dudit Code ne s'applique pas aux démissions négociées. Le comité d'établissement forme alors un pourvoi en cassation. La Chambre criminelle de la Cour de cassation casse et annule l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Lyon.

⁷⁰ Crim, 28 novembre 1984, n° 83-93094, Bull. crim, n° 375, *Arrêt Peugeot*.

le moyen qualifié à tort de transaction, était licite et présentait un caractère obligatoire pour les parties qui l'avaient signée »⁷¹.

66. Cette fois-ci encore, le terrain consensuel est privilégié par l'employeur. Il n'est pas nécessaire d'exposer les avantages que ce dernier peut tirer d'une rupture amiable du contrat de travail le liant à un de ses salariés, avantages d'autant plus conséquents lorsque la rupture du contrat concerne plus de 10 salariés. A y regarder de plus près, les faits de cette espèce ne sont pas si différents de ceux de 1982. En effet, dans ces deux arrêts la procédure de licenciement économique trouvait à s'appliquer.

Dans l'espèce de 1982 l'employeur ne cache pas son souhait de se soustraire à la procédure de licenciement économique et obtient des « démissions négociées » en échange du versement de primes de départ. Les intérêts des salariés volontaires au départ ne semblent pas protégés contrairement à celui de l'employeur. Alors que dans l'espèce de 1986, l'employeur verse au salarié des « indemnités auxquelles il aurait eu droit en cas de licenciement » en échange de la rupture d'un commun accord du contrat. Même si dans cette espèce l'intention de l'employeur n'est pas clairement énoncée, et que l'on peut douter qu'elle soit différente de celle de son homologue de 1982, les intérêts des salariés semblent davantage préservés en ce sens qu'ils percevront une indemnité identique à celle qu'ils auraient perçue en cas de licenciement économique. Ainsi, les intérêts des deux parties au contrat de travail sont préservés puisque d'un côté l'employeur est autorisé à se soustraire à la procédure de licenciement économique dès l'instant où il verse à ses salariés une indemnité dont le montant est égal à celui dû en cas de licenciement économique et de l'autre, les salariés ne sont pas financièrement lésés. Le revirement ainsi opéré par la Chambre sociale est sous doute dû à la différence factuelle existante entre les espèces de 1982 et de 1986, différence factuelle consistant principalement en la sauvegarde des intérêts des salariés.

⁷¹ Soc, 5 mars 1996, n° 84-40233, Bull. civ. V, n° 60, p.48 : Lors de la suppression d'une de ses agences employant 14 personnes, la société Erop propose à ces dernières une « transaction » par laquelle les parties mettaient fin d'un commun accord au contrat les liant, et ce pour convenance personnelle, en échange du versement d'une somme forfaitaire. Pensant avoir été lésés, les salariés demandèrent la nullité de ladite transaction. Débouté de sa demande en appel, un salarié se pourvoit en cassation au moyen entre autre qu'une transaction ne peut régir que les droits qui en font l'objet et qu'elle ne peut avoir lieu avant que ces droits naissent (en l'espèce, la transaction était antérieure à la rupture d'un commun accord du contrat).

67. C'est dans la même logique protectionniste que la Chambre sociale a précisé sa position dans un arrêt rendu le 2 décembre 2003⁷². Un rappel des faits s'impose : le Crédit Lyonnais conclu avec deux syndicats un accord social pour l'emploi visant à réduire l'effectif de l'entreprise en privilégiant les départs volontaires durant une certaine période à l'issue de laquelle des licenciements économiques interviendront. Les départs volontaires sont incités par la mise en place de mesures en faveur de la réorientation externe visant à aider les salariés désireux de créer ou de reprendre une entreprise. Deux volontaires au départ entreprennent toutes les démarches nécessaires pour bénéficier de ces mesures, obtiennent l'acceptation écrite de leur employeur le 1^{er} avril 1996 et cessent de travailler pour ce dernier le 30 avril suivant. Ils ne tardent pas à intenter une action à l'encontre de leur ancien employeur pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. La Cour d'appel de Paris qualifie la rupture du contrat de travail de licenciement économique sans cause réelle et sérieuse et condamne le Crédit Lyonnais à verser diverses indemnités. Son argumentation est simple, la rupture a eu lieu à l'initiative de l'employeur et pour une raison économique (comme cela est indiqué sur les attestations Assedic délivrées aux demandeurs). Elle ne peut donc pas être qualifiée de démission. Ainsi, la rupture du contrat est due à un licenciement économique sans cause réelle et sérieuse car l'acceptation de la demande des salariés par l'employeur est en réalité une lettre de licenciement dépourvue des motifs requis en pareil cas. Le Crédit Lyonnais forme un pourvoi en cassation. La Chambre sociale saisit alors l'occasion de réitérer et d'affiner deux de ses positions : « le contrat de travail peut prendre fin non seulement par un licenciement ou une démission, mais encore du commun accord des parties » ; « la rupture d'un contrat de travail pour motif économique peut résulter d'un départ volontaire dans le cadre d'un accord collectif mis en œuvre après consultation du comité d'entreprise ».

68. Ainsi, le salarié concerné par une procédure de licenciement pour motif économique peut proposer à son employeur une rupture amiable pour motif économique de son contrat de travail dès lors que sa démarche s'inscrit dans le cadre d'un accord collectif. En d'autres termes, dès l'instant où le salarié estime avoir intérêt à proposer à son employeur la rupture amiable de son contrat de travail, il peut le faire même si l'acte de rupture normalement prévu est un licenciement économique.

⁷² Soc, 2 décembre 2003, n° 01-46540, préc.

69. Même si cette espèce se différencie des précédentes, l'intention de la Cour de cassation semble être identique : les intérêts des salariés dont la rupture du contrat de travail pour motif économique est recherchée doivent être protégés. Et il est parfois nécessaire d'emprunter la voie consensuelle de rupture du contrat de travail pour motif économique pour assurer l'effectivité de cette protection.

b) La rupture d'un commun accord du contrat de travail d'un salarié protégé

70. Il y a quelques décennies encore, le salarié victime d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle ne bénéficiait d'aucune protection et pouvait donc être licencié dès lors que son employeur estimait que son absence perturbait le bon fonctionnement de l'entreprise. En d'autres termes, le salarié victime subissait le même sort que celui atteint d'une maladie ordinaire.

71. La jurisprudence est la première à améliorer le sort de ces victimes. Par deux décisions⁷³, la Chambre sociale de la Cour de cassation décide que la maladie prolongée ou l'inaptitude définitive du salarié à son emploi et la rupture du contrat de travail qu'elle entraîne, résultant d'un accident du travail, est imputable à l'entreprise et non à la faute du salarié susceptible de le priver de l'indemnité de licenciement.

72. Le législateur s'inspire alors de la jurisprudence sociale pour accorder au salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle une protection particulière visant à assurer la préservation de son emploi en imposant à l'employeur une obligation de reclassement. La loi du 7 janvier 1981⁷⁴ marque alors un tournant important dans la

⁷³ Soc, 10 juillet 1975, n° 72-40331, Bull. soc. n°96, p. 339 ; Soc, 11 juillet 1975, n° 73-40793, Bull. soc. n°05, p. 346.

⁷⁴ Loi n°81-3 du 7 janvier 1981 relative à la protection de l'emploi des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

reconnaissance de ces victimes. La loi du 31 décembre 1992⁷⁵ viendra renforcer la protection accordée à ces salariés.

73. Le salarié victime d'une maladie professionnelle ou d'un accident du travail est ainsi protégé contre les décisions unilatérales de son employeur relatives à la cessation de leur relation contractuelle. L'article L. 1226-7 du Code du travail prévoit la suspension du contrat de travail des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. Cette suspension ayant pour effet, selon l'article L. 1226-9 du même Code, d'interdire à l'employeur de rompre le contrat de travail sauf « s'il justifie d'une faute grave de l'intéressé, soit de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à l'accident ou à la maladie ». De ce fait, la rupture d'un commun accord du contrat de travail d'un salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle est-elle possible ? L'interdiction faite par l'article L. 1226-9 du Code du travail ne semble concerner que les cas de rupture unilatérale décidée par l'employeur. La démission ainsi que la rupture amiable du contrat de travail paraissent de ce fait possible.

74. La Chambre sociale de la Cour de cassation a toutefois pris la peine de faire la distinction entre la rupture amiable du contrat de travail à l'initiative de l'employeur et la rupture amiable du contrat de travail à l'initiative du salarié victime⁷⁶. En effet, elle sanctionne, sous le visa de l'article L. 1226-9 du Code du travail, le raisonnement tenu par les juges du fond selon lequel la suspension du contrat de travail consécutive à un accident du travail ne fait pas obstacle à la rupture d'un commun accord de ce dernier. Ainsi, l'employeur ne peut faire signer une rupture amiable du contrat de travail à son salarié lorsque le contrat de travail de celui-ci se trouve suspendu à la suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. Toutefois, la rupture amiable du contrat à l'initiative du salarié semble possible même lorsqu'il se trouve suspendu en raison d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

75. Cette position prétorienne est fondée sur l'article L. 1226-9 du Code du travail qui interdit à l'employeur de rompre le contrat de son salarié. Cette disposition ne faisant

⁷⁵ Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage (1).

⁷⁶ Soc, 4 janvier 2000, n° 97-44566, Bull. civ. V, n° 3, p. 2.

référence qu'à l'acte unilatéral de rupture émanant de l'employeur, la Chambre sociale a considéré que la rupture amiable du contrat de travail initiée par ce dernier ne peut être possible. Toutefois, la suspension du contrat de travail du salarié ne le prive ni de sa faculté unilatérale de rompre le contrat de travail, ni de celle lui permettant d'initier la rupture amiable de ce dernier.

76. Cependant, n'est-il pas possible de voir en l'article L. 1226-9 du Code du travail la seule interdiction du licenciement, sa formulation ne faisant référence qu'à l'impossibilité pour l'employeur de rompre le contrat de travail ? La rupture amiable du contrat de travail étant l'acte par lequel l'employeur et le salarié décident de mettre fin à leur relation de travail, elle ne peut être considérée comme un acte patronal de rupture.

77. En ce qui concerne les salariés titulaires d'un mandat, la position jurisprudentielle prohibant la rupture amiable du contrat de travail s'est construite à partir de 1974⁷⁷. En effet, c'est en des termes très généraux que la Chambre mixte de la Cour de cassation a indiqué que « les dispositions législatives soumettant à l'assentissement préalable du comité d'entreprise ou à la décision conforme de l'inspecteur du travail le licenciement des salariés légalement investis de fonctions représentatives, ont institué, au profit de tels salariés et dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun qui interdit par suite à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la résiliation du contrat de travail ». Il est étonnant que la Chambre mixte n'ait pas pris la peine de rappeler que les formalités assurant un tel statut protecteur sont d'ordre public⁷⁸.

⁷⁷ Ch. Mixte, 21 juin 1974, n° 71-81225, Bull. civ. ch. mixte n° 3, p. 4, *Arrêt Perrier*.

⁷⁸ La Chambre sociale de la Cour de cassation s'est prononcée en ce sens dans un arrêt en date du 22 novembre 1967 (Bull. civ. IV n° 733) : « sauf en cas de rupture de contrat par le seul fait de la réalisation d'une condition expresse, les dispositions protectrices des délégués du personnel, doivent être respectées, et qu'il en est ainsi en particulier pour l'appréciation de la gravité des fautes invoquées pour violation d'un règlement intérieur ou d'une clause accessoire des conventions, lesquels ne peuvent instituer à l'encontre des délégués des mesures moins protectrices que celles résultant des textes d'ordre public ». Puis a réitéré sa position le 10 octobre 1984 (n° 82-42694, Bull. civ. V n° 365) : « La clause de l'avenant selon laquelle [le salarié] devait être considéré comme démissionnaire en cas de refus de sa part, d'accepter, à l'achèvement du stage de formation, le poste offert par la société SICPA avait pour conséquence de dispenser celle-ci de l'observation des formalités protectrices des salariés investis de fonction représentatives, même au cas où l'affectation proposée aurait été susceptible d'entraver l'exercice des mandats confiés au salarié ; qu'une telle clause qui emportait par avance renonciation à des dispositions d'ordre public, auxquelles ne sauraient faire obstacle les stipulations d'une convention collective, est nulle et ne peut pas plus fonder la rupture du contrat de travail que trancher son imputabilité ».

78. Si le statut protecteur du salarié protégé est un frein au pouvoir décisionnaire de gestion du personnel de l'employeur, il semble logique que le salarié ne puisse y renoncer par avance. Ainsi, ce statut s'impose tant à l'employeur qu'au salarié. La Chambre criminelle est la première à se prononcer en ce sens. Dans un arrêt du 26 novembre 1985⁷⁹, elle prend position en des termes d'une clarté irréprochable : « ni l'employeur à qui il est interdit de résilier le contrat de travail d'un représentant du personnel sans observer les formalités édictées en faveur de ce salarié, ni celui-ci, qui ne saurait renoncer à une protection qui lui est accordée pour l'exercice de sa mission, ne peuvent conclure un accord pour mettre fin au contrat en dehors des règles légales ».
79. La Chambre sociale⁸⁰ ne tarde pas à reprendre le raisonnement de son homologue criminelle tout en employant des termes très proches de ceux employés par la Chambre Mixte en 1974 : « la protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun instituée par le législateur au profit de salariés investis de fonctions représentatives interdit à l'employeur de poursuivre, par d'autres moyens, la rupture du contrat de travail ; que, par suite, la disposition conventionnelle susvisée ne pouvait priver [le salarié], salarié protégé, du bénéfice des mesures spéciales prévues par la loi en cas de rupture du contrat de travail résultant d'une décision de l'employeur ». Dès lors, toute clause insérée dans le contrat de travail, et valablement acceptée par le salarié titulaire d'un mandat, le privant de la protection accordée par son statut protecteur est nulle. Le statut protecteur est un frein à la fois au pouvoir décisionnaire de l'employeur et à celui de son titulaire.
80. Au fil des décisions rendues par la Chambre sociale, la jurisprudence établie en 1974 s'est précisée. Pour exemple, un arrêt rendu le 12 décembre 1990⁸¹ par lequel la Chambre sociale conditionne la démission du salarié protégé. En l'espèce, un salarié délégué syndical a refusé le changement d'affectation décidé par son employeur et ne s'est pas présenté à son nouveau poste. Son employeur a alors considéré ce refus comme une démission. Le salarié intente une action en demande de dommages-intérêts à l'encontre de son employeur. La Cour d'appel de Rennes condamne ce dernier à

⁷⁹ Crim, 26 novembre 1985, n° 83-90199, Bull. crim, n° 379.

⁸⁰ Soc, 28 janvier 1988, n° 85-43400, Bull. civ. V, n° 81 p. 55.

⁸¹ Soc, 12 décembre 1990, n° 87-43988, Bull. civ. V, n° 667, p. 403.

verser des dommages-intérêts à son salarié. L'employeur se pourvoit en cassation au moyen que la démission du salarié ne doit respecter aucune forme particulière et que ce départ volontaire peut résulter du refus d'accepter un nouveau poste. La Chambre sociale de la Cour de cassation rejette le pourvoi en indiquant que « sauf manifestation de volonté non équivoque du salarié de donner sa démission le contrat de travail d'un salarié protégé ne peut être rompu que par un licenciement ». Ainsi, la démission du salarié protégé est valable lorsqu'elle est non équivoque tandis que la rupture amiable du contrat de travail reste impossible.

81. Neuf ans plus tard, la Chambre sociale⁸², sans doute dans un souci de clarté et d'efficacité, mêle de façon extrêmement claire sa décision de 1967 et celle de la Chambre criminelle de 1985. Sous le visa de l'article 1134 du Code civil et de l'ancien article L. 433-12 du Code du travail⁸³, elle formule à merveille que « les salariés protégés ne peuvent renoncer par avance aux dispositions d'ordre public instituées pour protéger leur mandat »⁸⁴.
82. Toutefois, aucune de ces décisions ne prohibent explicitement la rupture amiable du contrat de travail d'un salarié titulaire d'un mandat. Au fil de ces jurisprudences, le régime de la rupture d'un tel contrat de travail s'est construit autour de l'effectivité de la protection accordée au salarié. Protection accordée afin que ledit salarié puisse exercer dans les meilleures conditions possibles son mandat sans craindre pour son emploi. Comme le souligne Mme Catherine Puigelier⁸⁵, « parce qu'il représente une (ou une des) garantie(s) du respect des droits des salariés, le salarié investi de fonctions représentatives doit être protégé lors de la rupture de son contrat de travail ». Ainsi, la

⁸² Soc, 16 mars 1999, n° 96-44551, Bull. civ. V, n° 125, p. 91 ; C. PUIGELIER, « Les salariés protégés ne peuvent renoncer par avance aux dispositions d'ordre public instituées pour protéger leur mandat », D. 2000, p. 429.

⁸³ Articles L. 2324-10, L. 2324-24, L. 2324-27 et L. 2324-28 du Code du travail.

⁸⁴ Cependant, cette mélodieuse formulation n'est pas l'œuvre de la Chambre sociale mais bien celle que la Chambre criminelle a utilisée dans un arrêt du 4 février 1992 (n° 90-82330, Bull. crim. n° 50, p. 120).

⁸⁵ C. PUIGELIER, « La rupture du contrat de travail des salariés protégés », *Economica*, 1998, p. 1.

rupture de son contrat de travail est soumise à une procédure particulière que l'employeur doit s'efforcer de respecter sous peine d'être coupable du délit d'entrave⁸⁶.

83. Ce n'est que récemment que la Chambre sociale franchit enfin le pas et utilise les termes de « rupture amiable » dans l'une de ses décisions. L'effort est toutefois timide puisque à la lecture de la solution de l'arrêt du 23 janvier 2002⁸⁷, notre attention est attirée par sa composition : « les salariés protégés ne peuvent renoncer par avance, notamment par voie de rupture amiable de leur contrat de travail, aux dispositions d'ordre public instituées pour protéger leur mandat ». Ainsi, les juges ont inséré dans la décision rendue le 16 mars 1999⁸⁸ les termes « par voie de rupture amiable ».

84. La construction jurisprudentielle du champ d'application de la rupture amiable du contrat de travail des salariés protégés a été progressive et parfois tortueuse. Il est aujourd'hui constant de dire que la rupture d'un tel contrat de travail ne peut être recherchée que par le licenciement. Cela se justifiant par la nature même de la protection accordée à de tels salariés. En effet, les termes employés dans l'arrêt Perrier sont révélateurs : « les dispositions législatives soumettant à l'assentissement préalable du comité d'entreprise ou à la décision conforme de l'inspecteur du travail le licenciement des salariés légalement investis de fonctions représentatives, ont institué, au profit de tels salariés et dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun »⁸⁹. La protection accordée au salarié titulaire d'un mandat ne l'est pas dans son intérêt mais dans celui « de la collectivité des travailleurs »⁹⁰. De ce fait, ce n'est pas tant le salarié lui-même qui est protégé contre le pouvoir de son employeur mais l'ensemble de ses collègues. La protection de ces salariés passe alors par celle du titulaire du mandat.

⁸⁶ L'employeur qui ne respecterait pas ces conditions commettrait le délit d'entrave. Articles L. 2411-3 (délégué syndical), L. 2411-4 (salarié mandaté), L. 2411-5 (délégué du personnel) et L. 2421-3 (membres du comité d'entreprise ou d'un représentant du personnel au CHSCT) du Code du travail.

⁸⁷ Soc, 23 janvier 2002, n° 00-40597.

⁸⁸ « Les salariés protégés ne peuvent renoncer par avance aux dispositions d'ordre public instituées pour protéger leur mandat ».

⁸⁹ Ch. Mixte, 21 juin 1974, n° 71-81225, préc.

⁹⁰ *Innovation* technologique, Rapport annuel de la Cour de cassation 2005, p. 259.

Certains auteurs adhèrent à cette conception jurisprudentielle et considèrent qu'un salarié titulaire d'un mandat « ne peut négocier, pour son propre compte, la rupture de son contrat de travail puisque cette rupture ne concerne pas ses seuls intérêts mais aussi ceux de la collectivité »⁹¹.

85. Cette vision altruiste de l'exercice du mandat semble critiquable sur au moins un point. En effet, qu'est-ce qui pourrait empêcher un salarié titulaire d'un mandat de consentir de façon claire et non équivoque à la rupture amiable de son contrat de travail ? Son mandat aurait-il pour effet de vicier tout consentement à une telle rupture ? La faculté unilatérale de rompre son contrat de travail vaut aussi bien pour les salariés ordinaires que pour ceux investis d'un mandat. De ce fait, en quoi une rupture unilatérale serait-elle plus respectueuse des intérêts de la collectivité des travailleurs ? Aucune réponse convaincante ne peut être apportée.

86. La position jurisprudentielle, soutenue par quelques auteurs, est lourde de conséquences car le salarié « protégé » qui souhaite quitter son entreprise n'a pour seule et unique possibilité que de démissionner. Il perd ainsi tous les avantages non négligeables liés à une rupture amiable de son contrat. La protection qui lui est accordée peut, dès lors, se révéler être un véritable carcan le positionnant dans une situation bien plus défavorable que ses collègues simples salariés « ordinaires ». De plus, les salariés dont le contrat de travail est suspendu ne peuvent bénéficier d'une telle rupture⁹² et ce qu'elles que soient les raisons de la suspension du contrat de travail⁹³.

2. Les conditions de validité de la rupture d'un commun accord

87. La licéité de la rupture d'un commun accord est soumise à de nombreuses conditions. Il y a tout d'abord des conditions propres à la nature de la rupture amiable. C'est en ce

⁹¹ J. PELISSIER, « Le recours à la négociation individuelle : les accords de rupture des contrats de travail », Dr. Soc. 1987, n° 6 p. 479 ; C. PUIGELIER, « La rupture du contrat de travail des salariés protégés », préc.

⁹² Y compris lorsque le contrat de travail est à durée déterminée en vertu de l'article L. 1226-18 du Code du travail.

⁹³ C. RADE, « La résolution amiable du contrat de travail sur la sellette », préc.

sens que la Chambre sociale de la Cour de cassation distingue la rupture amiable de la transaction⁹⁴.

88. Il y a ensuite des conditions assurant une protection maximale du salarié. Ainsi, une telle rupture est valable lorsque les deux parties au contrat ont donné de façon claire et non équivoque leur consentement⁹⁵ et en l'absence de tout litige entre les parties⁹⁶. La protection du salarié est aussi assurée par la sanction de toute pratique dolosive et de tout vice du consentement. En effet, la validité d'une rupture d'un commun accord ne peut être prononcée que lorsque l'employeur et le salarié y ont consentie librement⁹⁷. En cas de violence, la victime doit en apporter la preuve et a alors un délai de cinq ans pour demander l'annulation de la rupture amiable de son contrat de travail⁹⁸. Elle pourra alors obtenir la requalification de la rupture d'un commun accord en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

89. La dénomination de cet acte de rupture a évolué au fil de la jurisprudence sociale. Dans son arrêt de 1979, la Chambre sociale emploie les termes d'« accords de principe pour mettre fin au contrat de travail ». Alors que dans celui rendu en 1989, dans lequel elle réitère sa position en des termes d'une clarté irréprochable, elle emploie les termes d'« accord entre les parties »⁹⁹. Plus récemment encore, la Chambre sociale de la Cour de cassation utilise les termes de « commun accord des parties »¹⁰⁰. Quant à la doctrine,

⁹⁴ Soc, 11 février 2009, n° 08-40095, Bull. civ. V, n°43 : lorsqu'il existe un différend entre les parties sur l'exécution et la rupture du contrat de travail au jour de la conclusion de la rupture amiable de ce dernier, cette convention constitue une transaction.

⁹⁵ Soc. 21 mars 1996, n° 93-40192.

⁹⁶ Soc, 26 octobre 1999, n° 97-42846, Bull. civ. V, n° 411.

⁹⁷ Ainsi l'existence de violences verbales ou physiques remet en cause la validité d'une rupture amiable du contrat de travail. Toutefois, nous ne pouvons exclure le cas où l'employeur est lui-même victime de tels agissements de la part de son salarié. Voir en ce sens A. SIRI, « Rupture d'un commun accord du contrat de travail : la violence vicie le consentement », JCP S, 2009, n°49, 1548.

⁹⁸ Soc, 23 février 2005, n° 02-47010.

⁹⁹ Soc, 8 février 1989, n° 86-11022, Bull. civ. V, n° 104, p.63 : « Le contrat de travail peut prendre fin non seulement par un licenciement ou une démission, mais encore à la suite d'un accord entre les parties ».

¹⁰⁰ Soc, 2 décembre 2003, n° 01-46540, préc. : « Le contrat de travail peut prendre fin non seulement par un licenciement ou une démission, mais encore du commun accord des parties ».

elle emploie indifféremment les termes de « rupture d'un commun accord », de « départ volontaire »¹⁰¹, de « départ négocié » ou de « résiliation amiable ou conventionnelle ». Cette multitude de dénominations peut être envisagée comme une véritable source de confusion.

90. Le dernier arrêt cité, rendu sous le visa des articles 1134 du Code civil, L. 1221-1 et L. 1233-3 du Code du travail, confirme le raisonnement que nous avons tenu précédemment : le recours au droit commun des contrats est tout à fait possible¹⁰². Cependant, en l'absence de disposition relative à la rupture d'un commun accord du contrat de travail à durée indéterminée, la Chambre sociale de la Cour de cassation a accompli un travail remarquable au fil des années en définissant les conditions de validité d'un tel acte de rupture.

91. Le caractère consensuel de la rupture d'un commun accord n'impose pas aux parties d'accomplir toutes les étapes « main dans la main ». En effet, l'ouverture des négociations peut se faire indifféremment à l'initiative de l'employeur ou du salarié. Ce qui permet au salarié, auteur d'une faute grave, qui craint d'être licencié et qui souhaite garder la maîtrise de sa carrière de négocier son départ¹⁰³. Le recours à une rupture amiable du contrat de travail peut aussi être envisagé comme une solution alternative à un licenciement si et seulement si la décision de rompre unilatéralement la relation à une date déterminée par l'employeur n'a pas été indiquée au salarié¹⁰⁴. Toutefois, aucune règle impérative interdit à l'employeur de licencier son salarié alors même que la négociation de la rupture du contrat de travail a débuté¹⁰⁵.

¹⁰¹ R. VATINET, « Le mutus dissensus », préc.

¹⁰² A. LYON CAEN, « Rupture amiable du contrat lors d'un licenciement économique », D. 2004 p. 389.

¹⁰³ « Ruptures conventionnelles du contrat de travail » Dossiers pratiques Francis Lefebvre ; J. SAVATIER, « La résiliation amiable du contrat de travail », Dr. soc, 1985 p. 692.

¹⁰⁴ Soc, 6 novembre 1996, n° 93-46197.

¹⁰⁵ Soc, 25 octobre 1989, arrêt n° 3661, n° 86-44143.

B. Une procédure quasi inexistante

92. Sauf en cas de rupture d'un commun accord pour motif économique¹⁰⁶, aucune procédure ne doit être impérativement respectée. De ce fait, la rédaction d'un écrit n'est que vivement conseillée. Lorsque la rupture amiable du contrat de travail est effectuée sans écrit, des difficultés évidentes peuvent survenir. Néanmoins, nous ne pouvons que féliciter la clémence de la jurisprudence en la matière. En effet, la rédaction de l'écrit peut valablement se faire au sein de l'entreprise¹⁰⁷ afin, sans aucun doute, de simplifier les démarches et d'encourager l'employeur et le salarié à formuler leur accord de rupture de cette façon. De plus, aucune référence à l'article 1134 du Code civil n'est obligatoire¹⁰⁸. La licéité de la rupture d'un accord du contrat de travail n'a été possible que grâce à l'intervention répétée de la jurisprudence sociale. Toutefois, cet acte de rupture est aujourd'hui encore vivement critiqué par une partie de la doctrine.

§2 La controverse de la rupture d'un commun accord du contrat de travail

93. Aujourd'hui encore, une partie de la doctrine est hostile à l'utilisation de la rupture amiable du contrat de travail en raison du conflit existant entre consensualisme et unilatéralisme (**A**) et du silence législatif (**B**).

¹⁰⁶ Obligation faite par l'article L. 1233-3 du Code du travail.

¹⁰⁷ CA Poitiers, 26 novembre 1996, n° 95-3797.

¹⁰⁸ CA Douai, 30 mars 2001, n° 99-1053.

A. Le conflit entre consensualisme et unilatéralisme

94. La rupture amiable du contrat de travail est envisagée par certains auteurs comme un moyen pour les employeurs de contourner la procédure de licenciement. Un simple comparatif procédural permet de prendre conscience des avantages que l'employeur pourrait tirer d'une telle rupture imposée à son salarié. Ce risque a été dénoncé dès 1973¹⁰⁹, certains auteurs appelant les magistrats à effectuer un travail de qualification sans faille afin d'éviter tout contournement de la procédure de licenciement. Certaines pratiques peu honnêtes des employeurs, consistant à se soustraire volontairement à la procédure de licenciement, ont fondé la crainte doctrinale. Cependant, il est excessif de suspecter tous les employeurs de détournement procédural.
95. Malgré tout, il est aujourd'hui impossible de considérer que la rupture amiable n'est qu'un moyen frauduleux d'échapper aux règles d'ordre public du licenciement et ce, notamment en raison de la jurisprudence sociale relative aux départs volontaires dans le cadre d'un licenciement économique. Ce conflit entre la rupture amiable et le licenciement n'est qu'apparent puisqu'elle n'est pas toujours mise en œuvre de façon détournée. Il est donc totalement inutile de suspecter tout employeur lors de la rupture d'un commun accord du contrat de son salarié.
96. Même si l'initiative d'une telle rupture est libre, elle est majoritairement patronale ce qui renforce les craintes doctrinales d'avoir affaire à un licenciement déguisé. Une rupture amiable du contrat de travail proposée par l'employeur à son salarié conserve-t-elle la qualification amiable ? Le salarié ne va-t-il pas être contraint d'accepter la rupture de son contrat de travail en raison de son état de subordination ?
97. La prise en compte de l'état de subordination n'est pas un argument opportun car la validité de la relation contractuelle pourrait, elle aussi, être remise en cause. En effet, le salarié est subordonné à son employeur uniquement lors de l'exécution des tâches qui lui sont confiées. L'employeur ne peut donc pas faire valoir cet état pour contraindre

¹⁰⁹ G. LYON CAEN et M-C. BONNETETE, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », Dr. soc, 1973, p. 493.

son salarié à accepter la rupture amiable de son contrat. Considérer que l'état de subordination est une source de vice du consentement du salarié remet alors en cause la validité du contrat de travail.

98. Une tendance jurisprudentielle récente a tenté de répondre à cette interrogation sans grand succès. Dans un arrêt du 6 juin 2007¹¹⁰, la Chambre sociale de la Cour de cassation apporte quelques précisions en ce qui concerne la qualification de la rupture d'un commun accord du contrat de travail. Suite à la fusion de l'association pour laquelle il travaillait avec un autre établissement, un salarié est passé au service de l'entité nouvellement créée. Le règlement d'entreprise alors applicable prévoyait notamment en son article 14 que le salarié dont l'emploi ou le contrat de travail est affecté par une opération de fusion ou de concentration peut, dans l'hypothèse où son licenciement pourrait être évité, se porter candidat à un licenciement pour motif économique. Le bénéfice de cette disposition lui ayant été accordé et son licenciement pour motif économique prononcé, ce dernier en contesta le bien fondé.

La Cour d'appel de Versailles déclara le licenciement sans cause réelle et sérieuse au motif que la lettre de licenciement était insuffisamment motivée. L'ancien employeur forma un pourvoi en cassation. La teneur de ce dernier était très simple : le contrat de travail a été rompu à l'initiative du salarié. En effet, les faits parlent d'eux-mêmes, le salarié s'est porté candidat à un licenciement économique. De ce fait, la rupture du contrat de travail n'est pas due à un licenciement pour motif économique mais au départ volontaire du salarié.

Le pourvoi est rejeté par la Cour de cassation qui précise sa jurisprudence antérieure relative à la qualification de la rupture amiable du contrat de travail. En effet, elle approuve le raisonnement tenu par les juges du fond quant à la motivation du salarié. C'est à la suite de la modification unilatérale de son contrat de travail que le salarié a demandé le bénéfice de l'article 14 du règlement d'entreprise. Ainsi, sa décision a été conditionnée par cette modification. De ce fait, la rupture de son contrat de travail est consécutive à un licenciement économique sans cause réelle et sérieuse. La qualification de rupture amiable du contrat de travail dépendrait donc de la cause de la rupture. En d'autres termes, il ne faut pas qualifier trop hâtivement la rupture d'amiable dès lors que

¹¹⁰ Soc, 6 juin 2007, n° 05-42025 ; A. FABRE, « A la recherche du critère de qualification de la résiliation amiable du contrat de travail », préc. ; P. LOKIEC, « Rupture conventionnelle », Dalloz Encyclopédie, Répertoire de droit du travail, 2013.

le salarié en a pris l'initiative. Il faut tout d'abord rechercher si l'initiative salariale n'a pas été conditionnée par un acte patronal mettant en cause l'existence de son emploi. Cette initiative devenant alors une conséquence logique de la décision patronale, peut être prise dans l'espoir de voir le salarié se diriger volontairement vers la sortie. Si tel est le cas, la rupture du contrat de travail ne pourra être une rupture d'un commun accord mais bel et bien un licenciement. De ce fait, sanctionner automatiquement toute rupture amiable d'initiative patronale n'est pas envisageable.

99. Les opposants à la compatibilité de la rupture d'un commun accord avec le licenciement interprètent de façon restrictive l'article L. 1231-4 du Code du travail interdisant aux parties au contrat de « renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles » prévues par le Code du travail en matière de licenciement en raison des conséquences d'une telle renonciation¹¹¹.

Dans un arrêt récent¹¹², la Chambre sociale a rappelé une solution rendue en 1984¹¹³. Un salarié engagé par contrat à durée indéterminée signe un contrat à durée déterminée avec son employeur. Après avoir signé le reçu pour solde de tout compte, il saisit la juridiction prud'homale considérant que la rupture de son contrat de travail est imputable à son employeur. La rupture du contrat est qualifiée de licenciement sans cause réelle et sérieuse en appel. L'employeur fait valoir dans son moyen au pourvoi que « les parties sont libres de transformer la nature de leur relation de travail, initialement à durée indéterminée, en un contrat à durée déterminée, lequel prend alors fin normalement par la survenue de son terme sans qu'une procédure de licenciement ne soit nécessaire » et qu'aucun vice du consentement de venant affecter la validité du contrat à durée déterminée, les juges du fond auraient dû lui reconnaître une valeur juridique.

¹¹¹ La renonciation aux règles du licenciement induisant celle aux garanties accordées aux salariés. Voir Soc, 10 octobre 1984, n° 82-42694, Bull. civ. V, n° 365 : une clause, insérée dans le contrat de travail d'un délégué du personnel, prévoit que ce dernier s'engage à occuper un poste en relation avec le stage qu'il vient de suivre et ce quelle qu'en soit la localisation et qu'en cas de refus le salarié sera considéré comme démissionnaire. La solution rendue par la Cour de cassation est sans appel puisqu'elle déclare la nullité d'une telle clause qui a pour effet de renoncer par avance à des dispositions d'ordre public.

¹¹² Soc, 25 mars 2009, n° 06-46330, Bull. civ. V, n° 87.

¹¹³ Soc, 10 octobre 1984, n° 82-42694, préc.

Le pourvoi est rejeté par la Haute juridiction sous le visa de l'article L. 1231-4 du Code du travail : « l'interdiction de renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles relatives au licenciement qui résulte de l'article L. 122-14-7, alinéa 3, devenu L. 1231-4 du code du travail, rend sans effet la signature, d'un contrat à durée déterminée alors que le contrat à durée indéterminée est toujours en cours d'exécution ».

100. Même si cet arrêt ne met pas en balance le licenciement et la rupture d'un commun accord du contrat de travail, il réaffirme l'interdiction selon laquelle on ne peut renoncer par avance aux règles relatives au licenciement. Et ce, que ce soit par l'insertion d'une clause dans un contrat ou par la conclusion d'un contrat à durée déterminée alors que le contrat à durée indéterminée n'a pas été rompu¹¹⁴. Comme l'indique Madame Françoise Boussez, nous sommes actuellement « face à la multiplication des modes, atypiques, de rupture du contrat à durée indéterminée, la fermeté du principe protecteur est remarquable »¹¹⁵.

101. L'impérativité des règles relatives au licenciement exclue-t-elle le recours à la rupture amiable du contrat ? Cet article doit-il être interprété comme interdisant toute rupture d'un commun accord du contrat de travail ? En raison de cette interprétation doctrinale, la validité de la rupture amiable du contrat de travail peut être remise en cause. Cette analyse traduit le manque de confiance doctrinale accordé aux employeurs.

102. Il semble toutefois plus correct d'interpréter cet article comme interdisant l'insertion de clause contractuelle prévoyant la rupture du contrat de travail en cas de réalisation d'un événement précisément défini. Cette clause ayant pour véritable effet d'écarter par avance le recours à la procédure de licenciement, et ce même dans les cas où elle serait le seul acte de rupture du contrat de travail valable. Il semble difficile de considérer que le recours à la rupture amiable du contrat de travail puisse être considéré comme une renonciation aux règles d'ordre public du licenciement. L'utilisation législative du terme « par avance » ne vise donc pas le cas de la rupture d'un commun accord du contrat de travail qui a pour seul et unique but de faire cesser la relation de travail par

¹¹⁴ H. KOBINA GABA, « Renonciation par avance du salarié et de l'employeur aux règles d'ordre public du licenciement », D. 2009, p. 1580.

¹¹⁵ F. BOUSSEZ, « Pas de novation d'un CDI par conclusion d'un CDD », JCP S, 2009, 1337, n° 30.

une volonté commune comparable à celle ayant permis la création de cette relation contractuelle.

B. La rupture amiable face au silence législatif

103. La réforme du Code du travail a fait cesser la virulente critique doctrinale relative à la licéité du recours à la rupture d'un commun accord. En effet, l'ancien article L. 122-4 du Code du travail ne faisait référence qu'aux actes unilatéraux de rupture, justifiant ainsi la mise à l'écart des actes consensuels de rupture¹¹⁶. Certains auteurs voyaient en lui une impérativité excluant le recours à un acte consensuel de rupture, « le contrat de travail sans détermination de durée peut cesser à l'initiative de l'une des parties », alors qu'il ne s'agit que d'une possibilité.

104. Cette position doctrinale tombe face à la prohibition des engagements perpétuels. Considérer cette disposition comme une limite aux actes consensuels de rupture est beaucoup trop réducteur. En réalité, elle ne fait que règlementer la faculté patronale de rompre le contrat de travail. L'abstention législative, en ce qui concerne les contrats de travail à durée indéterminée, n'est en aucun cas révélatrice de l'illicéité de la rupture d'un commun accord. Il n'est donc pas opportun de réserver cet acte de rupture aux seuls contrats de travail à durée déterminée et aux contrats d'apprentissage pouvant ainsi être rompus en vertu de dispositions expresses contenues dans le Code du travail. On se rend bien compte qu'une telle analyse n'est pas convaincante. Pourquoi le silence du législateur devrait-il être interprété comme excluant la rupture amiable des contrats à durée indéterminée ? A cette question, la seule énonciation du principe de la prohibition des engagements perpétuels apporte une solution satisfaisante.

105. Toutefois, certains auteurs considèrent que la volonté législative n'est respectée que dans l'hypothèse où l'on déduit l'exclusion des textes contenus dans le Code civil de

¹¹⁶ L'utilisation de la rupture d'un commun accord viderait de sa substance l'article L. 122-14 du Code du travail.

l'existence de ceux dans le Code du travail¹¹⁷. Pourquoi le législateur aurait-il pris la peine de créer le Code du travail si la substitution de ces règles au profit de celles issues du Code civil est possible ? Le travail législatif ayant permis la création d'un Code spécifique aux relations de travail est alors envisagée comme l'exclusion du recours à tout autre Code. La mise en œuvre de ce raisonnement aurait pour conséquence d'exclure le *mutuus dissensus* du cadre contractuel de la relation de travail et plus largement celle de l'application des techniques issues du droit commun des contrats.

106. Cette controverse doctrinale est aujourd'hui close, l'article L.1231-1 du Code du travail prévoyant désormais la rupture d'un commun accord du contrat à durée indéterminée¹¹⁸. De plus, exclure la rupture amiable des contrats à durée indéterminée renforcerait la précarité de ce type de contrat.

En effet, c'est à tort que l'on considère que le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée se trouve dans une situation bien plus stable et pérenne que celui se trouvant dans une relation de travail à durée déterminée. Les actes de rupture d'un contrat à durée déterminée sont créateurs de stabilité relationnelle puisque seule la volonté commune des contractants peut mettre fin à la relation de travail. Alors que dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, la volonté d'un seul contractant suffit à mettre fin à la relation de travail¹¹⁹.

107. Malgré toutes les critiques doctrinales formulées à l'encontre de la rupture d'un commun accord du contrat de travail, la Chambre sociale de la Cour de cassation ne s'est pas laissée influencer et accorde, aujourd'hui encore, la même légitimité à cet acte de rupture. Ce constat est révélateur : la magistrature, en contact quotidien avec les acteurs de la relation de travail, accorde une confiance plus grande que la doctrine aux employeurs.

¹¹⁷ J. PELISSIER, « Droit civil et contrat individuel de travail », Dr. soc. 1988, p. 392.

¹¹⁸ P. LOKIEC, « Rupture du contrat », Dalloz Encyclopédie, Répertoire de droit du travail, 2013 ; Article L. 1231-1 du Code du travail : « Le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié, ou d'un commun accord, dans les conditions prévues par les dispositions du présent titre ».

¹¹⁹ G. AUZERO, « La validité des clauses de rupture anticipée dans les contrats de travail à durée déterminée », Dr. soc. 2001, p. 17.

Chapitre 2 La validité des clauses de rupture du contrat de travail

108. Contrairement au contrat de travail à durée indéterminée, le contrat à durée déterminée peut valablement contenir des clauses de rupture anticipée. Cela permettant à l'employeur et au salarié de s'entendre dès la conclusion du contrat de travail sur les modalités de cessation de leur relation contractuelle (**Section 1**). Comme leur nom l'indique, les accords de rupture sont antérieurs à la rupture du contrat et ne peuvent donc prévoir le règlement d'hypothétiques différends pouvant naître à l'occasion de cette dernière. Et même si cela peut sembler étrange, il est courant de s'entendre à l'avance sur l'éventualité d'un différend. Dans ce cas, les parties au contrat de travail, ne pouvant recourir à des clauses de rupture, doivent se tourner vers la transaction dont le régime juridique est bien différent (**Section 2**).

Section 1 Les accords de rupture relatifs au contrat à durée déterminée

109. Le contrat de travail à durée déterminée est très souvent envisagé comme étant « atypique »¹²⁰ du fait de sa spécificité. Ce caractère atypique se déduit notamment de l'article L. 1221-2 du Code du travail, article prévoyant en son alinéa premier que « le contrat à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail ». Ainsi, le contrat à durée déterminée serait la forme anormale et spéciale de la relation de travail. Anormale, personne ne peut vraiment l'affirmer¹²¹. Spéciale, sans aucun doute. En effet, ce contrat est une forme spéciale de la relation de travail puisqu'il prévoit dès sa conclusion un terme fixe et un objet déterminé. Cependant, cette exception est bien prévue par le second alinéa de l'article L. 1221-1 du Code du travail : « Toutefois, le contrat de travail peut comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion ou résultant de la réalisation de l'objet pour lequel il est conclu dans le cas et dans les conditions mentionnés au titre IV relatif au contrat de travail à durée déterminée ».

¹²⁰ F. PETIT, *Droit des contrats de travail*, Gualino, 2013, p. 128.

¹²¹ Cependant, l'article L. 1242-1 du Code du travail indique que le contrat à durée déterminée ne « pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ». Le recours au contrat à durée déterminée ne peut donc être justifié que pour un emploi lié à l'activité anormale de l'entreprise.

Nous ne pouvons que remarquer l'emploi de l'adverbe « toutefois » justifiant ainsi l'éventuel recours à un tel contrat. C'est la loi du 25 juin 2008, portant modernisation du marché du travail, qui est à l'origine de la rédaction actuelle de l'article L. 1221-1 du Code du travail. C'est plus particulièrement l'article 1^{er} de cette loi qui a affirmé la primauté du contrat de travail à durée indéterminée et a ainsi relégué au second plan le contrat de travail à durée déterminée. Ainsi le principe et son exception sont créés.

110. Ce caractère peut aussi être déduit de l'organisation même du Code du travail. Le Livre deuxième consacré au contrat de travail est ainsi construit : Titre I Champ d'application, Titre II Formation et exécution du contrat de travail, Titre III Rupture du contrat de travail à durée déterminée, Titre IV Contrat de travail à durée déterminée, Titre V Contrat de travail temporaire et autres contrats de mise à disposition, Titre VI Salariés détachés temporairement par une entreprise non établie en France et enfin Titre VII Chèques et titres simplifiés de travail. Notre énumération aurait pu prendre fin dès l'annonce du Titre IV effectuée mais l'exhaustivité dont nous faisons preuve ne pourra nous être reprochée. Les dispositions seraient-elles classées par importance ? Notre réponse doit être nuancée pour prétendre à la justesse.

Il semble peu imaginable que le législateur ait analysé l'importance de chaque titre pour en choisir la place. De plus le terme « importance » ne doit pas être entendu dans son acception première : un contrat à durée indéterminée n'est pas plus important qu'un contrat à durée déterminée. Une telle appréhension de ce terme conduirait à rendre prioritaires les conflits prudhommaux relatifs à un contrat à durée indéterminée et à laisser les salariés sous contrat à durée déterminée patienter sagement en attendant leur tour. Il nous est donc impossible de considérer que l'organisation du Livre Deuxième du Code du travail est le reflet de l'importance donnée au contrat à durée indéterminée. Il semble plus raisonnable de voir en cette organisation la réalisation du souhait du législateur de 2008.

111. De plus, une certaine lecture de l'article L. 1242-2 du Code du travail peut mener à voir une hiérarchisation entre le contrat à durée indéterminée et le contrat à durée déterminée. En effet, cet article prévoit les cas permettant la conclusion d'un contrat à durée déterminée. Outre le remplacement d'un salarié absent ou travaillant temporairement à temps partiel ou dont le contrat de travail est suspendu ou encore dont le départ est définitif, un contrat à durée déterminée peut être conclu pour remplacer un

salarié dans l'attente de son entrée en service effective, salarié embauché par contrat à durée indéterminée « appelé à le remplacer ». Ainsi, le recours à un contrat à durée déterminée est possible dans l'attente de l'arrivée d'un nouveau salarié embauché pour une durée indéterminée pour remplacer le salarié embauché dans cette attente. Le contrat à durée déterminée est alors utilisé comme « figurant ». On peut se demander pourquoi le Code du travail prévoit une telle possibilité alors qu'il serait bien plus simple d'embaucher à durée indéterminée le salarié sous contrat à durée déterminée.

Il est toutefois nécessaire d'envisager l'hypothèse dans laquelle le salarié à durée déterminée refuse de conclure un contrat de travail à durée indéterminée. Cependant, l'employeur aurait-il une raison quelconque de ne pas proposer à son salarié temporaire la stabilité de son emploi ? Un employeur insatisfait par son salarié peut ne pas lui proposer de conclure un contrat à durée indéterminée. Un salarié titulaire d'un contrat à durée déterminée est-il dans l'impossibilité d'assurer la même fonction dès lors qu'il est embauché pour une durée indéterminée ?

112. Existe-t-il des castes : celle des « dalit » travaillant exclusivement pour une durée déterminée et celle des « brâhmanes »¹²² travaillant pour une durée indéterminée ? A ces deux dernières questions, la réponse qui s'impose est bien entendu négative. Un salarié n'est pas prédestiné, en début de carrière, à cumuler les contrats à durée déterminée ou à conclure un seul et unique contrat à durée indéterminée. Il n'est donc pas possible, une fois encore, de considérer que le Code du travail accorde plus d'importance au contrat à durée indéterminée qu'à celui à durée déterminée. De ce fait, la spécificité du contrat à durée déterminée se déduit en grande partie de l'article L. 1221-1 du Code du travail en ce sens qu'il prévoit dès sa conclusion un terme précis.

113. La spécificité de ce contrat concerne aussi ces modes de rupture dont sont exclus le licenciement et la démission. En effet, le principe est que le contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant son terme qu'en cas d'accord des parties, de force majeure ou de faute grave. La rupture unilatérale n'est donc possible qu'en cas de faute grave et de force majeure. Nous comprenons donc que la rupture unilatérale du contrat n'est pas une chose aisée en raison de la faible probabilité d'apparition de l'un de ces

¹²² En Inde, la société est divisée en quatre castes dont la plus prestigieuse, celle des *brâhmanes*, est composée par les prêtres et les enseignants. Les *dalit* sont exclus du système de caste et accomplissent les tâches les plus dégradantes. C'est ce que nous appelons les *Intouchables*.

éléments. Ainsi, la rupture du contrat semble plus aisée dès lors que les parties sont consentantes pour mettre un terme à leur relation.

114. Quoi de plus simple de convaincre son partenaire contractuelle de la nécessité de rompre la relation entretenue dès lors que l'on ne satisfait plus les obligations imposées par le contrat ? Ainsi, la rupture du contrat de travail à durée déterminée peut être consécutive à un accord amiable de rupture des parties. De ce fait, n'est-il pas possible de considérer que le choix du cadre contractuel du contrat à durée déterminée ne reflète pas l'accord amiable de rupture du contrat ? Cet accord étant bien entendu antérieur à l'exécution même du contrat (§1). De plus, au nom du principe de liberté contractuelle les parties au contrat ont le loisir d'y insérer les clauses qu'elles souhaitent afin d'adapter au mieux l'outil contractuel à leur besoin. Dès lors, elles peuvent s'entendre sur une clause de rupture anticipée du contrat dont la validité est depuis longtemps discutée par notre Haute juridiction (§2).

§1 Le choix du cadre juridique

115. Le caractère atypique du contrat de travail à durée déterminée ayant précédemment été démontré, il ne nous paraît pas nécessaire d'exposer à nouveau nos développements. Toutefois, n'est-il pas possible de caractériser ce contrat d'atypique pour une autre raison que celles déjà évoquées ?

116. Nous l'avons compris, le contrat de travail à durée déterminée est un contrat atypique car il prévoit dès sa conclusion une date de cessation de la relation contractuelle. La fixation de son terme est expressément prévue par le premier alinéa de l'article L. 1242-7 du Code du travail. Cependant, il n'est jamais bon de faire des généralités et donc d'affirmer que tout contrat à durée déterminée prévoit un terme précis. En effet, le second alinéa de l'article L. 1242-7 du Code du travail prévoit cinq hypothèses dans lesquelles la date de fin du contrat de travail n'est pas prévue. Tout d'abord, le contrat à durée déterminée n'a pas de terme précis dès lors qu'il est conclu pour remplacer un salarié absent. Dans ce cas, le contrat prendra fin lors du retour du salarié. Les quatre autres exceptions concernent le remplacement d'un salarié

dont le contrat de travail est suspendu, l'attente d'entrée en service d'un salarié embauché pour une durée indéterminée, les emplois à caractère saisonnier ou ceux pour lesquels il est constant de ne pas recourir à des contrats à durée indéterminée et enfin le remplacement « d'un chef d'entreprise artisanale, industrielle ou commerciale, d'une personne exerçant une profession libérale, de son conjoint participant effectivement à l'activité de l'entreprise à titre professionnel et habituel ou d'un associé non salarié d'une société civile professionnelle, d'une société civile de moyens ou d'une société d'exercice libéral »¹²³ ou « du chef d'une exploitation agricole ou d'une entreprise mentionnée aux 1° à 4° de l'article L. 722-1 du code rural et de la pêche maritime, d'un aide familial, d'un associé d'exploitation, ou de leur conjoint mentionné à l'article L. 722-10 du même code dès lors qu'il participe effectivement à l'activité de l'exploitation agricole ou de l'entreprise »¹²⁴.

117. Dès lors que le terme du contrat est imprécis, la relation de travail n'est pas automatiquement requalifiée en contrat de travail à durée indéterminée. Toutefois, cette requalification est faite lorsqu'aucune durée minimale n'est indiquée. Le contrat à durée déterminée, à défaut de prévoir un terme précis, doit prévoir une durée minimale. Ainsi, que le contrat à durée déterminée soit conclu pour une durée précise ou une durée minimale, il prévoit toujours son cadre temporel. L'employeur fixe avec plus ou moins de précision la date de fin de contrat afin que son salarié puisse déterminer, là encore avec plus ou moins de précision, la date à laquelle il ne sera plus lié à l'entreprise.

118. Le marché du travail français est ainsi fait, la phase de recrutement est souvent longue et douloureuse que ce soit pour l'employeur, qui cherche le salarié le plus performant, ou pour le salarié, qui cherche un emploi. C'est à tort que l'on oublie souvent l'importance de la phase de recrutement pour l'employeur, notamment lorsqu'il dirige une petite ou moyenne entreprise. Même si la relation contractuelle qu'il entreprend avec le salarié n'est que temporaire, car délimitée dans le temps par le contrat de travail, elle doit être la plus paisible possible. Nous l'avons déjà indiqué, l'article L. 1243-1 du Code du travail ne prévoit qu'un seul mode consensuel de rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée tandis qu'il prévoit un mode unilatéral rendu possible en

¹²³ Article L. 1242-2, 4° du Code du travail.

¹²⁴ Article L. 1242-2, 5° du Code du travail.

cas de faute grave ou de force majeure. L'employeur qui se trompe donc de salarié sera, dans la majorité des cas, contraint de le conserver dans ses effectifs jusqu'à la date prévue de fin de contrat. Les restrictions prévues par l'article L. 1243-1 peuvent être appréciées par l'employeur comme la sanction de son mauvais recrutement. Il a alors tout intérêt à consacrer le temps nécessaire à la recherche de « la perle rare ».

119. Une fois que cette première phase est terminée, une seconde débute. Il s'agit de celle durant laquelle le salarié accepte ou pas la proposition d'emploi qui lui est faite. Cette proposition, bien que verbale dans un premier temps, est matérialisée dans un document écrit : le contrat de travail à durée déterminée. Conformément aux dispositions du Code du travail, le contrat de travail à durée déterminée doit comporter certaines informations sous peine d'être requalifié en contrat à durée indéterminée. Il précise donc la raison pour laquelle il est conclu mais aussi son terme précis ou minimal, comme nous l'avons déjà indiqué. Dès lors que le salarié et l'employeur ont apposé leur signature sur ledit document, le contrat de travail à durée déterminée est conclu et la relation contractuelle débute.

120. Cependant, signer est aujourd'hui devenu un acte banal. Mais signer un contrat, que ce soit un contrat de vente ou un contrat de travail, est un acte lourd de conséquences car il engage les parties mais surtout matérialise leur consentement à la relation contractuelle prévue. Rappelons-le, le consentement est une des conditions essentielles à la formation d'un contrat¹²⁵. De ce fait, n'est-il pas possible de considérer que la conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée est un accord amiable de rupture dudit contrat en ce sens que la date de rupture du contrat est déjà fixée au moment de la conclusion ? Pour tenter de répondre à cette question, il est nécessaire d'appréhender un par un les termes suivants : accord amiable de rupture du contrat de travail.

121. Commençons par le terme « d'accord ». La conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée est bien significative d'un accord. Sinon pourquoi l'employeur et le salarié signeraient-ils un contrat les unissant s'ils n'étaient pas d'accord sur les conditions de leur relation contractuelle de travail ? Certes il s'agit d'un accord sur la qualification de

¹²⁵ « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation ».

l'emploi, les conditions de travail, la rémunération mais aussi d'un accord sur la durée de la relation contractuelle. L'accord sur cet élément est essentiel car c'est lui qui permet l'existence des contrats de travail à durée déterminée. Il est vrai que cet accord est global puisque les parties acceptent l'intégralité du contrat. En revanche, cette globalité n'affecte en rien la qualification du contrat.

122. Poursuivons notre analyse par le terme « amiable » qui se définit soit comme la conciliation d'intérêts opposés, soit comme l'entente de gré à gré. Nous le savons déjà, la relation de travail est, depuis toujours, considérée comme déséquilibrée du fait de l'opposition entre les intérêts antagonistes des deux parties. Toutefois, le contrat de travail parvient à concilier au mieux les intérêts de l'employeur et ceux de son salarié. Ainsi, l'accord des parties matérialisé par la signature du contrat peut être qualifié d'amiable. Cet accord amiable porte alors sur le contrat de travail et donc sur sa durée.

123. Le troisième terme à appréhender est celui de « rupture ». Une rupture est couramment définie comme « le fait de rompre des relations »¹²⁶. Est-il possible de considérer que le terme du contrat prévu dès sa conclusion peut-être qualifié de rupture ? L'arrivée du terme prévu du contrat entraîne *de facto* la cessation de la relation contractuelle. De ce fait, l'accord amiable sur le terme matérialisé par la signature du contrat peut s'apparenter à un accord sur la rupture de celui-ci.

124. Il ne nous reste plus qu'à aborder les termes de « contrat de travail » pour que notre analyse soit complète. Cependant, il ne semble pas nécessaire d'apporter la preuve que le contrat de travail à durée déterminée est un contrat de travail, cela se déduisant de son intitulé même. La déduction logique du raisonnement que nous venons de mener est que le contrat de travail à durée déterminée vaut lui-même accord de rupture amiable du contrat de travail.

125. En effet, dès la conclusion du contrat les deux protagonistes sont d'accord, et ce de façon non équivoque, sur la date de fin de la relation contractuelle. Ils savent par avance que, sauf faute grave ou cas de force majeure, le contrat qui les lie ne pourra être rompu que de leur consentement mutuel. Ce consentement ne peut être, selon le Code du

¹²⁶ Le Petit Larousse Illustré, 100^{ème} édition, 2005.

travail, que postérieur à la conclusion du contrat, c'est-à-dire qu'il ne peut apparaître que durant l'exécution du contrat. Cependant, lorsque l'employeur et le salarié signent le contrat de travail ils acceptent tous les deux le principe de rupture à une date déterminée de leur union.

Cette acceptation est donc révélatrice d'un accord, tacite ou implicite, de rupture amiable du contrat de travail. Il est vrai, comme nous l'avons déjà évoqué, que le droit du travail a sa propre définition du terme de « rupture »¹²⁷ puisqu'elle exclut le cas de fin normale du contrat. La rupture ne concerne que la cessation des relations contractuelles pour une raison extérieure au contrat lui-même. Lorsqu'un contrat de travail à durée déterminée arrive à son terme, il n'est pas rompu mais prend tout simplement fin. Cette situation correspond à la « vie normale » du contrat. Alors qu'un contrat de travail à durée déterminée est rompu lorsque les parties, par leur volonté commune, décident de faire cesser la relation contractuelle. De ce point de vue-là, notre raisonnement consistant à considérer que le choix du cadre juridique du contrat de travail à durée déterminée est un accord amiable de rupture de ce dernier est erroné. En revanche, si l'on utilise la définition courante du terme rupture, notre raisonnement retrouve une validité.

126. Même s'il est possible d'analyser la conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée comme un accord de rupture amiable dudit contrat, cette conception se révèle être marginale. En effet, une telle démonstration n'a que peu de chance de trouver grâce aux yeux d'un magistrat. Ainsi la limite entre la théorie et la pratique est atteinte. Cependant, même si l'article L.1243-1 du Code du travail détermine de façon drastique les causes permettant la rupture avant terme de la relation contractuelle déterminée de travail, les deux protagonistes ont tenté d'en assouplir la fermeté. Cette tentative d'assouplissement a consisté en l'insertion d'une clause de rupture anticipée ou clause de résiliation. Le but étant de prévoir contractuellement les cas dans lesquels l'une ou l'autre des parties pourrait mettre fin au contrat avant son terme. Le travail prétorien relatif à la reconnaissance d'une quelconque validité d'une telle clause a été long et fastidieux.

¹²⁷ « Dissolution des rapports entre employeur et salarié, soit par le consentement mutuel, résiliation unilatérale (droit appartenant à chacune des parties au contrat à durée déterminée), résolution judiciaire pour faute grave, soit par l'effet de certains événements (décès du salarié ou maladie prolongée rendant son remplacement indispensable, cessation de l'entreprise, force majeure) » ; G. CORNU, « Vocabulaire Juridique », préc. V. Rupture.

§2 Les clauses de rupture du contrat de travail

127. Si l'on s'en tient à l'article L. 1243-1 du Code du travail, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant son terme et de façon amiable que par l'accord des parties. Aucune précision n'étant apportée quant au moment, il est possible d'envisager que cet accord soit formulé dès la conclusion du contrat par le biais d'une clause de résiliation anticipée¹²⁸.

128. En vertu du principe de la liberté contractuelle, les parties sont, en principe, libres d'insérer les clauses qu'elles désirent dans le contrat. C'est en vertu de ce principe que le contrat reste malléable en ce sens qu'il est adaptable par les parties à leurs besoins. Cependant, comme tout principe celui de la liberté contractuelle souffre d'exceptions, la première étant le respect de l'ordre public et plus précisément de l'ordre public social. La seconde exception est celle de la dérogation *in melius* permettant d'accorder une protection maximale au salarié en validant les dispositions contractuelles qui lui sont plus favorables que celles prévues par la loi. Ainsi, les dispositions contenues dans le Code du travail sont minimales car les parties peuvent décider d'insérer dans le contrat des dispositions accordant une protection du salarié plus importante que le Code du travail lui-même.

Les dispositions du Code du travail forment donc le plancher de la protection pouvant être accordée au salarié. Dès lors que la clause envisagée accorde une protection ou un avantage plus important qu'une disposition du Code, elle serait valide. Cependant, toute clause respectueuse de ces considérations ne l'est pas obligatoirement valide. C'est notamment le cas des clauses résolutoires insérées dans des contrats de travail à durée déterminée, cas sur lequel la Haute juridiction a dû, à de nombreuses reprises, se prononcer (**A**). Cependant, certains auteurs, notamment M. Gilles Auzero, ne partagent pas la position de la Cour de cassation et le font savoir (**B**).

¹²⁸ P-Y. GAUTHIER, « Le « rachat » de son contrat par un joueur de football : résiliation unilatérale avec dédit », RTD civ. 1992, p. 590.

A. Le travail prétorien relatif à la validité de la clause de rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée

129. Le 11 mai 1988¹²⁹, la Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que les parties à un contrat de travail à durée déterminée ne peuvent « déroger aux dispositions de ce texte prévoyant que la rupture anticipée dudit contrat n'est possible pour faute que si celle-ci revêt le caractère d'une faute grave ». En l'espèce, une clause du contrat de travail prévoyait sa rupture immédiate dans le cas où le salarié « ne donnerait pas satisfaction ou se rendrait coupable d'une faute grave ou d'indélicatesse ». Quelques mois après l'embauche du salarié, l'employeur décide de rompre le contrat en « raison de la manière de servir du salarié ». Même si cette clause prévoyait une faute grave ainsi que d'autres éléments prédéterminés, la Cour de cassation a refusé de lui accorder une quelconque validité.

On peut dès lors se demander si la rédaction exhaustive de la clause est à l'origine de la décision des juges. La décision aurait-elle été inverse si la clause n'avait prévu la rupture immédiate du contrat qu'en cas de faute grave ? Seule certitude, en l'espèce aucune faute grave ne pouvait être alléguée¹³⁰, empêchant ainsi la rupture du contrat conformément aux dispositions de l'article L. 1242-11 du Code du travail alors applicable. La Chambre sociale de la Cour de cassation a par la suite précisé sa position sous le visa de L. 1242-11 du Code du travail notamment en ce qui concerne la validité d'une clause prévoyant la rupture anticipée du contrat de travail par l'employeur.

130. Ainsi, un salarié ne peut « par avance, accepter la rupture par l'employeur de son contrat de travail à durée déterminée pour une cause non prévue par les dispositions d'ordre public de l'article [L. 1242-11] du Code du travail »¹³¹. La prohibition de toutes

¹²⁹ Soc, 11 mai 1988, n° 86-42012, Bull. civ. V, n° 283.

¹³⁰ H. BLAISE, « De la difficulté de rompre avant son terme le contrat de travail à durée déterminée », préc.

¹³¹ Soc, 27 mai 1992, n° 89-41704, Bull. civ. V, n° 342 : Monsieur Bru est embauché en 1985 en qualité d'expert halieute par la société d'études pour le développement économique et social (SEDES) pour une durée de 3 ans et est affecté à la cellule économique du ministère de la Pêche de Mauritanie. Une clause de résiliation anticipée, prévue par le contrat, permet au maître d'œuvre de remettre Monsieur Bru à la disposition de la SEDES ou de ne pas poursuivre, pour quelque raison que ce soit, la relation contractuelle avec lui. Le contrat est rompu en vertu de cette clause et Monsieur Bru demande la condamnation de son ancien employeur au paiement d'indemnité de rupture anticipée. Il est débouté par la Cour d'appel de Caen le

les clauses semble donc être abandonnée puisque seule la clause permettant à l'employeur de rompre à tout moment le contrat est déclarée contraire aux dispositions du Code du travail.

131. Un des aspects de l'ordre public social apparaît donc. En l'espèce, le salarié a accepté la clause lors de la signature du contrat de travail. Cette acceptation n'est pas remise en cause, aucun vice du consentement n'est invoqué. Les conditions de formation du contrat sont alors remplies. Cependant, l'ordre public social n'a pas été respecté puisque la clause contrevient à une disposition du Code du travail accordant une sécurité relationnelle au salarié. De ce fait, même si le consentement du salarié est valable, la clause ne peut être acceptée car elle contrevient à une disposition d'ordre public social. La Cour de cassation utilise alors ce mécanisme de protection salariale pour asseoir sa position.

Toutefois, si on analyse *a contrario* la présente solution, il semblerait que le salarié puisse, par avance, accepter la clause lui permettant de rompre de façon anticipée son contrat de travail¹³². En effet, la Cour de cassation précise dans sa solution que le salarié ne peut par avance accepter la rupture par l'employeur du contrat de travail. De ce fait, l'analyse *a contrario* semble être valable, malgré la dangerosité de son utilisation¹³³, et permet de considérer que la clause de rupture anticipée au profit du salarié semble être valable.

132. Il est dès lors possible de faire un parallèle avec les clauses dites libératoires très utilisées dans le milieu sportif professionnel¹³⁴. Ces clauses, également appelées clauses de rachat, permettent au sportif de racheter son contrat à un moment déterminé par

8 décembre 1988. En effet, les juges du fond valident une telle clause en vertu des dispositions de l'article L. 122-3-9 du Code du travail alors applicable. Monsieur Bru forme alors un pourvoi en cassation et le 27 mai 1992 la Chambre sociale de la Cour de cassation casse et annule l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Caen.

¹³² C. LEFRANC-HAMONIAUX, « Pas de clause résolutoire dans un contrat à durée déterminée », D. 2006, p.489.

¹³³ G. AUZERO, « La validité des clauses de rupture anticipée dans les contrats de travail à durée déterminée », préc.

¹³⁴ J. MOULY, « Les clauses de dénonciation anticipée des contrats de travail à durée déterminée (dans le sport professionnel) », D. 1996, p. 280.

avance. Cette détermination temporelle est d'une importance capitale car elle permet de valider la clause et n'entraîne pas la requalification du contrat.

133. La Chambre sociale de la Cour de cassation adopte cette position le 18 mars 1992¹³⁵ au visa des articles L. 1242-11 et L. 1231-1 du Code du travail alors applicables. Les faits sont les suivants : un joueur de football est embauché le 30 mai 1984 pour une durée de trois saisons, soit jusqu'à la fin de la saison 1986-1987, pour l'Olympique Lyonnais. Un avenant est signé le même jour. Il permet au joueur de rompre son contrat et d'être transférable à l'issue de la saison 1984-1985 si l'Olympique Lyonnais ne remonte pas en première division. Pour ce faire, le joueur rachète son contrat en versant la somme de 400 000 francs. Moins d'un an après la conclusion du contrat, l'employeur le rompt. Le joueur demande sa condamnation au paiement d'une somme correspondant au montant des salaires qu'il aurait perçu si le contrat avait été exécuté jusqu'à son terme. La Cour d'Appel de Lyon le déboute de sa demande en qualifiant la relation contractuelle de contrat de travail à durée indéterminée car la clause de rachat s'analysait « en une clause résolutoire donnant à l'une des parties la faculté de rompre les relations contractuelles avant l'échéance du terme, en cas de survenance d'un événement sur lequel celle-ci peut exercer une influence par son comportement professionnel ». Les juges du fond précisent encore que cette clause « avait pour effet de rendre la durée du contrat initial ni fixe ni prévisible à l'avance ».

Le joueur forme alors un pourvoi en cassation. L'arrêt de cassation rendu par la Chambre sociale indique « que la clause ne laissant au salarié la faculté de racheter son contrat à l'issue de la saison 1984-1985 qu'en cas de maintien du club en seconde division n'avait pas pour effet de conférer à elle seule au contrat de travail un caractère indéterminé ».

134. Ainsi, la Cour de cassation valide implicitement les clauses de résiliation du contrat de travail à durée déterminée dès lors qu'elles sont stipulées au seul profit du salarié. La solution formulée par la Haute juridiction se démarque nettement de celle rendue le 27 octobre 1976¹³⁶ en ce qui concerne l'effet de la clause sur la qualification du contrat.

¹³⁵ Soc, 18 mars 1992, n° 88-43736, Bull. civ. V, n° 186.

¹³⁶ Soc, 27 octobre 1976, n° 75-48803, Bull. civ. n° 529, p. 434.

135. En effet, la jurisprudence était alors claire sur ce sujet : une clause de rupture anticipée entraîne la requalification de la relation contractuelle en contrat de travail à durée indéterminée, cette requalification se justifiant par le doute planant sur la date du terme de la relation. De ce fait, pour que la clause de rupture anticipée soit valide, il faut que soit prévu, avec plus ou moins de précision, le moment auquel la rupture anticipée pourra se réaliser. Ainsi, une clause de rupture du contrat de travail à durée déterminée entraîne *de facto* sa requalification en contrat à durée indéterminée.

136. C'est sur cette position jurisprudentielle établie jusqu'alors que les juges du fond se sont fondés pour débouter le joueur de sa demande. Dès lors, il est possible de considérer que la Cour de cassation a opéré un revirement¹³⁷ en indiquant que la clause « n'avait pas pour effet de conférer à elle seule au contrat de travail un caractère indéterminé ». Cette position est sans doute justifiée par les caractéristiques particulières de la clause, à savoir qu'elle est au seul profit du salarié, qu'elle prévoit le moment précis à laquelle elle pourra être appliquée et surtout la survenance d'un élément extérieur aux parties. En l'espèce, le contrat de travail pouvait prendre fin soit à la fin de la saison 1984-1985 par l'application de la clause, soit à la fin de la saison 1986-1987 par l'arrivée du terme du contrat. Même si la date de cessation de la relation est fluctuante, elle est prévisible.

137. Contrat de travail à durée déterminée et clause de rupture anticipée semblent donc être compatibles sous certaines conditions. De plus, la condition d'application de la clause est le maintien du club de football en deuxième division. Les juges du fond considèrent que le joueur avait le pouvoir d'interférer sur la survenance de cet événement. On comprend dès lors mieux pourquoi une équipe de football est composée de onze joueurs si un seul suffit à la pénaliser¹³⁸. La Chambre sociale balaie cet argument d'un revers de manche, l'événement prévu par la clause est bel et bien extérieur aux parties.

¹³⁷ Revirement qualifié de bienvenu par le Professeur Pierre-Yves Gautier en ce sens qu'il « est clair que dans le pire des cas, s'il y a incertitude sur le terme du contrat, elle se développe à l'intérieur du délai, parfaitement déterminé ».

¹³⁸ P-Y. GAUTIER, « Le « rachat » de son contrat par un joueur de football : résiliation unilatérale avec dédit, », préc.

138. Cependant, l'insertion d'une clause libératoire ne semble pas judicieuse dans un contrat de travail n'intéressant pas le milieu sportif professionnel. De plus, une telle clause n'est pas une garantie de sécurité pour le salarié. En effet, la doctrine la qualifie majoritairement de clause pénale, dont la licéité ne semble guère discutable, mais qui n'est avantageuse que pour le salarié à la condition que la somme déterminée soit moins élevée que celle prévue par le Code du travail, sans toutefois être dérisoire, sous peine d'être réévaluée selon les modalités prévues par l'article 1152 du Code civil¹³⁹. La qualification de dédit peut parfois être privilégiée par la doctrine qui voit en la clause une autorisation donnée à l'une des parties de se défaire de la relation contractuelle en payant une somme prédéterminée. En tout état de cause, le recours à une clause libératoire n'est pas plus sécurisant qu'elle soit qualifiée de clause pénale ou de dédit.

139. L'espèce en présence est particulière car elle est relative à une clause libératoire au seul profit du salarié ne pouvant être mise en œuvre qu'en cas de survenance d'un évènement extérieur aux parties. C'est à ce titre que la qualification de revirement de jurisprudence doit être donnée avec précaution car la jurisprudence précédemment établie n'était pas relative à de tels faits. La jurisprudence postérieure non plus d'ailleurs. En témoigne l'arrêt rendu par la Chambre sociale le 5 juillet 1995 relatif à l'embauche d'un entraîneur de football pour une durée déterminée de trois ans avec possibilité de dénonciation à la fin de chaque saison. Contrairement à l'espèce du 18 mars 1992, la présente est relative à une clause unilatérale de rupture anticipée purement dépendante de la décision discrétionnaire de l'employeur ou du salarié. La faculté de résiliation n'étant pas soumise à la réalisation d'un évènement extérieur aux parties, les espèces du 18 mars 1992 et du 5 juillet 1995 sont diamétralement opposées. La solution rendue en 1992 ne semble alors n'avoir été qu'une parenthèse justifiée par la spécificité de la clause. La solution rendue en 1995 est troublante de similitude, avec celle datant du 27 mai 1992, puisqu'elle en reprend les termes¹⁴⁰.

¹³⁹ J. MOULY, « Les clauses de dénonciation anticipée », préc.

¹⁴⁰ Soc, 5 juillet 1995, n° 92-40095, D. 1996, p. 280 : « Sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure et qu'il résultait de ces dispositions d'ordre public que le salarié ne peut par avance accepter la rupture du contrat par l'employeur pour d'autres causes que celles prévues par ce texte » ; Soc, 27 mai 1992, n° 89-43498, Bull. civ. V, n° 340, p. 212 : « Le salarié ne pouvait, par avance, accepter la rupture par l'employeur de son contrat de travail à durée déterminée pour une cause non prévue par les dispositions d'ordre public de l'article L. 122-3-9 du Code du travail » ; V. note J. P. KARAKUILLO « l'employeur qui ne formule aucun grief lors de la

140. Il en est de même pour les solutions rendues par la Chambre sociale les 16 décembre 1998¹⁴¹, 26 octobre 1999¹⁴² et 24 octobre 2000¹⁴³. Cependant, la partie de la solution du 18 mars 1992 relative au maintien de la qualification du contrat en présence d'une clause a été consacrée par la Chambre sociale le 17 octobre 2000¹⁴⁴. Ainsi, même si la clause de résiliation anticipée est nulle, elle n'entraîne pas la requalification du contrat comme l'employeur le souhaitait¹⁴⁵.

141. Il est donc constant aujourd'hui d'affirmer que le contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant son terme que par l'accord des parties, en cas de force majeure

rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée ne peut pas invoquer au cours de la procédure un comportement gravement fautif du salarié », D. 1992, p. 411.

¹⁴¹ Soc, 16 décembre 1998, n°95-45341 ; 96-40177 et 96-41312, Bull. civ. V, n° 552, p. 413 : « Mais attendu qu'aux termes de l'article L.122-3-8 du Code du travail, sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure et qu'il résulte de ces dispositions d'ordre public que le salarié ne peut par avance accepter la rupture du contrat par l'employeur pour d'autres cause que celles prévues par le texte » ; P. ALAPHILIPPE, « Contrat de travail à durée déterminée et clause résolutoire unilatérale : un mélange des genres qui ne profite pas à l'employeur », D. 2000, p. 30.

¹⁴² Soc, 26 octobre 1999, n° 98-41465, préc. : « Et attendu, ensuite, qu'aux termes de l'article L. 122-3-8 du Code du travail, sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure et qu'il résulte de ces dispositions d'ordre public que le salarié ne peut par avance accepter la rupture du contrat par l'employeur pour d'autres causes que celles prévues par le texte » ; V. C. CHABAS, « Résiliation, Résolution », Dalloz encyclopédie, Répertoire de droit civil, 2010, n° 127.

¹⁴³ Soc, 24 octobre 2000, n° 98-41192, Bull. civ. V, n° 344, p. 344 : « Attendu cependant qu'aux termes de l'article L. 122-3-8 du Code du travail, sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure ; qu'il résulte de ces dispositions d'ordre public que le salarié ne peut, par avance, accepter la rupture de son contrat par l'employeur pour d'autres causes que celles prévues par ce texte » ; V. D. CORRIGNAN-CARSIN, « Contrat de travail à durée déterminée », Dalloz encyclopédie, Répertoire de droit du travail, 2012, n° 348.

¹⁴⁴ Soc, 10 octobre 2000, n° 98-41815 : « Mais attendu que, contrairement aux énonciations du moyen, la clause prévoyant la résiliation du contrat à durée déterminée avant l'échéance du terme par l'une ou l'autre des parties est nulle, doit être réputée non écrite et n'entraîne pas la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée ».

¹⁴⁵ Notons que la clause en l'espèce était stipulée au profit de l'employeur et du salarié permettant ainsi à l'employeur de rechercher la qualification de contrat de travail à durée indéterminée.

ou de faute grave¹⁴⁶. Même si la validité des clauses de rupture anticipée du contrat ne semble pas acquise, sa nullité est certaine. De plus, son insertion dans le contrat ne pourra permettre la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée. Ainsi, seul le monde du sport professionnel semble, à certaines conditions strictement déterminées et contrôlées, s'être accommodé de la rigidité législative encadrant la rupture avant terme de la relation de travail à durée déterminée. Cependant, une partie de la doctrine ne se range pas sagement derrière la position de la Cour de cassation et tente de faire entendre sa voix. M. Gilles Auzero¹⁴⁷ a mené à bien une démonstration aboutissant à la validité de la clause de rupture anticipée du contrat en vertu de l'article L. 1243-1 du Code civil, de l'ordre public social ainsi que de la dérogation *in melius*.

B. La proposition doctrinale de M. Gilles Auzero quant à l'évidente validité de la clause de rupture anticipée stipulée au profit du salarié

142. M. Gilles Auzero considère que le contrat de travail à durée déterminée n'est pas un contrat précaire car il assure une certaine stabilité au salarié qui sait jusqu'à quelle date il a un emploi, contrairement au contrat à durée indéterminée qui peut durer plusieurs décennies comme quelques mois. La condamnation jurisprudentielle des clauses de rupture anticipée du contrat à durée déterminée l'a poussé à s'interroger sur une hypothétique compatibilité entre ces clauses et le contrat à durée déterminée ainsi que sur leur impact quant à la qualification du contrat.

143. Afin de mener à bien sa démonstration sur la validité des clauses de rupture anticipée, l'auteur assimile « l'accord des parties » mentionné par l'article du Code du travail, susmentionné, à la clause de rupture anticipée. En d'autres termes, il considère que « la rupture unilatérale a été, à l'avance, contractuellement acceptée ». Ainsi il reconnaît un caractère unilatéral à la rupture anticipée. Toutefois, cet unilatéralisme n'apparaît qu'au moment de la rupture et n'est possible que par l'accord amiable des parties au moment

¹⁴⁶ F. PETIT, *Droit des contrats de travail*, préc. p. 82 : il ajoute à ces causes celles de l'embauche d'un salarié pour une durée indéterminée et l'inaptitude du salarié.

¹⁴⁷ G. AUZERO, « La validité des clauses de rupture anticipée », préc.

où elles ont contractuellement accepté la clause. L'accord des parties nécessité par le Code du travail n'est donc pas absent de la clause de rupture insérée dans le contrat. De ce fait, la clause de rupture anticipée du contrat prévue initialement par celui-ci est valide au regard de l'article L. 1243-1 du Code du travail. *A contrario*, dès lors qu'une clause de rupture anticipée n'est pas prévue par le contrat, toute rupture unilatérale anticipée doit être condamnée au regard de ce même article.

144. L'auteur poursuit sa démonstration en rappelant que les restrictions relatives à la rupture anticipée du contrat de travail ne sont impératives qu'à l'égard de l'employeur en vertu de l'ordre public social duquel il est possible de déduire la validité de la clause de rupture anticipée. Cette validité est aussi justifiée par le principe *in melius*. Au regard de ces deux principes que sont celui de l'ordre public social et celui *in melius*, M. Gilles Auzero milite pour la seule validité des clauses de rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée stipulée au profit du salarié.

145. Quant à l'impact sur la qualification du contrat de travail, la position tenue par M. Gilles Auzero est tranchée : « dès lors qu'elle est stipulée au profit du salarié, une clause de rupture anticipée doit être jugée licite au regard de l'article L.122-3-8 du Code du travail ». Cependant, l'insertion d'une telle clause pourrait avoir une certaine incidence sur la qualification du contrat car il n'écarte pas l'action patronale en requalification. En effet, dès lors que la clause permet au salarié de rompre de façon discrétionnaire le contrat, il est possible de considérer que la qualification de durée indéterminée doit être substituée à celle de durée déterminée puisque la rupture dépend de la seule volonté du salarié, comme c'est le cas lors d'une démission. De plus, seule une analyse factuelle peut permettre aux juges de déterminer si la clause est le reflet de leur volonté commune de s'engager dans une relation à durée non pas déterminée, mais bel et bien indéterminée. C'est à ce titre que le soin apporté à la rédaction de la clause mais aussi au contenu sera apprécié. Cependant, le raisonnement doit être inverse lorsque la clause permet au salarié de rompre le contrat en cas de réalisation d'un événement indépendant de la volonté des parties ou à des dates prédéterminées.

146. Cette démonstration permet à M. Gilles Auzero d'affirmer qu'une certaine compatibilité est possible entre la clause de rupture anticipée du contrat stipulée au seul profit du salarié et le contrat de travail à durée déterminée lui-même. Les références

faites à diverses jurisprudences de la Cour de cassation lui permettent de donner du poids à son raisonnement et de démontrer que la Haute juridiction accorde une certaine importance à une telle clause. Ainsi, si le débat était tranché une bonne fois pour toute, et la validité d'une telle clause enfin accordée, la protection du salarié serait accrue.

Section 2 Les accords relatifs aux conséquences de l'accord de rupture : la transaction

147. La transaction est « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître », selon la définition qui en est donnée par l'article 2044 du Code civil. Cette convention, régie par les articles 2044 à 2058 du Code civil, est régulièrement utilisée par les parties à un contrat de travail. Cependant, aujourd'hui encore le Code du travail reste muet à son égard. C'est tout naturellement que la jurisprudence a alors créé de toute pièce le régime juridique de cette convention, régime juridique dès lors spécifique à son utilisation en droit du travail. Le particularisme de la relation de travail, du au déséquilibre existant entre l'employeur et le salarié, induisait nécessairement la création d'un régime juridique tout autant particulier. En effet, le lien de subordination caractérisant la relation de travail peut être un frein à la spontanéité du salarié et ainsi le contraindre à acquiescer à un acte contre sa volonté.

148. La création prétorienne a commencé véritablement au milieu du XXème siècle. C'est en effet à cette époque que la validité de la transaction a été admise en la distinguant des autres actes de rupture (§1). Partant de là, la Haute juridiction a créé progressivement, et parfois de façon chaotique, le régime juridique aujourd'hui applicable (§2).

§1 Une convention exclusive de tout autre acte

149. La validité de la transaction en droit du travail a longtemps été discutée. En effet, la doctrine y était farouchement opposée en raison notamment de l'incompatibilité entre instrument civiliste et matière « travailliste » due à la spécificité de cette dernière.

Selon la doctrine, l'origine civiliste de la transaction cantonnerait son champ d'application aux seules relations contractuelles équilibrées. En d'autres termes, la transaction, de par son origine civiliste, ne pourrait s'appliquer en matière « travailliste » puisqu'elle ne permettrait pas d'assurer une protection suffisamment efficace du salarié. Cette vision nous paraît tout autant restrictive que celle relative à l'impossible utilisation du *mutuus dissensus* comme acte de rupture du contrat de travail, vision pouvant être qualifiée, avec précaution, d'erronée en raison de la création de la rupture conventionnelle du contrat de travail par la loi dite de modernisation du marché du travail.

150. Ce n'est pas au législateur, muré dans son silence, que l'on doit la possible utilisation de la transaction pour régler les différends nés ou à naître consécutivement à la rupture d'un contrat de travail. Une fois de plus, c'est vers la Haute juridiction qu'il a fallu se tourner pour obtenir une réponse claire à la question suivante : la transaction peut-elle s'intéresser aux relations « travaillistes » ?

151. La réponse a été apportée par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 18 mai 1953¹⁴⁸. Depuis cet arrêt, la Haute juridiction admet la validité de la transaction en droit du travail en indiquant que « si l'idée de transaction peut être à la base d'un accord conclu pour solde de tout compte, ce dernier ne supprime pas pour autant la possibilité entre employeur et employé d'une transaction obéissant aux règles des articles 2052 et 2053 du Code civil ». Ainsi, la Chambre sociale pose la première pierre à un édifice que depuis, elle ne cesse de construire. Même si aujourd'hui l'utilisation de la transaction en matière « travailliste » ne suscite plus autant de débat qu'auparavant en raison de la réponse prétorienne apportée, il est intéressant d'étudier les arguments alors soutenus par la doctrine en ce qui concerne la relation pouvant être

¹⁴⁸ Soc, 18 mai 1953, Bull. civ. IV, n° 379.

entretenu par l'acte transactionnel avec le licenciement (A), le solde de tout compte (B) et la rupture amiable du contrat de travail (C).

A. Transaction et licenciement

152. Tout d'abord, la doctrine s'est servie de l'interdiction faite au salarié par le Code du travail de renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles protectrices en matière de licenciement pour lutter contre l'emprunt de la transaction au Code civil. La teneur de cette crainte est simple, les parties au contrat de travail pourraient transiger par avance pour éluder les règles protectrices en matière de licenciement. Or cette convention ne représente aucun danger en ce qui concerne cette interdiction puisqu'elle n'est qu'un mode de règlement des différends. Comme sa définition l'indique, elle a seulement vocation à connaître les différends nés ou à naître. Elle ne peut donc pas exister avant qu'un différend existe ou avant qu'un différend soit prévisible.

153. Comment l'employeur pourrait-il parvenir à faire signer une transaction à son salarié visant à éluder les règles protectrices du licenciement avant même que la rupture du contrat de travail soit envisagée, dès lors que ces règles relèvent de l'ordre public ? Comment un différend pourrait-il naître avant que l'employeur n'ait décidé de procéder au licenciement de son salarié ? La crainte était donc que l'employeur fasse signer une transaction à son salarié dans le but de mettre fin à leur relation contractuelle alors que la procédure de licenciement était applicable. Ainsi, l'employeur conscient que la procédure de licenciement était applicable aurait pu, par un habile tour de passe-passe, obtenir la rupture du contrat de travail de son salarié et s'assurer ainsi qu'aucune action ne serait dirigée à son encontre par la suite.

154. Cette pratique, quelque peu contestable, a été permise un temps par la jurisprudence avant d'être prohibée. L'interdiction faite par le Code du travail est simple : le salarié ne peut pas renoncer par avance aux règles protectrices en matière de licenciement. Ainsi, pour que l'utilisation de la transaction ne puisse pas permettre de déroger à cette règle, la Chambre sociale de la Cour de cassation n'a reconnu sa validité que lorsqu'elle est postérieure à la rupture du contrat de travail. Ainsi, si le contrat de travail est déjà

rompu, la transaction peut avoir lieu sans risque puisqu'elle ne pourra pas porter sur la nature de l'acte de rupture du contrat de travail.

155. Le revirement de jurisprudence est opéré par un arrêt de principe rendu le 29 mai 1996¹⁴⁹. Les faits de l'espèce sont simples : un salarié fait part à son employeur de sa volonté de démissionner. Par lettre du 4 mars 1991, il accepte son licenciement pour faute grave, reconnaît qu'aucune indemnité ne lui est due et renonce à exercer toute action à l'encontre de son employeur. Quatre jours plus tard, l'employeur adresse une lettre de licenciement au salarié qui saisit alors la juridiction prud'homale de demandes en paiement d'indemnités de rupture et dommages-intérêts.

La Cour d'appel rejette ses demandes au motif que la transaction intervenue entre les parties au contrat de travail les rend irrecevables. Le salarié forme un pourvoi en cassation. Le 29 mai 1996, la Chambre sociale de la Cour de cassation casse l'arrêt rendu en appel sous le visa des articles L. 1232-2 et L. 1231-4 du Code du travail en indiquant que « selon l'article 1134 du Code civil, les parties peuvent, par leur consentement mutuel, mettre fin à leur convention ; que, selon l'article 2044 du même Code, la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître ; qu'il en résulte que si les parties à un contrat de travail décident, d'un commun accord, d'y mettre fin, elles se bornent à organiser les conditions de la cessation de leurs relations de travail, tandis que la transaction, consécutive à une rupture du contrat de travail par l'une ou l'autre des parties, a, pour objet de mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultant de cette rupture ; qu'il s'ensuit que la transaction ayant pour objet de mettre fin au litige résultant d'un licenciement ne peut valablement être conclue qu'une fois la rupture intervenue et définitive » et « qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que l'accord signé par les parties qui n'était pas destiné à mettre fin au contrat de travail, mais à régler les conséquences d'un licenciement, avait été conclu avant la réception par le salarié de la lettre de licenciement, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

156. Le principe est donc posé, la transaction doit être postérieure à la rupture effective et définitive du contrat de travail pour être valable. L'apport de cet arrêt est double. Tout

¹⁴⁹ Soc, 29 mai 1996, n° 92-45115, Bull. civ. V, n° 215, p. 150, arrêt *Purier c/ Seduca*, D. 1997, p. 29.

d'abord, les Hauts magistrats opèrent la distinction entre rupture d'un commun accord du contrat de travail et transaction. Puis, ils subordonnent l'existence de la transaction au licenciement préalable. Ainsi, le licenciement reste un acte unilatéral de rupture du contrat de travail et la transaction reste un mode de règlement des différends pouvant naître à la suite d'un licenciement ou d'une démission.

B. Transaction et solde de tout compte

157. Par la suite, une partie de la doctrine a jugé la transaction inutile¹⁵⁰ en raison de l'existence du solde de tout compte. Or, le solde de tout compte et la transaction n'ont pas le même objet. Le solde de tout compte, parfois qualifié de transaction¹⁵¹, atteste du paiement des sommes dues au salarié à l'occasion de la rupture de son contrat de travail tandis que la transaction a vocation à régler ou prévenir les différends nés à l'occasion de cette même rupture. Ainsi le solde de tout compte et la transaction sont diamétralement opposés quant à leur objet. Il est toutefois intéressant de préciser que ces deux actes se rejoignent en deux points : le moment de leur existence et leur domaine.

158. Quant au moment de leur existence, le solde de tout compte et la transaction¹⁵² ne peuvent être que postérieurs à la rupture du contrat de travail. Par un arrêt du 7 février 1990¹⁵³, la Haute juridiction casse et annule l'arrêt rendu en appel sous le visa de l'article L. 1234-20 du Code du travail. En l'espèce, un salarié, engagé en qualité de gardien de nuit, et absent pour cause de maladie signe un reçu de solde de tout compte le 10 octobre 1980. Trois jours plus tard, il reçoit une lettre lui notifiant la rupture de

¹⁵⁰ F. KHODRI, « Du particularisme de la transaction destinée à régler les conséquences d'une rupture », RDT, 2011, p. 689.

¹⁵¹ L. LAGRANGE, « La transaction en droit du travail : jurisprudence récente », LPA, 1996, n° 105, p. 4. Cependant, qualifier le solde de tout compte de transaction reviendrait à dire que le solde de tout compte est une convention unilatérale.

¹⁵² Soc, 29 mai 1996, n° 92-45115, préc.

¹⁵³ Soc, 7 février 1990, n° 87-40172, Bull. civ. V, n° 52, p. 33.

son contrat de travail en application de l'article 31 de la convention collective de la métallurgie en région parisienne, article permettant la rupture du contrat de travail d'un salarié absent pour maladie dès lors que son employeur est dans l'obligation de pourvoir à son remplacement et ce dans le respect de la procédure applicable au licenciement. Le salarié saisit alors la juridiction prud'homale d'une demande visant à obtenir le paiement de diverses sommes. Cette dernière accueillant favorablement la demande du salarié, l'employeur interjette appel. Le 5 février 1986, la Cour d'appel de Versailles déclare le reçu pour solde de tout compte régulier et par conséquent indique qu'il y a forclusion. Le salarié forme alors un pourvoi en cassation. La Chambre sociale indique « qu'en statuant ainsi alors qu'il résultait de ses constatations que le reçu pour solde de tout compte avait été signé antérieurement à la notification du licenciement dans les formes prévues par la loi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

159. Un nouveau principe est donc posé, le reçu pour solde de tout compte ne peut être valable que s'il est conclu postérieurement à la rupture du contrat de travail. Cette position semble tout à fait logique puisque l'objet même de cet acte unilatéral du salarié est d'attester du versement des sommes qui lui sont dues au titre de la rupture du contrat de travail. Dès lors, il paraît impossible que le salarié puisse attester du versement de ces sommes avant même que son contrat de travail ne soit rompu.

160. L'existence du reçu pour solde de tout compte étant subordonnée à celle de la rupture du contrat de travail, il ne peut valablement exister que postérieurement à cette dernière¹⁵⁴. De ce fait, le reçu pour solde de tout compte et la transaction ne sont valables que lorsqu'ils sont postérieurs à la rupture définitive du contrat de travail. Il est donc tout à fait envisageable de les faire coexister. Une fois que le contrat de travail du salarié sera rompu et que toutes les sommes dues lui auront été payées, le salarié pourra remettre à son employeur le reçu pour solde de tout compte (il n'aura alors que deux mois pour contester le montant des sommes perçues). Toutefois, rien ne l'empêche de

¹⁵⁴ Cette position jurisprudentielle a notamment été réitérée par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 9 octobre 1996 (Bull. civ. V, n° 319, p. 227, pourvoi n° 95-40316) en ces termes : « Mais attendu qu'ayant constaté que le reçu pour solde de tout compte avait été signé avant la notification de la rupture du contrat, la cour d'appel a décidé à bon droit qu'un tel reçu était dépourvu de tout effet libératoire ; que le moyen n'est pas fondé ».

transiger avec son employeur quant aux différends nés de la rupture du contrat de travail ou pouvant naître.

161. Ces deux actes juridiques, même s'ils n'entrent pas dans la même catégorie juridique - la transaction étant une convention et le reçu pour solde de tout compte étant un acte unilatéral - peuvent être conjugués dans la période post-rupture du contrat de travail. Cette conjugaison n'affectant en rien l'efficacité de l'un ou de l'autre.

162. Quant à leur domaine, ils ont tous les deux attiré à l'aspect financier des conséquences de la rupture du contrat de travail. Le reçu pour solde de tout compte, comme son nom l'indique, permet d'attester du versement des sommes dues au salarié consécutivement à la rupture de son contrat de travail. Il n'intéresse donc que le volet financier de la rupture du contrat de travail. La transaction, quant à elle, peut s'intéresser à de nombreux aspects de la rupture. Dans la pratique, on constate qu'elle est majoritairement utilisée comme instrument financier permettant de terminer un différend.

163. L'inutilité de la transaction voulue par la doctrine ne semble donc pas justifiée puisque que le solde de tout compte et la transaction sont bien deux actes totalement différents. En témoigne l'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 9 décembre 1998¹⁵⁵. En l'espèce, une salariée est licenciée pour faute grave le 10 mars 1993. Dix jours plus tard, elle signe un reçu pour solde de tout compte avant de saisir le Conseil des Prud'hommes d'une demande en paiement de diverses sommes. Le 9 mai 1996, la Cour d'appel de Colmar la déboute au motif que la signature du solde de tout compte, rédigé en des termes généraux, fait obstacle à sa demande. La salariée forme alors un pourvoi en cassation. Le 9 décembre 1998, la Chambre sociale de la Cour de cassation rend un arrêt de cassation sous le visa de l'article L. 1234-20 du Code du travail en indiquant que « la signature d'un reçu pour solde de tout compte, rédigé en termes généraux, ne peut valoir renonciation du salarié au droit de contester le bien-fondé de son licenciement ; que seule une transaction, signée après le licenciement et comportant des concessions réciproques, peut l'empêcher d'agir ».

¹⁵⁵ Soc, 9 décembre 1998, n° 96-43410, Bull. civ. V, n° 543, p. 407.

Ainsi, la Cour de cassation réaffirme la distinction existante entre reçu pour solde de tout compte et transaction. Le premier étant un acte permettant d'attester le versement des sommes dues à la salariée et ne valant pas renonciation de la part de cette dernière à agir pour contester le bien-fondé de la rupture de son contrat de travail. La seconde étant une convention nécessairement signée par la rupture du contrat de travail qui peut, si elle le prévoit, empêcher la salariée d'agir.

164. Les arguments doctrinaux semblent perdre de leur pertinence : qui pourrait croire que la doctrine n'a pas été capable de différencier la transaction du solde de tout compte et ainsi de ne pas voir l'utilité de la première ? En réalité, la méfiance de la doctrine est justifiée par la force redoutable qui est conférée à la transaction. Cette dernière est dotée de l'autorité de la chose jugée tandis que le solde de tout compte n'offre une protection que temporaire au salarié. De ce fait, la transaction maniée avec habileté par l'employeur peut très vite devenir « une arme de destruction massive ». Certains auteurs ont même envisagé que la transaction pourrait « en quelque sorte “prendre de vitesse” le reçu pour solde de tout compte et mettre entre parenthèse la protection du salarié instituée par ce dernier »¹⁵⁶. Toutefois, cette crainte est devenue infondée par le revirement de jurisprudence opéré par l'arrêt *Purier*.

165. Une partie de la doctrine pense même que le reçu pour solde de tout compte est un acte dangereux devant dès lors être prohibé¹⁵⁷. Il semble toutefois que le législateur ait été quelque peu influencé par les craintes doctrinales relatives à la dangereuse proximité entre reçu pour solde de tout compte et transaction.

166. Durant ces dix dernières années, le reçu pour solde de tout compte a connu des moments difficiles. La loi dite de modernisation sociale du 17 janvier 2002¹⁵⁸ lui a conféré une simple valeur probatoire en le transformant en simple reçu des sommes versées et en supprimant sa valeur libératoire pour l'employeur. Six ans plus tard, le

¹⁵⁶ J. MOULY, « Transaction, reçu pour solde de tout compte et résiliation amiable du contrat de travail. Brèves réflexions à partir du cas particulier des contrats à durée déterminée », D. 1997, p. 193.

¹⁵⁷ J. MOULY, *Droit du travail*, éd. Bréal, 4^{ème} édition, p. 189.

¹⁵⁸ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 dite loi de modernisation sociale.

législateur¹⁵⁹ revient sur sa décision en créant l'article L. 1234-20 du Code du travail au terme duquel le reçu pour solde de tout compte « établi par l'employeur et dont le salarié lui donne reçu, fait l'inventaire des sommes versées au salarié lors de la rupture du contrat de travail. Le reçu pour solde de tout compte peut être dénoncé dans les six mois qui suivent sa signature, délai au-delà duquel il devient libératoire pour l'employeur pour les sommes qui y sont mentionnées ».

C. Transaction et rupture amiable du contrat de travail

167. La transaction et la rupture amiable du contrat de travail ont un point commun : leur origine civiliste. La lutte acharnée menée par la doctrine à l'encontre de l'utilisation de la technique de *mutuus dissensus* en droit du travail a été vaine. Les jurisprudences évoquées précédemment prouvent qu'il en a été de même en matière de transaction. Désormais, nos propos ne vont pas avoir trait aux critiques ou craintes doctrinales en ce qui concerne une éventuelle incompatibilité ou proximité entre rupture amiable du contrat de travail et transaction mais vont nous permettre de différencier ces deux actes.

168. La transaction se différencie de la rupture amiable du contrat de travail notamment par son objet. En effet, la rupture amiable du contrat de travail est prévue à l'article 1134 du Code civil et plus particulièrement en son second alinéa qui précise que les conventions peuvent être révoquées par le consentement mutuel des parties qui en sont à l'origine. La rupture amiable ne concerne donc, comme son nom l'indique, que la rupture du contrat. En cela en vertu du principe de liberté contractuelle. La transaction, quant à elle est définie à l'article 2044 du Code civil en ces termes : « la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ». On comprend bien que la nature même de ces actes est différente puisque seule la transaction est un contrat. La rupture amiable étant simplement l'acte, généralement matérialisé par écrit, mettant fin du commun accord des parties au contrat les liant. De plus, l'objet de la transaction est clairement défini par le Code civil. Il consiste soit à mettre fin à une contestation déjà née, soit à prévenir une contestation à naître.

¹⁵⁹ Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 dite loi de modernisation du marché du travail.

169. Toutefois, même si la distinction entre ces deux actes nous semble simple à faire : la rupture amiable permet de mettre fin du commun accord des parties au contrat de travail tandis que la transaction permet de régler un différend né ou à naître, différend souvent créé à l'occasion de la rupture du contrat, la Chambre sociale n'a eu de cesse de la rappeler depuis l'arrêt de principe rendu le 29 mai 1996¹⁶⁰.

170. En témoigne un nouvel l'arrêt de principe rendu en la matière le 16 juillet 1997¹⁶¹. Par lettre en date du 2 janvier 1991, un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail « du fait de son employeur ». Par lettre du 4 janvier 1991, l'employeur impute la responsabilité de la rupture au salarié. Sept jours plus tard, un « protocole d'accord », qualifié de transaction, est conclu entre le salarié et l'employeur. Il mentionne que la rupture est consécutive à un licenciement et prévoit le paiement d'une indemnité forfaitaire. Le salarié saisit alors le Conseil des Prud'hommes d'une demande en paiement de diverses sommes en soutenant que ledit protocole n'est pas une transaction en raison de l'absence de concessions réciproques de la part de l'employeur. Le 14 mars 1994, la Cour d'appel de Lyon déboute le salarié de sa demande au motif que « le protocole d'accord » est une transaction valable puisqu'il a été conclu après que le salarié ait pris acte de la rupture de son contrat de travail. Ce dernier forme un pourvoi en cassation. Le 16 juillet 1997, la Chambre sociale de la Cour de cassation rend un arrêt de cassation sous le visa des articles 2044 du Code civil et L. 1231-4 du Code du travail en énonçant le principe suivant « selon l'article 1134 du Code civil, les parties peuvent, par leur consentement mutuel, mettre fin à leur convention ; que, selon l'article 2044 du même Code, la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître ; qu'il en résulte que si les parties à un contrat de travail décident, d'un commun accord, d'y mettre fin, elles se bornent à organiser les conditions de la cessation de leurs relations de travail, tandis que la transaction consécutive à une rupture du contrat de travail par l'une ou l'autre des parties, a pour objet de mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultant de cette rupture ; qu'il s'ensuit que la transaction ne peut valablement être conclue qu'une fois la rupture intervenue et définitive et ne peut porter

¹⁶⁰ Soc, 29 mai 1996, n° 92-45115, préc.

¹⁶¹ Soc, 16 juillet 1997, n° 94-42283, Bull. civ. V, n° 278, p. 202.

sur l'imputabilité de cette dernière, laquelle conditionne l'existence de concessions réciproques ».

171. Les jalons sont posés : la rupture amiable du contrat de travail ne concerne, comme son nom l'indique, que la rupture du contrat de travail tandis que la transaction a pour objet de mettre un terme aux contestations nées ou aux contestations à naître résultant de la rupture amiable du contrat de travail. De ce fait, la rupture amiable du contrat de travail doit toujours être antérieure à la transaction qui ne peut en aucun cas prévoir la rupture dudit contrat.

172. Par un arrêt du 16 mai 2000¹⁶², la Chambre sociale de la Cour de cassation a été amenée à préciser sa position¹⁶³. Un salarié est engagé en qualité de peintre pour une période d'un an à compter du 11 juillet 1994. Le 29 juin 1995, les parties au contrat de travail signent un accord de rupture de ce dernier. Le salarié ne tarde pas à saisir d'une demande en paiement de diverses sommes la juridiction prud'homale tout en contestant la validité de l'accord de rupture. Le 18 novembre 1997, la Cour d'appel d'Agen déboute le salarié de ses demandes aux motifs que l'accord de rupture constitue « une rupture amiable conforme aux prévisions de l'article L. 122-3-8 du Code du travail » et qu'en l'absence de vice du consentement ou de toute autre cause de nullité, « cette convention présente un caractère obligatoire pour les parties ». Le salarié forme dès lors un pourvoi en cassation favorablement accueilli par la Chambre sociale de la Cour de cassation qui rend un arrêt de cassation sous le visa de l'article L. 1243-1 du Code du travail en indiquant « que la rupture d'un commun accord du contrat à durée déterminée prévue par l'article L. 1243-1 du Code du travail a pour seul objet de mettre fin aux relations des parties ; qu'elle ne constitue pas une transaction destinée à mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultant de la rupture définitive du contrat de travail, et ne peut avoir pour effet, peu important les termes de l'accord, de priver le salarié des droits nés de l'exécution du contrat de travail ».

Ainsi après avoir précisé que la transaction ne peut valoir rupture amiable du contrat de travail, la Haute juridiction précise que la rupture amiable du contrat de travail ne peut

¹⁶² Soc, 16 mai 2000, n° 98-40238, Bull. civ. V, n° 179, p. 138.

¹⁶³ C. PUIGELIER, « Rupture d'un commun accord, transaction et contrat de travail à durée déterminée », D. 2001, p. 273.

valoir transaction. En d'autres termes, un seul écrit ne peut pas rompre un contrat de travail et servir de transaction car cette dernière n'est pas un acte de rupture¹⁶⁴.

173. Depuis la décision du 16 juillet 1997, la Chambre sociale de la Cour de cassation n'a cessé de réitérer sa position. En témoigne un arrêt récent rendu le 15 décembre 2010¹⁶⁵. En l'espèce, une salariée signe avec son employeur un « accord de rupture amiable pour motif économique ». Par la suite, elle saisit la juridiction prud'homale de diverses demandes en paiement. Sa demande est déclarée irrecevable en appel en raison de la teneur de l'article 6 dudit accord de rupture, article prévoyant notamment la renonciation de la salariée à toute contestation. A la suite de cette décision, elle forme un pourvoi en cassation favorablement accueilli le 15 décembre 2010 par la Chambre sociale de la Cour de cassation. Les juges considèrent alors que « la rupture d'un commun accord du contrat de travail à durée indéterminée a pour seul objet de mettre fin aux relations des parties ; qu'elle ne constitue pas une transaction destinée à mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultant de la rupture définitive du contrat de travail, et en peut avoir pour effet, peu important les termes de l'accord, de priver le salarié des droits nés de l'exécution du contrat de travail ». En d'autres termes, l'acte de rupture amiable du contrat de travail ne peut pas contenir une éventuelle transaction. La Haute juridiction rappelle ainsi les fonctions respectives de la rupture amiable du contrat de travail et de la transaction : la rupture amiable du contrat de travail sert à le rompre alors que la transaction sert à transiger.

§2 *Le régime juridique prétorien de la transaction*

174. Après avoir permis l'utilisation de la transaction en droit du travail par un arrêt du 18 mai 1953 et en raison du silence persistant du Code du travail à l'égard de cette convention, la Chambre sociale de la Cour de cassation a dû créer de toute pièce son régime juridique afin de donner toute son effectivité à ce mode de règlement des conflits. Cette construction prétorienne s'est faite au fil des années en s'intéressant tout

¹⁶⁵ Soc, 15 décembre 2010, pourvoi n° 09-40701, Bull. civ. V, n° 298.

d'abord au cadre temporel de cette convention (A), puis aux concessions réciproques permettant de la qualifier de transaction (B).

A. Le moment de la signature de la transaction

175. C'est au fil de sa jurisprudence que la Chambre sociale de la Cour de cassation a déterminé le moment auquel la signature de la transaction devait avoir lieu. Après une prise de position quelque peu ambiguë (1), la ligne jurisprudentielle de la Haute juridiction a connu une période d'errance (2) avant de se stabiliser (3) rendant ainsi nulle toute transaction précoce (4).

1. La prise de position de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 16 février 1978

176. Ce n'est pas un mais deux arrêts relatifs à la transaction que la Chambre sociale de la Cour de cassation a rendu le 16 février 1978. L'un d'eux se prononçant en faveur de la postériorité de la transaction à la rupture du contrat (a). L'autre créant une exception au premier en qualifiant l'accord signé le même jour que la remise de la lettre de licenciement de transaction (b).

a) La postériorité de la transaction à la rupture régulière du contrat de travail

177. Très tôt, la Chambre sociale a enfermé la signature de la transaction dans un cadre temporel très strict. Le principe est alors le suivant : une transaction mettant fin aux différends opposant les parties au contrat de travail est valable dès lors qu'elle est

conclue à la suite du licenciement et que le lien de subordination est rompu lorsque le salarié donne son accord¹⁶⁶.

178. Les faits de cet arrêt de principe sont les suivants : le 2 novembre 1971 la société Murat et Cie engage un salarié en qualité de directeur technique. Par lettre du 16 avril 1974, remise en main propre par l'employeur et sur laquelle le salarié a apposé la mention « reçu le 18 avril 1974 », le salarié est convoqué à un entretien préalable à la rupture de son contrat de travail (entretien qui aura lieu le 18 avril). Par lettre du 25 avril 1974, remise en main propre par l'employeur et sur laquelle le salarié appose la mention « reçu le 26 avril 1974 », le salarié est licencié avec un préavis de trois mois. Le 1^{er} août 1974, alors que le salarié est en congés et qu'il n'aura plus besoin de reprendre son emploi puisque son préavis s'est terminé la veille, une transaction est conclue pour mettre fin au différend l'opposant à son employeur quant aux conditions de la rupture de son contrat de travail survenue consécutivement à la suppression de son emploi pour motif économique. Par la suite, le salarié saisit la juridiction prud'homale d'une demande d'indemnisation pour non-respect de la procédure préalable au licenciement et d'une demande de dommages-intérêts. Le 31 mai 1976, la Cour d'appel de Lyon rejette la demande du salarié. Ce dernier forme alors un pourvoi en cassation car la transaction a été signée alors que son contrat de travail n'était pas rompu, qu'ainsi tous les droits qui lui étaient réservés par le Code du travail n'étaient pas encore nés, que les juges n'ont pas caractérisés l'existence d'une véritable transaction et qu'enfin la procédure de licenciement n'avait pas été respectée puisque ni la convocation à l'entretien préalable ni la lettre de licenciement n'avaient été envoyées sous pli recommandé et que par conséquent il avait pu être contraint d'y apposer des dates inexactes sous la pression de son employeur. Le 16 février 1978, la Chambre sociale de la Cour de cassation rend un arrêt de rejet en indiquant « que les juges d'appel ont relevé, en adoptant les motifs des premiers juges, que les parties avaient été d'accord pour reconnaître qu'elles avaient bien conclu une transaction le 1^{er} août 1974 ; que si [le salarié] avait fait état de « vives pressions » exercées sur lui pour le déterminer à accepter cette transaction, il n'en avait pas apporté la preuve et n'avait pas fourni sur la nature de ces pressions les précisions qui auraient permis de les assimiler au dol ou à la violence ; qu'il n'avait pas non plus établi que les deux lettres des 16 et 25 avril 1974

¹⁶⁶ Soc, 16 février 1978, n° 76-40889, Bull. des arrêts de la Cour de cassation, Chambre sociale, n° 118, p. 88 ; L. LAGRANGE, « La transaction en droit du travail : jurisprudence récente », préc.

eussent été antidatées pour donner au licenciement une apparence de régularité ; que ces constatations d'où il ressortait que la transaction avait été conclue entre les parties, d'une part, à la suite d'un licenciement régulier, notifié le 25 avril 1974 après avoir été précédé d'un entretien le 18 avril et, d'autre part, à un moment où [le salarié] n'était plus sous la subordination de son employeur et se trouvait pleinement au courant de sa situation de fait et des conséquences juridiques qui en découlaient, son préavis s'étant achevé le 31 juillet 1974, date à laquelle il était parti en congé sans avoir à reprendre ultérieurement son travail, autorisaient les juges d'appel à estimer que cette transaction régulière en la forme et au fond, devait avoir entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort ».

179. Ainsi la transaction est valable dès lors que deux conditions sont remplies. Tout d'abord, il est nécessaire que la rupture du contrat de travail soit effective et consécutive à une procédure régulière de licenciement. Ensuite, il est nécessaire que le consentement du salarié soit donné alors qu'il ne se trouve plus dans un état de subordination et qu'il soit conscient de sa situation et des conséquences juridiques en découlant. La transaction doit donc intervenir après la rupture effective du lien juridique ayant existé entre l'employeur et le salarié. De ce fait, les risques de contraintes du salarié sont limités puisqu'il ne se trouve plus dans un état de subordination à l'égard de son employeur. Si comme en l'espèce, la transaction est signée après la rupture effective du contrat de travail, l'employeur n'a plus de moyens de pression sur son salarié. Il ne peut donc que difficilement le contraindre à signer une transaction qui serait désavantageuse pour lui. Cette décision est toutefois affaiblie par une autre, prise le même jour.

b) Une possible exception à la postériorité de la transaction à la rupture du contrat de travail

180. Le second arrêt rendu le 16 février 1978 par la Chambre sociale de la Cour de cassation peut être envisagé comme un affaiblissement de la solution précédente

prévoyant qu'une transaction ne peut être que postérieure à la rupture du contrat de travail¹⁶⁷.

181. Les faits de cette espèce sont les suivants : le 1er mai 1972, un directeur d'usine est employé par la société Fogautolube. Au début de l'année 1974, les aptitudes du salarié sont remises en cause. Le 15 mars de la même année, la société fait part à son salarié de sa décision de ne plus le maintenir à la tête de l'usine et organise des entretiens afin de préparer au mieux son départ. Le 28 mars la société remet au salarié sa lettre de licenciement et les parties signent deux conventions intitulées respectivement « conditions conventionnelles et amiables » et « autres conditions liées à la rupture du contrat de travail » avant que le contrat de travail ne soit rompu. Le salarié forme alors une demande en paiement de diverses indemnités à l'encontre de son employeur. Le 26 mars 1976 la Cour d'appel de Bourges le déboute de sa demande. Il forme alors un pourvoi en cassation en soutenant qu' « il résulte des constatations de l'arrêt que c'est le jour même où la société a remis [au salarié] sa lettre de licenciement et avant que n'ait cessé son contrat de travail qu'elle lui a fait signer les documents intitulés « conditions conventionnelles et amiables » et « autres conditions liées à la rupture du contrat de travail » et qu'à supposer que des discussions aient eu lieu en ce qui concerne la mutation du salarié dans la région parisienne, en revanche, aucun point de l'accord dont se prévaut l'employeur sur les conditions du licenciement n'a été l'objet de la moindre discussion et ne peut être considéré comme constituant ou contenant une quelconque concession de la part de l'une ou de l'autre des parties ». Le 16 février 1978 la Chambre sociale rejette le pourvoi formé par le salarié en indiquant « que les juges du fond, appréciant le contenu des conventions du 28 mars 1974 et les circonstances dans lesquelles était intervenue leur signature, ont constaté qu'il apparaissait des documents de la cause que ces conventions étaient le résultat de discussions préalables, entre les parties, que, dès le début de 1974, les aptitudes [du salarié] avaient été remises en cause par la société Fogautolube qui l'employait, que, le 15 mars 1974, la décision de ne plus le maintenir à la tête de l'usine de cette société à Mayenne où il était entré comme directeur le 1er mai 1972 lui avait été communiquée, que des entretiens avaient eu lieu sur les conditions de son départ et que le soin avec lequel avaient été rédigés les deux conventions du 28 mars 1974, portant l'une sur le montant de l'indemnité amiable,

¹⁶⁷ Soc, 16 février 1978, pourvoi n° 76-41095, Bull. des arrêts de la Cour de cassation, n° 123, p. 932.

l'autre sur le véhicule et les frais de déménagement, était révélateur de l'importance des discussions qui les avaient précédées et du souci de l'employeur et du salarié de ne rien négliger afin de terminer la contestation née entre eux au sujet de la cessation par [le salarié] de ses fonctions décidée depuis le 15 mars précédent », « qu'après avoir relevé que les accords intervenus présentaient de sérieux avantages pour [le salarié] lequel avait moins de deux ans d'ancienneté et qui, directeur d'une importante usine, et d'une instruction supérieure, les avait acceptés en pleine connaissance de cause en signant le 28 mars 1974 les conventions qui les matérialisaient et le 24 avril 1974, le reçu qui les confirmait, en vue de mettre fin à une situation litigieuse, la Cour d'appel a pu en déduire que ces accords avaient le caractère d'une transaction définitive régie par l'article 2052 du Code civil, ce qui s'opposait à toute nouvelle réclamation de la part de [du salarié]».

182. Ainsi la Haute juridiction valide le raisonnement des juges d'appel en qualifiant les conventions signées le jour de la remise de la lettre de licenciement au salarié, avant même que le contrat de travail ne soit rompu, de transaction. Ensuite, elle nous rappelle qu'une transaction a autorité de la chose jugée entre les parties et que dès lors qu'une telle qualification est reconnue aux deux conventions signées le 28 mars, le salarié n'est plus en mesure de formuler une nouvelle réclamation.

183. Outre quelques similitudes telles que la reconnaissance de l'autorité de la chose jugée à la transaction ou encore le fait que les deux salariés aient consenti à la transaction en pleine connaissance de cause, ces deux solutions du 16 février 1978 semblent être diamétralement opposées puisque la première reconnaît la validité d'une transaction postérieure à la rupture du contrat de travail du salarié tandis que la seconde reconnaît la validité d'une transaction signée le même jour que la remise de la lettre de licenciement. Sans pouvoir employer le terme de revirement, le changement de position jurisprudentielle opéré par la Haute juridiction peut paraître étrange alors qu'il n'est que la conséquence d'une même volonté protectionniste.

184. La première solution ne pose aucune difficulté : la transaction doit être postérieure à la rupture régulière du contrat de travail pour être valable et dotée de l'autorité de la chose jugée entre les parties. La seconde solution est plus complexe car une lecture trop rapide peut entraîner sa mauvaise compréhension. L'apport n'est pas de permettre au

licenciement et à la transaction d'avoir lieu le même jour mais de permettre à une transaction de déroger au principe de postériorité à la rupture du contrat de travail quand elle se révèle avantageuse pour le salarié. La Haute juridiction n'est pas revenue sur le principe selon lequel la transaction ne peut avoir lieu qu'après la rupture régulière du contrat de travail, mais a créé une sorte d'exception permettant ainsi au salarié d'obtenir des avantages que seule la transaction peut lui offrir.

185. Ainsi par ces deux arrêts du 16 février 1978, la Chambre sociale de la Cour de cassation n'a eu de cesse d'accroître la protection le salarié. Le principe est simple : la transaction doit être postérieure à la rupture du contrat de travail. Cependant, la transaction peut être concomitante au licenciement du salarié dès lors qu'elle est le fruit de discussions préalables entre l'employeur et le salarié et qu'elle confère à ce dernier de sérieux avantages.

2. La période d'incertitude jurisprudentielle

186. La position prise par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 16 février 1978 a rapidement été abandonnée **(a)** avant d'être remise en cause **(b)**.

a) L'abandon des solutions du 16 février 1978

187. Par deux arrêts datant respectivement des 1^{er} mars et 3 mai 1979, la Chambre sociale de la Cour de cassation a allégé sa position prise le 16 février 1978 en ne subordonnant plus la validité de la transaction conclue le même jour que la rupture du contrat à des conditions particulières.

188. La première espèce¹⁶⁸ est relative à la cessation à l'amiable d'une relation de travail entre un salarié, engagé le 9 mai 1966, et son employeur. Le 24 janvier 1975, une

¹⁶⁸ Soc, 1^{er} mars 1979, n° 77-40891, Bull. des arrêts de la Cour de cassation, Chambre sociale, n° 201.

transaction est signée concomitamment à « la cessation à l'amiable » de la collaboration. Suite à cela, le salarié saisit la juridiction prud'homale d'une demande en paiement ainsi que d'une demande visant à déclarer la rupture de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Débouté de ses demandes, il interjette appel. Le 26 janvier 1977, la Cour d'appel de Paris rend un arrêt infirmatif condamnant l'employeur à verser au salarié diverses sommes au motif que l'acte du 24 janvier n'est pas une transaction « puisqu'il n'était pas établi par la société que l'écrit, concomitant au départ du salarié mais antérieur à la disparition d'un lien de subordination, eût été précédé de discussion sur les chiffres alloués révélant une contestation déjà née ou à naître ». L'employeur forme un pourvoi en cassation favorablement accueilli par la Chambre sociale 1^{er} mars 1979. Sous le visa des articles 2044 du Code civil et 455 du Code de procédure civile, la Chambre sociale casse l'arrêt rendu en appel en indiquant « Qu'en statuant ainsi, bien qu'il résultât des termes clairs et précis de la convention litigieuse, qu'elle avait été signée le jour même de la cessation du contrat de travail et que, qualifiée de "transaction", elle avait pour objet de mettre fin "à l'amiable" à la collaboration des parties, la Cour d'appel, d'une part, n'a pu se fonder sur le fait que le représentant était au dernier jour de ses fonctions pour décider qu'il ne pouvait exister de contestation entre lui et son employeur, d'autre part, a omis de rechercher si la convention litigieuse n'avait pas pour objet, à défaut de terminer une contestation déjà née, de prévenir une contestation à naître sur le quantum des commissions et indemnités dues au représentant ; que, par ailleurs, la Cour d'appel n'a pu légalement décider que l'employeur, qui n'avait pas la charge de la preuve de la réalité de la transaction, n'avait fait aucune concession tout en admettant que ce dernier, le jour même de la cessation du contrat, avait versé spontanément au salarié des commissions et indemnités d'un montant supérieur à 100 000 francs, et lui avait versé une indemnité de congés payés supérieure à celle à laquelle il avait droit ; que la Cour d'appel, qui s'est contredite, a renversé la charge de la preuve, et a dénaturé les termes clairs et précis de la convention, n'a pas donné de base légale à sa décision ». La Chambre sociale reconnaît donc la qualification de transaction à un accord signé le même jour que la rupture du contrat de travail et antérieure à la rupture du lien de subordination.

189. Une lecture attentive de la solution permet de mieux comprendre la décision de la Haute juridiction. En effet, elle indique que « bien qu'il résultât des termes clairs et précis de la convention litigieuse, qu'elle avait été signée le jour même de la cessation

du contrat de travail et que, qualifiée de "transaction", elle avait pour objet de mettre fin "à l'amiable" à la collaboration des parties [...] la Cour d'appel [...] a omis de rechercher si la convention litigieuse n'avait pas pour objet, à défaut de terminer une contestation déjà née, de prévenir une contestation à naître sur le quantum des commissions et indemnités dues au représentant ».

190. Ainsi, il semble que la décision de la Chambre sociale soit due au fait que la transaction avait pour objet « de prévenir une contestation à naître sur le quantum des commissions et indemnités dues au représentant ». Cela se déduit de la formulation même de la solution : « bien qu'il résultât », en d'autres termes même si la convention est concomitante à la rupture et qu'elle a pour objet de mettre fin « à l'amiable » au contrat de travail, elle peut être qualifiée de transaction car il n'est pas prouvé qu'elle n'a pas pour objet de « prévenir une contestation à naître ». La Chambre sociale fait donc prévaloir l'objet de la transaction prévue par l'article 2044 du Code civil, à savoir terminer une contestation née ou prévenir une contestation à naître, sur son autre caractéristique qu'est l'organisation de la cessation de la relation contractuelle. Toutefois, il faut préciser que cela semble logique puisque en l'espèce la Cour de cassation reconnaît que la transaction « avait pour objet de mettre fin « à l'amiable » à la collaboration des parties » et en valide la qualification ; elle ne peut donc pas remettre en cause la concomitance entre transaction et rupture du contrat puisque la première permet la seconde.

191. Contrairement aux solutions rendues le 16 février 1978 celle-ci est totalement novatrice. Par rapport à la première espèce de 1978, il n'y a aucune comparaison possible puisque la Chambre sociale renverse sa précédente position en permettant dorénavant la conclusion d'une transaction le même jour que la rupture du contrat de travail. Par rapport à la seconde espèce de 1978, cette solution peut être envisagée comme un allègement. Dans son arrêt de 1978, la Chambre sociale conditionne, la simultanéité de la transaction et du licenciement à l'existence de sérieux avantages offerts par cette dernière ainsi qu'à l'existence de discussions préalables alors que dans le présent arrêt, elle ne prévoit aucune condition ce qui signifie que la transaction peut dès lors être valablement conclue le même jour que le licenciement.

192. La seconde espèce¹⁶⁹ est relative aux faits suivants : par lettre du 30 décembre 1974, un employeur notifie à un salarié son licenciement à la suite de la suppression de son poste. Le même jour, une transaction est signée entre les parties après que le salarié ait été invité, le 26 décembre, à se rendre dans les locaux de son employeur. A la suite de cela, le salarié intente une action à l'encontre de son employeur. Le 22 février 1977, la Cour d'appel de Paris condamne l'employeur à verser des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse car selon elle, il n'y a pas eu de transaction puisque le salarié n'avait pas pu vérifier « exactement les motifs invoqués par la société, exposer en connaissance de cause ses prétentions légitimes, réfléchir de manière suffisante sur les propositions de la société, et les discuter valablement avec celle-ci ». Le pourvoi formé par l'employeur est favorablement accueilli par la Chambre sociale le 3 mai 1979. Sous le visa de l'article 455 du Nouveau Code de procédure civile, elle casse l'arrêt d'appel en retenant « qu'en statuant ainsi, sans préciser les faits qui auraient vicié le consentement [du salarié], et alors qu'une transaction peut être valablement conclue le jour même où le licenciement a été notifié au salarié, la Cour d'appel, qui n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle, n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ».

193. Ainsi, la Chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît qu'une transaction peut valablement être conclue le même jour que la cessation de la relation contractuelle de travail, abandonnant ainsi les positions adoptées le 16 février 1978. Dès lors, la rupture du contrat de travail et la transaction peuvent avoir lieu le même jour.

b) La possible antériorité de la transaction à la rupture du contrat de travail

194. Quelques mois plus tard, la Chambre sociale admet qu'une transaction puisse avoir lieu avant que le licenciement soit notifié au salarié¹⁷⁰. En l'espèce, un salarié est convoqué à un entretien préalable le 18 juin 1976. Le 6 août suivant, les parties au contrat de travail signent une transaction destinée à régler leurs différends en vue de la

¹⁶⁹ Soc, 3 mai 1979, n° 78-40167, Bull. des arrêts de la Cour de cassation, Chambre sociale, n° 387.

¹⁷⁰ Soc, 29 novembre 1979, n° 78-41424, Bull. des arrêts de la Cour de cassation, Chambre sociale, n° 934.

rupture de leur relation contractuelle. Par lettre du 13 août, l'employeur notifie au salarié son licenciement. Ce dernier saisit le Conseil des Prud'hommes d'une demande en paiement de dommages-intérêts pour procédure irrégulière et licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le 22 juin 1978, la Cour d'appel de Nancy le déboute de ses demandes. Il forme un pourvoi en cassation aux motifs qu'une transaction ne peut exister que « si les parties se sont fait des concessions réciproques et ont abandonné une partie de leurs droits, qu'il en résulte, d'une part, qu'elle ne peut intervenir qu'après la naissance de ces droits, et donc après la disparition du lien de telle sorte qu'une transaction ne peut avoir été conclue [dix jours avant que le licenciement ait eu lieu] ». Le 29 novembre 1979, la Chambre sociale rend un arrêt de rejet en retenant « qu'il résulte des constatations des juges du fond qu'il était intervenu entre les parties, le 6 août 1976, une transaction réglant définitivement leurs rapports en conséquence de la rupture du contrat de travail qui était alors envisagée, pour laquelle il avait été convoqué à un entretien préalable le 18 juin 1976, et qui avait été concrétisée par une lettre du 13 août 1976, le salarié s'étant lui-même référé dans une correspondance du 22 septembre « à l'accord passé le 6 août » ; qu'en l'espèce, les juges du fond ont retenu qu'il y avait bien eu concessions réciproques, puisque, d'une part, le salarié, qui obtenait des indemnités de préavis et de licenciement abandonnant un droit éventuel à des dommages-intérêts pour rupture abusive, et, d'autre part, l'employeur, qui n'exigeait pas l'exécution du préavis, renonçait à faire valoir les faits constitutifs de fautes graves qu'il reprochait à son salarié, et qui aurait pu le dispenser, si ce caractère avait été reconnu par les juges, du paiement des indemnités de rupture ; qu'il ne prétendait pas avoir donné sa signature sous l'influence d'un abus d'autorité ou avec un vice de consentement ; que c'était en pleine connaissance de cause qu'il avait traité avec la société dans le sens qu'il estimait être le plus avantageux pour lui ; qu'il avait de plus confirmé son accord par lettre postérieure du 22 septembre 1976 ; qu'ainsi la Cour d'appel a apprécié la régularité de la transaction intervenue ».

195. Ainsi, une transaction réglant les conséquences de la rupture du contrat de travail peut être valablement conclue avant même que le licenciement ne soit notifié au salarié dès lors qu'elle comporte des concessions réciproques et que le salarié y a consenti librement au moment de la signature, puis a confirmé son consentement après la rupture du contrat de travail.

196. Dans la même lignée jurisprudentielle, la chambre sociale a affiné son raisonnement en admettant la validité de la transaction antérieure à l'effectivité de la rupture du contrat de travail dans certaines conditions notamment dans deux arrêts datant respectivement du 20 février 1986¹⁷¹ et du 26 mai 1988¹⁷².

197. Les faits de la première espèce sont les suivants : le 14 mai 1979 un salarié est convoqué à un entretien préalable. Par lettre recommandée du 17 mai, reçue le lendemain, le salarié est licencié. Le 18 mai, avant d'avoir reçu la notification de son licenciement, il signe un reçu pour solde de tout compte. Le 31 juillet, il fait citer son employeur devant la juridiction prud'homale en paiement d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. La Cour d'appel fait droit à la demande du salarié. L'employeur forme alors un pourvoi en cassation aux motifs que « l'article L. 122-17 du Code du travail n'exige aucune condition de date pour permettre la validité du reçu pour solde de tout compte, d'autre part, que le salarié savait depuis l'entretien préalable qu'il était licencié et qu'il avait lui-même précisé sur le reçu que les sommes lui étaient versées au titre de la cessation de son contrat de travail, alors enfin que le risque de pression, invoqué par la Cour constitue un motif hypothétique et que le délai de deux mois, que le salarié n'a pas utilisé, est donné précisément pour qu'il puisse en dehors de toute pression annuler la reçu donné ».

Le 20 février 1986 la Chambre sociale de la Cour de cassation rejette le pourvoi en indiquant que « si une transaction sur le montant d'indemnités pour rupture d'un contrat de travail peut être reconnue valable lorsqu'elle a été passée avant notification du licenciement mais en raison d'un licenciement d'ores et déjà décidé et non contesté dans son principe, les parties ne peuvent renoncer par avance aux dispositions formelles relatives au reçu pour solde de tout compte ; qu'en l'espèce, il résulte des constatations des juges du fond, qu'au moment où a été signé le reçu pour solde de tout compte, le contrat n'était ni résilié ni expiré ; que la Cour d'appel qui n'a pas statué par un motif hypothétique, a légalement justifié sa décision ».

198. La solution rendue par la Cour de cassation a le mérite de nous informer à la fois sur la validité de la transaction et sur la relation pouvant exister entre transaction et reçu pour

¹⁷¹ Soc, 20 février 1986, n° 83-41555, Bull. civ. V, n° 29, p. 22.

¹⁷² Soc, 26 mai 1988, n° 85-42951, Bull. civ. V, n° 320, p. 209.

solde de tout compte. En ce qui concerne la transaction, la Chambre sociale valide la convention signée avant la notification du licenciement dès lors que le licenciement est « d'ores et déjà décidé et non contesté dans son principe ». En ce qui concerne le reçu pour solde de tout compte, les parties au contrat de travail ne peuvent par le jeu de la transaction renoncer par avance aux dispositions formelles qui y sont relatives. La transaction ne peut donc pas éluder les dispositions relatives au reçu pour solde de tout compte.

199. Les faits de la seconde espèce sont les suivants : un salarié ayant fait l'objet d'une mise à pied de trois jours est convoqué à un entretien préalable le 4 septembre 1979. Quatre mois plus tard, son employeur demande à l'inspecteur du travail l'autorisation de le licencier, ce salarié étant délégué syndical. A l'occasion de l'enquête ouverte le 10 janvier 1980 par l'autorité administrative, les parties concluent une transaction au titre de laquelle suite au licenciement, l'employeur verserait une certaine somme au salarié qui renoncerait à la poursuite de tout litige et de toute action en dommages-intérêts. Or le 16 octobre 1979, le salarié avait saisi le Conseil des Prud'hommes d'une demande en annulation de sa mise à pied et en paiement de dommages-intérêts. Il poursuit cette action en formulant des demandes additionnelles visant entre autre à faire annuler la transaction. La Cour d'appel de Montpellier déboute le salarié de ses demandes le 27 mars 1985. Ce dernier forme un pourvoi en cassation au motif que la convention signée n'est pas une transaction car elle est dépourvue de concession de la part de l'employeur puisque ce dernier ne s'est engagé à lui verser que les sommes prévues par la loi et qu'aucune négociation préalable n'a été possible en raison de l'état de subordination dans lequel il se trouvait toujours. Le 26 mai 1988, la Chambre sociale de la Cour de cassation rejette le pourvoi du salarié en retenant que « M. X... avait seulement soutenu que la transaction intervenue était nulle en raison des circonstances de fait qui montraient qu'au moment où l'acte avait été signé, il était encore sous la subordination de son employeur, qu'il n'avait pas été en mesure de prendre sa décision après mure réflexion et qu'il avait été l'objet d'une pression morale (...) [et que] si les parties ne peuvent renoncer par avance aux dispositions formelles relatives au reçu pour solde de tout compte, une transaction sur le montant d'indemnités pour rupture du contrat de travail peut être reconnue valable lorsqu'elle a été passée avant notification du licenciement mais en raison d'un licenciement d'ores et déjà décidé et non contesté dans son principe ».

200. La Chambre sociale reconnaît, une fois encore, la validité d'une transaction antérieure à la notification d'un licenciement. Elle valide cette convention car elle a lieu après que le licenciement ait été décidé mais avant qu'il soit effectif. Aucune preuve n'existe cependant quant à son existence. Ainsi la transaction valable peut intervenir entre l'entretien préalable et la notification du licenciement. La formulation de la solution est importante puisque la Haute juridiction précise que la transaction antérieure au licenciement est valable dès lors que le licenciement est « d'ores et déjà décidé et non contesté dans son principe ».

201. L'apport de cet arrêt n'est donc pas négligeable puisqu'il n'a pas pour effet de valider toutes les transactions antérieures à un licenciement. En effet, seules les transactions antérieures au licenciement mais postérieures à l'entretien préalable sont valables. En l'espèce, la transaction a été signée durant l'enquête ouverte le 10 janvier 1980 alors que l'entretien préalable au licenciement du salarié datait du 4 septembre 1979 et que la demande d'autorisation de licenciement adressée à l'inspecteur du travail lui était postérieure de quatre mois. Ainsi, si l'on classe les événements dans l'ordre chronologique nous avons tout d'abord l'entretien préalable et la demande d'autorisation de licenciement, qui prouvent que le licenciement est « d'ores et déjà décidé et non contesté dans son principe », puis la transaction.

202. Cette position est toutefois critiquable pour au moins une raison. Dans un arrêt du 15 novembre 1990¹⁷³, la Chambre sociale de la Cour de cassation a déclaré irrégulière la procédure de licenciement consistant en la remise de la lettre de licenciement au salarié le jour de l'entretien préalable. De ce fait, à l'issue de l'entretien préalable une transaction peut être conclue entre le salarié et l'employeur si le licenciement est « d'ores et déjà décidé et non contesté dans son principe » mais la lettre de licenciement, reflétant la décision prise quant à la rupture du contrat de travail par l'employeur, ne peut pas être remise sous peine d'entacher la procédure d'irrégularité.

Cette chronologie paraît critiquable puisque la transaction ne peut être conclue que si le licenciement est décidé et lorsque sa conclusion suit de quelques minutes la fin de

¹⁷³ Soc, 15 novembre 1990, Bull. civ. V, n° 559, p. 338 (pourvoi n° 88-42261) ; L. LAGRANGE, « La transaction en droit du travail : jurisprudence récente », préc.

l'entretien préalable ; cela signifie bien que l'employeur a pris la décision de licencier son salarié et que ce dernier est au courant du sort qui est réservé à son contrat de travail. Alors pourquoi ne pas permettre la remise de la lettre de licenciement dans les mêmes instants afin d'apporter la preuve que le licenciement est « d'ores et déjà décidé » ?

203. Nous sommes en réalité sur le terrain de l'officiel et de l'officieux. La chronologie imposée par la Chambre sociale permet à l'employeur et au salarié de savoir « officieusement » que le licenciement sera prononcé dans les jours à venir alors que la remise de la lettre de licenciement le jour même de l'entretien préalable et de la transaction permettrait de rendre le licenciement officiel.

3. Le revirement tant attendu

204. Quelques années plus tard, la Haute juridiction opère un nouveau revirement de jurisprudence. En effet, dans un arrêt de principe du 29 mai 1996¹⁷⁴, la Chambre sociale affirme, sous le visa des articles L. 122-14 et L. 122-14-7 du Code du travail, « que selon l'article 1134 du Code civil, les parties peuvent, par leur consentement mutuel mettre fin à leur convention ; que, selon l'article 2033 du même Code, la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître ; qu'il résulte que si les parties à un contrat de travail décident, d'un commun accord, d'y mettre fin, elles se bornent à organiser les conditions de la cessation de leurs relations de travail, tandis que la transaction, consécutive à une rupture du contrat de travail par l'une ou l'autre des parties, a pour objet de mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultant de cette rupture, qu'il s'ensuit que la transaction ayant pour objet de mettre fin au litige résultant d'un licenciement ne peut valablement être conclue qu'une fois la rupture intervenue et définitive ».

205. Ce revirement de jurisprudence s'explique par la volonté de protéger davantage le salarié. En effet, une fois que son contrat de travail est rompu et que le lien de

¹⁷⁴ Soc, 29 mai 1996, n° 92-45115, préc.

subordination a cessé d'exister, il peut librement consentir à une transaction. La situation n'est pas identique lorsque la transaction est antérieure à la rupture du contrat de travail qui induit l'existence du lien de subordination pouvant influencer le consentement de la partie faible au contrat de travail. Certains auteurs, dont M. Jean-Pascal Chazal¹⁷⁵, voient en ce revirement de jurisprudence « un nouveau signe d'autonomie » donné par la Cour de cassation. Même si cet arrêt fait explicitement référence, dans sa solution, à la rupture du contrat de travail par licenciement, il faut en étendre la portée à tous les actes de rupture¹⁷⁶.

206. Toutefois l'arrêt *Purier*, comme le fait remarquer à juste titre Mme Bernadette Lardy-Pélissier¹⁷⁷, laisse en suspens quelques questions pourtant essentielles. Ce n'est que dix années¹⁷⁸ plus tard que la Chambre sociale va apporter les précisions nécessaires et ainsi parfaire sa jurisprudence. En l'espèce, un salarié de la société Novoferm France est licencié pour faute grave par lettre recommandée avec avis de réception en date du 16 janvier 2002 et retirée le 21 janvier. Le 18 janvier, les parties au contrat de travail signent une transaction, contestée par le salarié dix jours plus tard. Ce dernier saisit la juridiction prud'homale afin que son licenciement soit reconnu sans cause réelle et sérieuse. Le 5 mars 2004, la Cour d'appel de Besançon fait droit à sa demande. L'employeur se pourvoit en cassation car selon lui la transaction était valable puisqu'elle était destinée à régler les différends nés ou à naître de la rupture du contrat, qu'elle avait été signée après la notification du licenciement, cette dernière ayant eu lieu lorsque les services postaux ont présenté la lettre au domicile du salarié. Le 14 juin

¹⁷⁵ J-P. CHAZAL, « Transaction et résiliation : l'inadéquation d'un critère de distinction d'ordre chronologique », D. 1997, p. 4.

¹⁷⁶ Soc, 1er décembre 2004, n° 02-46341, Bull. civ. V, n° 317, p. 285 : « Mais attendu, d'abord, qu'aucune disposition légale n'exige que la lettre de démission soit notifiée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ; que les dispositions du contrat de travail prévoyant une telle notification n'instituent qu'une règle de forme qui ne peut être sanctionnée par la nullité de la transaction ; que c'est dans l'exercice de leur pouvoir souverain que les juges du fond ont estimé que la transaction avait été conclue postérieurement à la remise de la lettre de démission ». Une transaction peut dès lors être conclue le même jour que la démission puisqu'aucune disposition législative n'exige que cette dernière soit faite par lettre recommandée avec avis de réception.

¹⁷⁷ B. LARDY-PELISSIER, « Validité de la transaction : précision sur la qualité du consentement », RDT, 2006, p. 172.

¹⁷⁸ Soc, 14 juin 2006, n° 04-43123, Bull. civ. V, n° 215, p. 205.

2006, la Chambre sociale de la Cour de cassation rejette le pourvoi en indiquant « que la transaction ayant pour objet de prévenir ou terminer une contestation, celle-ci ne peut être valablement conclue par le salarié licencié que lorsqu'il a eu connaissance effective des motifs du licenciement par la réception de la lettre de licenciement prévue à l'article L. 122-14-1 du code du travail ».

207. Par cet arrêt la Chambre sociale apporte une précision essentielle : la transaction ne doit pas être simplement signée après la rupture du contrat de travail mais doit l'être après que le salarié ait pris connaissance des motifs de son licenciement. En d'autres termes, il faut que le salarié ait effectivement reçu sa lettre de licenciement pour pouvoir valablement consentir à la transaction. Il est essentiel que le salarié connaisse les motifs contenus dans la lettre de licenciement car ils déterminent les éventuelles actions qu'il pourrait mener à l'encontre de son employeur. S'il signe une transaction prévoyant l'abandon de toute action envers ce dernier et que, lorsqu'il reçoit ladite lettre, il apprend que les motifs sont erronés, il ne pourra engager aucune action et sera contraint d'accepter les termes de la transaction. De plus, la signature de la transaction alors qu'il y a méconnaissance des motifs du licenciement affecte le consentement du salarié et par là-même la validité de la transaction.

208. Les juges vont plus loin en indiquant que la connaissance des motifs contenus dans la lettre se fait uniquement lors de la réception de cette dernière par le salarié. Elle met ainsi fin à tout débat pouvant exister quant à la prise en compte de la date d'envoi de la lettre de licenciement, la date de présentation ou la date de réception effective. Comme Mme Bernadette Lardy-Pélicier le souligne, la logique « travailliste » fait son retour après avoir été abandonnée au profit de son homologue civiliste dans un arrêt du 28 janvier 2005¹⁷⁹, relatif à de tout autre fait.

209. Depuis l'arrêt *Purier*, la volonté de la Haute juridiction est clairement revendiquée : le salarié doit être protégé dès lors qu'une transaction est signée. Et cette protection est assurée notamment par les conditions strictes de validité de l'acte transactionnel comme par exemple la connaissance des motifs de licenciement par le salarié avant la signature de la transaction. Or pour qu'il en ait connaissance, il faut qu'il ait reçu la lettre de

¹⁷⁹ Ass. Plén., 28 janvier 2005, n° 01-45924, Bull., A P, n° 1.

licenciement selon les règles prescrites par l'article L. 1232-6 du Code du travail. Toutefois, le déroulement des faits dans la réalité n'est pas toujours conforme aux exigences jurisprudentielles qui peuvent être plus ou moins habilement contournées par un ingénieux stratagème.

210. La preuve nous en est donnée dans un arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 24 janvier 2007¹⁸⁰. Les faits sont les suivants : le 31 janvier 1996, Monsieur Désir est engagé pour une durée indéterminée par la société Décathlon en qualité de responsable de rayon. Moins de trois années plus tard, il devient responsable de magasin. Puis le 7 mars 2000, il est convoqué à un entretien préalable devant avoir lieu quatre jours plus tard. Le 20 mars 2000, il fait constater par un huissier de justice que la correspondance envoyée par son employeur ne contient qu'une feuille blanche. Sept jours plus tard, Monsieur Désir se voit remettre une lettre de licenciement datée du 14 mars 2000 et une transaction aux termes de laquelle l'employeur lui verserait la somme de 10 000 francs au titre de l'indemnité transactionnelle et définitive est signée. Monsieur Désir saisit alors la juridiction prud'homale d'une demande d'annulation de la transaction et de condamnation de la société Décathlon au versement de diverses sommes au titre de rappel de salaire pour heures supplémentaires et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. La Cour d'appel de Douai déboute le salarié de sa demande, considérant que l'envoi de la feuille blanche ne peut être considéré comme un licenciement verbal et ne remet pas en cause la faculté de l'employeur de rapporter la preuve des griefs énoncés à l'encontre de son salarié. Monsieur Désir se pourvoit alors en cassation.

Le 24 janvier 2007, la Chambre sociale casse la décision rendue en appel sous le visa des articles L. 122-14-1, L. 122-14-2 al. 1^{er}, L. 122-14-3 et L. 122-14-4 du Code du travail en indiquant « qu'aux termes de l'article L.122-14-1 du Code du travail, l'employeur, qui décide de licencier un salarié, doit notifier le licenciement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ; que ne constitue pas la notification d'un licenciement l'envoi d'une feuille blanche et qu'il ne peut être supplée par la remise au salarié en main propre d'une lettre ». La Haute juridiction rappelle ainsi le formalisme strict auquel doit se conformer l'employeur lorsqu'il décide de licencier un

¹⁸⁰ Soc, 24 janvier 2007, n° 05-42135, Bull. civ. V, n° 10, p. 8.

salarié et sanctionne l'envoi d'une feuille blanche avant la remise de la lettre de licenciement.

211. Cet arrêt est révélateur du manque cruel de confiance en la rupture amiable du contrat de travail. Pourquoi recourir à un « montage frauduleux »¹⁸¹ alors que la rupture du contrat de travail semble avoir été décidée d'un commun accord par l'employeur et le salarié ? Comme le précise M. Olivier Fardoux, il semble que le salarié ait tout intérêt à ce que la rupture de son contrat de travail soit due à un licenciement afin de pouvoir bénéficier de l'assurance chômage. La participation active du salarié dans la mise en place du stratagème est indéniable sinon pourquoi avoir pris la peine de faire constater à un huissier de justice que la correspondance envoyée par l'employeur contenait une feuille blanche ? L'auteur est convaincu que le stratagème mis en place permettait de masquer une rupture amiable dont l'employeur et le salarié n'étaient pas certains de remplir les conditions, conditions pourtant peu contraignantes, ou alors permettait à l'une comme à l'autre des parties de retirer des bénéfices plus importants qu'en cas de rupture amiable. Il est vrai qu'il est bien plus simple et sécurisant de rompre le contrat de travail par un acte de rupture connu que de se lancer dans les méandres d'une rupture consensuelle aux contours incertains.

212. La transaction est ainsi utilisée comme un verrou donnant garantie à l'employeur que le salarié ne recherchera pas la remise en cause de la validité du licenciement. Si cette espèce se déroulait dans un monde où la bonne foi était reine, il aurait été inutile de transiger puisque le salarié, co-auteur de la supercherie, ne se serait en aucun cas retourné contre son complice. Or, et les faits nous en apportent la preuve, la bonne foi se fait rare dans le monde actuel. Toutefois, la précaution prise par l'employeur s'est avérée inutile puisque la Chambre sociale, contrairement aux juges du fond, n'a pas fait abstraction de l'envoi de la page blanche. Hormis le fait qu'en l'espèce la transaction a été rédigée alors que le salarié n'avait pas connaissance des motifs de son licenciement, la validité de la transaction ne pouvait être retenue.

En effet, même si la Chambre sociale avait cantonné son raisonnement à la remise de la lettre de licenciement en main propre le jour même de la signature de la transaction, le sort de cette dernière aurait été le même. Conformément à la jurisprudence établie, et

¹⁸¹ O. FARDOUX, « L'envoi d'une feuille blanche ne constitue pas la notification d'un licenciement », JCP S, 2007, 1204, n° 13.

outre la nécessaire postériorité de la transaction à la prise de connaissance des motifs du licenciement, la transaction n'est valable que si le licenciement est régulièrement notifié au salarié. En d'autres termes, la transaction ne peut trouver à s'appliquer que si et seulement si sa signature intervient après que le salarié ait pris connaissance des motifs de son licenciement suite à l'envoi conforme aux exigences du Code du travail et de la jurisprudence de la lettre de licenciement.

213. M. Olivier Fardoux semble toutefois quelque peu déçu par la position prise par la Chambre sociale. En effet, contrairement aux juges du fond, cette dernière sanctionne l'envoi de la feuille blanche et ne prend pas en compte la remise ultérieure de la réelle lettre de licenciement. Même si aujourd'hui nous savons que la remise de la lettre de licenciement doit se faire par l'envoi d'une lettre recommandée avec avis de réception, il précise que par le passé la même chambre donnait valeur à la lettre simple remise contre décharge. De ce fait, même si une telle position aurait été sans incidence sur la validité de la transaction, le licenciement n'aurait pas été déclaré sans cause réelle et sérieuse.

214. En définitive, le sort réservé au subterfuge était dès le départ prévisible. Cependant, il semble quelque peu discutable que seul l'employeur ait été sanctionné alors que le salarié, complice de la première heure, s'en sorte indemne. La critique est d'autant plus forte qu'il est probable que le salarié soit l'auteur originel de la demande de rupture du contrat de travail car, comme cela a déjà été mentionné, le licenciement était le seule acte de rupture de son contrat de travail lui permettant de percevoir des allocations chômage. Ainsi, l'employeur, qui était sans doute consentant au départ de son salarié, a accepté de créer une supercherie qu'il pensait sans danger pour lui et bénéfique à son salarié. Or tel n'a pas été le cas. Même si cette espèce est quelque peu éloignée du sujet de la présente étude, elle pointe du doigt le défaut majeur de l'acte consensuel de rupture du contrat de travail à savoir l'absence de régime juridique permettant de l'encadrer et de le sécuriser.

215. Depuis ces arrêts, la Cour de cassation n'a de cesse de préciser sa position¹⁸² y compris en ce qui concerne les salariés protégés qui sont soumis aux mêmes exigences que leurs homologues ordinaires mais dont le mandat représentatif détermine la nature de la nullité de la transaction en cas de précocité.

4. La nullité de la transaction précoce

216. Poser les conditions de validité de la transaction n'a pas été une chose aisée pour la Cour de cassation. Déterminer le régime de la nullité de la transaction précoce ne l'a pas plus été.

217. Dans un arrêt du 24 octobre 2000¹⁸³, la Chambre sociale a décidé que la nullité pouvait être invoquée par l'une ou l'autre des parties au contrat de travail. En l'espèce, un salarié engagé en 1978 est licencié pour motif économique le 14 décembre 1993 à la suite de son refus d'une modification de son contrat de travail. Quelques jours avant son licenciement, les parties avaient conclu un accord par lequel l'employeur s'engageait à payer au salarié deux sommes au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement et de l'indemnité transactionnelle en contrepartie de quoi le salarié adhérerait à la convention de conversion qui lui serait proposé. Suite à son licenciement, le salarié saisit la juridiction prud'homale d'une demande de dommage-intérêt pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le 14 novembre 1997, la Cour d'appel de Besançon le déboute de sa demande en énonçant que la lettre de licenciement indiquait que « les motifs économiques de la rupture [étaient] constitués par la non-acceptation par le salarié de son nouveau poste de travail dans les conditions fixées par la société et par l'insuffisance de rentabilité des « fonctions actuellement exercées » par celui-ci ». Le 24 octobre 2000, la chambre sociale, sous le visa de l'article L.1233-4 du Code du travail, rend un arrêt de cassation en indiquant que « le licenciement pour motif économique

¹⁸² Soc, 19 novembre 1996, n° 93-41745, Bull. civ. V, n° 394, p. 282 : « Vu l'article L. 122-14 et L. 122-14-7 du Code du travail ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations, que l'accord signé par les parties, qui n'était pas destiné à mettre fin au contrat de travail, mais à régler les conséquences d'un licenciement, avait été conclu avant la réception par le salarié de la lettre de licenciement, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

¹⁸³ Soc, 24 octobre 2000, n°98-41192, préc.

d'un salarié ne peut intervenir que si le reclassement de l'intéressé dans l'entreprise et, le cas échéant dans le groupe auquel appartient l'entreprise n'est pas possible ». La décision de la Cour de cassation est donc claire, le licenciement étant valable, l'employeur a la possibilité de demander la nullité de la transaction précoce.

218. Moins de deux ans plus tard, la Haute juridiction est revenue sur sa décision par deux arrêts. Les faits du premier, datant du 28 mai 2002¹⁸⁴, sont les suivants : deux salariés de l'Institut technique de prévoyance sociale interentreprises ont signé le 6 mars 1996 une convention avec leur employeur prévoyant que leur contrat prendrait fin le 31 juillet de la même année et qu'une indemnité transactionnelle leur serait alors versée. Or le 22 mai, les deux salariés sont licenciés. L'employeur saisit alors la juridiction prud'homale d'une demande d'annulation des conventions et de restitution de la somme versée au titre de l'indemnité transactionnelle. Le 27 mai 1999, la Cour d'appel de Paris fait droit à la demande de l'employeur en lui permettant de se prévaloir de la nullité des transactions conclues avant que les salariés n'aient reçu leur lettre de licenciement. Les salariés forment un pourvoi en cassation qui sera favorablement accueilli par la Chambre sociale de la Cour de cassation. Dans son arrêt du 28 mai 2002, la Haute juridiction casse l'arrêt rendu en appel en indiquant que « la nullité d'une transaction résultant de ce qu'elle a été conclue avant la notification du licenciement est une nullité relative instituée dans l'intérêt du salarié, qui ne peut, dès lors, être invoquée par l'employeur »

219. En ce qui concerne l'ordre chronologique devant être respecté lors de la conclusion d'une transaction, cet arrêt n'est pas novateur¹⁸⁵ puisqu'il reprend la ligne jurisprudentielle établie en 1996 et 1999 par la même chambre. En revanche, le qualificatif de novateur est de mise en ce qui concerne le régime de la nullité de la transaction précoce. Contrairement à ce que les juges avaient décidé dans l'arrêt

¹⁸⁴ Soc, 22 mai 2002, n°99-43852 et 99-43853, Bull, civ, V, n° 182, p. 180.

¹⁸⁵ D. CORRIGNAN CARSIN, « La nullité d'une transaction conclue avant la notification du licenciement est une nullité relative instituée dans l'intérêt du salarié et ne peut être invoquée par l'employeur », JCP E, 2002, II, 10147,

*Mercier*¹⁸⁶, la nullité de la transaction précoce est une « nullité relative instituée dans l'intérêt du salarié », elle ne peut donc être invoquée par l'employeur.

220. Même si cet arrêt s'inscrit dans une mouvance protectionniste du salarié, il est toutefois important de remarquer que cette protection n'est pas sans faille. En effet, si le salarié invoque la nullité de la transaction et qu'elle est reconnue, il devra restituer la somme perçue au titre de l'indemnité transactionnelle à son employeur, ce qui est en soi une conséquence logique.

221. Le second arrêt date du 10 juillet 2002¹⁸⁷. En l'espèce, un salarié, délégué du personnel et syndical ainsi que membre du Comité d'entreprise, conclu avec son employeur une transaction le 31 mars 1995. Une fois son licenciement prononcé, il saisit le conseil des prud'hommes de diverses demandes. L'employeur forme une demande reconventionnelle en résolution de la transaction pour absence de cause et en restitution des sommes versées. Le 23 novembre 1999, la Cour d'appel de Paris accueille favorablement la demande de l'employeur et décide que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse. Le salarié forme alors un pourvoi en cassation. Le 10 juillet 2002, la Chambre sociale de la Cour de cassation rend un arrêt de rejet en indiquant que « la protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun des salariés investis de fonctions représentatives a été instituée, non dans le seul intérêt de ces derniers, mais dans celui de l'ensemble des salariés ; qu'il en résulte qu'est atteinte d'une nullité absolue d'ordre public toute transaction conclue entre l'employeur et le salarié protégé avant la notification de son licenciement prononcé après autorisation de l'autorité administrative ».

222. Dès lors, lorsque le salarié concerné par une transaction est investi de fonctions représentatives, la nullité de la transaction est absolue et ce en vertu du régime de protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun. Ainsi la nullité de ladite transaction peut être recherchée par toute personne intéressée, y compris l'employeur.

¹⁸⁶ Soc, 24 octobre 2000, n° 98-41192, préc.

¹⁸⁷ Soc, 10 juillet 2002, n° 00-40301, Bull. civ. V, n° 249, p. 243.

223. Selon M. Georges Picca¹⁸⁸, cette solution s'explique par le fait que le salarié n'est pas dans une situation contractuelle simple mais bel et bien dans une situation statutaire. Ce qui induit que la protection dont il bénéficie n'est pas dans son seul intérêt mais dans celui des salariés qu'il représente.

224. La Cour de cassation a ainsi mis pas loin de trente ans à déterminer le moment auquel devait avoir lieu la signature de la transaction. Après une prise de position qui semblait pourtant inébranlable, puis une longue période d'hésitations, la ligne jurisprudentielle est toute tracée. Une fois le moment de la signature déterminé, le travail prétorien n'est pas pour autant terminé. Il restait aux juges à se pencher sur la nécessité, oh combien discutée, des concessions réciproques en tant qu'élément de définition de l'acte transactionnel.

B. L'existence de concessions réciproques

225. Une transaction peut être qualifiée de telle que si elle comporte des concessions réciproques. La doctrine est aujourd'hui unanime pour reconnaître que les concessions réciproques sont l'une des premières conditions de validité d'une transaction¹⁸⁹, alors qu'elles sont absentes de la définition donnée par l'article 2044 du Code civil. Si on lit le premier alinéa de l'article 2044 du Code civil, on apprend que les deux éléments fondamentaux prévus par la loi sont la contestation et la volonté des parties d'y mettre fin¹⁹⁰. Quid alors des concessions réciproques que doivent se faire les parties ?

¹⁸⁸ G. PICCA, « Chronique de droit du travail et protection sociale », LPA, 2002, n° 147, p. 15.

¹⁸⁹ P-Y. GAUTIER, « Les degrés de l'esprit de sacrifice : sur l'inégalité des concessions réciproques », RTD civ. n° 92, p. 783 : d'après cet auteur, les concessions réciproques sont « le cœur de la transaction » ; C. FOURCADE, « La transaction en droit du travail : quelle place pour la liberté contractuelle ? », Dr. soc. 2007, n° 2, p. 166.

¹⁹⁰ C. JARROSSON, « Les concessions réciproques dans la transaction », D. 1997, p. 267.

226. Cette absence serait-elle due à l'esprit novateur des rédacteurs du Code civil qui souhaitaient se défaire des traditions héritées du droit romain¹⁹¹ ? Là n'est pas l'explication. Les rédacteurs du Code de 1804, travaillant à la hâte, n'ont pas consacré suffisamment de temps à la rédaction des articles relatifs à la transaction et se sont contentés de reprendre les écrits de Domat, écrits bien éloignés de la loi 38 du Code de Justinien¹⁹². Le sort de la transaction était ainsi scellé : elle serait dès lors composée par les deux éléments fondamentaux que sont l'existence d'une contestation et la volonté des parties d'y mettre un terme. Cela était sans compter sur l'intervention prétorienne et doctrinale abandonnant la conception de Domat et renouant ainsi avec la conception romaine.

227. Peu de temps après avoir reconnu la validité de la transaction en droit du travail, la Cour de cassation a interprété de façon nouvelle l'article 2044 du Code civil en indiquant « qu'en vertu de l'article 2044 du Code civil, la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation en se consentant des concessions réciproques »¹⁹³. La condition de base étant ainsi posée, il ne restait plus aux juges qu'à préciser la nature des nécessaires concessions réciproques.

228. En 1976, la Première chambre civile de la Cour de cassation décide que « pour présenter le caractère d'une transaction, une convention destinée à mettre fin à un litige doit comporter des concessions réciproques »¹⁹⁴. La présence de concessions

¹⁹¹ La loi 38 du Code de Justinien fait des concessions réciproques une des conditions de validité d'une transaction : « Une transaction ne peut pas avoir lieu sans donner, retenir ou promettre quelque chose ». Ainsi, même si les termes de « concessions réciproques » ne sont pas employés on comprend aisément qu'il en est question. Les parties à une transaction doivent obligatoirement se consentir une sorte d'avantage que ce soit par le don ou par la promesse.

¹⁹² Domat considère, dans les *Lois civiles, Livre I, titre XIII, section I, n° II*, que l'« on transige enfin aux conditions dont on veut convenir, selon les règles générales des conventions ». La différence d'avec l'article 38 du Code de Justinien est flagrante : dans le premier, les concessions réciproques sont un des éléments de validité de la transaction tandis que dans le second, elles ne sont pas envisagées. Les termes généraux employés par Domat peuvent même laisser penser qu'ils ont été choisis dans le seul but de marquer de façon nette la rupture avec le Droit romain.

¹⁹³ Soc, 13 novembre 1959, JCP, 1960, II, n° 11450.

¹⁹⁴ Civ, 1^{ère}, 4 mai 1976, n° 74-12526, Bull. des arrêts de la Cour de cassation, Chambre civile 1, n° 157, n° 124.

réciproques ne serait donc pas un élément de validité de la transaction mais un élément de définition¹⁹⁵.

229. La Chambre sociale suivra le pas, notamment par un arrêt du 17 mars 1982¹⁹⁶, en précisant la nature de ces concessions. En l'espèce, un salarié est licencié le 26 juillet 1977. Par lettres des 6 et 14 mars 1973, le bénéficiaire « des anciennetés acquises dans les sociétés du groupe OTH » lui avait été accordé. Suite à son licenciement, il demande à son employeur une indemnité de licenciement d'un montant de 485 124,30 francs calculé en fonction de son ancienneté depuis le 15 décembre 1954 et selon les règles fixées par le règlement intérieur du 18 mai 1976. Son employeur lui propose alors une indemnité d'un montant de 205 700 francs en soutenant que l'application des dispositions du règlement intérieur, dispositions beaucoup plus favorables au salarié que celles contenues dans son contrat de travail, n'était possible que pour la période postérieure à son entrée en vigueur. Le 10 juin 1977, les parties concluent un accord qui prévoit « à titre transactionnel » que la somme de 250 000 francs serait versée au salarié ainsi que la renonciation à toute contestation ultérieure. Contestant l'objet et la valeur de l'accord, le salarié saisit la juridiction prud'homale. Le 18 décembre 1979, la Cour d'appel de Paris fait droit à la demande du salarié aux motifs « que, si, en application de l'accord du 10 juin 1977, relatif à l'indemnité de licenciement due [au salarié], la société consentait à payer à celui-ci, en sus de ce qu'elle avait proposé, une somme de 44 300 francs, celui-ci renonçait à 235 134,30 francs et qu'en raison de la disproportion des concessions, cet accord signé en cours de contrat, à un moment où le salarié était soumis à un lien de subordination, ne pouvait être considéré comme une transaction ». L'employeur se pourvoit en cassation. Le 17 mars 1982, la Chambre sociale de la Cour de cassation casse l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en soutenant « qu'il résultait de ses termes mêmes que cet accord avait été conclu en raison du licenciement d'ores et déjà décidé et non contesté en son principe [du salarié] et pour mettre fin au différend qui s'était élevé entre les parties sur le quantum de l'indemnité due de ce fait au salarié, et qu'il comportait à cet égard des concessions et engagements réciproques,

¹⁹⁵ C. JARROSSON, « Les concessions réciproques dans la transaction, préc.

¹⁹⁶ Soc, 17 mars 1982, Bull. des arrêts de la Cour de cassation, Chambre sociale, n°180.

qu'elle que soit leur importance relative, ce dont il résultait qu'il s'agissait d'une transaction au sens de l'article 2044 du Code civil ».

230. La formulation de la solution est révélatrice de l'intérêt porté par la Cour de cassation, et plus généralement par les juridictions, aux concessions réciproques nécessaires pour caractériser une transaction. En effet, les première et dernière parties de la solution sont consacrées à la reconnaissance de ces concessions puis à la caractérisation de la transaction au sens de l'article 2044 du Code civil comme s'il mentionnait les éléments définis dans la première partie. Or, le premier alinéa de cet article, ainsi rédigé « la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître », ne fait aucunement mention de cette exigence prétorienne. La Chambre sociale interprète donc, ou du moins en donne l'impression, l'article 2044 du Code civil comme définissant la transaction en utilisant l'élément que constitue les concessions que doivent mutuellement se consentir les parties¹⁹⁷.

231. Ainsi, avant même de s'intéresser à ce qui semble être pour le lecteur de la présente espèce le cœur du problème, la Chambre sociale caractérise tout d'abord les « concessions et engagements réciproques » en tant qu'élément essentiel de définition de la transaction intervenue entre les parties. Ce n'est que dans un second temps qu'elle s'intéresse à l'éventuel déséquilibre entre les concessions du salarié et de l'employeur. De par cette construction du raisonnement, la Chambre sociale dégage l'apport de l'arrêt : une transaction ne peut être définie comme telle que si elle comporte des concessions réciproques « quelle que soit leur importance relative »¹⁹⁸. Dix ans plus tard, la même solution a été adoptée, cela étant remarquable, sous le visa de l'article 2044 du Code civil comme si les concessions réciproques avaient été absorbées par la définition législative de la transaction¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Nos propos ne sont en aucun cas une critique envers la position défendue par la Cour de cassation et doivent être envisagés comme un simple constat de la technique d'argumentation utilisée par la Haute juridiction.

¹⁹⁸ C. JARROSSON, « Les concessions réciproques dans la transaction », préc.

¹⁹⁹ Soc, 13 mai 1992, n° 89-4084, Bull. civ, V, n° 307, p. 192 : en l'espèce, une salariée, engagée le 4 novembre 1982 et dont le contrat de travail contenait une clause de non concurrence, est licenciée le 14 mai 1986. Le lendemain une transaction, prévoyant que la salarié percevrait la somme de 67 500 francs-soit 36 637,50 francs de plus que ce à quoi elle a droit- en contrepartie de quoi, elle s'engager « à ne pas collaborer directement ou indirectement avec aucune entreprise concurrente dans Paris et la région parisienne,

232. Par la suite, la Chambre sociale s'est intéressée à des cas de plus en plus spécifiques. Pour preuve, une espèce du 14 janvier 1988²⁰⁰. Le 25 octobre 1983, un salarié et son employeur mettent fin au contrat de travail les unissant dans le cadre des dispositions des articles 2044 et 2052 du Code civil en signant un « compromis » prévoyant d'une part que l'employeur verserait à titre transactionnel, forfaitaire et définitif, une somme incluant le solde de congés payés au salarié et précisant d'autre part que le salarié était favorable à son départ négocié. Le 28 octobre de la même année, le salarié dénonce « le compromis » en soutenant que la rupture s'analysait en un licenciement pour cause économique et saisit la juridiction prud'homale d'une demande en paiement de diverses indemnités. Le 17 octobre 1985, la Cour d'appel d'Orléans fait droit à sa demande en indiquant que l'employeur n'avait pas fait de concession puisque la somme qu'il s'engageait à verser était inférieure à celle à laquelle le salarié avait droit et que par conséquent « le compromis » ne pouvait être qualifié de transaction. Suite au pourvoi formé par l'employeur, la Chambre sociale de la Cour de cassation, sous le visa des articles 1134 et 2044 du Code civil censure la décision rendue en appel « puisqu'il résulte des termes clairs et précis de l'acte du 25 octobre 1983 que la cessation des relations contractuelles était intervenue d'un commun accord, et que le salarié reconnaissait dans cet acte avoir reçu à titre transactionnel, forfaitaire et définitif une somme incluant un solde de congés payés, ce qui constituait une transaction au sens de l'article 2044 du Code civil ».

ni dans le même espace géographique, à ne participer à la création d'entreprise concurrente et ce, pendant un délai de 2 années à compter de la signature des présentes ». On suppose que la salariée saisit la juridiction prud'homale pour contester la validité de la transaction. Le 14 décembre 1988, la Cour d'appel de Paris déclare la transaction nulle en soutenant qu'il n'y a pas de concessions réciproques puisque la salariée se soumet à une clause de non concurrence plus large que celle prévue initialement par son contrat de travail et ce en contrepartie d'une faible somme d'argent. L'employeur forme un pourvoi en cassation. Le 13 mai 1992, la Chambre sociale de la Cour de cassation, sous le visa de l'article 2044 du Code civil, casse l'arrêt rendu en appel en indiquant « que constitue une transaction au sens de l'article 2044 du Code civil un accord qui a pour objet de mettre fin à un différend s'étant élevé entre les parties et qui comporte des concessions réciproques, quelle que soit leur importance relative ». On remarque que les termes employés dans cette solution sont identiques à ceux de 1982 : « quelle que soit leur importance relative ». Cette formule est claire, les concessions réciproques doivent simplement exister et être consenties par les deux parties à la transaction.

²⁰⁰ Soc, 14 janvier 1988, n° 85-46469.

233. Les juges du fond et ceux de la Haute juridiction s'accordent donc sur un point, il est nécessaire de qualifier des concessions réciproques pour reconnaître la transaction. Leur divergence d'opinion est relative aux critères de reconnaissance de ces concessions. Pour les premiers juges, il n'y a pas de concessions de la part de l'employeur puisque son engagement consiste à verser une somme d'argent inférieure à celle à laquelle le salarié pourrait prétendre. Ainsi en l'absence de concessions, « le compromis » ne peut être qualifié de transaction. Pour les seconds, l'engagement de l'employeur revêt bel et bien le caractère de concession réciproque ce qui permet de reconnaître au « compromis » le qualificatif de transaction.

234. Comme le précise certains auteurs²⁰¹, la décision des juges de la Chambre sociale repose « sur le seul fondement de l'accord des volontés ». Cela n'étant pas à exclure au vu du visa sous lequel cette décision est rendue, ils vont jusqu'à se demander si l'article 2044 du Code civil n'empièterait pas « sur les terres de l'article 1134 ». En effet, le raisonnement de la Chambre sociale semble bien avoir été celui-ci, sinon pourquoi avoir rendu une solution sous ce double visa ?

235. Cette utilisation de la notion d'accord de volonté peut toutefois être critiquée puisque utilisée à tort, elle peut conduire à des « dérives » constituant à créer un véritable déséquilibre entre les concessions de l'employeur et du salarié. En effet, l'employeur qui consent simplement à verser au salarié les sommes dues au titre de son travail ou de la rupture de son contrat de travail est-il l'auteur d'une concession ? A cette première question, il est possible de répondre par l'affirmative même si une réponse négative est envisageable. En revanche, si le salarié consent en retour à ne pas poursuivre une action en justice à l'encontre de l'employeur, peut-on parler de concessions réciproques entre ce dernier et l'employeur ? En raisonnant à partir de la définition du terme réciproque, une réponse par la négative doit être apportée. En effet, la définition du terme réciproque est simple, il s'agit d'un adjectif « qui marque un échange équivalent entre deux personnes, deux groupes, deux choses »²⁰². Il ne semble pas nécessaire de devoir définir le terme « équivalent » pour comprendre le sens de l'adjectif réciproque. De ce

²⁰¹ P-H. ANTONMATTEI, « Chronique Droit du travail », JCP E, 1988, II, 15125, n° 25.

²⁰² Le Petit Larousse illustré, 100^{ème} édition, 2005.

fait, si le seul accord des volontés du salarié et de l'employeur formalisé par la signature d'un compromis, que l'on cherche à qualifier de transaction, suffit à rendre leurs concessions réciproques, alors qu'elles ne le sont pas selon la définition commune de ce terme, ces dernières n'auront de réciproque que le nom rendant ainsi leur qualification caduque. Dès lors, les concessions de l'employeur pourront être de moindre importance sans que cela affecte la nature de la transaction et cette situation conduira à un véritable déséquilibre plaçant le salarié, à nouveau, dans une situation de faiblesse. Est-ce là que la Chambre sociale veut en venir ? Certains auteurs rappellent que « la réciprocité suppose qu'à la concession d'une partie corresponde une concession de l'autre. Mais [que] correspondance n'est pas équivalence »²⁰³. Les décisions antérieures ne laissaient pas présager l'éventualité d'une telle « dérive » puisque la réciprocité des concessions était vérifiée même si la Haute juridiction n'attachait aucune importance au quantum de chacune d'elles et traduisaient le profond attachement de la jurisprudence aux concessions réciproques. Par cet arrêt, la Chambre sociale a semblé abandonner sa position antérieure relative à la réciprocité des concessions.

236. C'est par une décision rendue le 18 février 1998 que la Cour de cassation a mis fin au suspens²⁰⁴. En l'espèce, un salarié est licencié le 30 septembre 1992 après avoir refusé de nouvelles fonctions. Durant son préavis, les parties signent une transaction. Par la suite, le salarié saisit le Conseil des Prud'hommes d'une demande en paiement d'une indemnité conventionnelle de licenciement. La Cour d'appel de Toulouse, le 31 mars 1995, déclare la transaction nulle et condamne l'employeur à verser une somme en complément de l'indemnité conventionnelle de licenciement. L'employeur forme un pourvoi en cassation aux motifs « que les parties à une transaction décident librement de l'objet du litige, auquel elles veulent mettre fin, qu'il appartient en conséquence au juge, pour rechercher si les parties à une transaction ont consenti des concessions réciproques, de comparer les engagements qu'elles ont pris par rapport à leurs prétentions initiales telles que celles-ci sont exposées dans la transaction, qu'en l'espèce les parties à la transaction avaient exposé que le litige qui les opposait portait sur la responsabilité de la rupture que chacune d'elles imputait à l'autre, qu'il est encore indiqué que l'employeur contestait au salarié l'indemnité de licenciement que ce dernier, au contraire, réclamait ».

²⁰³ C. JARROSSON, « Les concessions réciproques dans la transaction », préc.

²⁰⁴ Soc, 18 février 1998, n° 95-42500, Bull. civ. n° 95, p. 68.

Le 18 février 1998, la Chambre sociale casse partiellement l'arrêt rendu par la Cour d'appel tout en déclarant « que la cour d'appel a relevé que le contrat avait pris fin par le licenciement du salarié et que l'employeur, qui a accordé au salarié un préavis de trois mois, l'a licencié sans se prévaloir d'une faute grave ; qu'elle en a exactement déduit que le salarié était bien fondé à prétendre à l'indemnité conventionnelle de licenciement, dès lors qu'il en remplissait les conditions ; qu'ayant constaté que la somme versée au salarié, en application de l'accord transactionnel, était inférieure au montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement à laquelle il pouvait prétendre, elle a décidé à bon droit que l'employeur n'avait consenti aucune concession et, qu'à défaut de toute concession de sa part, la transaction était nulle ».

237. Ainsi, la Chambre sociale met fin au doute qui planait depuis sa décision du 14 janvier 1988 en prohibant les concessions inexistantes, ce qui a pour conséquence de rendre nulle la transaction. Le pouvoir du juge est donc important en matière de transaction car il peut s'immiscer dans la relation salarié-employeur et rechercher la véritable teneur des concessions réciproques introduites dans la convention. En l'espèce, l'employeur avait l'impression que sa concession était d'égale importance par rapport à celle de son salarié. En réalité, il n'en est rien puisque sa « concession » était inférieure à la somme due au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement.

238. Après avoir déclaré l'illicéité des concessions réciproques inexistantes²⁰⁵, la Cour de cassation a soumis les juges du fond à une exigence de taille, caractériser leur

²⁰⁵ Voir aussi Soc, 11 octobre 1990, n° 87-40949, Bull, civ, V, n° 472, p. 285 : Un salarié est licencié le 29 février 1984 pour faute grave. Le 6 mars de la même année, un accord est signé par les parties au contrat de travail. Puis le salarié saisit la juridiction prud'homale. Le 21 janvier 1987, la Cour d'appel de Reims déclare nulle et de nul effet la transaction intervenue. L'employeur forme un pourvoi en cassation aux motifs que les juges ont dénaturé le sens clair et précis de l'acte en déduisant d'une mention qu'il était concomitant au licenciement, qu'ils ont violé les articles 1134 et 2044 du Code civil en nécessitant que la transaction soit postérieure au licenciement et enfin que des concessions réciproques ont bien été faites puisqu'il s'engageait à verser au salarié une indemnité de 9 800 francs en contrepartie de la renonciation de ce dernier à tous droits et actions. Le 11 octobre 1990, la Chambre sociale de la Cour de cassation rejette le pourvoi principal de l'employeur en énonçant « que c'est par une interprétation nécessaire de ses termes que la cour d'appel a estimé, hors toute dénaturation, que l'accord signé par les parties l'avait été en concomitance avec le licenciement du salarié ; que, d'autre part, ayant relevé que l'employeur n'avait pas respecté la procédure de licenciement qu'il motivait par la faute grave, et que son offre, simultanée, d'une indemnité de préavis, révélait une manœuvre de sa part, elle a pu décider qu'il n'y avait pas eu entre les parties des concessions réciproques ». Les juges du fond ayant caractérisé l'inexistence des concessions réciproques, la Chambre sociale valide leur raisonnement.

l'existence²⁰⁶. Un salarié est licencié le 9 mai 1989 et conclu, le même jour avec son employeur, une convention aux termes de laquelle l'employeur s'engageait à lui verser la somme de 22 800 francs pour régler définitivement tous leurs comptes. Après avoir perçu cette somme, le salarié a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en nullité de cette transaction et en paiement de diverses sommes en raison de son licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le 13 septembre 1991, la Cour d'appel de Douai rejette ses demandes en soutenant « qu'il n'est pas établi que la volonté du salarié ait été altérée lors de la conclusion du protocole d'accord et que ce protocole, qui constate la volonté réciproque des parties d'organiser elles-mêmes les conséquences de la rupture de la relation de travail est licite ». Le salarié se pourvoit en cassation. Et le 20 juin 1995, la Chambre sociale de la Cour de cassation casse l'arrêt rendu en appel en indiquant « qu'en statuant par ces seuls motifs, alors qu'il résultait de ses constatations qu'il n'y avait pas eu rupture du contrat de travail d'un commun accord, mais transaction, consécutive au licenciement du salarié, la cour d'appel qui s'est abstenue de caractériser les concessions consenties par l'employeur, n'a pas donné de base légale à sa décision ».

239. Les termes de la solution sont facilement compréhensibles, la Chambre sociale reproche principalement aux juges du fond de s'être abstenus « de caractériser les concessions consenties par l'employeur » alors qu'ils déclarent licite le protocole qui constatait « la volonté réciproque des parties d'organiser elles-mêmes les conséquences de la rupture de la relation de travail ». Comment est-il possible de déclarer la licéité d'une transaction si l'on ne se prononce pas sur la réalité de la réciprocité des concessions qui en est un élément de validité ? La position de la Cour de cassation est opportune puisqu'elle permet de sécuriser davantage la position du salarié dans le cadre d'une transaction.

240. Dans la même lignée jurisprudentielle, l'arrêt rendu le 7 février 2007²⁰⁷ apporte de plus amples précisions quant à la manière dont les concessions réciproques doivent être vérifiées. En l'espèce, un salarié embauché le 2 septembre 1975 et licencié pour motif

²⁰⁶ Soc, 20 juin 1995, n° 92-40194, Bull, civ, V, n° 201, p. 147 ; voir note sous arrêt L. FINEL, JCP G, 1996, II, 22618, n° 14.

²⁰⁷ Soc, 7 février 2007, n° 05-41623.

économique le 15 mars 1999 après avoir refusé la modification de son contrat de travail le 1 février 1999 à l'issue d'un arrêt de travail pour maladie couvrant la période du 18 octobre 1997 au 8 février 1999. Dix jours après le licenciement, les parties au contrat concluent une transaction. A la suite de quoi, le salarié saisit la juridiction prud'homale de diverses demandes. Le 31 janvier 2005, la Cour d'appel de Douai déclare la transaction nulle. L'employeur forme un pourvoi en cassation en soutenant que pour déterminer si les concessions réciproques sont réelles, les juges ne peuvent trancher le litige que l'accord transactionnel a pour objet de clore en se livrant à l'examen des éléments de fait et de preuve. Le 7 février 2007, la Chambre sociale de la Cour de cassation rejette le pourvoi en indiquant « que si la juridiction appelée à statuer sur la validité d'une transaction réglant les conséquences d'un licenciement n'a pas à se prononcer sur la réalité et le sérieux du ou des motifs énoncés dans la lettre de licenciement, elle doit, pour apprécier si des concessions réciproques ont été faites et si celle de l'employeur n'est pas dérisoire vérifier que la lettre de licenciement est motivée conformément aux exigences légales ; la cour d'appel a relevé que la lettre de licenciement du 15 mars 1999, qui ne comportait que le motif "suppression de poste », n'était pas suffisamment motivée au regard des exigences légales ».

241. Ainsi, les juges doivent apprécier que la lettre de motivation soit suffisamment motivée pour pouvoir caractériser l'existence des concessions réciproques. Leur contrôle est donc excentré puisqu'il porte sur la motivation de la lettre de licenciement conforme aux exigences législatives afin de pouvoir apprécier de la réalité des concessions réciproques. Les exigences prétoriennes ont évolué depuis la décision du 20 juin 1995. Dans cette dernière la Chambre sociale avait censuré l'arrêt rendu en appel car la Cour s'était « abstenue de caractériser les concessions consenties par l'employeur ». Dans l'espèce de 2007, la Chambre sociale indique aux juges du fond la méthode devant être utilisée pour caractériser les concessions de l'employeur.

242. Par la suite, la Chambre sociale a déclaré l'illicéité des concessions dérisoires notamment dans un arrêt du 28 novembre 2000²⁰⁸. En l'espèce, un salarié victime d'un accident du travail le 25 octobre 1988 est licencié le 4 mai 1994. Le 5 juillet 1994, il signe un reçu pour solde de tout compte, puis une transaction lui accordant la somme de

²⁰⁸ Soc, 28 novembre 2000, n° 98-43635, Bull. civ. V, n° 399, p. 307.

5 000 francs à titre transactionnel forfaitaire et définitif le 22 novembre de la même année. Par la suite, il saisit le Conseil des Prud'hommes en vue de faire annuler son licenciement, le reçu pour solde de tout compte ainsi que la transaction. La Cour d'appel de Colmar le déboute le 12 juin 1997 en indiquant « qu'il ressort de l'accord transactionnel signé le 22 novembre 1994 que la société SIVT a expressément rappelé que toute prétention du salarié se heurtait à la forclusion de l'article L. 122-17 du Code du travail ; qu'en acceptant de payer en plus des montants fixés dans le reçu pour solde de tout compte une somme de 5 000 francs, la société ne pouvait que servir les intérêts de son ancien salarié, en dépit du caractère modique du montant complémentaire alloué ; que, par cette transaction, M. X... s'est déclaré définitivement satisfait en tous ses droits vis-à-vis de la société SIVT ». Le salarié forme alors un pourvoi en cassation. Le 28 novembre 2000, la Chambre sociale, sous le visa de l'article 2044 du Code civil, casse l'arrêt rendu en appel en indiquant « que, eu égard à son montant de 5 000 francs, l'indemnité forfaitaire transactionnelle revêtait un caractère dérisoire et, partant, ne constituait pas une véritable concession de la part de l'employeur, en sorte que la transaction était nulle ». La solution rendue par la Haute juridiction semble lier caractère dérisoire et réalité des concessions en précisant que l'indemnité revêt un caractère dérisoire et « partant » ne constitue pas une véritable concession.

243. La Chambre sociale a ainsi, au fil de ses décisions, affiner sa perception de la nature idéale vers laquelle doivent tendre les concessions contenues dans une transaction. Par exemple, elle n'accorde pas d'importance à l'équilibre des concessions²⁰⁹. L'important étant qu'elles existent, qu'elles soient réciproques et non dérisoires. Toutefois, n'est-il pas possible de faire un rapprochement entre réciprocité et équilibre des concessions ?

244. Cette étude de la construction prétorienne de l'exigence des concessions réciproques, en tant qu'élément de définition de la transaction, a le mérite de dévoiler l'appréhension singulière du terme « réciproque » par la Cour de cassation. Pour le commun des mortels, réciprocité et équivalence sont des termes employés comme des synonymes ; la définition même du terme réciproque faisant référence à l'idée d'équivalence. Alors que pour la Haute juridiction, le terme de réciprocité se rapprocherait plus de celui de mutuel, en ce sens où les deux parties à la transaction doivent concéder quelque chose.

²⁰⁹ Soc, 5 janvier 1994, n° 89-40961, Bull. civ. V, n° 1, p. 1.

Toutefois, cette vision spécifique de ce terme commun n'est pas uniquement centrée sur la seule idée de réciprocité puisque les concessions dérisoires ne permettent pas de reconnaître l'existence d'une transaction et qu'il est primordial d'analyser la réalité de ces dernières.

245. A y regarder de plus près, la position de la Cour de cassation est conforme aux prescriptions du Code civil. En effet, le second alinéa de l'article 2052 de ce Code interdit la rescision pour lésion²¹⁰. Est-il nécessaire de rappeler que la lésion est « le préjudice que subit l'une des parties au contrat (...) du fait de l'inégalité originaire des prestations réciproques » ? De plus, comment est-il possible d'évaluer la valeur d'une concession ne relevant pas de la sphère pécuniaire, telle que la renonciation à un droit à agir ? Comme le souligne à juste titre Pierre-Yves Gautier²¹¹, lorsqu'il y a transaction le litige entre les parties n'est pas porté à la connaissance des juges, il n'est donc pas possible de connaître la valeur des concessions qu'elles se sont consenties.

246. En définitive, même si la ligne jurisprudentielle établie par la Chambre sociale depuis plus de deux décennies peut parfois sembler peu respectueuse du sort du salarié aujourd'hui encore considéré comme la partie faible au contrat de travail, il n'en est rien. En ne recherchant pas une impossible et stricte égalité entre les concessions de l'employeur et du salarié, mais en se cantonnant à caractériser l'existence des concessions et à sanctionner les concessions dérisoires, la jurisprudence, soutenue par la doctrine, crée une sphère sécurisante pour le salarié.

²¹⁰ Article 2052 al. 2 du Code civil : « [les transactions] ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion ».

²¹¹ P-Y GAUTIER, « Les degrés de l'esprit de sacrifice : sur l'inégalité des concessions réciproques », préc.

Titre 2 La nature de la rupture conventionnelle du contrat de travail

247. Sur le long chemin qui mène à la rupture amiable du contrat de travail, la première étape – celle de la prise de décision - se révèle être la plus aisée. Tandis que la progression vers la ligne d'arrivée peut se transformer en une longue agonie. Décider de rompre la relation contractuelle est facile : employeur et salarié se mettant d'accord sur le principe de la cessation de leur relation de travail. La marche semble dès lors lancée. Le premier obstacle apparaît bien vite dès lors que les deux randonneurs abordent la mise en pratique de la rupture de leur lien contractuel. Comment faire, quoi faire, quand le faire ? Tant de questions décourageantes qui font petit à petit surgir l'obstacle de trop : le manque de sécurité. Quel randonneur prendrait le risque de quitter un chemin balisé pour arpenter une piste inexplorée ? Un inconscient, un courageux, un expérimenté ? C'est pour éviter aux randonneurs de la relation contractuelle de travail de s'égarer sur des voies dangereuses qu'un nouveau sentier balisé a été créé.

248. Force est de constater que le marché du travail va mal. Depuis les années 2000 la situation économique et sociale n'étant pas au beau fixe, la majorité des employeurs ont perdu confiance en l'avenir. En résulte une baisse des embauches en contrat à durée indéterminée et une hausse du recours aux travailleurs intérimaires et contrats à durée déterminée. La recherche du Saint Graal, le contrat à durée indéterminée, est de plus en plus fastidieuse voire utopique. Ne sachant pas de quoi demain sera fait, les employeurs craignent de se retrouver bloquer dans des relations contractuelles avec des salariés dont ils n'ont plus besoin faute de travail à accomplir. En ayant recours au travail intérimaire ou aux contrats à durée déterminée, les employeurs éprouvent un sentiment rassurant de liberté : liberté d'embaucher pour une courte durée le nombre d'employés nécessaire à la réalisation d'un chantier, d'un projet, d'une commande ; liberté de réduire l'effectif lorsque l'activité ralentie ; en somme liberté de rester le seul maître à bord. Cette recherche de liberté ou frilosité à l'embauche est révélatrice de la tendance actuelle de non-engagement²¹².

²¹² Selon l'Insee, le nombre annuel de mariages ne cesse de baisser passant de 305 234 en 2000 à 231 000 en 2013 soit une baisse d'un peu plus de 30%.

249. Ce constat serait bien moins inquiétant si cette situation n'engendrait pas le problème sociétal numéro 1 : le chômage. La relation de cause à effet est simple : pas d'embauche = chômage. Et nous le savons tous, avoir un emploi stable est la condition *sine qua non* pour accéder à la propriété, présenter un *curriculum vitae* sur lequel apparaît une longue période sans emploi n'est pas un atout. Dès le début des années 2000, le besoin de trouver une solution pérenne à la sinistrose qui ronge le marché du travail s'est fait sentir. Et cette solution semble passer par la création d'un nouvel acte de rupture du contrat de travail permettant de relancer les embauches.

250. Le mouvement est lancé durant l'été 2003 après la déclaration faite par M. François Fillon alors ministre des Affaires sociales, du travail et de la solidarité devant la Commission nationale de la négociation collective. Il confie à M. Michel de Virville la présidence d'une commission devant faire des propositions visant « d'une part, à permettre un meilleur équilibre entre règles législatives et règlementaires et normes conventionnelles ; d'autre part, à réduire les zones d'insécurité juridique qui caractérisent trop souvent notre droit, et qui nuisent à son efficacité tout en bridant les initiatives conventionnelles »²¹³. Il faudra sept mois à la commission réunit autour de M. Michel de Virville pour formuler pas moins de cinquante propositions. « Pour un code du travail plus efficace »²¹⁴ : voici le doux nom, qui en dit long sur les problématiques mises en exergues par la commission, donné à ce rapport qui fait état de quatre grandes orientations²¹⁵. La proposition 17 cerne parfaitement le besoin d'alors en matière de rupture amiable et préconise la création d'un cadre juridique spécifique permettant la rupture négociée du contrat de travail dans un ensemble légal évitant dès lors le détournement des procédures de licenciement et de démission pour des raisons fiscales et sociales. Afin de répondre au criant besoin d'une nouvelle voie de rupture du contrat

²¹³ Déclaration de Monsieur François Fillon, ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, sur la politique sociale et la politique de l'emploi, notamment au travers la négociation collective, Paris, le 23 juin 2003. Document disponible www.travail.gouv.fr.

²¹⁴ M. De Virville, *Pour un code du travail plus efficace : rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité*, La documentation française, 2004.

²¹⁵ La première est relative à la nécessaire recodification du code du travail afin d'assurer l'accessibilité et la lisibilité du droit. La seconde vise la recherche de cohérence et de prévisibilité du droit du travail qui souffre des incohérences créées par la jurisprudence et l'évolution des lois et accords collectifs. La troisième tend à rendre le droit du travail plus efficace et plus sûr. La quatrième préconise de faire de la négociation collective le moteur de la modernisation du droit du travail.

de travail, la commission propose la création pure et simple d'un nouvel acte de rupture tout en mettant en garde contre les éventuels détournements de procédure. La volonté de la commission est claire : créer un acte de rupture amiable à part entière trouvant sa place aux côtés du licenciement et de la démission.

251. Trois ans plus tard, l'idée d'une rupture négociée est à nouveau énoncée mais cette fois-ci par le patronat lui-même. Laurence Parisot, alors présidente du MEDEF, préconise entre autre dans le livre blanc 2007 intitulé *Besoin d'air*, titre illustrant à merveille le manque d'oxygène dont souffre le patronat français, « la séparabilité à l'amiable »²¹⁶.

252. Un an plus tard, un Accord National Interprofessionnel²¹⁷ signé par, pas moins, de quatre syndicats et trois organisations patronales et ayant vocation à moderniser le marché du travail tout en assurant flexibilité et sécurité préconise une nouvelle fois la création d'une rupture amiable du contrat de travail. L'article 12 intitulé *Privilégier les solutions négociées à l'occasion des ruptures du contrat de travail* précise la procédure et l'avantage de la rupture conventionnelle. Le principe de base étant la garantie de la liberté des consentements des parties, la procédure se déroule en trois temps : discussion, convention puis homologation. L'avantage étant « l'accès aux indemnités de rupture et aux allocations du régime d'assurance chômage ».

253. Face aux incertitudes à la fois doctrinales et prétoriennes quant à l'efficacité et l'avenir des ruptures amiables du contrat de travail, le législateur s'est refusé à laisser une telle avancée sociale au rang d'accord national interprofessionnel. Il s'est chargé d'en effectuer la « traduction législative » en promulguant seulement cinq mois après sa signature la loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail²¹⁸. Le

²¹⁶ A. ASTAIX, « La rupture conventionnelle du contrat de travail », Dalloz Actualité, 15 juin 2009.

²¹⁷ Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail.

²¹⁸ Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail.

mouvement est alors en marche et pour preuve, suivent pas moins de deux décrets²¹⁹, un arrêté ministériel²²⁰ et une circulaire de la Direction générale du travail²²¹.

254. La solution à l'immobilisme du marché du travail recherchée depuis le début des années 2000 semble avoir été trouvée. Toutefois, et une fois n'est pas coutume, dès sa publication, la loi portant modernisation du marché du travail a fait l'objet de critiques, parfois virulentes, doctrinales. Certains auteurs allant même jusqu'à penser que la rupture conventionnelle sonnait « le glas du licenciement et de la démission »²²².

255. M. Gilles Auzero²²³ a été l'un des premiers à attaqué la rupture conventionnelle du contrat de travail en la qualifiant « d'illusion de la sécurisation » ne permettant pas « d'éradiquer les éventuelles causes de litiges » et à critiquer la réactivité du législateur qui n'a pas pu « s'empêcher d'apporter sa touche au régime juridique de cette rupture » qui malheureusement pose plus de questions qu'elle n'y répond. Il reproche au législateur sa fidélité²²⁴ à l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008. Il aurait préféré qu'il s'en serve de support pour déterminer les mécanismes procéduraux permettant de donner à la rupture conventionnelle l'attractivité qu'elle mérite.

256. C'est de façon extrêmement tranchée qu'il conclut ses propos en émettant l'hypothèse selon laquelle les partenaires sociaux et le Gouvernement, ainsi que le législateur se

²¹⁹ Décret n° 2008-715 du 18 juillet 2008 portant diverses mesures relatives à la modernisation du marché du travail ; Décret n° 2008-716 du 18 juillet 2008 portant diverses mesures relatives à la modernisation du marché du travail.

²²⁰ Arrêté du Ministre du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité du 18 juillet 2008 fixant les modèles de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée.

²²¹ Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008 relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée.

²²² F. FAVENNEC-HERY, « Un nouveau droit de la rupture du contrat de travail », D. soc, 2008, p. 660.

²²³ G. AUZERO, « La rupture conventionnelle du contrat de travail : l'illusion de la sécurisation », préc.

²²⁴ Les avis doctrinaux divergent quant à la fidélité de la loi à l'ANI. Comme le font remarquer Mesdames Damiano et Mounier-Bertail, le législateur n'a pas repris le volet de l'ANI relatif aux conseils que le salarié aurait pu obtenir en matière de parcours professionnel avant de consentir à la rupture de son contrat de travail. Monsieur Auzero ne semble donc n'accorder que peu d'importance à cette mise à l'écart volontaire, pensant certainement que l'esprit de l'ANI était respecté.

seraient trompés de voie et que de fait, la Cour de cassation serait dans l'obligation de remédier aux lacunes procédurales dont faire preuve la loi.

257. Dans un tout autre registre, de nombreux auteurs s'interrogent sur le mouvement de contractualisation de la rupture du contrat de travail. Ainsi, M. Pascal Lokiec²²⁵ n'envisage pas à première vue la rupture conventionnelle comme un élément défaillant. Selon lui, « le consensus, le consentement, la négociation, l'accord viendraient tempérer un unilatéralisme trop abrupt et peu compatible avec le fonctionnement démocratique de l'entreprise ». Les quatre premiers mots de cette citation n'ont-ils pas un rapport direct avec la procédure de rupture conventionnelle du contrat de travail ? Cette rupture ne se résume-t-elle pas à rompre le contrat de travail à durée indéterminée par le seul consentement mutuel des deux parties au contrat ? Permettant ainsi de contrebalancer l'unilatéralisme qui dicte la procédure de licenciement trop souvent utilisée par les employeurs sans motif sérieux et légitime.

258. Malgré cette vision positive, la dureté des termes employés par M. Gilles Auzero nous empêche d'y adhérer. Son raisonnement est tel, qu'il parvient à semer le doute dans les esprits. La procédure conventionnelle est-elle efficace ? A-t-elle une véritable utilité ou se contente-t-elle seulement d'exister ? Les partenaires sociaux et le Gouvernement se seraient-ils trompés ?

259. Afin d'apporter quelques amorces de réponses à toutes ces interrogations doctrinales, nous pouvons tout d'abord nous demander si la rupture conventionnelle n'est pas une pâle copie « travailliste » de la rupture de droit commun. Une sorte de copié-collé de l'article 1134 du Code civil. Les articles L. 1237-11 et suivants du Code du travail ne sont-ils pas une nouvelle version plus détaillée de l'alinéa second de l'article 1134 du Code civil, selon lequel les conventions « ne peuvent être révoquées que [du] consentement mutuel [des parties au contrat] » ? A premières vues, il semble que la réponse devant être apportée soit négative, la procédure prévue par le Code du travail étant beaucoup plus complète que celle, si on peut l'appeler ainsi, prévue par l'article 1134 du Code civil.

²²⁵ P. LOKIEC, « La contractualisation du licenciement », SSL, 2008, 1367.

260. De plus, il est d'ores et déjà possible de s'interroger sur la sécurisation de la fin de vie du contrat de travail. Quant à la flexibilité, il est indéniable que la rupture conventionnelle assure celle du marché du travail en permettant aux parties de rompre le lien juridique par leur simple consentement mutuel. Pour pouvoir répondre à ces interrogations justifiées par la méfiance doctrinale, il est nécessaire d'analyser en profondeur la procédure de la rupture conventionnelle du contrat de travail (**Chapitre 1**) avant de pouvoir en analyser les effets (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 La procédure de la rupture conventionnelle du contrat de travail

261. La loi portant modernisation du marché du travail a entraîné la création d'une nouvelle section dans le Code du travail. Ainsi, le Chapitre VII du Titre III du Livre II de la Première partie dudit code est maintenant complété par une Section III relative à la rupture conventionnelle du contrat de travail. En seulement six articles, le législateur a su déterminer le champ d'application (**Section 1**) et la procédure (**Section 2**) de ce nouvel acte de rupture.

Section 1 Le champ d'application de la rupture conventionnelle du contrat de travail

262. Conformément à l'esprit et à la lettre de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008, le législateur a maintenu un champ d'application restreint à la rupture conventionnelle du contrat de travail (§1). En revanche, il n'a eu d'autre choix que de créer de toute pièce le régime applicable à certaines professions dites particulières (§2).

§1 Les contrats concernés par la rupture conventionnelle du contrat de travail

263. A la seule lecture de l'article 12 de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008, l'on comprend que la rupture conventionnelle n'est envisagée que pour les contrats à durée indéterminée. En effet, sans avoir expressément exclu le contrat à durée déterminée du champ d'application de la rupture conventionnelle, la rédaction choisie par les partenaires sociaux ne laisse aucun doute planer. Toutefois, le Code du travail ne prévoit aucune disposition reprenant l'article précité. Il suffit alors de parcourir rapidement la table des matières du Code du travail pour s'assurer que la traduction législative est conforme à l'esprit de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 en ce point. Aucun doute ne peut subsister, la section III consacrée à la rupture conventionnelle fait bien partie du Titre III relatif aux ruptures du contrat à durée indéterminée.

264. La rupture conventionnelle ne s'appliquant qu'aux contrats à durée indéterminée, on pourrait penser qu'elle trouve à s'appliquer à tous ces contrats. Tel n'est pas le cas, notamment lorsque l'entreprise rencontre des difficultés économiques pouvant justifier la prédominance de la procédure de licenciement économique collectif (A) ou que le contrat de travail vient à se trouver suspendu (B).

A. L'ambiguë relation entre rupture conventionnelle et difficultés économiques de l'entreprise

265. Ce n'est pas parce que la rupture conventionnelle n'est applicable qu'aux seuls contrats à durée indéterminée qu'elle trouve à s'appliquer à tous les cas de rupture. Dès lors que l'entreprise rencontre des difficultés économiques rendant impossible le maintien de son effectif, le recours à la rupture conventionnelle est impossible (1). Cependant cet acte de rupture conditionne, parfois, la mise en place d'un dispositif permettant d'éviter, autant que possible, les licenciements économiques (2).

1. L'impossible rupture conventionnelle en cas de difficulté économique

266. Le législateur a pris soin de préciser à l'article L. 1237-16 du Code du travail que la rupture conventionnelle « n'est pas applicable aux ruptures de contrat de travail résultant : 1° des accords collectifs de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences dans les conditions définies par l'article L. 2242-15 ; 2° des plans de sauvegarde de l'emploi dans les conditions définies par l'article L. 1233-61 ».

267. Ces deux dispositifs ont le même but : éviter les licenciements économiques ou en limiter le nombre. Le salarié a donc la possibilité de négocier son départ afin d'éviter que son contrat de travail soit rompu par un licenciement économique. Une fois la finalité de ces dispositifs connue, on comprend mieux pourquoi une rupture conventionnelle ne peut pas intervenir lorsqu'une gestion prévisionnelle des emplois et

des compétences ou un plan de sauvegarde de l'emploi sont appliqués. Une telle superposition étant inconcevable.

268. Toutefois, le salarié qui négocie son départ a-t-il les mêmes garanties que s'il consentait à la rupture conventionnelle de son contrat de travail ? Même si la question ne trouve pas à se poser si le droit est correctement appliqué puisque l'employeur ne peut déroger aux règles qui régissent ces deux dispositifs, il semble nécessaire d'y répondre. En ce qui concerne le volet procédural, rien ne permet d'assurer l'intégrité du consentement du salarié. En ce qui concerne le volet financier, le salarié perçoit une indemnité au moins égale à celle due en cas de licenciement, une indemnité compensatrice de congés payés, une indemnité compensatrice de préavis si ce dernier n'est pas effectué et enfin les allocations versées par l'assurance chômage. En définitive, il obtient les mêmes avantages qu'en cas de rupture conventionnelle.

269. Maître Elisabeth Laherre²²⁶ attire cependant notre attention sur la dangereuse proximité qu'il peut exister entre rupture conventionnelle et plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) ou gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC). Même si la rupture conventionnelle est impossible dès lors que la rupture du contrat de travail se trouve concernée par l'un de ces dispositifs, il est possible de créer une situation dangereuse pouvant malheureusement se retourner contre l'employeur et ce, alors même que l'article L. 1237-16 du Code du travail est respecté.

270. Maître Elisabeth Laherre prend l'exemple d'une rupture conventionnelle d'un contrat de travail dont le titulaire ne relève pas d'une des catégories professionnelles visées par un PSE ou une GPEC. Cette rupture conventionnelle semble tout à fait envisageable puisque le contrat de travail visé n'est pas concerné par le PSE ou la GPEC. Toutefois Maître Laherre considère que cette situation est dangereuse pour deux raisons. Tout d'abord, l'autorité administrative pourrait ne pas homologuer la convention de rupture conventionnelle. Cette première hypothèse n'est pas alarmante ; si la convention n'est pas homologuée, les parties au contrat de travail seront toujours en mesure de trouver une autre issue. Ensuite le salarié pourrait contester la rupture de son contrat de travail pour vice de consentement. L'employeur devrait ainsi se défendre devant une

²²⁶ E. LAHERRE, « Plan de départs volontaires...nouvelle alternative au PSE ? », Lexbase hebdo édition sociale, n° 365.

juridiction prud'homale en apportant la preuve que le PSE ou la GPEC, alors en place au sein de son entreprise, ne concernait pas la catégorie professionnelle dont dépend le salarié. Et en cas de rupture annulée, le salarié devrait être réintégré dans l'effectif de l'entreprise.

271. De plus, la proximité temporelle d'une rupture conventionnelle et d'un PSE ou d'une GPEC pourrait entraîner l'annulation de cette dernière en raison de la violation de l'article L. 1231-4 du Code du travail. Cet article dispose que l'employeur et le salarié ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles relatives au licenciement. Bien qu'il soit possible qu'une rupture conventionnelle soit effectuée en toute honnêteté vis-à-vis de cette disposition du Code du travail, les juges pourraient considérer que l'emploi de cette procédure, avant la mise en place d'un PSE ou d'une GPEC, constitue un contournement de la procédure de licenciement.

272. Ainsi nous l'aurons compris, rupture conventionnelle et PSE ou GPEC ne peuvent être conciliés. Cependant, un lien étroit peut exister entre ce mode de rupture du contrat de travail et le plan de sauvegarde de l'emploi.

2. L'incidence de la rupture conventionnelle sur la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi

273. Il est des cas où la rupture conventionnelle détermine la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi comme le démontre l'arrêt *Dentressangle*²²⁷. Trois sociétés de la division transport du groupe Norbert Dentressangle forment une unité économique et sociale (UES). En décembre 2008, neuf licenciements pour motif économique sont intervenus dans l'une des sociétés de l'UES. Un nombre important de départs volontaires, principalement sous forme de rupture conventionnelle, ont par la suite lieu dans les autres sociétés de l'UES. Ainsi l'effectif total diminue de 47 salariés entre le 30 novembre 2008 et le 13 mars 2009. Cette vague de rupture étant insuffisante, deux nouveaux projets de licenciement économique concernant neuf salariés chacun sont

²²⁷ Soc, 9 mars 2011, n° 10-11581, Bull. civ. V, n° 70.

envisagés dans deux sociétés de l'UES. Les trois sociétés décident alors « de se soumettre volontairement » à l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi commun présenté au comité central d'entreprise en mai 2009. Ce dernier, refusant de donner son avis, a saisi une juridiction de première instance afin d'obtenir l'annulation de la procédure d'information et de consultation, celle du plan de sauvegarde de l'emploi et celle des ruptures conventionnelles ainsi que des dommages-intérêts. Le 23 novembre 2009, la Cour d'appel de Grenoble déclare recevable et bien fondé l'action du comité d'entreprise en nullité du plan de sauvegarde de l'emploi. Les sociétés formant l'UES se pourvoient en cassation en indiquant « que l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi pèse sur l'employeur en sorte que c'est au niveau de l'entreprise qu'il dirige que doivent être vérifiées les conditions d'effectif et le nombre des licenciements qui imposent l'établissement et la mise en œuvre d'un tel plan ». Le 9 mars 2011, la Chambre sociale de la Cour de cassation annule l'arrêt rendu par les juges du fond sous le visa des articles « L. 1233-3, alinéa 2, du code du travail et 12 de l'accord national interprofessionnel étendu du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail, appliqués à la lumière de la directive n°98/ 59/ Ce du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements économiques ». Elle énonce alors le principe selon lequel lorsque les ruptures conventionnelles « 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 ». La Chambre sociale reconnaît ainsi la validité des ruptures conventionnelles conclues dans le but de réduire l'effectif d'une entreprise et en fait un élément déterminant dans la mise en place d'un éventuel plan de sauvegarde de l'emploi²²⁸. En faisant se recouper rupture conventionnelle et plan de sauvegarde de l'emploi, les tentatives de contournement du droit du licenciement économique sont rendues « inefficaces au plan juridique »²²⁹.

²²⁸ Y. LEROY, « Ruptures conventionnelles non homologuées et droit du licenciement économique », RDT, 2013, p. 764.

²²⁹ F. GEA, « Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique », RDT, 2011, p. 244 ; J. PELISSIER, « Ruptures conventionnelles assujetties au droit du licenciement économique », SSL, du 21 mars 2001, n° 1484, p. 7

274. Le besoin de précision s'est vite fait ressentir. La Haute juridiction s'est efforcée de préciser davantage le lien existant entre rupture conventionnelle et mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi²³⁰. Une société rencontrant des difficultés financières met en place le 20 janvier 2009 un projet de licenciement pour motif économique pour sept salariés. Un salarié licencié le 15 mai de la même année saisit la juridiction prud'homale afin que la rupture de son contrat de travail soit annulée pour défaut de mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Il soutient que les ruptures conventionnelles intervenues pour raison économique après le 12 décembre 2008 auraient dû être prises en compte dans le calcul du seuil d'effectif permettant la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi comme le prévoit l'article L. 1233-26 du Code du travail²³¹. Les ruptures conventionnelles ont eu lieu à compter du 12 décembre 2008, date à laquelle le premier délai de trois mois prévu par l'article L.1233-26 du Code du travail commence à courir. Le licenciement du salarié a eu lieu le 15 mai 2009, soit dans le second délai de trois mois. Ainsi, les conditions posées par l'article L.1233-26 du Code du travail étant satisfaites, un plan de sauvegarde de l'emploi aurait dû être mis en place. La Cour d'appel de Lyon accueille favorablement la demande du salarié le 11 janvier 2012 en déclarant le licenciement nul « faute pour la société d'avoir mis en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi ». La société se pourvoit en cassation.

275. La Chambre sociale de la Cour de cassation annule la décision rendue en appel. Sous le visa des articles L. 1233-3 alinéa 2, L. 1233-26 et L. 1237-13 du Code du travail, elle indique que « si les ruptures conventionnelles doivent être prises en compte pour l'application de l'article L. 1233-26 du code du travail, lorsqu'elles constituent une modalité d'un processus de réduction des effectifs pour une cause économique, c'est à la condition que les contrats de travail aient été rompus après l'homologation des conventions par l'administration du travail ; que ne peuvent être retenues les conventions, qui faute d'avoir été homologuées, n'ont pas entraîné la rupture du contrat de travail ».

²³⁰ Soc, 29 octobre 2013, n° 12-15382.

²³¹ En application de cet article, toute entreprise de plus de 50 salariés qui procède pendant trois mois consécutifs à des licenciements économiques de plus de dix salariés au total, sans atteindre le seuil de dix salariés sur trente jours, doit, dès lors qu'un nouveau licenciement économique est envisagé au cours des trois mois suivants, le soumettre à la procédure de licenciement collectif avec mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

276. L'enseignement qui peut être tiré de cet arrêt est le suivant : seules les ruptures conventionnelles ayant effectivement entraîné la rupture du contrat de travail doivent être prises en compte pour l'application de l'article L. 1233-26 du Code du travail. Est-il véritablement nécessaire de préciser que seule une convention homologuée produisant, de fait, l'effet escompté doit être prise en compte ? La présente espèce semble le dire. Les juges du fond se sont contentés d'appliquer la jurisprudence *Dentressangle* en omettant un détail important. En effet, dans l'espèce précitée les ruptures conventionnelles avaient produit leurs effets puisque elles avaient été homologuées par l'autorité administrative. Or dans la présente espèce, les ruptures conventionnelles n'ont produit aucun effet faute d'homologation. La décision de la Chambre sociale était donc prévisible. Comment une rupture conventionnelle non homologuée, et par conséquent n'ayant aucun impact sur le contrat de travail, aurait-elle pu déclencher la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi ?

277. La relation entretenue par la rupture conventionnelle et les dispositifs devant être mis en œuvre au sein de l'entreprise rencontrant des difficultés financières afin de limiter le nombre de licenciement économique est des plus ambiguës. Tantôt mise au rebut, tantôt élément déterminant du plan de sauvegarde de l'emploi, la rupture conventionnelle du contrat de travail est bien malmenée dès lors que l'entreprise connaît un épisode peu glorieux. La mise à l'écart de cet acte de rupture, dès lors que la rupture du contrat de travail résulte d'une gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ou d'un plan de sauvegarde de l'emploi, est parfaitement compréhensible puisqu'elle assure le respect de l'article L. 1231-4 du Code du travail qui dispose que « l'employeur et le salarié ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles prévues par le présent titre ». Quant à l'incidence pouvant exister entre rupture conventionnelle et plan de sauvegarde de l'emploi, elle est tout aussi compréhensible. La mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi répond à une procédure stricte. L'arrêt *Dentressangle* permet d'éviter les détournements de procédure en imposant la prise en compte des ruptures conventionnelles, réalisées dans le but de réduire l'effectif de l'entreprise, pour déterminer si les conditions quantitatives de mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi sont remplies.

278. Dès lors que l'entreprise rencontre des difficultés financières l'incitant à réduire son effectif, la rupture conventionnelle se transforme en une sorte de fusible. Fusible

permettant d'empêcher les détournements de procédure. Que l'on s'intéresse à l'une ou l'autre de ces hypothèses, la prise en compte de la rupture conventionnelle permet de limiter au maximum les détournements de procédure. L'éviction formulée par l'article L. 1237-16 du Code du travail empêche les employeurs de se soustraire à la stricte procédure de rupture de contrat de travail applicable en cas de difficultés économiques. L'incidence engendrée par l'arrêt *Dentressangle* permet d'assurer, autant que cela est possible, la protection de la procédure de rupture du contrat de travail en cas de difficultés économiques. Hors les cas que nous venons d'envisager, la rupture conventionnelle du contrat de travail s'applique à tous les autres contrats à durée indéterminée.

B. La rupture conventionnelle et la suspension du contrat de travail

279. Il est des cas où le contrat de travail est suspendu. Dès lors, les obligations principales des parties au contrat sont mises entre parenthèses. Cette suspension, conséquence de l'absence du salarié, ne peut pas justifier la rupture du lien contractuel. Toutefois, le salarié conserve sa faculté de démissionner et l'employeur celle de procéder à un licenciement économique²³². Par un arrêt du 4 janvier 2000, la Cour de cassation a prononcé l'annulation d'une rupture amiable d'un contrat de travail suspendu à la suite d'un accident de travail²³³. Mais qu'en est-il du recours à la rupture conventionnelle ?

280. L'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 et la loi portant modernisation du marché du travail du 25 juin 2008 sont silencieux à ce sujet. Seule la circulaire DGT n°2009-04 du 17 mars 2009 et la Chambre sociale de la Cour de cassation apportent des éléments de réponse. C'est la nature ou plus précisément

²³² Durant la période de suspension du contrat de travail, les obligations du salarié ne sont pas toutes suspendues. A l'issue de cette période de suspension, le salarié doit à nouveau occuper les mêmes fonctions au sein de l'entreprise. Cette loyauté de l'employeur a pour corollaire celle du salarié qui trouve à s'appliquer durant la période d'absence justifiée de l'entreprise. La loyauté de l'un résulte de la loyauté de l'autre. De fait, le salarié qui ne respecterait pas son obligation de loyauté durant la période de suspension du contrat de travail pourrait être licencié.

²³³ Soc, 4 janvier 2000, n° 97-44566, préc.

l'avancée de la suspension du contrat de travail qui détermine si la rupture conventionnelle est possible. Dès lors que la suspension n'ouvre pas à une protection particulière, les parties au contrat de travail peuvent conclure une rupture conventionnelle. En revanche, dès lors que « la rupture du contrat est rigoureusement encadrée durant certaines périodes de suspension du contrat [...] la rupture conventionnelle ne peut, en revanche, être signée durant cette période ». Il est donc nécessaire de se référer aux dispositions du Code du travail pour savoir si l'élément ayant engendré la suspension du contrat de travail fait partie de ceux mettant en place une procédure de rupture spécifique.

281. La Chambre sociale de la Cour de cassation a apporté les précisions nécessaires, dans un arrêt du 28 mai 2014²³⁴, relatives au régime applicable à la rupture conventionnelle d'un contrat de travail suspendu²³⁵. Dans un souci de clarté, seuls les éléments relatifs à la présente étude seront développés.

A la suite d'un accident du travail survenu le 25 mars 2008, une salariée est placée en arrêt de travail. Lors du second examen médical, elle est déclarée apte avec réserves à la reprise du travail. Elle conclut alors avec son employeur une convention de rupture conventionnelle de son contrat de travail, convention homologuée par l'Inspecteur du travail le 23 octobre 2009 après deux refus. Elle saisit alors la juridiction compétente de diverses demandes, dont notamment une demande tendant en l'annulation de la convention de rupture du contrat de travail. Déboutée par les juges du fond, la salariée forme un pourvoi en cassation en soutenant, entre autre, que la rupture conventionnelle implique que les parties aux contrats de travail « aient été pleinement informées de leurs droits et que ceux du salarié aient été préservés ». La Chambre sociale de la Cour de cassation approuve le raisonnement tenu par la Cour d'appel d'Aix en Provence en indiquant « qu'ayant relevé que la salariée n'invoquait pas un vice du consentement et constaté l'absence de fraude de l'employeur la cour d'appel a, sans inverser la charge de la preuve, légalement justifié sa décision ».

²³⁴ Soc, 28 mai 2014, Jurisprudence sociale Lamy 2014, n° 369-2 ; G. LOISEAU, « Rupture conventionnelle : désunion libre », JCP, S, 2014, 1304, n° 28.

²³⁵ En l'espèce, le contrat de travail avait été suspendu à la suite d'un accident du travail.

282. La décision de la Haute juridiction est sans équivoque : la rupture conventionnelle d'un contrat de travail suspendu en raison d'un accident du travail est tout à fait possible dès lors que le consentement du salarié n'est pas vicié et qu'aucune fraude n'a été commise par l'employeur²³⁶. Cette décision paraît toutefois étonnante au regard de la disposition précitée de la circulaire DGT n°2009-04 du 17 mars 2009, disposition selon laquelle une convention de rupture conventionnelle ne peut être signée durant la période de suspension du contrat de travail bénéficiant d'une protection spécifique.

283. En l'espèce, la salariée avait été déclarée apte sous réserve d'une reprise du travail. En d'autres termes, la suspension de son contrat de travail allait prendre fin par la reprise de son activité antérieure. Ainsi, la prévisibilité de la reprise normale de la relation de travail semble être la motivation principale de la décision de la Chambre sociale. La solution aurait très certainement été différente si la salariée avait été déclarée inapte puisque la reprise de la relation contractuelle serait restée incertaine. Il semble donc que ce soit la certitude relative à la bonne santé de la salariée et par conséquent relative à la reprise de l'exécution normale de son contrat de travail qui soit à l'origine de la présente décision. N'ayant que peu de recul par rapport à cette position prétorienne, il est préférable de faire preuve de prudence.

284. La différence entre suspension du contrat avec ou sans protection du salarié s'explique aisément par la nature de l'évènement l'ayant entraînée. Lorsque le salarié est protégé, l'évènement ayant entraîné la suspension de son contrat de travail est indépendant de sa volonté ainsi que de celle de son employeur. Mais lorsque le salarié n'est pas protégé, l'évènement ayant entraîné la suspension de son contrat de travail lui est personnel comme par exemple, lorsque le salarié décide de prendre un congé sabbatique pour raison personnelle. Donc, lorsque le salarié est à « l'origine » de la suspension de son contrat de travail, la rupture conventionnelle est possible puisqu'il a volontairement choisi de se placer dans cette situation professionnelle.

285. Au regard de ces développements, nous pouvons affirmer que la rupture conventionnelle ne s'applique pas à tous les contrats à durée indéterminée. En effet, « l'environnement » dans lequel elle trouve à s'appliquer en conditionne l'usage. Ainsi,

²³⁶ Décision réitérée par la Chambre sociale dans un arrêt du 30 septembre 2014 (n° 13-16297 ; D. 2014, p. 2002).

dès lors que l'entreprise connaît des difficultés financières, la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée n'est pas possible conformément à l'article L. 1237-16 du Code du travail. Même si le contrat concerné par le projet de rupture conventionnelle répond bien au critère défini par les partenaires sociaux, cela ne suffit pas à autoriser sa rupture conventionnelle. « L'environnement économique » dans lequel se trouve l'entreprise fait obstacle au recours à un tel acte de rupture. De plus, dès lors que le contrat de travail, dont la rupture est recherchée par voie conventionnelle, est suspendu, l'utilisation de l'acte consensuel de rupture est impossible. Une fois de plus, même si le contrat suspendu est à durée indéterminée, cela ne suffit pas. Pour que la rupture conventionnelle de ce contrat soit possible, il est nécessaire que ce dernier réponde aux conditions réglementaires et prétoriennes posées. En définitive, la seule qualification du contrat de travail ne permet pas de déterminer l'applicabilité de la rupture conventionnelle et ce, même si seul le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu de la sorte. Il est alors nécessaire d'analyser le contexte dans lequel le contrat de travail est exécuté.

§2 *Les hypothèses de statuts professionnels particuliers*

286. La rupture conventionnelle du contrat de travail est en principe la même pour tous les contrats concernés. Cependant, quelques aménagements ont été nécessités par la spécificité de la profession exercée (A) ou par le statut du salarié (B).

A. L'adaptation de la procédure de rupture conventionnelle du contrat de travail à la catégorie professionnelle

287. La rupture conventionnelle, applicable aux seuls contrats à durée indéterminée, se voit parfois aménager en fonction de la profession exercée par le titulaire du contrat de travail. Par exemple, la rupture conventionnelle est offerte à tout avocat salarié en contrat à durée indéterminée comme le prévoit implicitement le dernier alinéa de

l'article 7 de la loi du 31 décembre 1971²³⁷. En effet, cet article dispose que « les litiges nés à l'occasion d'un contrat de travail ou de la convention de rupture, de l'homologation ou du refus d'homologation de cette convention sont soumis à l'arbitrage du bâtonnier, à charge d'appel devant la cour d'appel siégeant en chambre du conseil ». Même si le terme de rupture conventionnelle n'est pas directement employé, l'usage de « convention de rupture », « d'homologation ou du refus d'homologation » y font directement référence. Ainsi le champ d'application de la rupture conventionnelle s'étend jusqu'aux contrats d'avocats salariés en prévoyant une modification procédurale enlevant toute compétence à la juridiction prud'homale en cas de litige.

288. La rupture conventionnelle du contrat de travail est également offerte aux médecins du travail. Là encore, un aménagement procédural est prévu par l'article R. 4623-18 du Code du travail²³⁸ qui impose la consultation du comité d'entreprise, du comité interentreprises ou de la commission de contrôle ainsi que le conseil d'administration. La circulaire DGT n°2009-04 du 17 mars 2009 relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée prévoit que la rupture conventionnelle de ce type de contrat « doit suivre la procédure requise pour les salariés dits « protégés » ».

B. L'adaptation de la procédure de la rupture conventionnelle du contrat de travail au statut protecteur du salarié

289. Les salariés protégés, aux sens des articles L. 2411-1 et L. 2411-2 du Code du travail, peuvent bénéficier de la rupture conventionnelle de leur contrat de travail. Même si les conditions relatives à l'entretien préparatoire, l'élaboration de la convention de rupture et au délai de rétractation sont les mêmes que celles prévues pour les « salariés non-protégés », une différence de traitement en ce qui concerne l'homologation de la convention est prévue.

²³⁷ Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques modifiée par l'article 5 de la loi du 25 juin 2008 portant sur la modernisation du marché du travail.

²³⁸ Modifié par le Décret n°2012-135 du 30 janvier 2012 relatif à l'organisation de la médecine du travail.

290. Création législative à part entière, la possibilité d'une rupture conventionnelle du contrat de travail pour le salarié protégé doit être félicitée. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2008, le contrat d'un salarié protégé ne pouvait être rompu que par des actes unilatéraux, licenciement et démission, ou par survenance de la retraite. Cette situation n'était pas à l'avantage du salarié concerné puisque seule la démission lui était possible lorsqu'il souhaitait rompre son contrat. Et comme chacun le sait, démissionner est incompatible avec la perception d'allocations chômage²³⁹. Quant à l'autorisation de licenciement adressée par l'employeur à l'inspecteur du travail, un refus était tout à fait possible²⁴⁰. Ainsi salarié et employeur pouvaient se retrouver dans une situation peu confortable : le premier ne voulant pas démissionner afin de ne pas se priver d'allocations chômage, le second étant dans l'impossibilité de licencier le premier. Dans une telle situation, le salarié protégé ne l'était plus et devenait un salarié « sacrifié ». Monsieur Gilles Auzero²⁴¹ résume parfaitement la situation de ces salariés protégés qui, selon lui, bénéficient « à la fois du dispositif de la rupture conventionnelle, à l'exception de l'homologation, et des règles relatives à l'autorisation de l'Inspecteur du travail ».

291. Il est malheureusement courant de dire que la rupture conventionnelle du contrat de travail concerne tous les contrats à durée indéterminée. Faire ce raccourci se révèle dangereux puisque, nous venons de le démontrer, cette affirmation est fautive. Il est des contrats à durée indéterminée qui ne peuvent être rompus conventionnellement. Ce n'est pas tant la qualification de contrat à durée indéterminée qui empêche de procéder à ce type de rupture mais le contexte dans lequel ce contrat évolue.

292. D'autre part, certains statuts professionnels entrant dans le champ d'application de la rupture conventionnelle nécessitent des aménagements procéduraux minimes mais fondamentaux pour donner à cette rupture tous ses effets.

²³⁹ L'une des conditions prévues par Pôle-Emploi pour prétendre à l'Allocation de Retour à l'Emploi est d'être « en situation de chômage involontaire ».

²⁴⁰ D. JULLIEN, « La rupture conventionnelle du contrat de travail des salariés protégés », Cahiers Lamy CE, n° 99, Décembre 2010.

²⁴¹ G. AUZERO, « La rupture conventionnelle du contrat de travail : l'illusion de la sécurisation », préc.

Section 2 La procédure de rupture conventionnelle du contrat de travail

293. La rupture conventionnelle du contrat de travail n'est envisageable que lorsque les deux parties au contrat de travail consentent à rompre le contrat qui les lie²⁴² (§1). Une procédure très spécifique se met alors en place puisqu'il ne s'agit ni d'une démission, ni d'un licenciement comme le précise l'article L. 1237-11 du Code du travail²⁴³. Même si cette procédure spécifique trouve son inspiration dans d'autres procédures (administrative ou de rupture de contrat), elle vise dans ce cas précis un but précis : « garantir la liberté du consentement des parties »²⁴⁴ grâce au rôle important joué par l'autorité administrative (§2).

§ 1 La première phase de la procédure : le rôle de l'employeur et du salarié

294. La loi du 25 juin 2008 met fin, du moins sur le papier, au monopôle conféré au licenciement et à la démission en matière de rupture de contrat de travail. Dans le cadre de la rupture conventionnelle du contrat de travail, les deux parties au contrat doivent s'impliquer et instaurer un véritable dialogue aboutissant à l'élaboration de la convention de rupture du contrat. Ainsi, le législateur a pris en compte l'évolution des relations employeur-salarié : il est fini le temps où l'employeur décidait, plus ou moins, arbitrairement du licenciement du salarié ainsi que celui où le salarié, las de travailler dans une structure ne le satisfaisant pas, présentait sa démission à son employeur. Mais qu'en est-il du temps où l'employeur contraignait le salarié à démissionner et où le salarié demandait son licenciement ?

295. La procédure de rupture conventionnelle du contrat de travail est extrêmement simple afin d'inciter employeur et travailleur à procéder à ce type de rupture. Cette simplicité

²⁴² Article L. 1237-11 du Code du travail.

²⁴³ « La rupture conventionnelle, exclusive du licenciement ou de la démission, ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties ».

²⁴⁴ Article L.1237-11 du Code de travail.

passé notamment par la succession d'étapes permettant d'aboutir au résultat escompté tout en étant guidé. Durant cette première phase procédurale, le maître mot est « discussion ». C'est grâce aux échanges que l'employeur et le salarié vont pouvoir préparer la convention de rupture (A) avant d'en effectuer la rédaction nécessaire à la seconde phase procédurale (B).

A. L'élaboration de la convention de rupture

296. La convention est l'élément clé de la rupture conventionnelle conditionnant le succès de la procédure de rupture conventionnelle. Les parties doivent donc prendre un grand soin lors de son élaboration afin de mettre toutes les chances de leurs côtés lors de l'étape de l'homologation. Les échanges et discussions (1) réalisés permettent de préparer au mieux la rédaction de la convention (2).

1. La phase préparatoire

297. La préparation de la convention est une étape décisive dans la réussite de la procédure puisqu'elle conditionne l'homologation, par l'autorité administrative, nécessaire pour qu'il y ait rupture conventionnelle. En raison du caractère consensuel de cet acte de rupture, aucune importance n'est donnée à la qualité de la personne initiatrice de la procédure. Peu importe que ce soit l'employeur ou le salarié qui propose à son cocontractant la rupture conventionnelle du contrat de travail

298. Une fois l'idée de rupture conventionnelle du contrat de travail énoncée, l'employeur et le salarié vont débiter la procédure qui, si tout se passe convenablement, aboutira à la rupture du lien contractuel. Comme son nom l'indique, la rupture conventionnelle se « formalise » par une convention. Avant de pouvoir rédiger cette convention, les parties au contrat de travail vont devoir se mettre d'accord sur le principe même de rupture du contrat de travail. C'est dans ce but que l'article L. 1237-12 du Code du travail prévoit que « les parties conviennent du principe d'une rupture conventionnelle lors d'un ou

plusieurs entretiens ». La présence de l'une ou de l'autre des parties à un entretien ne présume en rien son consentement à la rupture du lien contractuel. Le but de cette rencontre est de permettre aux deux parties au contrat de travail de discuter de l'avenir dudit contrat et éventuellement d'accepter conjointement de le rompre conventionnellement. Et si l'une ou l'autre des parties souhaite un temps de réflexion avant d'accepter ou de refuser la rupture du contrat de travail, elle a le loisir de prendre le temps dont elle a besoin. Un nouvel entretien sera alors organisé afin que la décision soit indiquée et que, le cas échéant, les discussions relatives aux modalités de la rupture puissent débiter. En imposant qu'un nombre minimal d'entretien, soit un seul, le législateur confie pleinement les rôles procédurales à l'employeur et au salarié. De ce fait, un temps précieux peut être gagné dès lors qu'à l'issue du premier entretien, employeur et salarié se sont mis d'accord sur le principe et les modalités de la rupture conventionnelle. A l'inverse, la partie indécise peut prendre le temps dont elle a besoin pour se forger son opinion. Et l'on peut comprendre qu'elle ait besoin de temps, l'enjeu de la procédure étant tout de même de rompre le contrat de travail.

299. Au cours de cet entretien, tout débat au sujet des motifs justifiant la demande de rupture conventionnelle serait inutile et chronophage car sans effet sur la procédure. Peu importe que le salarié ait des reproches à formuler à l'encontre de son employeur ou que ce dernier ait des remontrances à lui adresser. La procédure étant amiable, les parties doivent mettre un mouchoir sur leurs doléances respectives éventuelles. L'important étant qu'elles s'entendent et acceptent conjointement de rompre le lien contractuel.

300. La rupture conventionnelle étant voulue comme l'œuvre conjointe de l'employeur et du salarié, une totale liberté en matière de formalisme est laissée aux protagonistes durant cette première phase procédurale. Ils ont ainsi le choix de retranscrire par écrit la teneur des échanges, de morceler la réalisation de la convention de rupture en consacrant un entretien à la détermination d'une modalité ou alors d'entreprendre l'élaboration de la convention sans plus attendre.

301. L'article L. 1237-12 du Code du travail poursuit en prévoyant que « le salarié peut se faire assister : 1° 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 du personnel ou tout autre salarié ; 2° 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 ». La faculté de se faire assister est ainsi offerte au salarié afin qu'il ne se retrouve pas en tête à tête avec son employeur. Cette possibilité peut être considérée comme une méfiance envers l'employeur. Pourquoi le salarié serait-il gêné de s'entretenir seul à seul avec son employeur ? Peut-être parce que ce dernier pourrait l'inciter à consentir à la rupture du contrat ou vicier son consentement. A trop se méfier des employeurs, les relations sont très souvent complexifiées sans raison.

302. Le salarié d'une entreprise de plus de 11 salariés a la possibilité de choisir, outre un délégué syndical ou du personnel, un de ses collègues. Il s'agit peut-être de l'option la plus raisonnable lorsque la relation avec l'employeur est pacifique et que le salarié souhaite être assisté. Le salarié lambda étant, très certainement moins au fait de la procédure, mais beaucoup plus enclin à assurer une ambiance sereine. Toutefois, le salarié d'une entreprise de moins de 11 salariés n'a pas la possibilité de se faire assister par un de ses collègues. La loi ne prévoyant que l'assistance d'un « conseiller ». Pourquoi une telle différence ? En quoi un salarié d'une entreprise de moins de 11 salariés serait-il moins à-même d'assister un de ses semblables qu'un salarié d'une entreprise de plus de 11 salariés ? Trois hypothèses : soit le législateur a estimé que le climat relationnel dans les petites entreprises était bien meilleur que dans celles dont l'effectif est composé d'au moins 11 salariés et que dès lors toute assistance serait futile (mais alors pourquoi prévoir l'assistance par un conseiller ? Peut-être pour créer un semblant d'égalité entre salariés) ; soit il a estimé qu'un salarié d'une entreprise de plus de 11 salariés avait les connaissances nécessaires pour assurer une assistance efficace (ce qui voudrait dire qu'un salarié d'une entreprise de 10 salariés ne serait pas de bon conseil alors que celui d'une entreprise de 11 le serait davantage. La qualité du conseiller ne serait pas propre à sa personne mais fonction du nombre de salariés dans l'entreprise.) ; soit le législateur a implicitement voulu décourager les salariés de petites entreprises de se faire assister en prévoyant le seul recours aux « conseillers ».

303. Quel que soit la motivation du législateur, sa décision semble être discutable puisqu'elle crée une inégalité de traitement basée sur des éléments non inhérents à la personne du salarié. En soumettant l'assistance du salarié, concerné par le projet de rupture conventionnelle, par un de ses collègues à l'effectif de l'entreprise, le législateur

a une attitude discriminatoire. Dans une entreprise de moins de 11 salariés, celui qui use de sa faculté d'assistance ne pourra choisir l'identité de son « conseiller ». Il semble toutefois important de choisir un conseiller à qui l'on accorde sa confiance, son avis pouvant avoir une influence sur la décision prise. Or, le salarié d'une entreprise de moins de 11 salariés n'a d'autre choix que d'accorder sa confiance à une personne inconnue. Tandis qu'un salarié d'une entreprise de plus de 11 salariés pourra choisir une personne en qui il a confiance.

304. Toutefois, le recours automatique à une personne extérieure à l'entreprise, ayant un effectif inférieur à 11 salariés, peut être justifié par un simple élément factuel. Il est des entreprises dont l'effectif est composé d'un seul salarié. Si l'assistance par un salarié de l'entreprise était généralisée, l'unique salarié d'une entreprise serait privé de la faculté d'assistance pourtant offerte à ses homologues.

305. L'article L. 1237-12 du Code du travail poursuit en prévoyant que « l'employeur a la faculté de se faire assister quand le salarié en fait lui-même usage. Le salarié en informe l'employeur auparavant ; si l'employeur souhaite également se faire assister, il en informe à son tour le salarié ». Cette réciprocité est louable. Pourquoi le salarié pourrait-il se faire assister, qui plus est par une personne ayant des connaissances en la matière, et pas l'employeur ? C'est toujours dans un esprit de pleine autonomie laissée à l'employeur et au salarié, que le législateur n'impose pas à l'employeur de se faire assister dès lors que le salarié choisit cette possibilité.

306. L'article L. 1237-12 termine en indiquant que « l'employeur peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou, dans les entreprises de moins de cinquante salariés, par une personne appartenant à une organisation syndicale d'employeurs ou par un autre employeur relevant de la même branche ». Une inégalité, voire une incohérence, est dès lors créée. Pourquoi l'employeur d'une entreprise de moins de 11 salariés aurait-il la possibilité de se faire assister par un de ses confrères et pas le salarié ? Le doute ne semble plus permis, le législateur n'envisage pas que l'assistance apportée par un salarié d'une entreprise de moins de 11 salariés soit suffisamment qualitative. D'où le recours à un « conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative ».

307. La méfiance envers l'employeur durant cette première étape est double. Tout d'abord permettre au salarié de se faire assister afin de ne pas être en tête-à-tête avec son employeur insinue que ce dernier pourrait être malintentionné. Ensuite, en conditionnant l'assistance de l'employeur à celle du salarié, le législateur a sans doute voulu rééquilibrer le rapport de force si présent dans la relation de travail entre un employeur et son salarié, ce dernier étant considéré comme la partie faible. Ce rééquilibrage peut en réalité créer un véritable déséquilibre au profit du salarié : pourquoi ne pas envisager un instant qu'il est des employeurs animés de bonnes intentions et peu compétents en matière de rupture conventionnelle du contrat de travail. Dans pareil cas, il n'est pas impossible que le salarié ait des connaissances en la matière bien plus approfondies que celles de son partenaire contractuel ou et se retrouve de fait dans une position bien plus avantageuse. Et qu'en est-il si le salarié est malintentionné ?

308. Cette conditionnalité a un effet pervers pouvant renverser la soi-disant « toute puissance de l'employeur » au profit du salarié. Il aurait sans doute été préférable de prévoir un tout autre système : la partie qui en éprouve le besoin se fait assister sans que cela ne conditionne la faculté de l'autre partie. Ce n'est pas sur la faculté d'assistance que le législateur devait porter son attention mais plutôt sur la qualité de l'assistance. Dans une entreprise de moins de 11 salariés, le salarié ne peut se faire assister que par un « conseiller » tandis que l'employeur a la possibilité d'obtenir le soutien et l'appui d'un homologue pouvant se révéler bien plus expérimenté en pareille matière.

309. Le lien très étroit entre le choix déterminant du salarié et la possibilité d'assistance de l'employeur est dû à la qualification de « partie faible au contrat » du salarié. Cette conception, tirée de la théorie générale des contrats, a influencé le législateur qui, dans une volonté protectionniste, a subordonné l'assistance de l'employeur à celle du salarié.

310. Force est de constater que le législateur a très rapidement repris les rênes confiées, que peu de temps, aux parties au contrat de travail. Cet encadrement législatif, allant de pair avec l'encadrement prétorien, n'a pour seul visée que d'assurer la liberté de consentement des parties prévues par l'article L. 1237-11 du Code du travail. Si la phase préparatoire a été correctement menée et que les parties à la convention sont

parvenues à s'entendre sur le principe de rupture et sur ses effets, elles pourront élaborer l'élaborer afin de la soumettre par lui suite au contrôle de l'autorité administrative.

2. La phase rédactionnelle

311. Une fois que toutes les modalités de la rupture du contrat de travail ont été abordées et « négociées » vient le temps de l'élaboration de la convention de rupture. Comme l'indique l'alinéa 3 de l'article 1237-11 du Code du travail, la rupture conventionnelle « résulte d'une convention signée par les parties au contrat. Elle est soumise aux dispositions de la présente section destinées à garantir la liberté de consentement des parties ».

312. Les parties doivent apporter tout le soin nécessaire à cette étape sous peine de voir toute la procédure remise en cause. L'élaboration de la convention de rupture doit se faire avec beaucoup de minutie afin que l'autorité administrative puisse, par la suite l'homologuer. A l'issue de cette étape vient le moment crucial de la signature de la convention établie. Signature procédant de la liberté de consentement des parties comme l'indique l'article 1237-11 précité.

313. La forme de cette convention est prévue par l'arrêté ministériel du 18 juillet 2008 fixant les modèles de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle de contrat de travail à durée indéterminée²⁴⁵. Toutefois, la circulaire DGT du 22 juillet 2008²⁴⁶ prévoit que « des feuillets [puissent] être adjoints au formulaire » si besoin est. Ce formulaire comporte quatre parties : la première concerne « les informations relatives aux parties à la convention de rupture », la seconde est relative au « déroulement des échanges pour convenir de la rupture conventionnelle », la troisième concerne la « convention de rupture » et la dernière, réservée à la Direction Départementale du

²⁴⁵ Arrêté du ministre du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité.

²⁴⁶ Circulaire DGT n°2008-11 du 22 juillet 2008 relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée.

travail de l'emploi et de la formation professionnelle, concerne la décision d'homologation.

314. Les trois premières parties de cette convention doivent être remplies par l'employeur et le salarié. La troisième partie constitue la convention de rupture du contrat de travail qui peut toutefois être accompagnée de documents annexes. Afin de pouvoir être examinée par le Directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, la convention doit comporter toutes les mentions obligatoires telles que : l'identité et les coordonnées complètes du salarié et de son employeur, la convention collective applicable (s'il y en a une), l'ancienneté du salarié à la date prévue de rupture, la rémunération brute du salarié durant les douze derniers mois ainsi que sa rémunération moyenne mensuelle, la date du ou des entretiens préalables, l'identité des personnes ayant assisté les parties, les clauses prévues par les parties, le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ainsi que la date envisagée de rupture du contrat de travail.

315. Une attention toute particulière doit être portée au choix de la date de la rupture du contrat de travail. En effet, la rupture du contrat de travail ne peut être antérieure au jour de l'homologation de la convention. Ainsi, les parties doivent convenir d'une date postérieure à la date prévue d'homologation, soit au minimum le lendemain de l'homologation. Pour cela, elles doivent prendre en compte tous les délais prévus par la procédure.

316. Après avoir vérifié l'exactitude des informations, chaque partie signe la convention et y appose la mention « lu et approuvé ». Les personnes ayant assisté les parties lors des entretiens préparatoires ont la possibilité de « compléter le formulaire d'informations ou de commentaires permettant d'apprécier la liberté de consentement de chacun »²⁴⁷. Ces « assistants » ont donc un véritable rôle à jouer dans la procédure de rupture conventionnelle²⁴⁸.

²⁴⁷ Circulaire DGT n°2008-11 du 22 juillet 2008 relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée.

²⁴⁸ Ils doivent à la fois donner leur point de vue à la partie assistée et préciser les éléments nécessaires pour prouver que la partie a librement consentie à la rupture. Ce pouvoir donné aux « assistants » est révélateur de la nature de cette rupture : le consentement de chaque partie est à la base de toute la procédure. Si le

317. Cette procédure n'étant pas anodine, un délai de rétractation de 15 jours calendaires est offert aux parties qui ont la possibilité de se rétracter après la signature de la convention. Ce délai commence à courir le lendemain de la signature de la convention. Afin d'éviter toute ambiguïté concernant le délai de rétractation offert aux parties, la circulaire DGT du 22 juillet 2008 donne l'exemple suivant : « pour une convention qui a été signée le 1^{er} août, le délai de rétractation expire le 16 août à 24 heures ». Aucune ambiguïté ne peut donc subsister, le délai conféré aux parties est de 15 jours à partir du lendemain de la signature de la convention et tous les jours de la semaine sont comptabilisés. Toutefois, en vertu de l'article R. 1231-1 du Code du travail, lorsque le délai de rétractation prend fin « un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé » il sera « prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant ». L'insistance dont nous faisons preuve au sujet de ce délai sera justifiée dans nos développements postérieurs.

318. Si l'une des parties décide d'exercer son droit de rétractation, elle doit le faire « sous la forme d'une lettre adressée par tout moyen attestant de sa date de réception par l'autre partie »²⁴⁹. La loi n'impose donc pas l'envoi de cette lettre recommandée avec accusé de réception mais nous pouvons penser que ce mode d'envoi sera très majoritairement utilisé, ou du moins conseillé. De plus, la partie expéditrice de cette lettre ne doit pas motiver sa rétractation. Là encore, le législateur a donné une véritable portée consensuelle à ce nouveau mode de rupture du contrat. Une fois ce délai expiré, la demande d'homologation peut être adressée, par voie postale, par remise en main propre ou par voie électronique, au Directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, qui a un rôle très important à jouer.

319. En raison de nombreuses imprécisions législatives, la Chambre sociale de la Cour de cassation est intervenue afin de parfaire le régime juridique de la rupture conventionnelle.

Directeur département du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle s'aperçoit que le consentement de l'une des parties a été vicié, il n'homologuera pas la convention de rupture et mettra fin à la procédure de rupture conventionnelle du contrat de travail.

²⁴⁹ Article L. 1237-13 du Code du travail.

B. Les précisions prétoriennes

320. La loi de modernisation du marché du travail de juin 2008 garde le silence sur certains éléments de la procédure de la rupture conventionnelle. La Chambre sociale de la Cour de cassation a notamment dû se prononcer sur la comptabilité entre la rupture conventionnelle et existence d'un différend entre les parties (1), sur les délais procéduraux (2), sur l'obligation d'information qui incombe à l'employeur (3), sur le sort des clauses de renonciation à toute action (4), sur les modalités de protection de la liberté de consentement (5) ainsi que sur la valeur des erreurs éventuellement comportées par la convention (6).

1. L'existence d'un différend

321. La Chambre sociale s'est prononcée sur le fait de savoir si l'existence d'un différend entre les parties était incompatible avec la conclusion d'une rupture conventionnelle²⁵⁰. Les juridictions du fond étant partagées sur la question, certaines transposant la solution retenue en matière de rupture amiable, la décision de la Haute juridiction était attendue.

322. Les faits de l'espèce sont les suivants : une avocate est engagée le 4 septembre 2006 par la société Oratio avocats. Le 17 juin 2009, une convention de rupture du contrat de travail est signée par les parties avant d'être homologuée. La salariée saisit alors le bâtonnier de l'ordre des avocats de demandes tendant à la requalification de la rupture conventionnelle en licenciement sans cause réelle et sérieuse et au paiement de diverses sommes. Le syndicat des avocats de France est intervenu à l'instance. La Cour d'appel de Versailles accueille favorablement la demande de la salariée. L'employeur forme alors un pourvoi en cassation en indiquant « que la violence exercée sur le consentement de celui qui s'oblige n'entraîne la nullité de l'acte que si elle est

²⁵⁰ Soc, 23 mai 2013, n°12-13865, Bull. civ. V, n° 128 ; N. DAUXERRE, « Pas de rupture conventionnelle sous la contrainte », JCP S, 2013, act. 265, n° 23 ; E. SERVERIN, « La part du conflit dans le processus de rupture conventionnelle », RDT, 2012, p. 110 ; B. INES, « Rupture conventionnelle : vice de consentement du salarié », D. 2013, p. 1355.

illégitime ; que sauf abus, la menace de l'exercice d'un droit n'est pas illégitime » ; « que la violence exercée sur le consentement de celui qui s'oblige n'entraîne la nullité de l'acte que si elle a été déterminante de ce consentement ; que son caractère déterminant s'apprécie en considération de la personne qui s'en prétend victime » ; « que si la conclusion d'un accord de rupture d'un commun accord du contrat de travail suppose l'absence d'un litige sur la rupture du contrat de travail, elle peut valablement intervenir en présence d'un litige portant sur l'exécution du contrat de travail » ; « que ne caractérise pas l'existence d'un litige le seul fait pour l'employeur de reprocher à la salariée des manquements professionnels que celle-ci ne conteste pas » ; « subsidiairement, que l'annulation par le juge de la convention de rupture du contrat de travail n'entraîne pas de fait la requalification de la rupture en licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse ; qu'il appartient aux juges du fond de rechercher qui en a réellement pris l'initiative et, lorsque c'est l'employeur, si la rupture repose en elle-même sur une cause réelle et sérieuse ». La Chambre sociale de la Cour de cassation rejette le pourvoi en énonçant « que, si l'existence, au moment de sa conclusion, d'un différend entre les parties au contrat de travail n'affecte pas par elle-même la validité de la convention de rupture conclue en application de l'article L. 1237-11 du code du travail, la rupture conventionnelle ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties » et « qu'après avoir relevé que l'employeur avait menacé la salariée de voir ternir la poursuite de son parcours professionnel en raison des erreurs et manquements de sa part justifiant un licenciement et l'avait incitée, par une pression, à choisir la voie de la rupture conventionnelle, la cour d'appel qui, exerçant son pouvoir souverain d'appréciation, a fait ressortir que le consentement de la salariée avait été vicié, a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision ».

La Chambre sociale répond tout d'abord à une interrogation partagée par bon nombre de juridictions du fond : la jurisprudence applicable en matière de rupture amiable est-elle transposable en la matière ? Cette jurisprudence rendant impossible toute rupture amiable en cas de différend entre les parties au contrat de travail²⁵¹. Il est ainsi mis fin à la discorde présente dans certaines Cours d'appel ou Cours administratives d'appel²⁵².

²⁵¹ Soc, 29 mai 1996, n° 92-45115, préc.

²⁵² Décisions transposant la jurisprudence relative à la rupture amiable : Riom, 8 février 2011, n° 10/00131 ou la Cour administrative d'appel de Marseille, 2 octobre 2012, n°12MA00042, S. DELIANCOURT, « Un litige en cours opposant un salarié à son employeur est-il de nature à faire obstacle à la rupture

La transposition de la solution rendue en 1996 pouvait se justifier par la troublante similitude existante entre la rupture amiable et la rupture conventionnelle : toutes deux étant des actes de rupture consensuel du contrat de travail.

323. La position de la Chambre sociale est, selon Hervé Gosselin²⁵³, révélatrice de son souhait de ne pas « rajouter une condition qui n'existe ni dans l'accord interprofessionnel du 11 janvier 2008 ni dans la loi qui ne comporte aucune restriction à la conclusion d'une rupture conventionnelle en raison de l'existence d'un litige préalable à la conclusion d'une rupture conventionnelle ». Ce souhait permettant d'assurer l'attractivité de ce nouveau mode de rupture du contrat de travail²⁵⁴.

324. En précisant que « la rupture conventionnelle ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties », la Chambre sociale limite cependant l'ampleur du différend pouvant exister entre les parties au contrat de travail. Si ce dernier a pour effet d'imposer la rupture conventionnelle à l'une des parties alors la validité de la rupture sera atteinte. Ainsi, les juges du fond doivent vérifier que le différend ne se transforme pas en vice affectant dès lors la liberté de consentement.²⁵⁵

325. La deuxième partie de la solution concerne plus directement la liberté de consentement prévue à l'alinéa 3 de l'article L. 1237-11 du Code du travail. La menace de licenciement proféré par l'employeur à l'encontre de sa salariée fautive paraît être tout à fait légitime. Toutefois, dès lors que cette menace, aussi légitime soit-elle de prime abord, a pour effet d'imposer la rupture conventionnelle à la salariée, elle devient vice de consentement et perd toute légitimité.

326. La solution de la Chambre sociale semble donc être équilibrée. D'un côté, les parties au contrat de travail peuvent être en désaccord sans que cela ne les empêche de

conventionnelle du contrat de travail ? », JCP S, 2012, 1535, n° 50 ; décisions conformes à la présente solution : Montpellier, 23 janvier 2013, n° 11/07067.

²⁵³ H. GOSSELIN, entretien accordé à la Semaine Sociale Lamy, n° 1586, p. 12.

²⁵⁴ P. FLORES, S. MARIETTE, F. DUCLOZ, E. WURTZ, C. SOMME et A. CONTAMINE, « Chroniques de jurisprudence de la Cour de cassation », D. 2013, p. 1768.

²⁵⁵ G. AUZERO, « Le différend n'exclut pas la rupture conventionnelle », RDT, 2013, 480.

conclure une rupture conventionnelle. De l'autre, le différend doit être contrôlé afin que les juges du fond s'assurent qu'il n'ait pas muté en un vice du consentement sanctionnable en vertu de l'article L. 1237-11 du Code du travail.

327. Quelques mois plus tard, la Chambre sociale entérine sa position d'alors²⁵⁶. Une convention de rupture est homologuée par l'autorité administrative le 22 décembre 2009. Le salarié saisit alors la juridiction prud'homale de demandes tendant à la requalification de la rupture conventionnelle en licenciement sans cause réelle et sérieuse et au paiement de diverses sommes. L'union locale CGT de Rambouillet intervient à l'instance. La Cour d'appel de Versailles fait droit à sa demande de requalification le 13 juin 2013 en relevant « qu'il existait un différend entre les parties sur l'exécution du contrat de travail, l'employeur ayant infligé au salarié deux avertissements en raison, selon lui, de la mauvaise qualité de son travail six mois et trois mois avant l'établissement de la convention de rupture et ayant formulé de nouveaux reproches à l'encontre du salarié sur l'exécution des tâches qui lui étaient confiées avant de le convoquer à deux entretiens aux fins d'évoquer l'éventualité d'une rupture conventionnelle du contrat de travail et de définir les termes de la convention de rupture ». Sous le visa de l'article L. 1237-11 du Code du travail, la Chambre sociale de la Cour de cassation casse l'arrêt rendu en indiquant « qu'en statuant ainsi, alors que l'existence, au moment de sa conclusion, d'un différend entre les parties au contrat de travail n'affecte pas par elle-même la validité de la convention de rupture, la cour d'appel a violé le texte susvisé »²⁵⁷.

328. La Chambre sociale se contente ainsi de rappeler la position prise le 23 mai 2013 tout en tronquant une partie de la solution alors énoncée. En effet, dans ce dernier, elle indiquait « que, si l'existence, au moment de sa conclusion, d'un différend entre les

²⁵⁶ Soc, 15 janvier 2014, n° 12-23942 ; R. FRIEDERICH, « La rupture conventionnelle du contrat de travail : du sauvetage judiciaire au naufrage économique ? », LPA, 29 avril 2014, n° 85, p. 6.

²⁵⁷ 29 octobre 2013, n° 12-15382 : « Sur le troisième moyen relatif, la Chambre sociale sanctionnera là-encore le raisonnement tenu par les juges du fond en indiquant, toujours sous le visa de l'article L. 1237-11 du Code du travail « que le litige relatif à la rupture conventionnelle du contrat de travail d'un salarié ne porte pas en lui-même atteinte à l'intérêt collectif de la profession » ; C. FLEURIOT, « Rupture conventionnelle même en cas de différend », Dalloz actualité, 6 février 2014 ; S. M : « Irrecevabilité d'un syndicat en son intervention volontaire », JCP S, 2014, act. 47, n° 4.

parties au contrat de travail n'affecte pas par elle-même la validité de la convention de rupture conclue en application de l'article L. 1237-11 du code du travail, la rupture conventionnelle ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties » alors que dans le présent arrêt, elle ne reprecise pas que la rupture conventionnelle ne peut être imposée.

329. Deux explications à cela. Tout d'abord, le visa sous lequel la Chambre sociale rend son arrêt présente l'avantage d'englober la partie non reproduite de la solution rendue précédemment. En fait, dans la première solution la Haute juridiction a reproduit la dernière partie de l'alinéa second de l'article L. 1237-11 du Code du travail : « la rupture conventionnelle [...] ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties ». Ainsi, en visant directement cette disposition dans la présente solution, l'économie de la retranscription est justifiée. Ensuite, les faits ne sont pas identiques. Dans l'espèce jugée le 23 mai 2013, le différend s'était transformé en moyen de pression ayant permis à l'employeur d'obtenir la rupture conventionnelle du contrat de travail de la salariée fautive. Or dans la présente espèce, il n'est pas fait mention de quelques pressions ou menaces d'un recours en justice. Il est donc totalement inutile et injustifié de retranscrire mot à mot la précédente solution.

2. L'absence de délai entre l'entretien préparatoire et la signature de la convention

330. Quelques mois plus tard, la Chambre sociale a été appelée à se prononcer sur l'éventuelle nécessité de respecter un délai entre l'entretien et la signature de la convention de rupture²⁵⁸.

Une convention de rupture est signée le 1 mars 2010 avant d'être homologuée par l'autorité administrative. La salariée saisit alors la juridiction prud'homale de demandes tendant en la requalification de la rupture conventionnelle en licenciement sans cause réelle et sérieuse et en paiement de diverses sommes. Déboutée par la Cour d'appel, la salariée forme un pourvoi en cassation en soutenant qu'un délai raisonnable est requis entre l'entretien et la signature de la convention afin que les parties puissent prendre les dispositions nécessaires pour se faire assister ; que la rupture conventionnelle ne peut

²⁵⁸ Soc, 3 juillet 2013, n° 12-19268, D. 2013, p. 1752 ; RJS 2013, n° 674.

être imposée à l'une ou l'autre des parties et qu'elle ne peut être utilisée comme mode de rupture du contrat de travail dès lors qu'il existe depuis longtemps un litige entre les parties sur les conditions d'exécution dudit contrat. La Chambre sociale de la Cour de cassation rejette le pourvoi en indiquant « que l'article L. 1237-12 du Code du travail n'instaure pas de délai entre, d'une part, l'entretien au cours duquel les parties au contrat de travail conviennent de la rupture du contrat et, d'autre part, la signature de la convention de rupture prévue à l'article L. 1237-11 du Code du travail ; que l'existence d'un différend entre les parties au contrat de travail n'affecte pas par elle-même la validité de la convention de rupture conclue en application de l'article L. 1237-11 du Code du travail ; que la Cour d'appel a relevé, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, qu'aucune pression ou contrainte n'avait été exercée sur la salariée pour l'inciter à choisir la voie de la rupture conventionnelle ».

331. La position de la Cour de cassation est conforme à la législation relative à la rupture conventionnelle. Aucun texte ne prévoyant de délai entre l'entretien et la signature de la convention de rupture, la Chambre sociale n'a pas jugé nécessaire d'en créer un. En effet, il est nécessaire de se demander en quoi un tel délai aurait été utile. La salariée mentionne que ce délai raisonnable permettrait aux parties « de prendre les dispositions nécessaires pour se faire assister ». Or la faculté d'assistance est valable pour le ou les entretiens préalables à la signature de la convention. Il n'y aurait aucun intérêt à ce que l'une ou l'autre des parties se fasse assister lors de la signature de la convention. La salariée visait peut être le cas où l'une ou l'autre des parties ait besoin de se renseigner à l'issue d'un entretien en vue de signer la convention. En pareil cas, si la partie nécessiteuse n'a pu obtenir les renseignements voulus et n'a donc toujours pu prendre de décision, elle se voit offrir deux possibilités. Tout d'abord, elle peut refuser de signer la convention²⁵⁹. Ensuite, elle peut signer la convention et par la suite user de son droit de rétraction dans le délai de 15 jours offert par l'alinéa 3 de l'article L. 1237-13 du Code du travail. Cette deuxième possibilité semble bien plus opportune que la première dans le sens où la partie hésitante ne se prive pas de la rupture conventionnelle qu'elle

²⁵⁹ Cette option peut se révéler dangereuse dans l'hypothèse où une fois les renseignements obtenus, la partie se rend compte qu'elle aurait pu accepter de signer. Il n'est pas certain que son cocontractant accepte à nouveau de relancer la procédure.

pourrait regretter de ne pas avoir conclue par la suite et se protège par le biais de son droit de rétractation. La seule existence du délai de rétraction prévu par l'article L. 1237-13 du Code du travail rend inutile la création d'un nouveau délai²⁶⁰.

332. Pour arriver à ses fins, la salariée fait valoir qu'une rupture conventionnelle ne peut avoir lieu lorsqu'il existe un différend entre les parties au contrat de travail « sur l'exécution dudit contrat ». Il était vain de présenter cet argument, la Chambre sociale ayant pris position sur cette même interrogation quelques mois auparavant²⁶¹.

3. L'obligation d'information à la charge de l'employeur

333. Enfin, par deux arrêts du 29 janvier 2014²⁶² la Chambre sociale de la Cour de cassation a apporté quelques précisions nécessaires quant à une éventuelle obligation d'information relative au droit de se faire assister. Une rupture conventionnelle du contrat de travail est homologuée par l'autorité administrative le 8 octobre 2010. Le salarié saisit alors la juridiction prud'homale de demandes tendant à la requalification de la rupture conventionnelle en licenciement sans cause réelle et sérieuse et paiement de diverses sommes. Ayant été débouté en appel, le salarié forme un pourvoi en cassation en faisant valoir que « l'employeur a l'obligation d'informer le salarié de la possibilité de se faire assister lors du ou des entretiens préalables, en l'absence d'institution représentative du personnel, par un conseiller choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative »; que l'assistance par un supérieur hiérarchique est irrégulière lorsque ce dernier est actionnaire ; que « la rupture conventionnelle ne peut être imposée par l'employeur et qu'elle ne peut être valablement conclue en l'absence de consentement libre et non équivoque du salarié » et enfin que « l'existence d'une violence morale génératrice d'un vice du consentement du salarié peut résulter des agissements déloyaux de l'employeur dans l'exécution du contrat ». La Chambre sociale de la Cour de cassation rejette le pourvoi en indiquant « que le défaut

²⁶⁰ G. AUZERO, « Rupture conventionnelle : la sécurisation en marche ! », RDT 2013, 555.

²⁶¹ Soc, 23 mai 2013, préc.

²⁶² Soc, 29 janvier 2014, n° 12-27594 et n° 12-25951

d'information du salarié d'une entreprise ne disposant pas d'institution représentative du personnel sur la possibilité de se faire assister, lors de l'entretien au cours duquel les parties au contrat de travail conviennent de la rupture du contrat, par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative n'a pas pour effet d'entraîner la nullité de la convention de rupture en dehors des conditions de droit commun » ; « que le choix du salarié de se faire assister lors de cet entretien par son supérieur hiérarchique, dont peu importe qu'il soit titulaire d'actions de l'entreprise, n'affecte pas la validité de la rupture conventionnelle » et « qu'après avoir relevé que le salarié avait été assisté à sa demande par son supérieur hiérarchique, la cour d'appel a, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, estimé qu'aucune pression ou manœuvre n'avait été exercée sur lui pour l'inciter à consentir à la convention de rupture ».

334. Une lecture trop hâtive de la présente solution pourrait laisser penser que la Chambre sociale de la Cour de cassation ne fait peser aucune obligation d'information sur l'employeur. Or, l'emploi du terme « défaut » implique bien le contraire alors même que la loi du 25 juin 2008 ne prévoit pas cette obligation « précontractuelle »²⁶³. La Haute juridiction s'empresse de préciser que ce défaut d'information est sans effet sur la validité de la convention de rupture. Ainsi, elle coupe court à toute discussion : « les défaillances en matière d'information du salarié ne peuvent constituer des causes autonomes d'invalidation de la convention de rupture »²⁶⁴.

335. La discussion n'est pas plus ouverte en ce qui concerne la qualité de la personne choisie dans le cadre de la faculté d'assistance du salarié. En l'espèce, il est reconnu sans difficulté que ce dernier a librement choisi, pour se faire assister, son supérieur hiérarchique. Or il tente de faire reconnaître l'irrégularité d'une telle assistance en raison de la qualité d'actionnaire de son supérieur hiérarchique, qui serait dès lors motivé par la préservation des seuls intérêts de l'entreprise. La Cour de cassation ne porte aucun intérêt à la qualité d'actionnaire du supérieur hiérarchique et prend la peine

²⁶³ G. AUZERO, « Rupture conventionnelle : point de nullité de la convention de rupture en dehors du droit commun », RDT, 2014, 255 ; W. FRAISSE, « Rupture conventionnelle et contrôle du consentement du salarié », Dalloz actualité, 14 février 2014 : la violation de cette obligation précontractuelle pourrait fonder une action en dommages-intérêts pour réparation du préjudice subi.

²⁶⁴ G. LOISEAU, « La rupture conventionnelle au régime du droit commun », JCP S, 2014, 1078, n°8-9.

de le préciser, très certainement pour éviter que sa décision ne soit analysée *a contrario*. L'intervention du supérieur hiérarchique étant due à la seule volonté du salarié, son consentement à la rupture conventionnelle de son contrat de travail n'a pas été vicié.

4. Le sort des clauses de renonciation à toute action

336. La loi du 25 juin 2008 ne fait mention d'aucune clause pouvant être insérée dans la convention de rupture. Ainsi, une clause de renonciation à tout recours a pu être contenue dans une convention sans que cela n'affecte son homologation ou l'autorisation de la rupture conventionnelle. Cependant, la Chambre sociale de la Cour de cassation en a décidé autrement dans un arrêt datant du 26 juin 2013²⁶⁵. Un salarié, titulaire de plusieurs mandats électifs, signe avec son employeur une convention contenant une clause de renonciation à toute action ou prétention de quelque nature que ce soit qui résulterait de l'exécution ou de la cessation du contrat de travail. Le 20 octobre 2008, l'Inspecteur du travail autorise la rupture conventionnelle. Le salarié saisit alors la juridiction prud'homale d'une demande de requalification de l'acte en transaction et d'annulation de ladite transaction en l'absence de rupture antérieure du contrat de travail.

La Cour d'appel de Chambéry déboute le salarié de sa demande le 24 mai 2011. Ce dernier forme un pourvoi en cassation en faisant valoir que les clauses de renonciation ne peuvent être déclarées d'office non écrite. Il précise encore que la rupture conventionnelle se distingue de la transaction en ce qu'elle « a pour seul objet de mettre fin aux relations des parties » et qu'elle ne peut être conclue qu'en « l'absence de litige sur son exécution ou sa rupture ».

La Chambre sociale rejette le pourvoi en indiquant « que l'existence d'un différend au moment de la conclusion d'une convention de rupture intervenue en application de l'article L. 1237-11 du code du travail n'affecte pas en elle-même la validité de cette convention » ; « que la cour d'appel a retenu à bon droit qu'une clause de renonciation à

²⁶⁵ Soc, 26 juin 2013, n° 12-15208 ; N. DAUXERRE, « Rupture conventionnelle : la clause de renonciation judiciaire est réputée non écrite », JCP, S, 2013,315, n° 28.

tout recours contenue dans une convention de rupture conclue en application de l'article L. 1237-11 du code du travail devait être réputée non écrite, comme contraire à l'article L. 1237-14 du même code, sans qu'en soit affectée la validité de la convention elle-même » et « que la cour d'appel qui ne s'est pas fondée sur la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail, a écarté tout vice du consentement ».

337. La Haute juridiction commence tout d'abord par rappeler que l'existence d'un différend est sans conséquence sur la validité de la convention²⁶⁶. Elle se penche ensuite sur la question posée par l'espèce : la convention peut-elle, à la fois, être un acte de rupture et un acte transactionnel ? C'est en se référant à l'article L. 1237-14 du Code du travail qu'elle sanctionne la clause de renonciation à toute action ou prétention. Le quatrième alinéa de cette disposition prévoit que « tout litige concernant la convention, l'homologation ou le refus d'homologation relève de la compétence du conseil des prud'hommes, à l'exclusion de tout recours contentieux ou administratif ».

338. Il est possible d'apporter plusieurs justifications à cette sanction. L'article L. 1237-14 du Code du travail prévoyant le recours à la juridiction prud'homale, toute clause privant les parties d'user de cette possibilité ne peut être valable. Allant à l'encontre de cette disposition, la clause contenue en l'espèce dans la convention ne peut être valable. Cependant, les cas de recours au juge prud'homal sont prévus par la disposition législative : tout litige relatif à « la convention, l'homologation ou le refus d'homologation » peut être porté à la connaissance du Conseil des Prud'hommes. Dès lors, la clause de renonciation contenue dans la convention étant générale et englobant de fait les cas mentionnés par l'article L. 1237-14, ne peut être valable. Ainsi une clause renonciation n'entrant pas dans le champ de la disposition législative pourrait ne pas être sanctionnée²⁶⁷.

339. La solution de la Chambre sociale de la Cour de cassation doit être saluée pour sa volonté de sauvegarder l'esprit de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 voulant la rupture conventionnelle comme un simple acte de rupture. En extirpant

²⁶⁶ Soc, 23 mai 2013, préc.

²⁶⁷ S. TOURNAUX, « Clause de renonciation et rupture conventionnelle du contrat de travail », Dr. soc. 2013, p. 860 ; G. AUZERO, « Rupture conventionnelle : la sécurisation en marche ! », préc.

l'acte transactionnel de la convention de rupture, cette dernière retrouve toute sa force. La convention est là pour rompre et non pas pour transiger.

5. La protection du libre consentement

340. La Chambre sociale se fait la gardienne de la liberté de consentement prévue par l'article L. 1237-11 du Code du travail en mettant en place un régime prétorien prononçant la nullité de la convention de rupture. Ainsi, le harcèlement moral subi par le salarié durant l'exécution du contrat de travail peut entraîner l'annulation de la convention de rupture **(a)** ou encore la non-remise d'un double de la convention de rupture conventionnelle **(b)**.

a) La sanction en cas de harcèlement moral durant l'exécution du contrat de travail

341. La Chambre sociale s'est prononcée sur la validité du consentement à la rupture conventionnelle d'un contrat de travail durant lequel sa titulaire avait été victime de harcèlement moral²⁶⁸. En l'espèce, une salariée reçoit un avertissement avant d'être en arrêt maladie. Déclarée apte à la reprise du travail, elle signe avec son employeur une rupture conventionnelle qui sera homologuée par l'autorité administrative. S'estimant victime de harcèlement moral, elle saisit par la suite la juridiction prud'homale.

342. Les juges du fond annulent l'acte de rupture conventionnelle du contrat de travail et décident qu'il doit produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'employeur forme alors un pourvoi en cassation en faisant valoir que « seul l'emploi d'une voie de droit abusive constitue une violence » et que la validité du consentement de la salariée doit être appréciée au moment même de la formation du contrat. La Chambre sociale rejette le pourvoi en indiquant que « la cour d'appel a souverainement

²⁶⁸ Soc, 30 janvier 2013, n° 11-22332 ; L. DAUXERRE, « Nullité de la rupture conventionnelle pour vice de consentement dans un contexte de harcèlement moral », JCP S, 2013, act. 75, n° 7.

estimé que 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 ».

343. La Chambre sociale fait sienne une jurisprudence rendue par la Première Chambre civile le 26 octobre 1983²⁶⁹ : l'état de violence morale s'apprécie au jour de la signature de l'acte²⁷⁰. Cette transposition en matière sociale est justifiée par la teneur du pourvoi de l'employeur, pourvoi indiquant que la validité du consentement de la salariée doit s'apprécier au moment même de la formation du contrat. En l'espèce, seul le certificat établi par une psychologue fait état de l'atteinte psychologique dont souffre la salariée. Ainsi, selon l'employeur cet avis n'a pas à être pris en compte pour déterminer la validité du consentement de la salariée. Et ce d'autant plus que le médecin a déclaré cette dernière apte à la reprise du travail par la suite. En d'autres termes, la validité du consentement de la salariée ne peut être que retenue puisqu'elle a été déclarée apte à la reprise du travail et qu'au moment de la signature de la convention de rupture aucune violence morale n'a été exercée. La Chambre sociale ne l'entend pas ainsi puisqu'elle approuve les juges du fond qui considèrent qu'au moment de la signature de l'acte de rupture du contrat de travail la salariée était dans une situation de violence morale. En effet, les troubles psychologiques mentionnés dans le certificat médical étant toujours présents au moment de la signature de la convention de rupture, le consentement de la salariée ne peut être valide. Ainsi la Chambre sociale permet l'annulation de la rupture conventionnelle du contrat de travail en raison du harcèlement moral subi antérieurement à l'arrêt maladie de la salariée²⁷¹. Elle estime donc que, même si l'employeur n'a pas obtenu la signature de la convention par des actes positifs de harcèlement concomitants, la violence exercée durant l'exécution du contrat de travail ayant engendré des troubles psychologiques reconnus chez la salariée ne pouvait permettre à cette dernière de valablement consentir à la rupture conventionnelle de son contrat de travail.

²⁶⁹ Civ, 1^{ère}, 26 octobre 1983, n° 82-13560.

²⁷⁰ F. TAQUET, « Les limites de la rupture conventionnelle », RDT, 2013, p. 258.

²⁷¹ C. LEBORGNE-INGELAERE, « L'annulation d'une rupture conventionnelle dans un contexte de harcèlement moral au travail », JCP S, 2013, 1112, n° 10.

b) L'impératif formalisme

344. Par la suite, la Haute juridiction a apporté les précisions nécessaires en matière de formalisme²⁷². En l'espèce, une convention de rupture est conclue avant d'être homologuée par l'autorité administrative. Le salarié, en contestant la validité, saisit la juridiction prud'homale de demandes d'indemnité. Ses demandes étant accueillies par les juges du fond, l'employeur forme un pourvoi en cassation. Il fait valoir qu'aucune obligation d'information quant « à la possibilité de se faire assister au cours des entretiens » ne pèse sur les employeurs et que la validité de la convention n'est pas soumise à la remise d'un double au salarié.

La Chambre sociale rejette le pourvoi en indiquant « 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 ».

345. Le formalisme imposé par la Chambre sociale permet à la fois à chacune des parties de pouvoir demander l'homologation de la convention et à la fois de garantir le libre consentement du salarié en lui permettant d'exercer son droit de rétractation en connaissance de cause.

346. Quant à l'homologation, c'est à la partie la plus diligente d'en faire la demande²⁷³. Dans la pratique, on peut légitimement penser que si le salarié ne s'est pas vu remettre un double de la convention de rupture, l'employeur se chargera de l'envoi de la demande d'homologation à l'expiration du délai de rétractation. De fait, le formalisme

²⁷² Soc, 6 février 2013, n° 11-27000, Bull. civ V, n° 29, D. 2013, p. 440 ; M. PATIN, « Conditions de validité de la convention de rupture », JCP S, 2013, 1162, n° 15.

²⁷³ Article L. 1237-14 du Code du travail.

imposé par la présente solution ne semble pas nécessiter par le fait que le salarié doit pouvoir demander l'homologation de la convention.

347. Quant à l'exercice du droit de rétractation en connaissance de cause, la formulation de la Chambre sociale laisse penser qu'en pratique l'original de la convention est toujours gardé par l'employeur. En pareil cas, on comprend aisément les litiges pouvant naître d'une pareille situation : l'employeur refuse que le salarié consulte l'original de la convention. Cela ayant une influence directe sur l'usage du droit de rétractation du salarié. Ainsi, le formalisme imposé par la présente solution doit être chaleureusement accueilli.

348. La Haute juridiction aurait pu directement se référer à l'alinéa premier de l'article 1325 du Code civil qui dispose que « les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct »²⁷⁴ ou encore à la solution retenue en droit de la consommation²⁷⁵. Elle s'est toutefois référée aux dispositions prévues par le Code du travail en matière de rupture conventionnelle du contrat de travail. Dès lors, la remise d'un double de la convention de rupture au salarié devenant une condition de validité dont le non-respect est sanctionné par la nullité de la convention, la liberté de consentement est pleinement protégée.

²⁷⁴ A. SAURET ; P-L VIGNANCOUR, « Rupture conventionnelle : du bon usage des principes civilistes », Gaz. 23 mars 2013, n° 82, p. 21.

²⁷⁵ J. ICARD, « Le formalisme de la rupture conventionnelle », Cahiers sociaux, 1 avril 2013, n° 251, p. 119 : La Cour de cassation n'a pas transposé la solution appliquée en droit de la consommation lorsque le consommateur n'a pas eu connaissance des informations lui permettant d'exercer son droit de rétraction en connaissance de cause. En effet, en vertu de l'article L. 121-21-1 du Code de la consommation prévoit que « lorsque les informations relatives au droit de rétractation n'ont pas été fournies au consommateur dans les conditions prévues au 2° du I de l'article L. 121-17, le délai de rétractation est prolongé de douze mois à compter de l'expiration du délai de rétractation initial, déterminé conformément à l'article L. 121-21 ».

6. Le sort de la convention erronée

349. Il est des cas où une erreur peut malencontreusement se glisser dans la convention de rupture. Une convention de rupture comportant une erreur sur la date d'expiration du délai de rétractation est homologuée par l'autorité administrative. La salariée saisit la juridiction prud'homale de demandes tendant à l'annulation de la convention et au paiement de diverses sommes. Déboutée par les juges du fond, elle forme un pourvoi en cassation selon lequel « l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie ; que la rupture du contrat de travail résulte d'une convention signée par les parties au contrat ; qu'à compter de la date de sa signature par les deux parties, chacune d'elles dispose d'un délai de quinze jours calendaires pour exercer son droit de rétractation ; que le salarié doit être informé de l'existence de ce droit de rétractation afin de lui en permettre l'exercice effectif ». La Chambre sociale rejette le pourvoi en indiquant « qu'une erreur commise dans la convention de rupture sur la date d'expiration du délai de quinze jours prévu par l'article L. 1237-13 du code du travail ne pouvant entraîner la nullité de cette convention que si elle a eu pour effet de vicier le consentement de l'une des parties ou de la priver de la possibilité d'exercer son droit à rétractation, la cour d'appel, qui a exclu tout vice du consentement, a ainsi légalement justifié sa décision ».

350. La solution est étonnante au regard de la position prise par la Chambre sociale quelques mois auparavant, faisant de la remise d'un exemplaire de la convention une condition substantielle dont le non-respect était sanctionné par l'annulation de la convention de rupture²⁷⁶. C'est d'ailleurs sur cette solution que la salariée base sa demande. En demandant l'annulation de la convention, elle pense obtenir gain de cause au vu de la position précédemment. Or la Chambre sociale ne réserve pas le même sort à la convention comportant une erreur sur le terme du délai de rétractation qu'à la convention dont un exemplaire n'a pas été remis au salarié. Dans la présente espèce, la précision du terme du délai de rétractation n'est pas envisagée comme un élément substantiel. Ainsi, l'erreur commise sur le terme n'entraîne pas de fait l'annulation de la

²⁷⁶ Soc, 6 février 2013, préc. ; L. BACHELOT, « Chronique de jurisprudence de droit du travail et de la protection sociale », Gaz. 25 mars 2014, n° 84, p. 29.

convention de rupture. La Cour de cassation précise toutefois que cette erreur peut entraîner la nullité de la convention si « elle a pour effet de vicier le consentement de l'une des parties ou de la priver de la possibilité d'exercer son droit à rétractation ». En l'espèce, aucun vice du consentement n'ayant été caractérisé la convention de rupture reste valide.

351. Au travers de ces différentes précisions, la Chambre sociale de la Cour de cassation précise le régime juridique de la rupture conventionnelle. Voulant respecter la volonté des signataires de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 et du législateur, elle assure la protection de la liberté de consentement en ne s'immiscant qu'à de rares occasions dans la relation entretenue par l'employeur et le salarié. Ainsi, l'annulation / requalification sanction est envisagée comme une exception ne trouvant à s'appliquer que lorsque la liberté de consentement de l'une des parties est atteinte²⁷⁷.

352. La détermination ainsi faite des conditions substantielles de validité de la convention de rupture permet aux parties au contrat de travail de rédiger de façon adéquate la convention soumise à l'homologation de l'autorité administrative.

§2 La seconde phase de la procédure : la nécessaire homologation de la convention

353. La seconde phase de la procédure se déroule en deux temps. Dans un premier temps, la demande de réception de la demande d'homologation est réceptionnée par l'autorité administrative (**A**) qui doit ensuite en contrôler la recevabilité et la validité (**B**).

²⁷⁷ J. ICARD, « Sécurisation de la résiliation conventionnelle », Cahiers sociaux, 2014, n° 261, p. 169.

A. L'envoi et la réception de la demande d'homologation de la convention de rupture

354. La loi du 25 juin 2008 n'apporte que peu de précisions sur les modalités devant être respectées afin de procéder à la demande d'homologation de la convention de rupture. L'article L. 1237-14 du Code civil prévoit que « la partie la plus diligente adresse une demande d'homologation à l'autorité administrative, avec un exemplaire de la convention de rupture » à l'issue du délai de rétractation. Aucune importance n'est donc donnée à l'identité de l'expéditeur de la demande d'homologation. Le principal étant que cet envoi soit fait après l'expiration du délai de rétractation. Cependant, aucune indication n'est donnée en ce qui concerne l'espace temporel devant exister entre l'expiration dudit délai et l'envoi effectif de la demande d'homologation. On suppose donc que l'expéditeur de la demande d'homologation a le loisir de le faire quand bon lui semble à partir de l'expiration du délai de rétractation et en respectant la date de rupture prévue par la convention²⁷⁸.

355. En effet, les parties doivent prendre garde à ce que le délai nécessaire à l'homologation de leur convention n'englobe pas la date prévue de rupture du contrat de travail sous peine de refus d'homologation²⁷⁹. La demande d'homologation doit être adressée à la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi dont dépend l'établissement du salarié²⁸⁰ par le biais d'un formulaire dont le modèle est fixé par l'arrêté du 8 février 2012²⁸¹.

²⁷⁸ Il est maintenant plus aisé de comprendre la portée de l'arrêt du 6 février 2013 dans lequel la Chambre sociale impose, à peine de nullité, la remise d'un exemplaire de la convention au salarié dès la signature de cette dernière. Cette remise permettant de fait au salarié de pouvoir demander l'homologation de la convention conformément aux dispositions de l'article L. 1237-14 du Code du travail.

²⁷⁹ Circulaire DGT n°2009-04 du 17 mars 2009 relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée : « tant la date d'envoi de la demande d'homologation au DDTEFP une fois le délai de rétractation écoulé, que la date convenue de rupture du contrat de travail, doivent prendre en compte l'application de ces règles de computation sous peine de refus d'homologation de la rupture conventionnelle ».

²⁸⁰ La Circulaire DGT n°2008-11 du 22 juillet 2008 précise qu'il s'agit du DDTEFP « dont relève l'établissement où est employé le salarié ».

²⁸¹ Arrêté du 8 février 2012 fixant les modèles de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle de contrat de travail à durée indéterminée.

356. Toutefois, lorsque la rupture conventionnelle concerne un salarié protégé, elle doit être autorisée par l'inspecteur du travail. Ainsi l'employeur lui adresse une demande d'autorisation, dont le modèle est fixé par l'arrêté du 8 février 2012, accompagnée d'une copie de la convention.

357. D'un point de vue matériel, l'arrêté du 24 janvier 2013²⁸² introduit une innovation ayant pour but d'apporter aux utilisateurs l'assistance dont ils ont besoin pour la saisie de la demande d'homologation, d'instruire les demandes et d'élaborer des études statistiques à partir des données recueillies²⁸³. Auparavant, l'envoi se faisait par voie postal ou par dépôt à la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi. Depuis le 1^{er} février 2013, employeur et salarié peuvent saisir une demande d'homologation de la convention de rupture conventionnelle directement en ligne *via* le téléservice TéléRC²⁸⁴.

358. Une fois la demande d'homologation adressée à l'autorité administrative, cette dernière 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 »²⁸⁵. La circulaire DGT du 17 mars 2009 précise malgré tout que le délai d'instruction commence à courir « au lendemain de la réception de la demande d'homologation ». Il y a donc unité en ce qui concerne le jour à partir duquel commencent à courir les délais de rétractation et d'instruction. En revanche, une différence marquante est apportée par la loi du 25 juin 2008 puisqu'il est prévu que le délai de rétractation est de quinze jours calendaires²⁸⁶ alors que celui

²⁸² Arrêté du 24 janvier 2013 portant création d'un téléservice et d'un traitement automatisé de données nominatives relatif à la gestion des demandes d'homologation des ruptures conventionnelles d'un contrat de travail à durée indéterminée.

²⁸³ C. DECHRISTE, « Rupture conventionnelle : publication de l'arrêté mettant en place le « téléRC » », Dalloz actualité, 15 mars 2013.

²⁸⁴ Cette procédure électronique ne concerne que les ruptures conventionnelles de contrat de travail de salariés non protégés.

²⁸⁵ Article L. 1237-14 du Code du travail.

²⁸⁶ Article L.1237-13 du Code du travail.

d'instruction est de quinze jours ouvrés²⁸⁷. Cette différence étant justifiée par un impératif d'ordre pratique : le personnel de la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi ne travaillant pas le week-end, il ne peut instruire le dossier durant cette période tandis que l'employeur et le salarié peuvent décider d'exercer leur droit de rétractation à cet instant.

359. En ce qui concerne le délai d'instruction de demande d'homologation relative à un salarié protégé, la circulaire DGT du 17 mars 2009 prévoit qu' « il peut être prolongé, si les nécessités de l'enquête contradictoire le justifie ». Dès réception de la demande d'homologation, l'autorité administrative adresse à chaque partie un accusé de réception précisant « d'une part, la date d'arrivée de la demande, et, d'autre part, la date à laquelle le délai d'instruction expire »²⁸⁸. Dans le cas où la demande d'homologation n'est pas été adressée à la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi géographiquement compétente, celle-ci doit en avertir les parties et transmettre la demande d'homologation à l'autorité compétente. L'accusé de réception adressé à chaque partie indique aussi qu'en cas de silence de l'autorité administrative durant toute la période d'instruction, l'homologation est réputée acquise. Toutefois, la circulaire DGT du 22 juillet 2008 prévoit le cas où les deux parties présentent chacune une demande d'homologation concernant la même convention de rupture. Dans ce cas-là, « le délai d'instruction [...] court à compter de l'arrivée de la demande parvenue en premier ».

360. Cette disposition est légitimée par l'esprit même de l'article L. 1237-14 du Code du travail qui prévoit que « la partie la plus diligente » envoie la demande d'homologation. Le fait de faire courir le délai d'instruction à compter de la réception de la première demande sanctionne l'action tardive de l'autre partie et incite les parties à s'entendre. Une fois la demande d'homologation de la convention de rupture conventionnelle envoyée, son sort est entre les mains de l'autorité administrative compétente.

²⁸⁷ Article L.1237-14 du Code du travail.

²⁸⁸ Circulaire DGT n°2008-11 du 22 juillet 2008 relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée.

B. Le contrôle de la recevabilité et de la validité de la demande d'homologation de la convention

361. Afin de s'assurer de la recevabilité de la demande²⁸⁹ (analyse des conditions de forme), la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi doit vérifier que la demande qui lui est présentée est complète et comporte toutes les informations nécessaires.

362. Si elle se révèle incomplète, les parties sont averties que leur demande ne pourra pas être considérée comme recevable. Le délai d'instruction ne court donc pas. Les parties ne peuvent dès lors se prévaloir d'une homologation tacite. Elles ont toutefois la possibilité de présenter une nouvelle demande d'homologation.

363. L'examen de la recevabilité de la demande d'homologation ne concerne en fait que les informations portées à la connaissance de la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi. L'examen de la validité de la convention de rupture et de la demande d'homologation est beaucoup plus poussé et minutieux que celui de la recevabilité. L'autorité administrative doit alors s'assurer de « la liberté de consentement des parties »²⁹⁰. C'est à ce titre que la Circulaire DGT du 22 juillet 2008 précise que le contrôle ainsi exercé « doit porter sur les points qui permettent de vérifier le libre de 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. ...) ». Ainsi, l'autorité administrative doit porter une attention toute particulière aux éléments suivants : « les informations relatives aux parties, l'ancienneté du salarié, les éléments de rémunération ; la tenue d'au moins un entretien, le ou les assistants des parties à l'entretien, la signature de la convention de rupture, la vérification de l'indemnité

²⁸⁹ « La circulaire distingue la recevabilité de la demande de sa validité », F. CHAMPEAUX, « La rupture conventionnelle selon la circulaire », SSL, 15.9.2008, n°1366.

²⁹⁰ Article L.1237-14 du Code du travail.

spécifique de la rupture conventionnelle, la date envisagée de rupture du contrat de travail et le droit de rétractation »²⁹¹.

364. Ce contrôle de validité de la demande concerne donc les conditions de fond dont le respect conditionne l'homologation de la convention de rupture du contrat de travail. On peut envisager cette étape comme celle sanctionnant le « travail » réalisé en amont par le salarié et son employeur. Le maître mot de la procédure de rupture conventionnelle du contrat de travail est le consensualisme et à ce titre, l'autorité administrative doit s'assurer que l'employeur et le salarié ont librement consenti à la rupture du contrat de travail.

365. Ainsi, est-il possible de considérer que le salarié a librement consenti à la rupture de son contrat de travail si le montant de l'indemnité de rupture fixé lors d'un entretien préalable est inférieur au montant minimum légal ? Si aucun entretien préparatoire n'a été organisé, est-il possible de considérer que les deux parties ont consenti à mettre fin au contrat de travail les liant ? Si aucun délai de rétractation n'a été respecté, est-il envisageable d'homologuer la convention de rupture du contrat de travail alors même que les parties n'ont pas eu la possibilité de se rétracter ? A toutes ces questions, une réponse négative doit être apportée. En contrôlant la validité de la demande, la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi doit s'assurer que tous les éléments traduisant le libre consentement des parties sont présents et conformes aux exigences. En cas de doute ou de non-respect de l'un de ces éléments, l'autorité administrative ne pourra pas homologuer la convention de rupture conventionnelle du contrat de travail.

366. Après avoir contrôlé la recevabilité et la validité de la demande, la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi peut homologuer la convention de rupture. Bien entendu, il ne s'agit que d'une possibilité puisque si les conditions nécessaires ne sont pas réunies il pourra décider de ne pas l'homologuer. Si l'autorité administrative décide d'homologuer la demande qui lui est présentée, elle pourra le faire de plusieurs manières. Tout d'abord, elle pourra le faire de

²⁹¹ Circulaire DGT n°2008-11 du 22 juillet 2008 relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée.

façon explicite en notifiant aux parties, pendant le délai d'instruction, l'acceptation de leur demande et donc son homologation. Ensuite, elle peut aussi homologuer la demande de façon implicite en gardant le silence jusqu'à la fin du délai d'instruction, comme le prévoit le second alinéa de l'article L. 1237-14 du Code du travail²⁹².

367. Elle peut aussi décider de ne pas homologuer la demande qui lui est présentée. Dans ce cas, elle doit motiver sa décision en précisant « la ou les raisons de fait ou de droit qui » l'ont conduit à cette décision et qui lui ont permis d' « estimer que la rupture conventionnelle ne repose pas sur le libre consentement des parties, et notamment du salarié »²⁹³.

Les cas de non-homologation sont rares et majoritairement motivés par un défaut du montant de l'indemnité de rupture. Le contentieux relatif à la rupture conventionnelle est croissant, ce qui permet à la Chambre sociale de créer de toute pièce le régime juridique de cet acte de rupture. Toutefois, il peut paraître étonnant que plus de 90 % des conventions aient été homologuées en 2012 alors que la Chambre sociale ne cesse de connaître des espèces qui y sont relatives. On peut donc se demander si l'autorité administrative ne fait pas, parfois, preuve d'une trop grande liberté d'interprétation des conditions de validité de la convention soumise à son appréciation.

368. Une espèce soumise à la Chambre sociale de la Cour de cassation illustre parfaitement cette interrogation²⁹⁴. Une convention de rupture, conclue le 27 novembre 2009, prévoit la fin du délai de rétractation le 11 décembre 2009. Suite à son homologation, la salariée saisit le Conseil des Prud'hommes de demandes d'annulation de la convention et de paiement de diverses sommes. Déboutée par les juges du fond, elle forme alors un pourvoi en cassation. Elle fait valoir que « l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie ; que la rupture du contrat de travail résulte d'une convention signée par les parties au contrat ; qu'à

²⁹² Article L. 1237-14 du Code du travail, al. 2^{ème} : « 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 ».

²⁹³ Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008 relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée.

²⁹⁴ Soc, 29 janvier 2014, n° 12-24539.

compter de la date de sa signature par les deux parties, chacune d'elles dispose d'un délai de quinze jours calendaires pour exercer son droit de rétractation ; que le salarié doit être informé de l'existence de ce droit de rétractation afin de lui en permettre l'exercice effectif ». La Chambre sociale rejette le pourvoi en indiquant « qu'une erreur commise dans la convention de rupture sur la date d'expiration du délai de quinze jours prévu par l'article L. 1237-13 du code du travail ne pouvant entraîner la nullité de cette convention que si elle a eu pour effet de vicier le consentement de l'une des parties ou de la priver de la possibilité d'exercer son droit à rétractation, la cour d'appel, qui a exclu tout vice du consentement, a ainsi légalement justifié sa décision ».

369. Inutile d'aborder l'apport de cet arrêt, placé dans la lignée de la jurisprudence de la Chambre sociale précédemment évoquée. Mais intéressons-nous plutôt aux faits. La convention est signée le 27 novembre 2009. C'est avec l'aide d'un calendrier que la date de fin du délai de rétractation peut être convenablement déterminée. En l'espèce, les parties à la convention semblent avoir utilisé leurs doigts, comme le font les enfants qui apprennent à compter, car le résultat trouvé est purement arithmétique. Sans prêter attention aux dispositions de l'article L. 1237-13 alinéa 3 et R. 1231-1 du Code du travail, elles ont compté 15 jours à partir de la date de signature de la convention, ce qui donne comme résultat le 11 décembre 2009 (27 novembre + 15 jours) : résultat erroné. En effet, ce n'est qu'à compter du 18 novembre que le délai de rétractation commence à courir. Ainsi son terme est le 12 décembre à minuit. Or le 12 étant un samedi, le délai de rétractation est prorogé jusqu'au lundi 14 décembre minuit.

370. Que les parties à la convention de rupture fassent une erreur sur le terme du délai de rétractation est une chose, mais que l'autorité administrative homologue la convention erronée en est une autre. En vertu de l'alinéa 2 de l'article L. 1237-14 du Code du travail, l'autorité administrative doit s'assurer du respect des conditions de validité de la convention et de liberté de consentement des parties. Le délai de rétractation ayant été pensé comme un moyen d'assurer cette liberté, toute erreur ayant pour conséquence de le réduire affecte de fait la liberté de consentement des parties. En l'espèce, les parties disposaient de trois jours supplémentaires pour exercer leur droit de rétractation et l'autorité administrative les en a privés en homologuant la convention de rupture comportant une erreur aux conséquences non négligeables.

371. La constatation est sans appel : l'autorité administrative semble avoir sa propre conception des conditions de validité de la convention de rupture et du respect de la liberté de consentement des parties. Il est toutefois nécessaire de remarquer qu'à plusieurs reprises, la Chambre sociale a considéré que le non-respect de la procédure n'affectait pas la validité de la convention en raison de son innocuité sur la liberté de consentement. Toute la procédure expliquée précédemment doit permettre aux parties d'élaborer la convention de rupture et d'obtenir son homologation grâce à laquelle elle pourra produire les effets escomptés sur la relation contractuelle de travail.

Chapitre 2 Les effets de la rupture conventionnelle du contrat de travail

372. La convention de rupture, qu'elle soit homologuée ou non, va produire des effets (**Section 1**) qui peuvent conduire à la création d'un contentieux (**Section 2**).

Section 1 Les effets de la rupture conventionnelle

373. L'homologation de la convention n'est pas nécessaire pour qu'elle produise des effets. Dès l'instant où les parties entament la procédure de rupture conventionnelle du contrat de travail, et donc avant même que la convention de rupture ne soit élaborée, la procédure produit des effets sur la relation contractuelle (§1). Par la suite, et en fonction de la décision de l'autorité administrative, les effets produits différeront (§2).

§1 Les effets de la procédure sur l'exécution du contrat de travail

374. La procédure de rupture conventionnelle ne se limite pas à la seule rédaction de la convention de rupture. Elle débute dès l'organisation du premier, et peut-être unique, entretien et prend fin soit par la non-homologation de la convention soit par la rupture du contrat de travail à la date choisie par les parties suite à l'homologation. Ainsi durant

toute cette procédure, le contrat de travail ne cesse d'être exécuté. Aucune suspension du contrat de travail, prémices à la rupture souhaitée, n'est prévue et cela s'explique de plusieurs façons.

375. Tout d'abord, ni l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008, ni la loi du 25 juin 2008 ne prévoient une quelconque suspension du contrat de travail. La rupture conventionnelle étant voulue comme un mode amiable de rupture, anticiper la cessation de la relation contractuelle n'est pas justifié. D'autant plus que la Chambre sociale s'est prononcée sur l'indifférence de l'existence d'un différend sur la procédure. Les signataires de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 et le législateur ont été guidés par la même motivation. Ils veulent garantir au maximum la liberté de consentement des parties au contrat de travail, comme le précise l'article L. 1237-11 du Code du travail. Ainsi, les mécanismes mis en place afin de prévenir tout vice du consentement forment un bouclier suffisamment efficace pour que la relation contractuelle soit menée jusqu'à son terme sans que le consentement de l'une ou de l'autre des parties soit atteint.

376. Ensuite, une telle suspension ne serait pas judicieuse en raison de l'incertitude relative à la décision de l'autorité administrative. En effet, si la convention de rupture n'est pas homologuée par l'autorité administrative, le contrat de travail ne peut être rompu. Dès lors, quel serait l'intérêt de suspendre le contrat de travail jusqu'à la décision de l'autorité administrative alors même que cette suspension ne pourrait être que temporaire ? En cas de non-homologation, le salarié déconnecté de l'entreprise durant quelques semaines se verrait du jour au lendemain dans l'obligation de reprendre son poste. L'inutilité d'une telle suspension est donc criante.

377. Enfin, la suspension du contrat de travail pourrait être un facteur de désorganisation sociale de l'entreprise. L'employeur privé d'une partie de sa masse salariale pourrait être contraint de recruter temporairement un remplaçant. Or, ce recrutement ne pourrait se faire qu'en vertu d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat de travail intérimaire alors même que la forme normale de la relation de travail est le contrat à durée indéterminée. En cas d'homologation, le salarié remplaçant deviendrait alors salarié permanent entraînant ainsi la conclusion d'un nouveau contrat de travail prévoyant un terme plus éloigné. Le choix de la date de rupture du contrat de travail

conventionnellement rompu devant alors être rigoureusement choisie sous peine de voir deux salariés se partager un même poste pendant un laps de temps. En cas de non-homologation, le salarié partie à la convention de rupture retrouverait son poste alors que la récente recrue serait congédiée. Là encore, l'employeur devra faire preuve de prudence dans la détermination de la durée du contrat du remplaçant sous peine de devoir rémunérer deux salariés pour un même poste.

378. En définitive, l'homologation de la convention de rupture étant l'élément *sine qua non* permettant d'aboutir à la rupture du contrat de travail, il est dès lors logique que le contrat de travail trouve à s'exécuter jusqu'à la date de rupture prévue dans la convention. Ni la procédure de démission, si tant est qu'il y en ait une, ni celle de licenciement ne prévoyant de suspension du contrat de travail il aurait été illogique qu'il en soit autrement en matière conventionnelle.

379. Quant à la date de rupture, quelques précisions s'imposent. Les parties doivent faire preuve d'une grande prudence quant à sa détermination puisqu'une erreur pourrait entraîner la non-homologation de la convention. L'article L. 1237-13 du Code du travail prévoit que la rupture ne peut avoir lieu qu'à partir du lendemain de l'homologation. De fait, si la date choisie est antérieure à celle de l'homologation, l'autorité administrative ne pourra valider la convention.

380. Même si la Chambre sociale ne sanctionne pas en soi l'erreur commise sur le terme du délai de rétractation, la même solution ne saurait être retenue en la présente hypothèse. En effet, les termes de l'article L. 1237-13 sont suffisamment clairs pour que la Haute juridiction n'ait pas à les interpréter : la date de rupture ne peut être que postérieure à la date d'homologation. Même si l'autorité administrative semble avoir sa propre interprétation des conditions de validité de la convention, une telle méconnaissance ne pourrait entraîner que la non-homologation de la convention.

381. L'enjeu est donc important puisqu'une erreur sur la date de rupture ne permettrait pas l'homologation de la convention de rupture. Afin d'éviter tout recalage, les parties doivent prendre en compte les différents délais procéduraux. A savoir le délai de rétractation de 15 jours calendaires et le délai de 15 jours ouvrés dont dispose l'autorité administrative pour apprécier la convention. Les termes du Code du travail n'appelant

pas de précisions supplémentaires, la seule erreur possible ne peut dès lors porter que sur la mauvaise détermination des jours ouvrés. Les parties au contrat de travail prises dans leur élan pourraient très facilement ne pas porter attention à la différence faite et ainsi calculer l'ensemble des délais en jours calendaires. Outre les délais procéduraux, les délais d'acheminement par voie postale sont, eux aussi, à prendre en compte puisque le délai d'instruction de la demande d'homologation ne commençant à courir qu'à compter du lendemain de la réception de ladite demande, la date de rupture du contrat de travail s'en trouve retardée.

§2 Les effets de la décision de l'autorité administrative

382. La décision de l'autorité administrative, ou de l'inspecteur du travail, conditionne les effets produits par la procédure de rupture conventionnelle sur le contrat de travail. Si la convention est homologuée, les effets produits seront ceux escomptés par les parties (**A**) tandis que dans le cas contraire, elles devront effectuer les modifications nécessaires pour y parvenir (**B**).

A. Les effets de l'homologation

383. L'homologation de la convention de rupture entraîne la rupture du contrat de travail à la date choisie par les parties (**1**), rupture à l'occasion de laquelle le salarié percevra l'indemnité prévue dans la convention (**3**) et éventuellement celle de congés payés (**4**) tandis que l'employeur devra se soumettre à quelques obligations administratives (**2**).

1. La cessation du contrat de travail à la date choisie

384. La date choisie par les parties sera celle à compter de laquelle la relation contractuelle de travail cessera. Ainsi, cette dernière pourra encore perdurer durant quelques semaines ou prendre fin dès le lendemain de l'homologation. Le choix des parties n'est donc dicté que par leur volonté. De ce fait, rien ne les empêche de convenir d'une date postérieure de plusieurs mois à l'homologation afin, par exemple, que le salarié puisse trouver un nouvel emploi ou que l'employeur puisse procéder au recrutement du remplaçant du salarié sur le départ.

385. Cependant, le choix de la date de rupture n'est pas sans incidence sur la détermination de l'indemnité de rupture perçue par le salarié. En effet, si la rupture intervient le lendemain ou dans les jours qui suivent l'homologation, le montant de l'indemnité contenu dans la convention ne sera pas faussé. En revanche, si la rupture est prévue plusieurs semaines après l'homologation, le montant prévu pourra être en défaveur du salarié. La circulaire DGT du 17 mars 2009 attire l'attention du salarié sur ce point en précisant qu'il devra vérifier « que ses rémunérations à venir jusqu'à la date effective de la rupture ne modifie pas en sa défaveur la base de calcul de l'indemnité convenue ». Le montant de l'indemnité devant obligatoirement figurer dans la convention de rupture, les douze rémunérations servant d'assiette de calcul ne peuvent être que celles des douze mois précédents la rédaction de la convention. Par conséquent, si le salarié bénéficie d'une augmentation à la suite de l'homologation de la convention de rupture ou d'une prime durant les trois derniers mois travaillés, le montant de l'indemnité prévue à la convention sera inférieur à celui auquel il aurait pu prétendre si l'homologation avait été demandée plus tardivement. Cette subtilité procédurale est sans doute ignorée par la majorité des salariés et employeurs. Et parmi ces derniers, ceux qui en ont connaissance pourront être tenté de la cacher à leur partenaire.

Dès lors, cette subtilité ne peut-elle pas être envisagée comme une incitation faite aux employeurs et salariés de réduire au maximum le temps s'écoulant entre l'homologation de la convention de rupture et la rupture à proprement parler ?

386. Une fois arrivé à son terme, le contrat de travail cesse et fait cesser par la même occasion la relation employeur-salarié alors même que l'employeur doit satisfaire

quelques obligations. En définitive, ses obligations se révèlent être les mêmes qu'en cas de licenciement.

2. La remise des documents

387. Tout d'abord, l'employeur devra remettre au salarié un certificat de travail mentionnant toute la période d'embauche, y compris celle durant laquelle la procédure de rupture conventionnelle a été entreprise. Ensuite, il devra lui remettre un exemplaire de l'attestation Pôle Emploi. Comme à l'occasion de toute rupture du contrat de travail, l'employeur a tout intérêt à remettre au salarié un reçu de solde de tout compte attestant du versement des sommes dues au titre de la cessation du contrat de travail.

Il veillera aussi à la mise à jour du registre unique du personnel et portera à la connaissance du service public de l'emploi la liste des contrats rompus durant le mois écoulé dès lors que l'effectif de l'entreprise est supérieur à 50 salariés²⁹⁵.

3. Le versement de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle

388. Les différents textes régissant la rupture conventionnelle du contrat de travail ne prévoient pas de façon explicite le montant minimum de l'indemnité spécifique versée au salarié à l'occasion de la rupture de son contrat de travail. Il a donc été nécessaire d'analyser chacun d'eux et de les confronter afin de déterminer le montant minimum pouvant être perçu par le salarié **(a)**. Quant au régime fiscal et social **(b)** et au forfait social **(c)** de l'indemnité, les choses ont été bien plus simples.

²⁹⁵ Article D. 1221-23 Code du travail.

a) Le montant de l'indemnité spécifique

389. A l'occasion de la rupture du contrat de travail, l'employeur versera au salarié l'indemnité de rupture dont le montant est prévu par la convention homologuée²⁹⁶. Cette indemnité ne peut être inférieure à celle prévue par l'article L. 1234-9 du Code du travail. En d'autres termes, l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ne peut être inférieure à l'indemnité légale de licenciement. Mais qu'en est-il de l'indemnité conventionnelle de licenciement ? Trouve-t-elle à s'appliquer dès lors qu'elle est plus favorable que l'indemnité légale ?²⁹⁷

390. L'article L. 1237-13 du Code du travail n'est pas d'un grand secours pour apporter une réponse à cette interrogation. Il précise simplement que la convention de rupture définit notamment « le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle qui ne peut pas être inférieur à celui de l'indemnité prévue à l'article L. 1234-9 ». L'article L. 1234-9 n'est pas plus explicite, indiquant simplement que les modalités de calcul de l'indemnité légale de licenciement sont déterminées « par voie réglementaire ». La lecture de l'article R. 1234-4 nous apprend que « le salaire à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité de licenciement est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié :

1° Soit le douzième de la rémunération des douze derniers mois précédant le licenciement ;

2° Soit le tiers des trois derniers mois. Dans ce cas, 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 proportion ». Ainsi, l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ne peut être inférieure à l'indemnité légale de licenciement. Aucune référence n'étant faite à l'indemnité conventionnelle de licenciement, on peut considérer que cette dernière n'a pas à être utilisée en matière de rupture conventionnelle.

²⁹⁶ Reims, 16 mai 2012, n° 11-624 : le retard de versement de l'indemnité ne remet pas en cause la validité de la rupture conventionnelle du contrat de travail.

²⁹⁷ G. AUZERO, « Précisions sur l'indemnité de rupture conventionnelle », RDT 2010, p. 97.

391. Cependant l'article 12 de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008, dans sa version antérieure à l'avenant n°4 du 18 mai 2009, semblait permettre la prise en compte de l'indemnité conventionnelle de licenciement²⁹⁸. Les dispositions de l'article 11, dispositions auxquelles l'article 12 renvoie le lecteur, étaient claires : « afin de rationaliser le calcul des indemnités de rupture du CDI dans les cas où l'ouverture au droit à une telle indemnité est prévue, il est institué une indemnité de rupture interprofessionnelle unique dont le montant ne peut être inférieur, sauf dispositions conventionnelles plus favorables à partir d'un an d'ancienneté dans l'entreprise, à 1/5^e de mois par année de présence ». Ainsi, l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle du contrat de travail ne peut être inférieur à l'indemnité conventionnelle de licenciement dès lors qu'elle est elle-même supérieur à l'indemnité légale. En d'autres termes, l'indemnité la plus favorable au salarié sert d'indemnité plancher. Dans un souci de précision, l'avenant n°4 du 18 mai 2009 a réécrit une partie de ces deux dispositions, cantonnant l'article 11 aux seules « indemnités de rupture en cas de licenciement ». Quant à l'article 12, il précise désormais que le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle 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 applicable ».

392. L'instruction DGT du 8 décembre 2009²⁹⁹ synthétise à merveille les effets produits par l'avenant n°4 du 18 mai 2009. Il est ainsi rappelé « que le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ne doit pas être inférieur au montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement lorsque cette dernière est supérieure à l'indemnité légale de licenciement ». Il est précisé que depuis le 28 novembre 2009, soit le lendemain de la publication au Journal Officiel de l'arrêté d'extension dudit avenant, tous les employeurs sont soumis à cette obligation sauf ceux relevant de professions agricoles et libérales, du secteur de l'économie sociale, du secteur sanitaire et sociale ainsi que les particuliers employeurs qui doivent se référer aux seules dispositions du Code du travail. L'instruction indique enfin qu' « en application du principe de faveur,

²⁹⁸ H. PELISSIER et D. BLANC, « Rupture conventionnelle : la question du montant de l'indemnité spécifique », JCP S, 2009, 1236, n° 23.

²⁹⁹ Instruction DGT n° 2009-25 du 8 décembre 2009 relative au régime indemnitaire de la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée.

le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle est celui de l'indemnité conventionnelle lorsque celle-ci est supérieur à l'indemnité légale ».

393. Ce recours aux dispositions relatives au licenciement est critiquable. En matière sociale, il n'est pas rare que de nombreux textes de sources diverses s'articulent. Mais en l'espèce, cette articulation pourrait se révéler être préjudiciable pour le salarié. L'article 11 de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 et l'article L. 1234-9 du Code du travail traitent de l'indemnité de licenciement perçue par un salarié ayant un an d'ancienneté. Ainsi, en se référant directement à ces textes, nous pourrions être tentés d'appliquer la même condition d'ancienneté au salarié dont le contrat de travail est rompu par rupture conventionnelle alors même que la circulaire DGT du 17 mars 2009³⁰⁰ précise que « la loi de modernisation du marché du travail ne renvoie à l'indemnité légale de licenciement que pour définir le montant minimal de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle, sans en définir les conditions d'attributions ». Par conséquent, « dans le cas où le salarié partie à la rupture conventionnelle a moins d'une année d'ancienneté, l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle lui est due au prorata du nombre de mois de présence ». Précisons toutefois que certaines juridictions reconnaissent la validité des conventions ne prévoyant pas d'indemnité spécifique de rupture à un salarié ayant moins d'un an d'ancienneté³⁰¹.

b) Le régime fiscal et social de l'indemnité spécifique

394. C'est très certainement dans le but d'encourager le recours à la rupture conventionnelle que le législateur l'a assortie d'un régime fiscal avantageux tant pour le salarié que pour l'employeur. L'article 80 duodecimes du Code général des impôts dispose que « toute indemnité versée à l'occasion de la rupture du contrat de travail constitue une rémunération imposable sous réserves des dispositions suivantes. Ne constituent pas une rémunération imposable : 6° La fraction des indemnités prévues à

³⁰⁰ Circulaire DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009 relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée.

³⁰¹ Montpellier, 1^{er} juin 2011, n° 10-06114.

l'article L. 1237-13 du code du travail versées à l'occasion de la rupture conventionnelle du contrat de travail d'un salarié lorsqu'il n'est pas en droit de bénéficier d'une pension de retraite d'un régime légalement obligatoire, qui n'excède pas : a) soit 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 50 % du montant de l'indemnité si ce seuil est supérieur, dans la limite de six fois le plafond mentionné à l'article L. 241-3 du code de la sécurité sociale en vigueur à la date de versement des indemnités ; b) soit le montant de l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective de branche, par l'accord professionnel ou interprofessionnel ou, à défaut, par la loi ». Ainsi à condition de ne pas dépasser la limite la plus élevée de ces deux conditions, le salarié ne sera pas imposable sur l'indemnité spécifique perçue à l'occasion de la rupture de son contrat de travail.

395. En ce qui concerne son régime social. Sans entrer dans les détails, nous pouvons retenir que l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle peut être exonérée de cotisations sociales et de Contribution Sociale Généralisée et Contribution pour le Remboursement de la Dette Sociale³⁰².

c) Le forfait social

396. La loi de financement de la Sécurité sociale pour 2013 a mis en place un forfait social de 20 % à la charge des employeurs pour toute rupture conventionnelle conclue à compter du 1 janvier 2013³⁰³. Cette nouvelle mise à contribution des employeurs risque de faire perdre « de la vitesse » à la rupture conventionnelle.

³⁰² Article L. 136-2 II 5° du Code de la sécurité sociale.

³⁰³ Article L. 137-15 du Code de la sécurité sociale ; E. LABROUSSE, « Calcul et régime fiscal et social de l'indemnité de rupture conventionnelle », JCP S, 2014, 1250, n° 24 ; D. BOULMIER, « Brèves réflexions sur les contextes de la rupture conventionnelle », JCP S, 2013, act. 53, n° 6.

4. Le sort des congés payés non pris et des allocations chômage

397. Outre le bénéfice de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle, le salarié peut prétendre, lorsqu'il n'a pas pris l'intégralité de ses congés payés, à une indemnité compensatrice. De plus, il peut percevoir « un revenu de remplacement » comme le prévoit l'article L. 5421-1 du Code du travail³⁰⁴. Il est des cas, rares mais bien réels, dans lesquels la convention de rupture n'est pas homologuée. Dans ce cas, les effets sur le contrat de travail sont simples : il continue de s'appliquer.

B. Les effets de la non-homologation

398. En 2012, 94 % des conventions soumises au contrôle de l'autorité administrative ont été homologuées. L'année précédente, 40 % des refus ont été motivés par un montant d'indemnité inférieur au montant minimum et 25 % des refus ont été dus au non-respect des délais³⁰⁵. Lorsque l'autorité administrative refuse d'homologuer une convention, elle doit en préciser les raisons afin de permettre à l'employeur et au salarié de lui apporter les modifications nécessaires³⁰⁶. Cette correction ne peut être unilatéralement réalisée, le consentement des deux parties est nécessaire.

Cela se justifie par le caractère consensuel de la rupture conventionnelle. Les parties se sont entendues pour élaborer la convention dont l'homologation a été refusée. La décision de l'autorité administrative n'étant motivée que par une erreur commise par les parties, il est nécessaire que chacun d'elles consente à sa rectification car elles pouvaient être d'accord avec l'erreur mais pas avec sa correction. L'exemple le plus frappant est celui du montant de l'indemnité de rupture. Si les parties ont déterminé un montant inférieur au minimum légal, la convention sera de fait non homologuée. Si le

³⁰⁴ Article L. 5421-1 du Code du travail : « En complément des mesures tendant à faciliter leur reclassement ou leur conversion, les travailleurs involontairement privés d'emploi ou dont le contrat de travail a été rompu conventionnellement selon les modalités prévues aux articles L. 1237-11 et suivants, aptes au travail et recherchant un emploi, ont droit à un revenu de remplacement dans les conditions fixées au présent titre ».

³⁰⁵ C. MINNI, « Les ruptures conventionnelles de 2008 à 2012 », préc.

³⁰⁶ P. LOKIEC, « Rupture conventionnelle », préc.

salarié se charge de corriger l'élément défaillant, on peut imaginer qu'il le fasse de façon démesurée, s'octroyant ainsi une indemnité bien plus élevée que l'employeur l'aurait voulu.

399. La liberté de consentement voulue par le législateur et les signataires de l'Accord National interprofessionnel 11 janvier 2008 trouve à s'appliquer durant toute la procédure de rupture conventionnelle, y compris lorsque la convention doit être modifiée conformément à la décision de l'autorité administrative. En pareil cas, le contrat de travail n'est pas rompu et continu dès lors de s'appliquer. Durant les premiers mois d'existence de la rupture conventionnelle, la majorité de la doctrine s'est demandée si la convention non homologuée pouvait muter en rupture amiable. Dès lors, ce ne serait plus les dispositions du Code du travail qui trouveraient à s'appliquer mais celles du Code civil, et plus précisément l'article 1134.

400. Selon M. Gérard Couturier, la rupture conventionnelle forme un corps de règles spéciales dérogeant de ce fait aux règles d'ordre général contenues dans le Code civil. Ainsi, en application de l'adage *Specialia generalibus derogant* on peut légitimement penser que la procédure de rupture conventionnelle du contrat de travail pourrait se substituer à la rupture amiable prévue par le Code civil. Cette opposition entre Code du travail et Code civil est récurrente : le premier, regroupant les règles spéciales applicables à la relation de travail, déroge aux dispositions contractuelles prévues par le Code civil. Pour l'auteur, la rupture amiable du contrat de travail s'incline devant la rupture conventionnelle. La non-homologation de la convention ne pourrait donc pas muter en rupture amiable. Dès lors, l'employeur et le salarié auront deux possibilités : soit recommencer une procédure en s'assurant que toutes les exigences procédurales seront satisfaites ; soit renoncer à la rupture conventionnelle du contrat les liant.

Cette thèse est accréditée par la jurisprudence établie par la Chambre sociale de la Cour de cassation. Ainsi, en décidant que « l'existence, au moment de sa conclusion, d'un différend entre les parties au contrat de travail n'affecte pas par elle-même la validité de la convention de rupture »³⁰⁷, la Chambre sociale rompt avec la position adoptée en

³⁰⁷ Soc, 23 mai 2013, préc.

matière de rupture amiable³⁰⁸. Cette différence procédurale empêche toute mutation en rupture amiable.

401. Cette réflexion doctrinale, juridiquement cohérente, ne prend pas en compte la volonté du législateur et des signataires de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 qui ne semblent pas avoir voulu substituer leur création à la rupture civiliste. Ainsi, dès lors que les conditions de validité de la rupture amiable seront remplies, les parties à la convention de rupture conventionnelle non homologuée auront le loisir de se tourner vers l'acte civiliste de rupture de leur lien contractuel. Toutefois, le salarié n'obtiendra pas les mêmes avantages financiers qu'en cas de rupture conventionnelle.

402. En définitive, en cas de refus d'homologation, les parties auront la possibilité soit d'apporter les correctifs nécessaires à la convention avant de la soumettre à nouveau à l'autorité administrative ; soit de recourir à la rupture amiable du contrat de travail à condition que toutes les conditions de validité de cet acte de rupture soient remplies. La procédure de rupture conventionnelle, bien que voulue comme sécurisée, peut être une source de contentieux. En effet, il n'est pas rare que le salarié remette en cause la validité de la rupture en raison des différends l'opposant à son employeur durant l'exécution du contrat de travail ou en raison du déroulé de la procédure en elle-même.

Section 2 Le contentieux de la rupture conventionnelle

403. La procédure de rupture conventionnelle peut être engagée alors même qu'un différend oppose les parties. Même si la Chambre sociale de la Cour de cassation permet cette introduction procédural dans un tel contexte, on peut se demander si cette possibilité ne peut, dans certains cas, se révéler contreproductive (§1). Le contentieux consécutif à la procédure est bien plus sécurisé (§2).

³⁰⁸ Soc, 26 octobre 1999, n° 97-42846, préc. : L'existence d'un litige entre les parties ne permet pas le recours valable à la rupture amiable du contrat de travail.

§1 Le contentieux antérieur à l'élaboration de la convention de rupture et le recours à la transaction

404. Le droit du travail est par essence une matière à fort contentieux³⁰⁹. Cela s'explique par l'affrontement d'intérêts antagonistes que sont ceux du salarié et de l'employeur. Avant la loi de modernisation du marché du travail, le Code du travail ne mettait à la disposition des acteurs de la relation « travailliste » que deux actes unilatéraux de rupture dont l'un, le licenciement, était une source importante de contentieux. Le salarié cherchant à obtenir la qualification de licenciement sans cause et réelle afin d'obtenir soit sa réintégration, soit des dommages-intérêts.

405. La rupture conventionnelle, voulue pacifiste, permet depuis d'apaiser les éventuelles tensions existantes entre salarié et employeur. En effet, la réussite de la procédure n'étant possible que si les parties s'entendent sur le principe de rupture du contrat de travail et sur ses effets, elles sont bien obligées de mettre un mouchoir sur leurs éventuelles doléances afin d'obtenir l'effet escompté.

406. Le différend opposant salarié et employeur pouvant trouver son origine dans l'exécution même du contrat de travail, et donc antérieurement à la mise en œuvre de la procédure de rupture conventionnelle, la Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que ce dernier n'avait aucune incidence sur la validité de la convention élaborée³¹⁰. Cette permissivité appelle deux séries de remarques.

Tout d'abord, comment les parties à la convention de rupture peuvent-elles librement consentir à la rupture conventionnelle alors même qu'elles ne se sont pas entendues durant l'exécution de la relation de travail ? Le risque de pressions exercées par l'une des parties afin d'obtenir le consentement de l'autre est accru. La partie désireuse de rompre le contrat en raison du passif existant peut envisager, de façon informelle, la rupture conventionnelle comme un moyen d'éteindre le différend existant. Sous couvert d'une rupture conventionnelle, les parties transigeraient en réalité : l'indemnité de

³⁰⁹ Rapport annuel de la Cour de cassation : bilan et suggestions de réforme, Rapport 2013, JCP S, 2014, act. 203, n° 22.

³¹⁰ Soc, 23 mai 2013, préc.

rupture, dont le montant pourra être négocié à la hausse par la partie contrainte, sera versée en contrepartie de l'obtention de la rupture du contrat de travail. Une fois la convention homologuée et le contrat rompu, la partie victime de ce subterfuge n'aura plus de moyen d'agir. A cette première remarque, le législateur a répondu en mettant en place un délai de rétractation sauf que ce délai s'avère inutile en l'espèce. En effet, la partie contrainte de consentir devra choisir entre accepter la rupture amiable de son contrat de travail en contrepartie de quoi elle percevra l'indemnité spécifique et les indemnités versées par Pôle-Emploi et user de son droit de rétractation au risque d'aggraver les relations entretenues avec son employeur. Dans cette dernière hypothèse, on imagine très bien que la reprise de la relation de travail sera très difficile, voire impossible et que dès lors le salarié présentera sa démission.

Ensuite, il faut se demander si la rupture conventionnelle a été envisagée pour trouver à s'appliquer à une relation contentieuse. Il semble que la réponse négative soit celle à apporter. En effet, la rupture conventionnelle n'a pas été créée pour mettre fin aux contentieux existants entre salarié et employeur. Même si le contentieux antérieur à la convention de rupture est pris en compte par la Chambre sociale de la Cour de cassation, il n'a pas à être traité par la convention de rupture. A cette fin, la Haute juridiction permet le recours à la transaction à la double condition qu'elle intervienne après l'homologation de la convention, ou en cas de salarié protégé après la notification de la décision de l'inspecteur du travail, et qu'elle porte sur un différend lié à l'exécution du contrat de travail, sur des éléments non compris dans la convention. Cette double condition étant directement empruntée à la procédure applicable en cas de licenciement³¹¹. En d'autres termes, la transaction est possible indépendamment de la convention de rupture conventionnelle et ne peut concerner que les différends nés d'éléments extérieurs à cette dernière.

407. C'est par un arrêt en date 26 mars 2014 que la Chambre sociale de la Cour de cassation a pris position³¹². En l'espèce, un salarié, délégué syndical et conseiller prud'homal, signe une convention de rupture avec son employeur le 9 juin 2009, convention qui sera autorisée par l'inspecteur du travail le 1^{er} septembre 2009. Dès le

³¹¹ G. AUZERO, « Articulation de la rupture conventionnelle et de la transaction », RDT 2014, p. 330.

³¹² Soc, 26 mars 2014, n° 12-21136, Bull. civ. V, n° 91.

lendemain de la notification de la décision de l'inspecteur du travail, les parties signent une transaction aux termes de laquelle le salarié renonce à l'ensemble de ses droits, actions et prétentions dont il pourrait disposer au titre de la rupture de son contrat de travail en contrepartie d'une indemnité. Par la suite, il saisit la juridiction prud'homale de diverses demandes, dont celle d'annulation de la rupture conventionnelle. La Cour d'appel déboute le salarié de ses demandes après avoir constaté que la transaction, par laquelle il renonçait à toute action en rapport avec la rupture de son contrat de travail, était valable puisque conclue postérieurement à la notification de l'autorisation de l'inspecteur du travail. Le salarié forme un pourvoi en cassation favorablement accueilli par la Chambre sociale qui, sous le visa des articles L. 1237-11, L. 1237-13, L. 1237-14, L. 1237-15 du Code du travail et 2044 du Code civil, censure la décision des juges du fond en indiquant « que la transaction conclue entre le salarié et l'employeur avait pour objet de régler un différend relatif non pas à l'exécution du contrat de travail mais à sa rupture, ce dont elle aurait dû en déduire la nullité, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Cet arrêt est venu sanctionner l'habitude prise par bon nombre praticiens de sécuriser une rupture conventionnelle grâce à une transaction³¹³. L'acte transactionnel ne pouvant être concomitant de l'acte de rupture, en pareille circonstance le verdict est sans appel.

408. La postériorité de la transaction est révélatrice de la protection assurée au salarié. En effet, entre le consentement à la rupture du contrat de travail et la conclusion d'une éventuelle transaction, un délai suffisant lui permet de prendre conscience de la réalité concessions réciproques qui vont être consenties par l'acte transactionnel.

§2 Le contentieux postérieur à l'élaboration de la convention de rupture

409. Ainsi, cette rupture ne peut être possible qu'avec l'accord des deux parties au contrat de travail et ne peut pas être imposée par l'une d'elles à son cocontractant. Par conséquent, le législateur a imaginé une procédure particulière donnant compétence à une autorité spécifique (**A**) sans que cela n'évite les hésitations prétoriennes (**B**).

³¹³ G. LOISEAU, « L'âge de raison de la rupture conventionnelle », JCP S, 2014, 1137, n°14.

A. L'autorité compétente en cas de litige et la diversité des litiges

410. Le quatrième alinéa de l'article L. 1237-14 du Code du travail dispose que « l'homologation ne peut faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la convention. Tout litige concernant la convention, l'homologation ou le refus d'homologation relève de la compétence du conseil des prud'hommes, à l'exclusion de tout autre recours contentieux ou administratif. Le recours juridictionnel doit être formé, à peine d'irrecevabilité, avant l'expiration d'un délai de douze mois à compter de la date d'homologation de la convention ». La circulaire DGT du 22 juillet 2008³¹⁴ indique qu'il ne peut y avoir « mise en œuvre de toute autre voie de recours » que celle prévue par le Code du travail.

411. Ainsi, les parties ne pourront ni faire un recours devant le Tribunal administratif, ni devant la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi, la circulaire excluant également le « recours hiérarchique devant le ministre ». N'ayant d'autre possibilité, les parties devront soumettre leur litige au Conseil des Prud'hommes³¹⁵, sauf si l'une d'elles est un salarié protégé ou un avocat salarié.

412. A l'égard d'un salarié protégé, le recours contre la décision de l'inspecteur du travail doit être formé devant le Tribunal administratif³¹⁶ ou devant le ministre en vertu de l'article R. 2422-1 du Code du travail³¹⁷. Dans l'arrêt rendu le 26 mars 2014, arrêt dont

³¹⁴ Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008 relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée.

³¹⁵ E. SERVERIN, « Les pouvoirs du juge judiciaire à l'égard des décisions de l'administration du travail : libres propos sur la séparation des pouvoirs à partir et au-delà de trois arrêts de la Chambre sociale du 3 mars 2010 », RDT 2010, 246.

³¹⁶ Circulaire DGT 2008-11 du 22 juillet 2008 relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée.

³¹⁷ Article R. 2422-1 du Code du travail : « le ministre chargé du travail peut annuler ou réformer la décision de l'inspecteur du travail sur le recours de l'employeur, du salarié ou du syndicat que ce salarié représente ou auquel il a donné mandat à cet effet. Ce recours est introduit dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision de l'inspecteur. Le silence gardé pendant plus de quatre mois sur ce recours vaut décision de rejet ».

une partie de la solution a précédemment été exposée, la Chambre sociale a apporté une précision inédite³¹⁸. Sous le visa de l'article L. 1237-15 du Code du travail et de la loi des 16-24 août 1970, le principe de la seule compétence du juge administratif lorsque la rupture conventionnelle est conclue avec un salarié protégé est énoncé³¹⁹. Ainsi, en pareil cas, le juge judiciaire doit se déclarer incompétent³²⁰.

Dans le cas d'un avocat salarié, le litige devra être porté à la connaissance du Bâtonnier. Le législateur, en encadrant strictement le délai de prescription, a voulu éviter que les litiges s'éternisent et assurer la pérennité des relations employeur-salarié.

413. Les litiges peuvent être divers et variés : il peut naître entre les parties, l'employeur peut contester la non-homologation de la convention et le salarié peut en contester l'homologation. Dans tous ces cas, le juge prud'homal doit adapter son contrôle. Lorsque la convention de rupture est homologuée, le juge doit contrôler que les conditions de fond et de forme sont bien remplies. Pour cela, il peut demander à la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi de lui fournir la demande d'homologation ainsi que toutes les pièces relatives au contrôle que cette dernière a effectué. Une fois en possession de ces pièces, le juge contrôle que la procédure a bien été respectée et que toutes les conditions sont remplies.

414. Comme le précise M. Gilles Auzero³²¹, le contrôle du juge doit aussi porter sur la licéité de la cause conformément à l'article 1131 du Code civil³²². Ce contrôle permet au juge de s'assurer que la convention de rupture n'est pas motivée par une

³¹⁸ « Une transaction peut être conclue après une rupture conventionnelle », JCP S, 2014, act. 1414, n° 13.

³¹⁹ « Le juge judiciaire ne peut, en l'état de l'autorisation administrative accordée à l'employeur et au salarié bénéficiant d'une protection mentionnée aux articles L. 2411-1 et L. 2411-2 du code du travail pour procéder à la rupture conventionnelle du contrat de travail qui les lie et sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, apprécier la validité de ladite rupture, y compris lorsque la contestation porte sur la validité du consentement du salarié ».

³²¹ G. AUZERO, « La rupture conventionnelle du contrat de travail : l'illusion de la sécurisation », préc. ; F. CANUT, « Rupture conventionnelle d'un salarié protégé : compétence du juge administrative », Cahiers sociaux, 2014, n°263, p. 304.

³²² Article 1131 du Code civil : « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

discrimination. Deux auteurs³²³ se sont intéressés à cette hypothèse notamment en ce qui concerne l'âge du salarié. Si la convention de rupture est seulement motivée par la volonté de l'employeur de se séparer d'un salarié trop âgé à son goût, alors le juge annulera cette convention qu'il jugera discriminatoire. En cas de vice du consentement de l'une des parties ou de non-respect de la procédure, le juge pourra annuler la convention et allouer des dommages-intérêts à la partie dont le consentement a été vicié et requalifier la convention de rupture conventionnelle en licenciement pur et simple.

415. Dans l'hypothèse où la convention de rupture n'est pas homologuée, le juge ne pourra pas se substituer à la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi. Il ne pourra donc pas procéder à une homologation tardive de la convention, cette impossibilité étant rappelée par le circulaire DGT du 17 mars 2009³²⁴.

416. Toutefois, il est indiqué que le juge pourra annuler le refus d'homologation de la convention de rupture. Dans ce cas, la décision du juge prud'homal entraîne la « ressaisine »³²⁵ de « l'autorité compétente à qui il appartient de statuer en tenant compte de l'autorité de la chose jugée ». Les parties ne doivent en aucun cas assimiler la décision prud'homale d'annulation du refus d'homologation à l'homologation tardive de la convention. Le Conseil des Prud'hommes de Valence a été le premier saisi relativement à la rupture conventionnelle d'un contrat de travail.

³²³ M-C. AMAUGER-LATTES ; I. DESBARATS, « Emploi des séniors et rupture conventionnelle : des liaisons dangereuses ... », SSL, 2008, n° 1352.

³²⁴ Circulaire DGT n°2009-04 du 17 mars 2009 relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée : « en aucun cas le conseil des prud'hommes n'est compétent pour accorder l'homologation de la rupture conventionnelle ».

³²⁵ E. SERVERIN, « Quel contentieux pour la rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée ? », RDT 2009, p. 205.

B. La première décision prud'homale en cas de refus d'homologation

417. Le Conseil des Prud'hommes de Valence³²⁶ a été le premier à rendre une décision en la matière. Le cas d'espèce est extrêmement simple : une salariée, ayant une ancienneté de vingt-neuf ans au sein d'une entreprise, sollicite auprès de son employeur la rupture conventionnelle de son contrat de travail. La procédure se déroule sans incidents (organisation de deux entretiens, respect du délai de rétractation, ...) et la convention est signée le 11 juillet 2008. La demande d'homologation de la convention est alors adressée le 29 juillet au Directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle qui refuse d'homologuer la convention au motif que l'indemnité spécifique prévue est insuffisante. Pour cela, l'autorité administrative se base sur un décret du 18 juillet 2008³²⁷ fixant le doublement de l'indemnité légale de licenciement, et considère que le consentement de la salariée a été vicié. Le 11 août 2008, la salariée saisit le Conseil des Prud'hommes de Valence afin d'obtenir « l'infirmité de la décision administrative de refus d'une homologation de rupture conventionnelle intervenue entre les parties selon les modalités expresses de l'accord qu'elles ont signé le 11 juillet ».

Les arguments de la salariée sont alors très simples : elle conteste le fait que l'autorité administrative considère que son consentement a été vicié et affirme qu'elle désire quitter l'entreprise pour laquelle elle a travaillé durant vingt-neuf ans et ce pour des motifs personnels. L'autorité administrative tente alors de justifier son refus d'homologation en indiquant que le décret du 18 juillet 2008 fixait le montant de l'indemnité due au salarié et que par conséquent, elle ne pouvait homologuer une convention prévoyant le versement d'une indemnité inférieure à celle par voie réglementaire.

418. Une lecture attentive des faits permet de s'apercevoir que la convention a été signée le 11 juillet 2008, soit sept jours avant la publication du décret. Ainsi, le consentement de la salariée n'a pas pu être vicié du fait que le montant de l'indemnité prévue par la

³²⁶ Conseil des Prud'hommes de Valence, 14 octobre 2008, n°F08/00501, section industrie.

³²⁷ Décret n° 2008-715 du 18 juillet 2008.

convention postérieurement au décret est légal. L'autorité administrative, n'ayant pas pris en compte la date de conclusion de la convention, a simplement appliqué la procédure qu'elle doit respecter. La solution du Conseil des prud'hommes est alors sans appel, le refus d'homologation doit être annulé. Pour cela, il indique que « le conseil homologue la rupture conventionnelle intervenue entre Madame X et la SA Cheddite en date du 11 juillet 2008 et lui confère sa force exécutoire ».

419. Cette décision, obtenue « sous présidence salariée »³²⁸, n'est pas très protectrice en ce sens que, même si elle permet d'homologuer la convention de rupture comme le demande la salariée, cette dernière ne percevra que 9 500 euros alors que si le Conseil n'avait pas annulé la décision de l'autorité administrative, les parties auraient eu la possibilité de recommencer la procédure de rupture conventionnelle du contrat de travail afin de modifier le montant de l'indemnité due (la salarié aurait alors perçu une indemnité d'un montant de 18 770 euros). Cette décision a entraîné beaucoup d'interrogations notamment en ce qui concerne le contrôle réalisé par le Conseil des prud'hommes ainsi que la portée de la décision.

420. En effet, la circulaire DGT du 17 mars 2009 indique clairement que le « Conseil des prud'hommes n'est pas compétent pour accorder l'homologation de la rupture conventionnelle » alors que le juge prud'homal de Valence décide de « conférer sa force exécutoire » à la convention de rupture. Il est donc possible de considérer que le juge n'a pas respecté les prérogatives qui lui sont conférées et s'est ainsi substitué à l'autorité administrative compétente en matière d'homologation.

421. Toutefois, cette analyse peut être nuancée notamment par une précision apportée par la circulaire. Cette dernière précise qu'en cas d'annulation du refus d'homologation, l'autorité administrative est à nouveau saisie et doit « statuer en tenant compte de l'autorité de la chose jugée ». Ainsi, les termes de la décision du juge peuvent être interprétés comme guidant la future décision de l'autorité administrative.

³²⁸ T. GRUMBACH, Un premier jugement sur la rupture conventionnelle, SSL, 2008, n° 1374.

422. La place occupée par les modes amiables de rupture du contrat de travail leur confère une totale autonomie et leur permet de remettre en cause la suprématie des actes unilatéraux de rupture.

Partie 2 La place des accords de rupture au sein des actes de rupture du contrat de travail

423. La reconnaissance de la validité des accords de rupture – que ce soit l’emprunt de la technique civiliste prévue par l’article 1134 du Code civil ou l’utilisation de la rupture conventionnelle – a affaibli la suprématie conférée depuis des décennies aux actes unilatéraux de rupture que sont le licenciement et la démission. Le recours à la rupture amiable est en pleine extension. Cela démontre l’engouement que le consensualisme suscite auprès des parties au contrat de travail ; ces dernières ayant rapidement compris l’intérêt que pouvait représenter le recours à un tel acte de rupture.

424. Toutefois, il est légitime de se demander si ce récent engouement pour la création législative du 25 mars 2008 n’est pas dû à un effet de mode. En effet, la rupture amiable a été moins utilisée en trente ans que la rupture conventionnelle en six ans. Il semble plutôt que l’utilisation intensive de cet acte de rupture soit la conséquence logique de l’encadrement procédural mis en place par l’Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008, le législateur et la Chambre sociale de la Cour de cassation. Depuis sa création, la rupture conventionnelle n’a de cesse de prendre de l’ampleur au détriment de la rupture amiable sans que cela empêche l’autonomie de ces actes de rupture d’être affirmée (**Titre 1**) alors même que le besoin de perfectionnement se faire ressentir (**Titre 2**).

Titre 1 L'autonomie des accords de rupture

425. Le licenciement et la démission ont été les actes de rupture par excellence jusqu'à l'entrée en vigueur de la rupture conventionnelle, alors même qu'existait déjà un acte de rupture amiable emprunté au droit civil. La tendance tend à s'inverser depuis : la rupture conventionnelle prend de l'ampleur. Cela s'explique aisément par le besoin prégnant de consensualisme ; besoin qui se fait ressentir au vu du contentieux toujours plus important en matière de licenciement.

426. Les actes unilatéraux de rupture du contrat de travail ne répondent pas à tous les besoins en la matière. En effet, il est des cas où l'employeur et le salarié veulent mettre conjointement un terme au contrat qui les uni. Face au manque de sécurité accordé par la rupture amiable, les parties au contrat de travail ont pris l'habitude d'user d'une procédure unilatérale et de la sécuriser par un acte transactionnel. Elles obtiennent ainsi la rupture du contrat de travail – rupture voulue par toutes les deux – en employant un acte unilatéral de rupture alors même que le recours à un acte consensuel était justifié. L'usage d'un tel procédé ne peut être couronné de succès que si les cocontractants s'accordent une confiance mutuelle et qu'ils en sont dignes. Car dans le cas contraire, la mise en doute de la validité du licenciement ou de la démission, ou encore de l'acte transactionnel, reste tout à fait possible. Ainsi, durant des décennies les parties au contrat de travail ont été « privées » d'un acte pouvant répondre à leur volonté commune : rompre le contrat de travail. Face à ce constat, la place du consensualisme au sein des actes de rupture du contrat de travail (**Chapitre 1**) semble être bien réelle en raison de l'intérêt juridique qu'elle représente (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 La place du consensualisme au sein des actes de rupture du contrat de travail

427. Le consensualisme est à la base de la relation de travail. En effet, le contrat de travail ne pourrait exister sans consensus. Ainsi, s'il est nécessaire à la création de la relation contractuelle, il l'est tout autant à sa rupture. Que ce soit l'accord de rupture antérieur à la loi du 25 juin 2008 (**Section 1**) ou la rupture conventionnelle (**Section 2**), la distinction à l'égard des actes unilatéraux de rupture permet de mesurer la place occupée par le consensualisme.

Section 1 La distinction entre la rupture amiable et les actes unilatéraux de rupture

428. Antérieurement à la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008, seul un acte de rupture faisant appel au consensualisme était mis à la disposition des parties désireuses de rompre le contrat de travail. Il est aisé de comprendre pourquoi les parties emploient un acte unilatéral, certes non justifié par leur commune volonté mais bien plus rassurant. Et ce, alors même que le consensualisme est à la base de toute relation contractuelle.

429. Cette opposition entre consensualisme et unilatéralisme est, aujourd'hui encore, entretenue par le législateur. En effet, ce dernier n'a pas pris le soin de déterminer de façon explicite si le recours à un acte consensuel de rupture était possible notamment pour le contrat de travail à durée indéterminée.

430. Selon le principe de force obligatoire du contrat, seuls les auteurs d'une convention peuvent la révoquer. Ainsi le principe veut que tout contrat soit rompu par le consentement des deux parties. Ce qui exclut *a priori* la rupture unilatérale alors même que les engagements perpétuels sont illicites³²⁹. Le droit du travail régit une relation

³²⁹ G. CAMERLYNCK, « De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement », JCP, G, I, 1425.

contractuelle quelque peu atypique mettant en balance les intérêts contradictoires d'un employeur et de son salarié. Chacun pouvant toutefois se défaire unilatéralement de cette relation en vertu du principe de liberté contractuelle.

431. Dès lors que les parties au contrat de travail vont vouloir rompre ce lien contractuel, elles pourront recourir à la rupture amiable - aussi dénommée résiliation amiable ou encore rupture d'un commun accord - en vertu de l'article 1134 du Code civil et de la position favorable de la Chambre sociale en date du 19 décembre 1979. Accueillie froidement par une partie de la doctrine, la rupture amiable fait l'objet d'une déferlante de critiques en raison de la limitation constante de la position prétorienne permettant son utilisation. Quant à l'ambiguïté législative relative au recours à cet acte de rupture pour rompre un contrat de travail à durée indéterminée, elle est elle-même dommageable en ce sens qu'elle entretient le pessimisme doctrinal sur son avenir. La rupture amiable s'adapte à la nature même du contrat de travail afin de trouver à s'appliquer dans la majorité des cas (§1). Toutefois, la relation entretenue avec le licenciement économique est quelque peu différente (§2).

§1 La rupture d'un commun accord et la nature du contrat de travail

432. Le contrat de travail à durée indéterminée (**A**), comme le contrat de travail à durée déterminée (**B**), peuvent être rompus d'un commun accord.

A. La rupture d'un commun accord du contrat à durée indéterminée

433. L'ancien article L. 122-4 du Code du travail prévoyait que le contrat de travail « conclu sans détermination de durée [pouvait] cesser à l'initiative de l'une des parties contractantes ». Le recours à la rupture amiable n'étant pas directement visé par cette disposition, la Chambre sociale de la Cour de cassation ne s'y est pas référée pour se prononcer sur la possible utilisation du *mutuus dissensus*. Le constat était alors simple : l'article L. 122-4 manquait de précision et de franchise. C'est pourquoi certains auteurs

avaient espoir que le « Code du travail new look »³³⁰ serait plus enclin à déterminer la place pouvant être occupée par la rupture amiable. Le résultat de la recodification du Code du travail est décevant, du moins en ce qui concerne l'article L. 1231-1, puisque la nouvelle disposition permet au contrat à durée indéterminée d'être rompu « à l'initiative de l'employeur ou du salarié » ou, nouveauté issue de la loi du 25 juin 2008, « d'un commun accord ». La lumière n'est donc pas faite. En effet, encore faut-il savoir ce qu'est le « commun accord » prévu par ce texte.

434. L'introduction de ces termes étant consécutive à l'entrée en vigueur de la loi de modernisation du marché du travail de 2008, il est légitime de penser qu'il s'agit de la rupture conventionnelle créée par cette loi, rupture qui n'est ni plus ni moins qu'un accord commun des parties. En revanche, si ces termes avaient été introduits avant que la loi soit promulguée, il aurait été possible d'envisager que la rupture amiable était visée. Etant dans le cas contraire, il semble que l'emprunt à la technique civiliste ne soit pas prévu par le législateur³³¹ alors même que la Chambre sociale maintient toujours sa position favorable. De fait, le manque de précision caractérisant l'ancien article L. 122-4 atteint l'article L. 1231-1. La rupture amiable issue de l'article 1134 du Code civil semble donc être exclue sauf à considérer que l'initiative d'une telle rupture puisse être l'affaire d'une seule des parties.

435. L'article L. 1231-1 du Code du travail prévoit que la rupture du contrat de travail est possible « à l'initiative de l'employeur ou du salarié ». L'emploi de ce terme n'exclut pas de fait le recours à la résiliation amiable du contrat de travail si on en analyse la définition. En effet, l'initiative se définit comme « l'action de proposer, d'organiser le premier quelque chose »³³². Ainsi, si l'initiative est une proposition faite au cocontractant, cela lui laisse le choix de l'accepter ou de la refuser.

436. Lorsque l'employeur envisage le licenciement de son salarié, ce dernier n'a pas à accepter ou à refuser la rupture de son contrat de travail : son adhésion ou non au projet

³³⁰ G. P. QUETANT, « Des dangers de la rupture d'un contrat de travail d'un commun accord », *Deffrénois*, 15 décembre 2007, n° 23, p. 1674.

³³¹ C. RADE, « La survenance de l'antique accord de rupture amiable du contrat de travail », *RDC*, 2009, n° 3, p. 1120.

³³² Dictionnaire Larousse.

de licenciement est sans conséquence sur la suite donnée par l'employeur. Cette situation ne semble donc pas répondre à la définition courante du terme « initiative ». En revanche, lorsque l'une des parties au contrat de travail propose à l'autre la rupture amiable du lien contractuel, la finalité recherchée ne sera obtenue que si le destinataire de l'offre de rupture amiable l'accepte. Dans ce cas, l'initiative prise par le pollicitant répond parfaitement à la définition de ce terme.

437. Lorsque l'on parle de rupture amiable du contrat de travail, on oublie très souvent que les deux parties au contrat n'en sont pas ensemble à l'origine. Comment pourrait-il être possible que l'employeur et le salarié énoncent en même temps le même désir de rupture du contrat de travail ? Il est bien nécessaire que l'une des parties prenne l'initiative de la démarche de rupture pour informer l'autre de son souhait et voir s'il est partagé. La rupture amiable ne fait appel au consensualisme qu'en ce qui concerne le but recherché : la rupture du contrat. Il n'a, par ailleurs, jamais été soutenu le contraire : la rupture amiable n'est consensuelle qu'en ce qui concerne l'entente des parties sur le principe même de la rupture du contrat de travail. La rupture d'un commun accord du contrat de travail à durée indéterminée se marque à la fois de la procédure de licenciement (1) et de la démission (2).

1. Rupture amiable et licenciement : l'initiative de la rupture

438. Toutefois, l'article L. 1231-1 du Code du travail indique que le contrat à durée indéterminée est « rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié ». Ainsi, ce n'est pas l'initiative des démarches ayant pour finalité la rupture qui est visée mais bel et bien l'initiative de la rupture en elle-même.

439. Cette vision, quelque peu restrictive, consiste à dissocier la procédure utilisée de sa propre finalité. En d'autres termes, le législateur ne vise très certainement que la rupture du contrat de travail en elle-même et non pas les démarches ayant abouti à cette rupture. Ainsi, peu importe que l'employeur ait recherché le consentement de son salarié à la rupture amiable du contrat de travail dès lors que la rupture relève de son propre chef. De ce fait, si les pourparlers engagés au sujet de la résiliation amiable sont rompus et

qu'une procédure de licenciement est par la suite engagée, la volonté législative sera respectée. En revanche, si l'employeur souhaite licencier son salarié et qu'au cours de la procédure la résiliation amiable du contrat de travail est décidée par les deux parties, alors la prescription législative ne sera plus respectée car l'initiative de la rupture ne pourra être attribuée à l'employeur alors même qu'il est à l'origine de la rupture.

440. Cette lecture de l'article L. 1231-1 du Code du travail semble être celle que le législateur souhaite. En effet, s'il avait voulu englober le cas de la résiliation amiable du contrat de travail, il aurait précisé que la rupture peut être à l'initiative de l'une ou de l'autre des parties ou des deux conjointement.

441. C'est dans un souci protectionniste que certains auteurs plaident en faveur de l'assimilation à un licenciement de toutes les ruptures engagées par l'employeur et ce en dépit de la volonté de celui-ci. La proposition de M. Pierre Lyon-Caen³³³ est simple et radicale : il serait possible d'envisager que « tout accord amiable de rupture doit respecter le régime juridique protecteur du licenciement, et assurer au salarié les indemnités légales ou conventionnelles auxquelles il aurait eu droit ». Ainsi, dès lors que l'employeur ouvre les pourparlers afin d'obtenir le consentement de son salarié à la rupture amiable du contrat de travail et que ce dernier est amiablement rompu, on considèrera qu'il s'agit en fait d'un licenciement et que par conséquent, la rupture est à l'initiative de l'employeur. En assimilant initiative patronale de la rupture à un licenciement, la volonté de l'employeur peut ne pas être respectée.

442. M. Henri Blaise³³⁴ considère que dès lors que l'employeur est à l'origine de la négociation ayant conduit à la rupture amiable, on peut envisager qu'il y a eu de sa part initiative de la rupture et donc licenciement. Ainsi, le simple fait d'entamer la discussion sur une éventuelle rupture amiable entraînerait la qualification de licenciement si les démarches entreprises aboutissent à la rupture du contrat de travail.

³³³ P. LYON-CAEN, « Fragilité des accords amiables de résiliation d'un contrat de travail », *Dr. soc.*, 1998, p. 29.

³³⁴ H. BLAISE, « Rupture amiable et transaction : une distinction délicate en droit du travail », *Dr. soc.*, 1996, p. 33.

443. La cohérence de ce raisonnement n'emporte pas notre adhésion. En effet, le licenciement est l'acte par lequel l'employeur rompt unilatéralement le contrat de son salarié. Il est donc à l'origine de la procédure qui, si elle est menée jusqu'à son terme, aboutie à la rupture du contrat de travail. Si on analyse l'hypothèse d'un employeur qui entame les discussions avec son salarié sur la rupture amiable du contrat de travail, et que celle-ci intervient, la situation est identique : la rupture sera considérée être un licenciement alors même que les parties au contrat de travail se sont entendues sur ladite rupture. Le seul fait que l'employeur soit à l'origine de la procédure aboutissant à la rupture du contrat de travail entraîne *de facto* la qualification de licenciement.

444. Même s'il y a un parallélisme entre licenciement et rupture amiable à l'initiative de l'employeur, il est nécessaire de soulever les différences. La différence la plus marquante est que le licenciement est un acte unilatéral tandis que la rupture amiable est un acte consensuel. Le premier n'appelle pas le consentement du salarié tandis que le second en a besoin pour exister. Si l'on reprend le postulat de départ – postulat selon lequel l'initiative prévue par l'article L. 1231-1 du Code du travail répond à la définition commune qui veut qu'il y ait proposition – il est possible de considérer que l'article L. 1231-1 fait référence à la rupture amiable sans pour autant écarter le licenciement. En effet, le licenciement est par définition toujours à l'initiative de l'employeur. Mais cette fois-ci, c'est la seconde partie de la définition du terme « initiative » qui trouve à s'appliquer, c'est-à-dire que l'employeur est le premier à entamer la procédure visant à rompre le contrat de travail.

445. La position défendue par ces deux auteurs est quelque peu critiquable. En assimilant à un licenciement toute rupture amiable dont l'employeur est à l'origine, l'existence même de la rupture amiable à l'initiative de l'employeur est remise en cause. Et ce en dépit de la position prétorienne donnant une place à part entière à la rupture amiable, sans distinction quant à son initiateur. En approfondissant cette logique doctrinale, la rupture amiable pourrait devenir l'affaire du seul salarié. Ainsi l'employeur ne pourrait user que de son droit au licenciement tandis que le salarié garderait sa faculté de démission. En définitive, l'assimilation ainsi proposée est critiquable en ce sens qu'elle a pour principal effet de faire du licenciement le seul acte de rupture possible alors même que l'employeur peut avoir la volonté d'obtenir le consentement de son

cocontractant à la rupture amiable du contrat de travail. En définitive, ce n'est pas tant la volonté de l'employeur qui est bafouée, mais bel et bien la liberté contractuelle.

446. De plus, si l'employeur prend l'initiative de proposer au salarié la rupture amiable du contrat de travail, il lui fait une offre. Cette offre peut être acceptée, et dans ce cas le contrat est rompu, ou déclinée, et dans ce cas c'est le *status quo ante*. Ce n'est donc pas l'initiative de la rupture qui importe. Si la réponse du salarié est nécessaire pour que l'initiative de l'employeur entraîne la rupture du contrat, alors l'acte de rupture ne peut recevoir que la qualification d'amiable. Alors que si la rupture intervient sans que la réponse du salarié n'ait d'impact, alors l'acte de rupture ne peut être qu'un licenciement³³⁵.

447. M. Henri Blaise préconise alors de rédiger avec soin l'accord de rupture afin que l'on ne puisse pas savoir qui en est à l'origine. Ainsi la convention sera bel et bien une convention de rupture amiable « en tant que mode de rupture autonome entre le licenciement et la démission ».

448. L'éviction faite par l'article L. 1231-1 du Code du travail trouve peut-être son origine dans l'essence même du contrat de travail à durée indéterminée. En effet, ce dernier est un contrat avec un terme imprécis puisque indéterminé. Les parties ayant consenti à cette imprécision, nul besoin de leur permettre de s'entendre sur la détermination consensuelle de son terme, hors cas de rupture conventionnelle.

449. Même si la question de l'applicabilité de la rupture amiable au contrat de travail à durée indéterminée ne se pose plus, le fait qu'aucun texte ne la prévoit expressément fait naître une certaine ambiguïté, ambiguïté un temps entretenue par la Chambre sociale de la Cour de cassation. En effet, la Chambre sociale joue un rôle très particulier en la matière ; admettant dès 1979, le recours à la résiliation amiable comme mode de rupture autonome du contrat de travail ; ne cessant depuis d'en limiter le champ d'application.

³³⁵ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, « Les effets du contrat », LGDJ, 2001, n° 269, p. 323.

450. En témoigne un arrêt rendu le 26 octobre 1999 par la Chambre sociale de la Cour de cassation. En l'espèce, une convention intitulée « protocole d'accord valant transaction » avait été signée par un employeur et son salarié, cette convention ayant pour but de mettre fin à un litige et au contrat de travail tout en permettant au salarié de percevoir diverses sommes d'argent. Par la suite, le salarié avait saisi le Conseil des Prud'hommes d'une demande d'annulation de ladite convention. Les juges du fond avaient rejeté sa demande, constatant que les conditions nécessaires à la validité d'une transaction sont bien remplies. Le salarié s'était alors pourvu en cassation. La Chambre sociale avait favorablement accueilli le pourvoi sous le visa des articles L. 1232-2 et L. 1231-4 du Code du travail et 2044 du Code civil, en indiquant que la convention conclue ne pouvait être « une rupture d'un commun accord en l'état d'un litige existant entre les parties ».

451. Selon M. Christophe Radé, cette prise de position – excluant toute rupture d'un commun accord en cas de litige entre les parties – marque l'abandon progressif mais inexorable de la rupture amiable en droit du travail. Son constat est sans appel, le champ d'application de la rupture d'un commun accord est tellement restreint qu'il ne concerne que peu de situations. Il va même jusqu'à affirmer que « la résiliation amiable n'a plus sa place en droit du travail »³³⁶.

452. Il est vrai que son manque de sécurité et l'absence de régime juridique font que son utilisation peut parfois être chaotique. Et même si les textes laissent planer une certaine incertitude, la Chambre sociale continue d'affirmer sa licéité tout en limitant de façon drastique son utilisation³³⁷.

453. Une question surgit alors : cette ambivalence prétorienne est-elle due à l'opposition philosophique de certains magistrats ? Les uns partisans d'une stricte autonomie du droit du travail en refusant l'utilisation de la rupture amiable, les autres étant bien plus nuancés et acceptant dès lors son utilisation. Il est difficile d'apporter une réponse satisfaisante. Le seul constat possible est que la rupture amiable, même si elle est

³³⁶ C. RADE, « L'autonomie du droit du licenciement », préc.

³³⁷ C. RADE, « Rupture amiable du contrat de travail », RDC, 1^{er} avril 2004, n° 2, p. 384.

possible en droit du travail, est affaiblie par les décisions successives de la Haute Juridiction. Ainsi, ce n'est pas son autonomie, à proprement parler, qui est atteinte mais sa raison d'être. En définitive, la rupture amiable du contrat de travail à durée indéterminée se distingue aisément du licenciement même si certains auteurs ont été tentés d'assimiler toute initiative patronale de résiliation amiable à une rupture unilatérale relevant de leur propre chef.

2. Rupture amiable et démission

454. La rupture amiable et la démission partagent quelques points communs. Tout d'abord, elles sont, l'une comme l'autre, dépourvues de procédure. En effet, contrairement au licenciement, dont la procédure est parfois lourde et fastidieuse, ces deux actes de rupture se caractérisent par une totale liberté procédurale³³⁸.

455. Ensuite, la rupture amiable et la démission sont, toutes deux, à l'initiative du salarié. Aucune hésitation n'est permise en ce qui concerne la démission qui est par définition un acte de rupture unilatéral³³⁹. Quant à la rupture amiable, le raisonnement relatif à la définition du terme « initiative » trouve, à nouveau, à s'appliquer ; le salarié pouvant être à l'initiative de la rupture amiable du contrat de travail en ce sens qu'il peut proposer à l'employeur la rupture. Mais cette fois-ci, c'est l'employeur qui doit accepter ou refuser l'offre de rupture qui lui est faite. On imagine très bien que cette dernière sera acceptée dans la majorité des cas par l'employeur en raison des avantages que cet acte de rupture représente.

456. La démission et la rupture amiable se rejoignent encore sur le manque de protection accordée au salarié. En effet, l'une comme l'autre privent le salarié de toute indemnité

³³⁸ Soc, 1^{er} décembre 2004, n° 02-46341, préc. : aucun formalisme n'étant légalement prévu, la validité de la démission ne peut être recherchée dès lors que le formalisme conventionnel prévu par le contrat de travail n'aurait pas été respecté.

³³⁹ H. GILLIER, « Démission et prise d'acte », Cahiers sociaux, 2007, n° 193, p. 315 ; J. LOHARD, « Distinction entre démission et prise d'acte de la rupture », Cahiers sociaux, 2008, n° 197, p. 70 ; C. RADE, « Contrat de travail : distinction de la démission et de la prise d'acte », RDC, 1^{er} octobre 2007, n° 4, p. 1216.

de rupture, contrairement au licenciement³⁴⁰. De plus, selon l'article L. 1233-3 du Code du travail, seuls les salariés involontairement privés d'emploi peuvent prétendre au versement d'allocation chômage sauf en cas de démission considérée comme légitime ou après un réexamen de la situation³⁴¹.

457. Enfin, le salarié n'a pas plus intérêt à utiliser la démission que la rupture amiable. En effet, dans un cas comme dans l'autre, l'absence de sécurité procédurale ou encore de contrepartie financière représente un désavantage certain qui entraînera, peut-être, leur disparition³⁴².

458. Ainsi, la rupture amiable et la démission partagent bon nombre de points communs pouvant laisser penser que la rupture amiable n'est pas autonome par rapport à l'acte unilatéral.

Toutefois, la différence de nature de ces deux actes permet d'affirmer le contraire. En effet la rupture amiable est consensuelle alors même que la démission est unilatérale. Ensuite, la démission répond à une définition prétorienne stricte tandis que ce n'est pas le cas pour la rupture amiable. En effet, « la démission est un acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail »³⁴³. A la seule lecture de cette définition, les conditions, devant être réunies pour qu'une démission soit caractérisée, sont connues tandis qu'il est nécessaire de parcourir les décisions prétoriennes pour déterminer les conditions de validité de la rupture amiable.

459. En considérant ces deux seules différences entre rupture amiable et démission, il est possible d'affirmer que la rupture amiable est autonome de la démission. Même si elles peuvent être toutes deux d'initiative salariale et qu'elles ont le même but, la rupture amiable est autonome de la démission en raison de sa nature consensuelle.

³⁴⁰ Voir Cahiers sociaux, 2005, n° P05, p. 51.

³⁴¹ Accord d'application UNEDIC n° 14 du 14 mai 2014.

³⁴² J.-Y. FROUIN, « Les ruptures à l'initiative du salarié et le droit à la rupture du contrat de travail », JCP S, 2008, 1407, n° 29.

³⁴³ Soc, 9 mai 2007, n° 05-40518, Bull. civ. V, n° 70

B. La rupture amiable du contrat à durée déterminée

460. Le législateur a été bien plus explicite en ce qui concerne le contrat de travail à durée déterminée. L'article L. 1243-1 du Code du travail prévoit que le contrat à durée déterminée doit, normalement être rompu avant son terme par « l'accord des parties ». Il aurait été difficile de faire plus explicite.

461. L'article L. 1243-2 du Code du travail prévoit comme seul motif de démission la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée. La disposition suivante prévoit « la sanction » applicable au salarié qui démissionnerait pour un autre motif que la signature d'un tel contrat. Le législateur ne prévoit donc qu'une seule exception au principe. Ce qui fait de la rupture amiable le mode normal de rupture anticipée du contrat à durée déterminée ; la démission étant reléguée au second plan et strictement encadrée.

462. L'article L. 1234-4 du même Code prévoit deux cas de rupture anticipée à l'initiative de l'employeur ainsi que la sanction encourue en cas de non-respect. Une fois de plus, le législateur limite le recours au licenciement et dissuade l'employeur qui serait tenté de contourner les limites législatives.

463. En matière de contrat de travail à durée déterminée, la rupture amiable est l'acte de rupture qui prédomine les deux actes unilatéraux. Aucune incidence de l'un sur les autres. La rupture amiable trouve ainsi sa place et sa pleine autonomie. Cela s'expliquant par la caractéristique même de ce contrat. Lors de sa conclusion, les parties s'entendent avec plus ou moins de précision³⁴⁴ sur la date de fin de la relation

³⁴⁴ Article L. 1242-7 du Code du travail : « Le contrat de travail à durée déterminée comporte un terme fixé avec précision dès sa conclusion. Toutefois, le contrat peut ne pas comporter de terme précis lorsqu'il est conclu dans l'un des cas suivants : 1° Remplacement d'un salarié absent ; Remplacement d'un salarié dont le contrat de travail est suspendu ; Dans l'attente de l'entrée en service effective d'un salarié recruté par contrat à durée indéterminée ; 4° Emplois à caractère saisonnier ou pour lesquels, dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois ; 5° Remplacement de l'une des personnes mentionnées aux 4° et 5° de l'article L. 1242-2. Le contrat de travail est alors conclu pour une durée minimale. Il a pour terme la fin de l'absence de la personne remplacée ou la réalisation de l'objet pour lequel il a été conclu ».

contractuelle. Le consentement qu'elles donnent en signant le contrat concerne, de fait, la durée de la relation contractuelle. Les parties s'étant ainsi entendues sur la durée du contrat, elles doivent conjointement s'entendre sur la modification de ladite durée.

464. Dès lors la résiliation amiable trouve à s'appliquer indépendamment de la démission et du licenciement qui sont relégués au second plan. La création de la rupture conventionnelle n'ayant entraîné aucune modification rédactionnelle, la rupture amiable empruntée au Code civil est le seul acte de rupture visé par ladite disposition³⁴⁵. C'est à la lecture des précédentes dispositions que l'on comprend à quel point le législateur a voulu privilégier la rupture amiable. En effet, sauf quelques exceptions strictement encadrées, la rupture unilatérale du contrat à durée déterminée est sanctionnée par le versement de dommages-intérêts. La rupture amiable est ainsi consacrée comme mode normal de rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée.

465. En définitive, que ce soit en matière de contrat à durée indéterminée ou de contrat à durée déterminée, la résiliation amiable est « un mode autonome de rupture du contrat de travail »³⁴⁶. Même si cette autonomie est parfois affaiblie par la Chambre sociale de la Cour de cassation, qui tente d'imposer le recours au licenciement, il n'est pas envisageable pour l'heure de la renier.

§2 La rupture amiable et le licenciement économique

466. La rupture amiable du contrat de travail entretient une relation équivoque avec le licenciement pour motif économique. En effet, en vertu du second alinéa de l'article L. 1233-3 du Code du travail, les dispositions relatives au licenciement économique sont applicables à toutes les ruptures du contrat de travail ayant une cause économique.

³⁴⁵ La rupture conventionnelle n'est toutefois pas applicable au contrat de travail à durée déterminée.

³⁴⁶ T. VIALA, « La mobilité et la rupture négociées », Gaz. 2007, n° 275, p. 29.

467. Ainsi, dès que la rupture amiable est effectuée « pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques », la procédure de licenciement économique trouve à s'appliquer. Cette soumission peut être envisagée comme une limite à l'autonomie de la rupture amiable du contrat de travail qui ne peut que céder le pas à la procédure de licenciement économique lorsqu'elle est conclue pour un tel motif.

468. Toutefois, substituer une procédure de licenciement économique à une rupture amiable du contrat de travail serait à l'encontre des volontés des parties au contrat de travail. En effet, la rupture amiable est caractérisée par la réunion des consentements des deux parties au contrat de travail tandis que le licenciement n'exprime que la volonté patronale de rompre la relation contractuelle. Ainsi, si la procédure de licenciement économique prenait l'avantage sur la rupture amiable, cela entraînerait, *de facto*, la disparition de l'élément principal caractérisant de cette dernière, à savoir l'accord des parties³⁴⁷.

469. Il faut s'en remettre à la pratique consacrée par la Chambre sociale de la Cour de cassation pour déterminer si l'autonomie de la rupture amiable est atteinte par la disposition de l'article L. 1233-3 du Code du travail. Dans un arrêt du 2 décembre 2003, la Chambre sociale³⁴⁸ a indiqué que « la rupture du contrat pour motif économique peut résulter d'un départ volontaire ». Il semble donc que la rupture amiable du contrat de travail puisse être qualifiée de rupture pour motif économique, ce qui laisse penser qu'elle pourra, par la suite, être assimilée à un licenciement économique et perdre toute autonomie. Pourtant, la volonté des magistrats de la Chambre sociale n'est pas celle-ci. En considérant que le départ volontaire peut être qualifié de rupture pour motif économique, ils réaffirment la soumission faite, par l'article L.1233-3 du Code du travail, de la rupture amiable à la procédure de licenciement pour motif économique. La rupture amiable n'est donc nullement assimilée à un licenciement économique.

³⁴⁷ F. DUQUESNE, « Départs volontaires et procédures de licenciement économique », *Dr. soc.* 1995, p. 576.

³⁴⁸ Soc, 2 décembre 2003, n° 01-46540, préc.

470. Si tel n'avait pas été le cas, le consentement des parties à la rupture du contrat de travail aurait été gommé afin que l'acte de rupture puisse être considéré comme relevant de la seule initiative de l'employeur et par conséquent obtenir la qualification de licenciement. Cette pratique aurait conduit à la négation de la qualification de l'acte consensuel pour obtenir sa transformation en acte unilatéral. Dès lors, ce n'est pas tant l'autonomie de la rupture amiable qui aurait été atteinte mais son existence même. Ainsi, la cause économique étant compatible avec le caractère amiable de l'acte de rupture, l'autonomie de ce dernier est préservée³⁴⁹.

Section 2 La rupture conventionnelle et les actes unilatéraux de rupture

471. Nul besoin de rechercher longuement la position législative quant à l'autonomie de la rupture conventionnelle par rapport aux actes unilatéraux de rupture, la seule lecture de l'article L. 1237-11 du Code du travail suffit. Cette disposition prévoit que la rupture conventionnelle est « exclusive du licenciement ou de la démission ». Ainsi cet acte de rupture est voulu comme étant incompatible avec les actes unilatéraux.

472. Les signataires de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 ont envisagé la rupture conventionnelle comme un nouveau mode de rupture venant compléter le panel existant. Pour preuve, l'article 12 indique que « sans remettre en cause les modalités de rupture existantes du CDI, ni porter atteinte aux procédures de licenciements collectifs pour cause économique engagées par l'entreprise, il convient, par la mise en place d'un cadre collectif, de sécuriser les conditions dans lesquelles l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie ». Ainsi, la teneur de l'article L. 1231-1 du Code du travail n'est pas remise en cause : le licenciement et la démission sont toujours possibles. Le second alinéa de l'article 12 de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 met fin à toute hésitation possible quant au désir d'autonomie. En effet, il prévoit que la rupture conventionnelle est un « mode de rupture, exclusif de la démission et du licenciement, qui ne peut être imposé de façon unilatérale par l'une ou l'autre des

³⁴⁹ A. LYON-CAEN, « Rupture amiable du contrat lors d'un licenciement économique », préc.

parties ». La preuve de la volonté des signataires est ainsi apportée, la rupture conventionnelle n'a pas vocation à se substituer à l'un des actes de rupture existants du contrat de travail à durée indéterminée.

473. La transposition législative de la volonté des signataires de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 a permis d'énoncer clairement et sans ambiguïté l'autonomie de la rupture conventionnelle par rapport au licenciement et à la démission. La nouvelle mouture de l'article L. 1231-1 du Code du travail prévoit désormais que le contrat à durée indéterminée peut être rompu par le licenciement, la démission ou la rupture conventionnelle³⁵⁰, ces trois actes étant autonomes les uns des autres. Cependant, la rupture conventionnelle emprunte quelques éléments procéduraux aux actes unilatéraux de rupture (§1) et entretient une relation des plus ambiguës avec le licenciement économique³⁵¹ (§2).

§1 L'autonomie et l'emprunt procédural

474. Sans remettre en cause l'autonomie de la rupture conventionnelle, le législateur a emprunté des éléments procéduraux au licenciement (**A**) et à la démission (**B**) pour en construire le régime juridique.

A. La rupture conventionnelle et le licenciement

475. Tout d'abord, l'article L. 1237-12 du Code du travail, relatif à la rupture conventionnelle, prévoit l'organisation « d'un ou plusieurs entretiens au cours desquels le salarié peut se faire assister ». Cette disposition peut être rapprochée des articles L. 1232-2 et L. 1232-4, tous deux relatifs au licenciement pour motif personnel, et L.

³⁵⁰ A. FABRE, « Rupture conventionnelle et champ du licenciement pour motif économique : une exclusion troublante », RDT, 2008, p. 653.

³⁵¹ F. FAVENNEC-HERY ; A. MAZEAUD, « La rupture conventionnelle du contrat de travail : premier bilan », JCP S, 2009, 1314, n° 29.

1233-11 et L. 1233-13, relatifs, quant à eux, au licenciement pour motif économique. En effet, dès lors qu'un licenciement est envisagé, l'employeur convoque le salarié « avant toute décision, à un entretien préalable ». Même si la teneur de ces différents articles n'est pas parfaitement identique, l'esprit est commun.

476. Dans le cadre d'une rupture conventionnelle, l'employeur et le salarié « conviennent du principe d'une rupture conventionnelle lors d'un ou plusieurs entretiens » alors que dans le cadre d'un licenciement, l'employeur convoque le salarié à un entretien préalable avant de prendre sa décision. Dans la première hypothèse, le formalisme est bien moins lourd puisque la partie initiatrice de la procédure, après avoir informé son cocontractant de sa volonté de rompre le contrat de travail, organise l'entretien permettant l'éventuelle rencontre des consentements. Alors que dans la seconde hypothèse, le formalisme est plus contraignant³⁵² et l'employeur ne peut avoir pris sa décision quant à la rupture du contrat de travail. Notons qu'une faculté d'assistance est offerte au salarié quel que soit l'acte de rupture envisagé.

477. En ce qui concerne cette première étape procédurale, le rapprochement entre rupture conventionnelle et licenciement s'arrête là. En effet, la suite procédurale diffère selon l'acte de rupture choisi. En cas de rupture conventionnelle, si les parties s'entendent sur la rupture du contrat de travail et ses effets, elles pourront immédiatement conclure la convention de rupture soumise ensuite à l'autorité administrative, ou alors organiser un second entretien pour ce faire. Alors qu'en cas de licenciement, la décision prise par l'employeur ne peut être communiquée au salarié durant l'entretien préalable. En effet, c'est à l'issue de cet entretien que l'employeur notifie sa décision au salarié par lettre recommandée avec avis de réception³⁵³. De plus, un cadre temporel strict doit être respecté puisque la lettre ne peut être envoyée avant un délai de « deux jours ouvrables

³⁵² Le formalisme est plus lourd dès lors qu'un licenciement est envisagé. Les articles L. 1232-2, relatif au licenciement pour motif personnel, et L. 1233-11, relatif au licenciement pour motif économique, du Code du travail prévoient que « La convocation est effectuée par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge. Cette lettre indique l'objet de la convocation. L'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou la remise en main propre de la lettre de convocation ».

³⁵³ Article L. 1232-6 alinéa 1^{er}.

après la date prévue de l'entretien préalable au licenciement » en cas de licenciement pour motif personnel³⁵⁴ ou sept jours en cas de licenciement économique³⁵⁵.

478. A ce niveau, le rapprochement procédural se limite à la seule organisation de l'entretien préalable et à l'assistance du salarié. Même si les procédures ne sont pas identiques, il est indéniable d'affirmer que la procédure de licenciement a été une source d'inspiration pour les signataires de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 et le législateur.

479. C'est en raison de cette ressemblance que la Chambre sociale de la Cour de cassation a été contrainte de se prononcer que la procédure de la rupture conventionnelle en ce qui concerne l'organisation de l'entretien préalable³⁵⁶. En des termes d'une clarté irréprochable, la Haute juridiction indique que « l'article L. 1237-12 du Code du travail n'instaure pas de délai entre, d'une part, l'entretien préalable au cours duquel les parties au contrat de travail conviennent de la rupture du contrat et, d'autre part, la signature de la convention de rupture ». En l'espèce, la salariée recherchait la requalification de la rupture conventionnelle en licenciement sans cause réelle et sérieuse en raison du non-respect d'un délai raisonnable entre l'entretien et la signature de la convention. Fondant son raisonnement sur la procédure de licenciement, la salariée pensait obtenir gain de cause. Or, la Chambre sociale de la Cour de cassation, appliquant à la lettre les dispositions relatives à la rupture conventionnelle³⁵⁷, rejette le pourvoi formé en affirmant, par la même occasion, l'autonomie de la rupture conventionnelle. Selon certains auteurs, le refus d'accorder un délai, semblable à celui existant en matière de licenciement, permettrait de « renforcer l'idée d'autonomie de ce mode de rupture »³⁵⁸.

³⁵⁴ Article L. 1232-6 alinéa 3.

³⁵⁵ Article L. 1233-15 alinéa 2.

³⁵⁶ Soc, 3 juillet 2013, préc.

³⁵⁷ G. AUZERO, « Rupture conventionnelle : la sécurisation en marche ! », préc.

³⁵⁸ J. ICARD, « Pas de délai raisonnable en matière de rupture conventionnelle », Cahiers sociaux, 2013, n° 255, p. 364

480. En effet, le troisième alinéa de l'article L. 1232-6 du Code du travail prévoit que la lettre de notification de licenciement « ne peut être expédiée moins de deux jours ouvrables après la date prévue de l'entretien préalable », ce qui laisse un délai de réflexion de 48h minimum à l'employeur pour prendre sa décision. Ainsi, entretien préalable et décision de licenciement ne peuvent avoir lieu le même jour contrairement à la rupture conventionnelle. L'instauration d'un tel délai permet d'éviter que l'employeur ne prenne une décision trop hâtive. En matière de rupture conventionnelle, la décision de rompre le contrat de travail peut être prise sans délai, au cours d'un seul et unique entretien préalable. L'instauration d'un délai raisonnable, comme le revendique la salariée de l'espèce, aurait été des plus inutiles en raison du délai de rétraction dont bénéficie, par la suite, l'employeur et le salarié en vertu de l'article L.1237-13 du Code du travail. Ainsi, dès lors que le salarié consent à la rupture conventionnelle de son contrat de travail, il ne peut bénéficier du même délai protecteur qu'en cas de licenciement.

481. Seule l'organisation d'un ou plusieurs entretiens est donc commune aux deux procédures. Les éléments procéduraux suivant l'organisation de ces entretiens sont propres à chacune d'elle. Là où la rupture conventionnelle permet la signature de la convention de rupture durant l'entretien préalable, le licenciement impose l'envoi d'une lettre notifiant au salarié la décision de l'employeur. Dès lors, même si ces deux actes de rupture partagent un élément procédural, aussi minime soit-il, l'autonomie de la rupture conventionnelle reste acquise.

482. Ensuite, la rupture du contrat de travail d'un salarié protégé est soumise à l'autorisation de l'inspecteur du travail et ce, qu'elle soit recherchée par rupture conventionnelle ou par licenciement. Les salariés visés par l'article L. 2411-1 du Code du travail ne peuvent être licenciés³⁵⁹ ou voir leur contrat conventionnellement rompu³⁶⁰ qu'en vertu de l'autorisation de l'inspecteur du travail.

En l'espèce, il est difficile de qualifier « d'emprunt procédural » cette similitude soumettant la rupture du contrat de travail d'un salarié protégé à l'autorisation de

³⁵⁹ J-E. RAY, *Droit du travail, droit vivant 2013-2014*, Ed. Liaisons, 22^e édition, p. 577 et s.

³⁶⁰ Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008 relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée.

l'inspecteur du travail. Ce n'est pas par manque d'inspiration que le législateur de 2008 a reproduit la solution appliquée au licenciement. Il semble plutôt avoir été guidé par un souci de cohérence. En effet, qu'est-ce qui pourrait justifier une différence de traitement procédural entre un salarié bénéficiant d'une protection au sens de l'article L. 2411-1 du Code du travail dont le contrat de travail va être rompu par licenciement et un salarié, bénéficiant de la même protection, dont le contrat va être rompu par rupture conventionnelle ? Ce n'est pas la nature de l'acte de rupture qui induit une modification procédurale mais la nature de la protection accordée au salarié. En réalité, ce n'est pas le salarié lui-même qui est protégé, cette protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun étant accordée dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'il représente³⁶¹. Dès lors, l'autonomie de la rupture conventionnelle par rapport au licenciement ne peut être affaiblie par ce rapprochement procédural résultant de la nature du mandat dont est investi le salarié.

483. L'article L.1237-13 du Code du travail opère un renvoi à l'article L. 1234-9 relatif au montant de l'indemnité de licenciement. La rupture conventionnelle, comme le licenciement, engendre le versement par l'employeur d'une indemnité dont le montant est légalement déterminé. Le renvoi alors opéré a pour effet de calquer la détermination du montant de l'indemnité spécifique, due au titre de la rupture conventionnelle du contrat de travail, sur celle du montant de l'indemnité de licenciement. Ainsi le montant de l'indemnité spécifique due en cas de rupture conventionnelle du contrat de travail « ne peut pas être inférieur à celui de l'indemnité prévue à l'article L. 1234-9 ». Une fois de plus, le rapprochement entre rupture conventionnelle et licenciement est indéniable. La première empruntant plusieurs éléments au second.

De plus, le salarié dont le contrat de travail a été conventionnellement rompu peut prétendre, au même titre qu'un salarié licencié, aux indemnités chômage. En effet, l'article L. 5422-1 du Code du prévoit que « les travailleurs involontairement privés d'emploi « ou dont le contrat de travail a été rompu conventionnellement [...] » ont droit à l'allocation d'assurance chômage.

³⁶¹ Ch. Mixte, 21 juin 1974, n° 71-81225, préc. ; S. CANADAS-BLANC, « La loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail : un nouvel équilibre entre flexibilité et sécurité ? », préc.

484. Ces emprunts peuvent paraître curieux puisque la volonté affirmée des signataires de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 était de mettre à disposition des parties au contrat de travail un nouveau mode de rupture n'empiétant pas sur les plates-bandes du licenciement et de la démission. Le législateur a, par ailleurs, parfaitement traduit ce désir dans le second alinéa de l'article L. 1237-11 du Code du travail : « la rupture conventionnelle, exclusive du licenciement ou de la démission ». Dès lors, pourquoi a-t-il permis un rapprochement procédural alors même qu'il proclame l'exclusivité de la rupture conventionnelle ? Ce rapprochement ne va-t-il pas à l'encontre de l'autonomie de la rupture conventionnelle ? Un auteur a proposé l'emprunt systématique au droit du licenciement pour combler le silence législatif alors même que la différence de nature de ces deux actes ne permet pas le recours à une telle solution³⁶².

485. Cette permissivité peut s'expliquer de plusieurs façons. En premier lieu, il ne faut pas oublier qu'avant la création de la rupture conventionnelle, le licenciement était le seul acte de rupture à avoir une procédure à part entière. Ainsi, il a été pendant des décennies l'acte de rupture le plus utilisé car assurant une relative sécurité à l'employeur, dès lors que ce dernier respectait scrupuleusement la procédure, et des avantages au salarié. De ce fait, la procédure du licenciement bénéficiant d'une certaine assise, le législateur s'en est inspiré pour asseoir de la même façon le nouvel acte de rupture qu'est la rupture conventionnelle.

486. Il est ensuite possible d'envisager que la rupture conventionnelle est un acte de rupture à mi-chemin entre le licenciement et la démission. En effet, elle peut être initiée par l'employeur, comme en cas de licenciement, ou par le salarié, comme en cas de démission. Dès lors, le régime juridique de ce nouvel acte de rupture ne peut être construit que grâce à l'emprunt d'éléments procéduraux du licenciement et de la démission.

487. Enfin, il ne faut pas perdre de vue les avantages accordés au salarié par le licenciement. Au sein des actes unilatéraux de rupture du contrat de travail, seul le licenciement accorde une protection particulière du salarié. A y regarder de plus près,

³⁶² P. LOKIEC, *Droit du travail, t. 1, Les relations individuelles de travail*, PUF, collection « Thémis droit », 2011, n° 336.

les emprunts à la procédure de licenciement permettent d'assurer la protection du salarié. La faculté d'assistance, le versement d'une indemnité spécifique et le bénéfice de l'indemnité chômage sont trois avantages non négligeables accordés au salarié consentant à la rupture de son contrat de travail.

B. La rupture conventionnelle et la démission

488. La relation entre rupture conventionnelle et démission est bien moins ambiguë que celle entretenue avec le licenciement. En effet, le seul point commun de ces deux actes de rupture est leur initiative salariale. Par la suite, l'ambiguïté cède le pas à l'illogisme. En effet, en cas de démission, le salarié ne perçoit aucune indemnité de rupture et ne peut normalement pas prétendre au versement de l'assurance chômage. Ce manque de protection est dû au seul fait que le salarié se trouve volontairement privé d'emploi puisqu'il a usé de sa faculté de résiliation unilatérale du contrat de travail. Mais le salarié, dont le contrat de travail a été conventionnellement rompu, n'est-il pas, lui aussi, volontairement privé d'emploi ?

489. Sans distinction de l'initiateur de la procédure, la rupture conventionnelle n'est possible que si les deux parties au contrat de travail consentent à la rupture de celui-ci. Dès lors que le salarié consent à la rupture conventionnelle de son contrat de travail, il consent à se retrouver privé d'emploi. Et se trouve dès lors dans la même situation que le salarié démissionnaire à la différence qu'il bénéficiera des mêmes avantages que ceux accordés à un salarié involontairement privé d'emploi.

Cette situation, tout aussi illogique soit-elle, s'explique par le besoin d'attractivité de la rupture conventionnelle. Si son régime juridique avait été identique à celui de la démission, le salarié n'aurait eu aucun intérêt à recourir à cet acte de rupture. Le besoin de consensualisme semble donc prévaloir sur la logique législative.

490. Mme Françoise Favennec-Héry pense que la « perméabilité entre rupture conventionnelle et démission pourrait être quantitativement importante »³⁶³. En raison

³⁶³ F. FAVENNEC-HERY, préc.

des avantages consentis par la rupture conventionnelle, le salarié pourrait être tenté de déguiser sa démission en cet acte de rupture³⁶⁴. La finalité de la démarche étant la même, le salarié opterait vraisemblablement plus pour un acte de rupture lui permettant d'obtenir une indemnité spécifique de rupture et le bénéfice de l'assurance chômage. Toutefois, comme le précise l'auteur, le risque est minime en raison de l'indemnité spécifique due par l'employeur en cas de rupture conventionnelle. Ce dernier ne sera très certainement pas enclin à dédommager son salarié du fait qu'il veuille rompre son contrat de travail.

§2 Rupture conventionnelle et licenciement pour motif économique : un lien teinté d'ambiguïté

491. En vertu de l'article 12 a) de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008, la rupture conventionnelle ne peut porter atteinte « aux procédures de licenciements collectifs pour cause économique ». La volonté des partenaires sociaux est alors de confier à ce nouvel acte de rupture une totale autonomie par rapport, entre autre, au licenciement. Et c'est en toute transparence que cette volonté est affirmée par le second alinéa de l'article 12 a). Aux termes de cette disposition, la rupture conventionnelle est exclusive de la démission et du licenciement. Ainsi, il ne s'agit pas d'exclure la rupture conventionnelle en cas de difficultés économiques rencontrées par l'entreprise mais d'organiser la cohabitation entre deux procédures de rupture que tout semble opposer. Deux lectures de cet article sont possibles.

492. Tout d'abord, il est possible d'en déduire que toute rupture conventionnelle intervenant dans le cadre d'une suppression collective d'emplois soient soumise à la procédure de licenciement pour motif économique. Ensuite, il est possible d'envisager que les ruptures conventionnelles soient impossibles dès lors que le contexte impose la mise en place de la procédure de licenciement économique. En définitive, les partenaires sociaux posent les jalons nécessaires pour éviter que la rupture

³⁶⁴ B. GAURIAU, « L'exclusivité de la rupture conventionnelle », Dr. soc. 2008, p. 1065 : la rupture conventionnelle offre au salarié une nouvelle voie plus avantageuse que la démission et à l'employeur un mode de rupture moins contentieux.

conventionnelle n'empiète sur les plates-bandes du licenciement collectif pour motif économique³⁶⁵. Ils redoutent en réalité que la rupture conventionnelle soit utilisée comme un moyen de contourner cette procédure d'ordre public. La rupture conventionnelle ne pouvant porter atteinte aux procédures de licenciement pour motifs économiques, dès l'instant où une telle procédure doit être mise en place, l'employeur ne pourrait conclure une rupture conventionnelle et ce, même si le salarié en est l'initiateur. Il est vrai qu'un tel écart procédural pourrait être tentant, la rupture conventionnelle étant bien plus rapide et malléable qu'un licenciement économique.

493. Une lecture superficielle de cette disposition pourrait induire en erreur le lecteur. Les partenaires ne s'opposent pas à ce qu'une rupture conventionnelle soit conclue dans un cadre économique difficile. Ils soumettent simplement la rupture conventionnelle à la « priorité » procédurale dont bénéficie le licenciement collectif pour motif économique. Cette volonté, garante des droits et intérêts des salariés, doit être félicitée. De plus, la rédaction de la disposition est suffisamment précise pour que l'on puisse en déduire la relation que la rupture conventionnelle peut entretenir avec un climat économique difficile. Seules les procédures collectives de licenciements économiques sont visées, ce qui semble permettre à la rupture conventionnelle de pouvoir intervenir dans le cadre d'un licenciement économique individuel.

494. Le législateur a, quant à lui, opté pour une solution bien différente. En effet, l'article L. 1233-3 alinéa 2 du Code du travail prévoit que les dispositions relatives au licenciement économique sont applicables à toutes les ruptures du contrat de travail ayant une cause économique, à l'exception de celles intervenues par rupture conventionnelle. En d'autres termes, les ruptures conventionnelles n'ont aucune incidence sur la procédure de licenciement économique et peuvent, dès lors, être utilisées par l'employeur pour contourner le droit afférent³⁶⁶.

Durant le travail parlementaire, il était prévu de ne pas modifier la rédaction de l'article L. 1233-3 alinéa 2 afin que le licenciement économique s'applique à toutes les ruptures

³⁶⁵ W. FRAISSE, « Rupture conventionnelle du contrat de travail et plan de sauvegarde de l'emploi », Dalloz Actualité, 28 novembre 2013.

³⁶⁶ L. PERRIN, « Licenciement économique : comptabilisation des ruptures conventionnelles », Dalloz actualité, 15 mars 2011.

pour motif économique du contrat de travail³⁶⁷. Ainsi la soumission de la rupture conventionnelle à la procédure de licenciement économique aurait été clairement explicitée. Finalement, l'article L. 1233-3 a été modifié une première fois afin que le droit du licenciement économique s'applique à toutes les ruptures d'initiative patronale. Cette modification, due à un amendement déposé par M. Dord, dont l'exposé sommaire précise que la rupture conventionnelle « existe à côté du licenciement, à l'initiative de l'employeur et de la démission, à l'initiative du salarié » et que conformément au souhaite des partenaires sociaux, les règles relatives au licenciement économique ne trouve pas à s'appliquer³⁶⁸. Cette dernière précision est des plus étonnantes puisque les partenaires sociaux ne semblent jamais avoir eu l'intention d'affranchir la rupture conventionnelle des règles relatives au licenciement économique.

Par la suite, un amendement déposé devant la Commission Mixte Paritaire a apporté une ultime modification à la rédaction de l'article L. 1233-3. Ainsi, il n'est plus possible de douter de la volonté du législateur, volonté visant à exclure la rupture conventionnelle du champ de la procédure du licenciement économique.

495. Cette prise de position est critiquable à plus d'un égard. Tout d'abord, la position législative offre à l'employeur un moyen de contourner les règles d'ordre public relatives au licenciement économique. Afin de se soustraire à l'article L. 1237-16 2° du Code du travail, l'employeur peut procéder à des ruptures conventionnelles en prenant garde à ne pas dépasser le seuil de dix ruptures sur une période de trente jours³⁶⁹. Quant à l'inapplicabilité des règles du licenciement économique aux ruptures conventionnelles du contrat de travail, la fraude peut être constituée par la seule volonté de l'employeur. En effet, si ce dernier propose une rupture conventionnelle alors même que les règles du licenciement économique trouvent à s'appliquer, « l'application du principe *Fraus omnia corrumpit* » devrait aboutir à la priver d'effet et à la requalifier en licenciement

³⁶⁷ A. FABRE, « Rupture conventionnelle et champ du licenciement pour motif économique : une exclusion troublante », préc.

³⁶⁸ Amendement n° 159.

³⁶⁹ Article L. 1233-61 du Code du travail

sans cause réelle et sérieuse³⁷⁰. Ainsi, l'objectif de sécurisation, cher aux partenaires sociaux, est par conséquent atteint³⁷¹.

496. Consciente de la potentielle dangerosité représentée, entre autres, par l'article L. 1233-3 du Code du travail, l'Administration a apporté les précisions nécessaires. Dans la circulaire DGT du 17 mars 2009³⁷², le point 1.4 met en garde contre les éventuels recours à la rupture conventionnelle dans le but de « contourner les garanties en matière de licenciements économiques et collectifs » et précise que la seule caractérisation d'un contexte économique difficile ne suffit pas à caractériser un tel détournement de procédure. L'instruction DGT du 23 mars 2010³⁷³ précise, quant à elle, que « la rupture conventionnelle ne peut être utilisée comme un moyen de contourner les règles du licenciement économique et donc de priver, de ce fait, les salariés des garanties attachées aux accords de GPEC et aux PSE ». Par conséquent, l'autorité administrative, chargée d'étudier la demande d'homologation de la convention de rupture conventionnelle, devra vérifier l'existence d'un contournement des procédures de licenciement économique en cas de recours massif à des ruptures conventionnelles et prendre la décision qui s'impose le cas échéant. Toutefois, le droit du licenciement économique étant d'ordre public, il paraît impossible de pouvoir le contourner par l'intermédiaire d'une rupture conventionnelle³⁷⁴.

³⁷⁰ A. FABRE, « Rupture conventionnelles et suppressions d'emplois pour motif économique : possibilité offerte par la loi ou fraude à la loi ? », RDT, 2010, p. 369 ; voir également G. LOISEAU, « Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail », Dr. soc. 2010, p. 297 : « En cas d'application irrégulière de la rupture conventionnelle, c'est-à-dire lorsqu'elle est pratiquée alors qu'elle est exclue ou réalise un détournement des garanties en matière de licenciements économiques collectifs, la sanction devrait être celle de la fraude, à savoir l'inopposabilité de la convention au salarié : ce dernier serait en conséquence fondé à se prévaloir de la rupture irrégulièrement intervenue à l'initiative de l'employeur et obtenir sa requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse ».

³⁷¹ F. FAVENNEC-HERY, préc.

³⁷² Circulaire DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009 relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée.

³⁷³ Instruction DGT n° 2 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.

³⁷⁴ F. HEMADACHE, « La rupture conventionnelle du contrat de travail », LPA, 29 mars 2013, n° 64, p. 9.

497. En définitive, la rupture conventionnelle est une exception au regard de l'article L. 1233-3 du Code du travail en ce sens qu'elle est le seul acte de rupture ne pouvant être concerné par la procédure de licenciement économique³⁷⁵. Même si le législateur n'a pas retranscrit la volonté énoncée par les partenaires sociaux dans l'article 12 de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008, il a le mérite d'avoir assuré, autant que cela est possible, l'autonomie de la rupture conventionnelle par rapport au droit du licenciement économique.

498. La Chambre sociale de la Cour de cassation a saisi la première occasion qui lui était offerte pour apporter les précisions nécessaires quant à l'articulation des dispositions législatives relatives à la relation entre rupture conventionnelle et licenciement pour motif économique. Par son arrêt *Dentressangle*³⁷⁶, en date du 9 mars 2011, elle « sonne le glas » de l'exclusion voulue par le législateur³⁷⁷.

499. Sous le visa des articles L. 1233-2 alinéa 2 du Code du travail et 12 de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008, appliqués à la lumière de la directive n° 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, la Chambre sociale indique que les ruptures conventionnelles ayant une cause économique et s'inscrivant dans un processus de réduction des effectifs, dont elles sont une des modalités, « doivent être en compte pour déterminer la procédure d'information et de conseil des représentants du personnel applicable ainsi que les obligations de l'employeur en matière de plan de sauvegarde de l'emploi ».

500. Cette décision est en contradiction totale avec l'article L. 1233-3 du Code du travail. En effet, la Haute juridiction soumet les ruptures conventionnelles ayant une cause économique et s'inscrivant dans un processus de réduction des effectifs au droit du

³⁷⁵ G. COUTURIER et E. SERVERIN, « Quel contentieux pour la rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée ? », RDT, 2009, p. 205.

³⁷⁶ Soc, 9 mars 2011, n° 10-11581, préc.

³⁷⁷ L. PERRIN, « Licenciement économique : comptabilisation des ruptures conventionnelles », préc ; G CHASTAGNOL, O. PHILLIPOT, « Encadrement des ruptures conventionnelles « para-économiques » : une tentative juridiquement hasardeuse », Gaz. 2001, n° 272, p. 13.

licenciement économique³⁷⁸, créant ainsi une exception au principe posé par l'article précédemment cité³⁷⁹. Cependant, il n'est pas interdit de recourir à la rupture conventionnelle dans un contexte économique difficile, la Chambre sociale exige simplement qu'elle soit prise en compte pour déterminer la procédure de licenciement économique. Cette position doit être rapprochée de celle des partenaires sociaux qui, aux termes de l'article 12 a) de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008, prévoient que la rupture conventionnelle ne puisse pas porter atteinte à la procédure de licenciement économique.

501. Le fait de décompter les ruptures conventionnelles pour déterminer si la procédure de licenciement économique doit être mise en place n'est-il pas l'expression du désir des signataires de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 ? La composition du visa est un indice. La Chambre sociale s'appuie à la fois sur une disposition législative, l'article L. 1233-3 du Code du travail, sur une disposition conventionnelle, l'article 12 de l'Accord National Interprofessionnel et sur une disposition communautaire, la directive n° 98/59/CE.

502. Dès lors que l'article L. 1233-3 alinéa 2 du Code du travail prévoit l'exclusion pure et simple de la rupture conventionnelle de la procédure de licenciement économique, n'est-il pas possible d'envisager que les hauts magistrats se soient essentiellement fondés sur l'article 12 de l'Accord National Interprofessionnel ? Selon le communiqué de presse accompagnant cet arrêt, les juges ont fait « une application combinée » des articles L. 1233-3 du Code du travail et 12 de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008. Cependant, la teneur même de la solution rendue en l'espèce laisse penser que les juges se sont essentiellement basés sur la disposition conventionnelle. Comme le fait remarquer à juste titre M. Laurent Perrin, il est légitime de se demander si, en fondant leur décision sur cette disposition, « la Haute juridiction ne réduit-elle pas à néant le pouvoir d'amendement du législateur sur le texte élaboré par les partenaires

³⁷⁸ G. TEBOUL, « Les derniers produits frais : une petite revue d'actualité sur le droit des entreprises en difficulté », LPA, 13 juillet 2011, n° 138, p. 6.

³⁷⁹ B. SAINTOURENS, « Plan de sauvegarde de l'emploi : incidence de la structure juridique de l'entreprise et du mode de rupture des contrats de travail », BJS, 2011, n° 6, p. 514 ; W. FRAISSE, « Rupture conventionnelle du contrat de travail et plan de sauvegarde de l'emploi », préc.

sociaux et dont l'application nécessitait l'intervention du législateur ? »³⁸⁰. L'auteur va même jusqu'à envisager l'extrême prudence avec laquelle le législateur devra, à l'avenir, transposer la volonté des partenaires sociaux au risque que la Chambre sociale réitère la même utilisation des textes. L'initiative prise par la Chambre sociale doit être saluée puisqu'elle permet d'appliquer la volonté initiale des partenaires sociaux³⁸¹ et de préserver leur désir de sécurité. Ainsi les employeurs devront prendre les précautions nécessaires lorsqu'ils voudront rompre conventionnellement des contrats de travail dès lors que la prise en compte desdites ruptures pourraient entraîner la mise en place de la procédure de licenciement économique.

503. Toutefois, cette prise en compte est soumise à une double condition. Tout d'abord, il faut que les ruptures conventionnelles aient une cause économique. Ensuite, il est nécessaire qu'elles « s'inscrivent dans un processus de réduction des effectifs dont elles constituent la ou l'une des modalités ». Or la rupture conventionnelle n'ayant pas à être motivée³⁸², comment est-il possible d'en déterminer la cause ? Seule l'analyse du contexte dans lequel elle a été conclue pourra permettre d'en apprécier la cause³⁸³.

504. En définitive, il est possible de se demander si l'autonomie de la rupture conventionnelle, prévue par l'article L. 1237-11 du Code du travail, n'est pas atteinte par la présente position prétorienne ? Dans une décision rendue par la Cour d'appel de Lyon³⁸⁴, dont les faits sont proches de ceux de la précédente espèce, l'employeur soutenait que l'autonomie de la rupture conventionnelle faisait obstacle à sa prise en compte pour déterminer l'applicabilité de la procédure de licenciement économique. Son moyen de défense était basé sur l'article L. 1237-11 du Code du travail qui prévoit que la rupture conventionnelle est exclusive du licenciement et de la démission. Mais

³⁸⁰ L. PERRIN, « Licenciement économique : comptabilisation des ruptures conventionnelles », préc.

³⁸¹ B. SAINTOURENS, préc. : Cet auteur considère que le législateur a fidèlement transposé l'Accord National Interprofessionnel, y compris en ce qui concerne la relation entre rupture conventionnelle et licenciement pour motif économique.

³⁸² R. DALMASSO, « L'incidence de l'intégration des ruptures conventionnelles au plan de sauvegarde de l'emploi : une nouvelle voie d'action pour annuler un licenciement économique », RDT, 2012, p. 379.

³⁸³ Il s'agit de l'une des prescriptions faites par la circulaire DGT 2009-04 du 17 mars 2009.

³⁸⁴ Lyon, ch. Soc. B, 11 janvier 2012, n° 10/08641 ; R. DALMASSO, préc.

alors, l'exception faite au principe selon lequel la procédure de licenciement économique s'applique à toutes les ruptures remet-elle en cause l'autonomie de la rupture conventionnelle ? Dans le communiqué de presse accompagnant l'arrêt *Dentressangle*, il est précisé que la qualification et le régime juridique propres de la rupture conventionnelle ne soit pas remis en cause par son intégration dans la procédure de licenciement économique. Ainsi, dès lors qu'il n'y a pas de fusion entre rupture conventionnelle et licenciement pour motif économique, l'autonomie proclamée de la rupture conventionnelle n'est pas atteinte.

505. La position de la Chambre sociale n'a pas pour effet d'absorber les ruptures conventionnelles dans le droit du licenciement économique. Aucune mutation de l'acte consensuel en acte unilatéral n'est prévue. Ainsi, l'autonomie de la rupture conventionnelle n'est pas remise en cause puisque sa nature de l'est pas non plus. La rupture conventionnelle peut donc intervenir, et ce même si elle a une cause économique et qu'elle vise à réduire l'effectif d'une entreprise. La Haute juridiction impose simplement que le nombre de cet acte de rupture soit pris en compte pour déterminer si la procédure de licenciement économique doit être mise en place. Et si tel est le cas, la nature des ruptures conventionnelles, ayant conduit à cette mise en place procédurale, ne sera pas remise en cause. Ainsi, l'autonomie de cet acte vis-à-vis de l'acte unilatéral pour motif économique est totale. Et en analysant attentivement la situation, on peut considérer qu'en réalité c'est la procédure de licenciement économique qui est dépendante de la rupture conventionnelle en ce sens que cette dernière conditionne son application.

506. Le principe posait par le présent arrêt ne concerne que les ruptures conventionnelles ayant une cause économique et s'inscrivant dans un processus de réduction des effectifs dont elles constituent la ou l'une des modalités. De ce fait, même si certains veulent voir un affaiblissement de l'autonomie des ruptures conventionnelles, seules les ruptures répondant parfaitement aux critères posées par la Chambre sociale seraient concernées. Par cette décision, la Haute juridiction ne remet absolument pas en cause l'autonomie des ruptures conventionnelles puisqu'elle ne les englobe pas dans la procédure de licenciement économique. Elle n'en fait, en réalité, qu'une simple condition d'application.

507. La position inverse serait bien difficile à défendre en raison de la difficulté que représenterait la conciliation des deux procédures³⁸⁵. En définitive, la Chambre sociale semble véritablement vouloir réaffirmer l'autonomie procédurale de la rupture conventionnelle. C'est, par ailleurs, ce qui est clairement indiqué dans le communiqué de presse accompagnant l'arrêt. Ni la qualification, ni le régime juridique, ni la validité des ruptures conventionnelles ne sont remis en cause par leur intégration dans la procédure de licenciement économique.

508. Toutefois, le terme « intégration » pourrait laisser penser le contraire. En intégrant les ruptures conventionnelles à la procédure de licenciement pour motif économique, ne les soumettons-nous pas à la procédure de licenciement économique ? Lorsque l'on intègre un élément à un autre, cela ne revient-il pas à l'assimiler au second ? Si l'emploi de ce terme signifie que la rupture conventionnelle est assimilée à un licenciement économique, son autonomie serait, de fait, remise en cause. La référence faite à la Directive n° 98/59/CE du 20 juillet 1998 peut accréditer cette analyse. L'article 1 b) prévoit que pour « le calcul du nombre de licenciement [...] sont assimilées aux licenciements les cessations du contrat de travail intervenues à l'initiative de l'employeur ». Ainsi, dès lors que les ruptures conventionnelles répondent aux conditions posées par la Chambre sociale, elles relèvent de l'initiative de l'employeur et répond aux critères définis par le texte communautaire. Quoiqu'il en soit, la rupture conventionnelle étant fondamentalement opposée au licenciement, son assimilation n'est pas permise ; ce qui rend l'article précité inapplicable.

509. En définitive, la rupture conventionnelle, dans sa relation avec le licenciement économique, est simplement traitée comme un licenciement pour les besoins du calcul du seuil entraînant la mise en place de la procédure de licenciement économique³⁸⁶. Cette assimilation temporaire ne remet nullement en cause sa qualification. Même si la relation entretenue par ces deux actes de rupture peut être qualifiée d'ambigüe, cela ne remet, à aucun moment, l'autonomie de la rupture conventionnelle en cause.

³⁸⁵ F. GEA, « Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique », préc.

³⁸⁶ P. RODIERE, « Volonté des parties et définition du « licenciement économique » dans le droit de l'Union européenne », Dr. soc. 2010, p. 1225.

Chapitre 2 L'intérêt juridique de l'utilisation du consensualisme lors de la rupture du contrat de travail

510. Les accords de rupture du contrat de travail sont l'expression même du consensualisme pouvant intégrer la relation contractuelle de travail. La formation du contrat est caractérisée par l'entente des deux parties au contrat qui consentent à créer un lien juridique mettant en balance leurs intérêts respectifs, intérêts se révélant très souvent antagonistes. Le consensualisme peut donc laisser son empreinte à chaque étape de la vie du contrat de travail, de sa formation à sa rupture en passant par son exécution. Permettant d'assurer la sérénité de la relation de travail, ce principe n'a pas été valorisé lors de la cessation du contrat durant des décennies. En effet, les deux actes « classiques » de rupture n'en étant pas empreints, il a fallu attendre l'entrée en vigueur de la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008 pour inverser la tendance ; et ce, même si la rupture amiable du contrat de travail était possible. Ce constat est bien affligeant alors même que l'utilisation d'actes consensuels pour rompre le contrat de travail représente un intérêt juridique non négligeable tant du point de vue de la bonne foi (**Section 1**) que la prévisibilité du contentieux (**Section 2**).

Section 1 Le consensualisme, un principe protecteur de la bonne foi contractuelle

511. La bonne foi est une sorte de croyance qu'une personne a de se trouver dans une situation conforme au droit et protectrice des droits d'autrui. Etre de bonne foi signifie être dans la légalité, sans intention malhonnête de franchir les jalons législatifs. Le contractant qui agit de bonne foi ne va donc pas rechercher à nuire aux intérêts de son partenaire, sans pour autant agir au détriment des siens. La bonne foi permet donc d'assainir les relations contractuelles en y intégrant de l'altruisme. Même si l'on

contracte dans son propre intérêt, rares sont les cas d'un engagement conclu pour l'intérêt d'une tierce personne³⁸⁷, il ne faut pas moins préserver ceux de l'autre partie.

L'article 1134 alinéa 3 du Code civil prévoit le principe selon lequel les conventions « doivent être exécutées de bonne foi ». Ce texte fait immédiatement suite à l'énonciation du principe de *mutuus dissensus*. Faut-il voir une quelconque relation entre ces deux principes ? Le *mutuus dissensus* est-il un moyen d'exécuter l'obligation de bonne foi ?

512. Au moment de la formation du contrat de travail, les parties s'entendent sur les éléments principaux de leur relation. Même si la relation « travailliste » est par essence déséquilibrée au profit de l'employeur, ce dernier ne peut pas agir à sa guise. En effet, les dispositions contenues dans le Code du travail forment une sorte de mur d'enceinte permettant d'assurer le respect du principe de bonne foi. La prescription faite au troisième alinéa de l'article 1134 du Code civil est à la charge des parties au contrat de travail, c'est à elles que revient l'obligation d'agir de bonne foi. Mais la bonne foi étant une notion quelque peu insaisissable, dans le sens qu'elle est protéiforme, il n'est pas toujours facile de déterminer si l'agissement d'une des parties y est conforme.

513. Les dispositions législatives et les décisions prétoriennes permettent donc de guider les parties au contrat en mettant à leur disposition une sorte de « fil d'Ariane ». Ainsi, il suffit aux cocontractants de se référer aux différentes règles édictées et d'agir en préservant les intérêts de leur partenaire pour respecter l'obligation énoncée par l'article 1134 du Code civil.

514. Le terme « bonne foi » a deux acceptions. La première consiste en la « croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière » tandis que la seconde implique un « comportement loyal que requiert notamment l'exécution d'une obligation »³⁸⁸. C'est cette seconde acception qui est visée par l'article 1134 du Code

³⁸⁷ Les contrats de cautionnement ou d'assurance sont les exemples les plus courants. En effet, lorsque l'on se porte caution, ce n'est pas dans son intérêt mais dans celui du débiteur. Les choses sont quelque peu différentes en ce qui concerne le contrat d'assurance. En effet, ce type de contrat permet à la fois d'assurer la protection du souscripteur contre l'aléa garanti mais aussi de protéger les tiers des actes, volontaires ou non, du souscripteur. A ce sujet, voir A. MEDINA, « Formalisme et consentement dans le contrat de cautionnement : évolution de la jurisprudence », D. 2002, p. 2787.

³⁸⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc. V. Bonne foi.

civil puisqu'elle implique l'accomplissement d'une action, d'un acte positif de la part du contractant alors même que la prescription de cet article en fait de même, car il semble impossible d'exécuter la convention de bonne foi sans accomplir d'actes positifs. Toutefois l'exigence de bonne foi étant prescrite par le Code civil, trouve-t-elle à s'appliquer à la relation de travail ? Par analogie à la démonstration effectuée en ce qui concerne le *mutuus dissensus* le principe de bonne foi s'applique à la relation de travail. L'article L. 1222-1 du Code du travail le prévoit même de façon explicite : « le contrat de travail est exécuté de bonne foi ». Finalement, il ne s'agit que de la retranscription du troisième alinéa de l'article 1134 du Code civil. L'exécution du contrat étant le seul élément visé, il est légitime de se demander si la formation et la rupture du contrat sont, elles aussi, concernées par cet impératif.

515. L'emplacement de cet article conforte l'idée selon laquelle toutes les étapes du contrat ne sont pas concernées par l'obligation de bonne foi. Pour preuve, l'article L. 1222-1 du Code du travail est inséré dans la section première, intitulée « exécution du contrat de travail », du chapitre second, « exécution et modification du contrat de travail » du titre second, « formation et exécution du contrat de travail », du livre deuxième, « le contrat de travail ». En ce qui concerne l'application du principe de bonne foi à la formation du contrat de travail, l'article L. 1221-1 du Code du travail précise qu'il « est soumis aux règles du droit commun ». Ainsi la prescription faite au troisième alinéa de l'article 1134 du Code civil trouve à s'appliquer. Dès lors, la transposition faite de cette disposition dans le Code du travail était inutile³⁸⁹.

516. Les termes génériques employés par l'article L. 1221-1 du Code du travail permettent d'englober la relation contractuelle, dans son ensemble, dans l'exigence de bonne foi. L'utilisation du concept de bonne foi par le droit du travail est bénéfique, en ce sens qu'elle permet d'assainir ou de rééquilibrer une relation qui est par essence inégalitaire. Ce ne sont pas que les dispositions du Code du travail qui permettent cela, les décisions prétorienne y contribuent également. Cette conséquence directe de l'insertion de

³⁸⁹ L'obligation d'exécuter le contrat de travail de bonne foi a été insérée dans le Code du travail par la loi de modernisation sociale n° 2002-73 du 17 janvier 2002. Il s'agit de la transcription d'une décision rendue par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 25 février 1992. A ce propos, V. A. MOULINIER, C. DECHRISTE, J DALEAU, « Loi de modernisation sociale », D. 2002, p. 411 ; C. CHARBONNEAU, F-J, PANSIER, « Présentation de la loi de modernisation sociale », Gaz. 2002, n° 36, p. 10.

l'obligation de bonne foi permet ainsi de moraliser le droit³⁹⁰ et en l'occurrence, le droit du travail³⁹¹. Cependant, cette moralisation, tendant à inverser le rapport de force inégalitaire caractéristique du contrat de travail, passe par la création d'obligations nouvelles à la charge des parties au contrat. Et c'est de cette façon que la partie forte du contrat se voit imposer des obligations plus lourdes que celles qui incombent à la partie faible³⁹². En effet, lorsque l'on souhaite rééquilibrer un rapport, il est nécessaire de le faire de façon proportionnée : l'élément souffrant de ce déséquilibre sera allégé, ou alors celui en profitant sera alourdi, afin de rétablir une stricte égalité, ou du moins de tenter d'obtenir un tel résultat. De plus, l'exécution de bonne foi du contrat de travail implique un certain respect³⁹³, une certaine solidarité entre les cocontractants³⁹⁴. En effet, exécuter le contrat de travail de bonne foi signifie aussi faciliter l'exécution des obligations de son partenaire³⁹⁵.

517. L'insertion de l'obligation de bonne foi a ainsi permis de créer de nouvelles obligations à la charge de l'employeur, ce qui assure, entre autres, la pérennité de la relation de travail. En témoigne l'arrêt *Société Expovit* rendu le 25 février 1992 par la Chambre sociale de la Cour de cassation³⁹⁶. En l'espèce, une salariée est licenciée en raison de la suppression de son poste. L'employeur est condamné en appel à lui verser une indemnité et à rembourser les allocations chômage en raison du licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il forme alors un pourvoi en cassation en faisant valoir que le

³⁹⁰ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, L. G. D. J., 1949, 4^{ème} éd., p. 157.

³⁹¹ A. MAZEAUD, « Contrat de travail », Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit du travail, 1993.

³⁹² F. VASSEUR-LAMBRY, « La bonne foi dans les relations individuelles de travail », LPA, 2000, n° 55, p. 4.

³⁹³ C. VIGNEAU, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », Dr. soc., 2004, p. 706 : « la conduite du salarié se trouve ici appréciée à l'aune d'un modèle de référence, d'un standard du « bon salarié », comparable au bon père de famille du droit de la responsabilité ou au bon professionnel du droit des contrats » ; Ph. LE TOURNEAU, « Les professionnels ont-ils du cœur ? », D. 1990, p. 21.

³⁹⁴ G. COUTURIER, « Responsabilité civile et relations individuelles de travail », Dr. soc., 1988, p. 411 ; B. FAGES, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, p. 301.

³⁹⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} édition, 2013, n° 440.

³⁹⁶ Soc, 25 février 1992, Bull. civ. V, n° 122 p. 74 (pourvoi n° 89-41634). Il s'agit de l'arrêt ayant entraîné l'insertion de l'article L. 1222-1 du Code du travail par la loi de modernisation sociale de 2002.

licenciement économique peut être justifié par « la seule nécessité technique ou financière » et qu'aucune sanction ne peut être prononcée à l'encontre d'un employeur qui n'a pas proposé une convention de conversion à son salarié dont le poste est supprimé, hormis celle, prévue par l'article L. 1235-3 du Code du travail³⁹⁷. La Chambre sociale rejette le pourvoi en indiquant que l'employeur doit exécuter de bonne foi le contrat de travail, ce qui implique le « devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois »³⁹⁸.

En l'espèce, l'employeur avait embauché une facturière alors même qu'il procéda au licenciement d'une autre salariée. Par conséquent, le reclassement de cette dernière était tout à fait envisageable. Le licenciement est alors dépourvu de cause réelle et sérieuse puisque la salariée aurait pu être reclassée³⁹⁹ en lui permettant de s'adapter à l'évolution de son emploi. Et c'est sur cette constatation que la Chambre sociale s'appuie pour confirmer le jugement rendu par les juges du fond. Cette position assure donc la pérennité de la relation contractuelle⁴⁰⁰, tout en rappelant que l'employeur est tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail. Ainsi l'employeur ne doit pas, par exemple, agir dans le but de provoquer une faute justifiant le licenciement du salarié⁴⁰¹.

518. L'étude de quelques décisions prétoriennes permet d'apporter la réponse à l'interrogation énoncée quant à l'application du principe de bonne foi à la rupture du

³⁹⁷ En cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'indemnité versée au salarié ne peut être inférieure aux salaires perçus durant les six derniers mois.

³⁹⁸ G. COUTURIER, « Vers un droit du reclassement ? », *Dr. soc.* 1999, p. 497.

³⁹⁹ A. LYON-CAEN, « L'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois : ne repose pas sur un motif économique le licenciement d'un salarié dès lors qu'il existait une possibilité de reclassement », *D.* 1992, p. 294.

⁴⁰⁰ B. GAURIAU, « La nullité du licenciement et la personne du salarié », *Dr. soc.* 1993, p. 738.

⁴⁰¹ Soc, 16 janvier 1991, n° 89-41052, *Bull. civ. V*, n° 15 : Un salarié, licencié pour faute lourde, saisit la juridiction prud'homale d'une demande tendant à obtenir la requalification de la rupture de son contrat de travail en licenciement sans cause réelle et sérieuse. Les juges du fond le déboutent de sa demande en caractérisant la faute lourde reprochée par son employeur. En effet, le salarié avait sorti de l'enceinte de l'entreprise des documents alors même que l'employeur avait interdit une telle pratique. Le salarié se pourvoit alors en cassation. La Chambre sociale de la Cour de cassation casse et annule l'arrêt rendu par les juges du fond. Sous le visa de l'article L. 1232-1 du Code du travail, elle énonce le principe selon lequel « la loyauté, qui doit présider aux relations de travail, interdit à l'employeur de recourir à des artifices et stratagèmes pour placer le salarié dans une situation qui puisse ultérieurement lui être imputée à faute ». En l'espèce, « la réception de ces pièces, reprochée au salarié, résultait d'une provocation de l'employeur ».

contrat de travail. En témoigne un arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 4 juin 2002⁴⁰². En l'espèce, une salariée a été mise à la retraite du fait que les conditions lui permettant de bénéficier d'une retraite à taux plein de la sécurité sociale étaient remplies. Toutefois, les conditions lui permettant de bénéficier de la surcomplémentaire mise en place par l'entreprise ne l'étaient pas. La salariée saisit la juridiction prud'homale d'une demande tendant au paiement de dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant de la perte de cette source de revenu. Les juges du fond la déboute de sa demande au motif qu'elle n'a invoqué aucun élément permettant de prouver que l'employeur a agi ainsi dans le seul but de lui nuire. La salariée forme alors un pourvoi en cassation qui sera favorablement accueilli par la Chambre sociale. Sous le visa des articles 1134 et 1147 du Code civil ainsi que L. 1221-1 du Code du travail, la décision rendue en appel est cassée. Les hauts magistrats considèrent alors « que l'engagement de la responsabilité contractuelle de l'employeur envers son salarié n'impose pas [qu'il] ait agi dans le but de nuire au salarié mais qu'il suffit qu'il ait manqué à son obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail »

519. Deux éléments sont à retenir. Tout d'abord, la Chambre sociale de la Cour de cassation utilise la notion de bonne foi pour déterminer les conditions permettant d'engager la responsabilité contractuelle de l'employeur. En l'espèce, la seule action de l'employeur, n'étant toutefois pas guidée par la bonne foi, entraîne sa responsabilité. Peu importe que l'intention de nuire au salarié soit caractérisée. En agissant de la sorte, l'employeur n'a préservé que ses propres intérêts, consistants à ne pas verser la retraite surcomplémentaire à la salariée. Sa volonté n'était peut-être pas de nuire à cette dernière, en la privant de ce revenu complémentaire, mais de soulager l'entreprise de cette charge. Cette situation est révélatrice de l'opposition existante entre les intérêts des deux parties au contrat de travail. L'antagonisme de ces intérêts est tel que dès lors que l'une des parties tente de préserver les siens, ceux de son partenaire sont atteints. L'utilisation de la bonne foi permet donc à la Chambre sociale d'imposer un respect du salarié⁴⁰³. Ensuite, en considérant que l'employeur a manqué à son obligation de bonne

⁴⁰² Soc, 4 juin 2002, Bull. civ. V, n° 188 p. 185 (pourvoi n° 00-42280), commentaire F. GHILAIN, Gaz. Pal., 19 septembre 2002, n° 262, p. 13.

⁴⁰³ C. VIGNEAU, préc. : Le principe de bonne foi permet de contrôler le comportement de l'employeur durant l'exécution du contrat de travail mais aussi au moment de sa rupture. Ainsi, le recours à ce principe permet d'assurer « le respect de la personne du salarié ».

foi, la Chambre sociale indique que cette obligation trouve à s'appliquer au moment même de la rupture du contrat de travail.

« En règle générale, le consentement des parties suffit pour former le contrat, c'est-à-dire que les obligations naissent dès que les parties se sont mises d'accord. Les contrats qui se forment ainsi s'appellent contrats consensuels »⁴⁰⁴. Le contrat de travail est donc un acte juridique empreint de consensualisme. Le consensualisme permet aux cocontractants de conclure un lien juridique qui va les unir durant une période plus ou moins longue et dont la durée ne sera pas forcément déterminée à l'avance.

520. Au moment de la conclusion du contrat de travail, le consensualisme est à son apogée.

En effet, soit les parties ont terminé la phase préparatoire de la convention et sont parvenues à trouver un terrain d'entente, soit elles n'ont pas entamé de négociations et ont directement conclu la convention conformément aux conditions définies lors de l'offre formulée par le pollicitant. En cette période précontractuelle, la négociation sur certains éléments du contrat n'est pas rare et aboutit à un consensus lorsque les deux parties sont parvenues à s'entendre. La conclusion de la relation contractuelle de travail est libre, nul ne peut être contraint de conclure un contrat de travail si tel n'est pas sa volonté. Ainsi, la conclusion de la relation contractuelle par la signature du contrat de travail est l'expression même du consensualisme. La relation entre employeur et salarié débute donc grâce à ce principe. Il est alors logique qu'elle puisse prend fin dans les mêmes conditions.

521. Laisser le consensualisme pleinement s'exprimer permet d'insuffler la bonne foi dans la relation de travail. Dès lors que les parties au contrat de travail ont su concilier leurs intérêts personnels, elles mettent en place une relation des plus saines. Le dialogue permettant de désamorcer bien des conflits, il crée une sorte de confiance mutuelle entre les partenaires contractuels.

522. Recourir aux actes consensuels de rupture du contrat de travail permet, une fois de plus, de donner au principe de bonne foi une place prépondérante. Avant l'entrée en vigueur de la loi de modernisation du marché du travail de 2008, le seul acte consensuel possible était la rupture amiable, peu importe la dénomination qu'on lui donne, le

⁴⁰⁴ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil, tome 2*, Paris, 2^{ème} édition, 1902, 963 et s.

fondement est toujours le même. En raison de son manque d'attractivité, son utilisation a été marginalisée. Ainsi, la volonté de rompre pouvait être commune à l'employeur et au salarié mais ils décidaient de recourir à une procédure unilatérale connue ne laissant aucune place, par définition, au consensualisme. Dès lors, la bonne foi s'effaçait progressivement afin que la rupture du contrat puisse être obtenue par un acte ne correspondant pas à la commune volonté des parties mais représentant une certaine sécurité procédurale. Dans une telle situation, la bonne foi ne peut être caractérisée puisque les intérêts respectifs de chacune des parties ne sont plus respectés : l'employeur préférant que son salarié démissionne et le salarié souhaitant que son employeur le licencie.

523. La disparition de la bonne foi est aussi caractérisée par le risque contentieux auquel s'expose l'employeur. Même si les deux parties étaient initialement consentantes à la rupture du contrat, dès lors qu'elles ont opté pour un acte unilatéral de rupture, qui certes ne reflète pas leur commune intention, mais présente l'avantage, du moins dans un premier temps, de procurer un sentiment de sécurité, elles s'exposent à un recours devant la juridiction prud'homale. Que le recours à la démission ou au licenciement soit choisi, le salarié aura toujours la possibilité de remettre en cause la qualification de l'acte et d'obtenir réparation en faisant valoir, par exemple en cas de démission, qu'il a été contraint d'effectuer cet acte.

524. Dans l'hypothèse d'une rupture unilatérale, la conclusion d'une transaction peut être envisagée afin de limiter le contentieux pouvant intervenir suite à la rupture du contrat de travail. Les parties ont la possibilité d'envisager de recourir à une transaction avant même que le contrat ne soit rompu. Ainsi, le choix de recourir à un tel acte se fait alors que les deux parties sont consentantes pour rompre le contrat. Mais dès lors qu'un acte unilatéral de rupture est utilisé, l'une des parties pourra refuser de conclure la transaction préalablement décidée. Nul besoin de caractériser la mauvaise foi du salarié refusant l'acte transactionnel, ce dernier est libre de consentir ou non à un tel acte. L'interdiction de conclure une transaction avant que la relation contractuelle soit rompue ne permet pas de protéger le cocontractant de la rétractation de son

partenaire⁴⁰⁵. Même si la transaction est décidée dans son principe lorsque les parties acceptent de recourir à un acte unilatéral en lieu et place d'une rupture amiable du contrat de travail, aucune assurance sur la conclusion de l'acte transactionnel n'est possible. L'un de contractant pouvant se rétracter une fois la rupture du contrat effectuée, et ce dans le but d'engager la responsabilité de son partenaire devant la juridiction prud'homale. Ainsi lorsque les parties envisagent de sécuriser la rupture unilatérale du contrat de travail par le biais d'une transaction, elles doivent s'accorder une confiance mutuelle car rien ne prémunit l'un des partenaires contre le désistement du second.

525. Depuis l'entrée en vigueur de la loi de modernisation du marché du travail de 2008, les choses ont favorablement évolué. La bonne foi trouve à s'appliquer durant la période de rupture du contrat de travail, dans l'hypothèse où cet acte est voulu par les deux parties au contrat. Désormais, dès l'instant où les parties souhaitent mettre conjointement un terme à leur relation contractuelle, elles pourront recourir à la rupture conventionnelle qui se révèle être un outil efficace en ce sens qu'il concilie honorablement les intérêts de l'employeur et du salarié. De ce fait, cet acte de rupture permet l'expression de la bonne foi en préservant, autant que cela est possible, les intérêts respectifs des cocontractants. Ainsi, le consensualisme caractéristique de cet acte de rupture permet de préserver la bonne foi des parties présente lors du consentement à la conclusion et à la rupture du contrat de travail

526. Il est donc indéniable d'affirmer que l'utilisation d'un acte consensuel de rupture permet le respect de la bonne foi contractuelle. Ainsi la prescription faite par l'article L. 1222-1 du Code de travail trouve à s'étendre à la rupture du contrat dès que celle-ci est recherchée par un accord amiable de rupture. La préservation de la bonne foi contractuelle influence considérablement la suite contentieuse qui peut être donnée à la rupture d'un contrat de travail.

⁴⁰⁵ Soc, 29 mai 1996, n° 92-45115, préc. ; J-P. CHAZAL, « Transaction et résiliation : l'inadéquation d'un critère de distinction d'ordre chronologique », préc.

Section 2 La meilleure gestion du contentieux à naître

527. Le consensualisme caractéristique des accords amiables de rupture du contrat de travail (§1) et de l'acte transactionnel (§2) permet d'éviter le recours au juge, ou du moins de prévenir l'apparition d'un contentieux.

§1 Le consensualisme des accords amiables de rupture du contrat de travail, un rempart contre le risque contentieux

528. Le droit du travail a, pendant des années, était la matière la plus contentieuse qu'il soit. Pour preuve, en 2008 les nouvelles affaires portées à la connaissance du juge prud'homal ont augmenté de 4.8 % par rapport à l'année précédente. Tandis que l'évolution n'a été que de 1.4 % pour l'ensemble des juridictions civiles et commerciales. L'année 2009 a été une année très chargée pour les juridictions prud'homales puisque le nombre de nouvelles affaires a augmenté de 13 % par rapport à l'année précédente. Cependant, la tendance s'est inversée à partir de l'année 2010. Et en 2012, le taux de nouvelles affaires a baissé de 14.4 % par rapport à 2011⁴⁰⁶. Il est alors difficile de ne pas remarquer que la diminution du contentieux apparaît moins de deux ans après l'entrée en vigueur de la rupture conventionnelle du contrat de travail. Simple hasard ou relation de cause à effet ? En tout état de cause, le nombre d'affaires nouvelles portées à la connaissance des juridictions civiles et commerciales ayant lui aussi baissé, il n'est pas possible d'apporter une réponse trop tranchée. Sans pouvoir affirmer avec certitude que la rupture conventionnelle est à l'origine de cette diminution du contentieux social, force est de constater qu'elle y a contribué (A). La rupture d'un commun accord, même si elle souffre de son manque de sécurité accordée aux parties, tend, elle aussi, à évincer le juge (B).

⁴⁰⁶ *Les chiffres clés de la Justice 2009, 2010, 2011, 2012 et 2013*, Ministère de la Justice ; A. LACABARATS, « Introduction », *Dr. soc.* 2012, p. 6.

A. La prévisibilité du contentieux en cas de rupture conventionnelle du contrat de travail

529. Depuis que la rupture conventionnelle du contrat de travail est envisagée⁴⁰⁷, la volonté d'en faire un outil efficace, permettant de réduire le contentieux en matière de rupture du contrat de travail, est clairement exprimée par les divers acteurs à sa création. La Commission Attali⁴⁰⁸ a préconisé de « faciliter la rupture à l'amiable du contrat de travail ». Pointant du doigt les défauts de la rupture amiable issue de l'article 1134 du Code civil, la Commission a précisé que ce nouvel accord de rupture n'aurait pas pour effet d'interdire « l'accès au juge, mais d'augmenter l'intérêt des procédures négociées ». Et tout en préservant les intérêts du salarié, cette procédure amiable permettrait de diminuer le recours au juge. Cette proposition est le résultat d'un constat simple. Les employeurs sont réticents à embaucher en raison de l'imprévisibilité des délais et des coûts d'un licenciement. Par conséquent, le recours aux contrats précaires ne cesse d'augmenter ce qui pénalise à la fois les employeurs, les salariés mais aussi la croissance. Ainsi, en mettant à disposition des parties au contrat de travail un accord de rupture permettant de réduire les incertitudes liées à cessation de leur relation contractuelle, les rouages économiques devraient être relancés et le contentieux social amoindri.

530. Cette ambition est partagée par les partenaires sociaux, signataires de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008. L'article 12 mentionne l'intérêt que pourrait représenter la création de « solutions négociées à l'occasion de la rupture du contrat de travail ». En effet, mettre à la disposition des parties au contrat de travail un acte amiable de rupture permettrait de favoriser l'emploi tout en garantissant les droits des salariés. Toutefois, les partenaires sociaux précisent que cet acte ne doit en aucun cas restreindre « la capacité des salariés à faire valoir leurs droits en justice mais au contraire se concrétiser dans des dispositifs conçus pour minimiser les sources de

⁴⁰⁷ Peu importe que l'acte envisagé ait été ainsi dénommé.

⁴⁰⁸ J. ATTALI, *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française : 300 décisions pour changer la France*, Documentation française, 2008, p. 120, décision n° 142.

contentieux ». Et c'est en cela que leur volonté se rapproche de celle exprimée par le rapport Attali.

531. Ces deux textes font parfaitement état de la situation dans laquelle évolue le marché du travail. Face aux incertitudes quant à la rupture du contrat de travail d'un salarié ne donnant plus entière satisfaction ou en raison de difficultés engendrées par le contexte économique, les employeurs ne sont plus enclins à embaucher sous contrat à durée indéterminée. Ainsi, le marché du travail se paralyse et entraîne, par la même occasion, un ralentissement de la croissance. La création d'une procédure permettant aux parties au contrat de travail de sécuriser la rupture du contrat de travail est alors envisagée comme la solution la plus appropriée. En effet, les deux textes préconisent la mise en place d'un acte de rupture amiable permettant de sécuriser les conséquences de la rupture tout en réduisant, de fait, le recours au juge. C'est bien cela qui effraie les employeurs, le fait de potentiellement avoir à justifier le licenciement d'un salarié devant une juridiction prud'homale et d'être dans l'incertitude quant au montant de la somme allouée à ce dernier. La logique alors mise en place est implacable : si les employeurs ont la certitude de pouvoir rompre, avec l'accord de leurs salariés, le contrat de travail en appliquant une procédure leur assurant une sécurité, ils n'hésiteront plus à embaucher sous contrat à durée indéterminée ; et si les salariés ont l'assurance de bénéficier d'avantages financiers lors de la rupture amiable de leur contrat de travail, ils seront plus facilement disposés à consentir ou à initier cette cessation relationnelle.

532. La loi de modernisation du marché du travail n'a pas exprimé, de façon aussi claire, la volonté d'écarter autant que possible le recours au juge. C'est plus timidement que l'article L. 1237-14 du Code du travail prévoit la compétence du juge prud'homal pour connaître de tout litige relatif à la convention, l'homologation ou le refus d'homologation et ce dans un délai de douze mois à compter de la date d'homologation de la convention⁴⁰⁹. En enfermant le recours juridictionnel dans un court délai, le législateur contraint ainsi les parties au contrat de travail à être réactif afin d'assurer une célérité procédurale. De plus, en énumérant les sources du litige pouvant être portées à la connaissance de la juridiction prud'homale, le législateur permet une meilleure

⁴⁰⁹ E. SAVAUX, « Droit commun et droit spécial dans la violence morale en cas de rupture conventionnelle du contrat de travail », RDC, 2013, n° 3, p. 879.

prévisibilité du contentieux. Cette prévisibilité est, par ailleurs, assurée par la procédure mise en place.

533. Ainsi, la rupture conventionnelle a été pensée comme un moyen permettant de relancer le marché du travail et de diminuer le contentieux caractéristique de la matière « travailliste ». Même si la finalité de ce nouvel acte de rupture est assurée de façon procédurale, il est possible de considérer que sa nature permet elle aussi d'obtenir l'effet escompté.

534. La rupture conventionnelle du contrat de travail est, par nature, un acte consensuel dont la finalité, avouée sans retenue, est de sécuriser la rupture du contrat de travail tout en limitant le recours juridictionnel. La procédure mise en place par le législateur permet d'assurer la sécurisation de la cessation relationnelle et par conséquent de diminuer le risque contentieux. Toutefois, la nature consensuelle de cet acte peut, elle aussi, permettre d'obtenir les mêmes effets.

535. En effet, le consensualisme traduit le rapport de confiance que les parties au contrat sont parvenues à instaurer. En acceptant l'une comme l'autre la rupture du lien juridique qu'elles ont créé, elles laissent leur liberté contractuelle pleinement s'exprimer. Ainsi, dès lors qu'elles ont librement consenti à la rupture conventionnelle, comme le prévoit le second alinéa de l'article L. 1237-11 du Code du travail, et qu'elles se sont entendues sur les conséquences de cette dernière, le risque contentieux devrait être quasi-inexistant. En effet, comment peut-on valablement consentir à un acte puis le remettre en cause quelques temps plus tard ? En droit de la consommation, une telle remise en cause est possible. Toutefois, il ne s'agit pas d'intenter une action en justice mais d'user de la faculté de rétractation offerte, par un droit protecteur, aux consommateurs dans certaines circonstances⁴¹⁰. De plus, en matière de rupture conventionnelle, le délai de rétractation de quinze jours calendaires, offert aux parties à compter du lendemain de la signature de la convention, leur permet de pouvoir murement réfléchir les conséquences du consentement qu'elles ont donné. Si l'une d'entre elles estime qu'un de ses droits n'est pas respecté ou qu'elle n'a plus, en somme, aucun intérêt à rompre de façon conventionnelle son contrat de travail, elle pourra rétracter le consentement donné à cet

⁴¹⁰ Par exemple en matière de contrat conclu à distance, l'article L. 121-21 du Code de la consommation prévoit que le consommateur a un délai de rétractation de 14 jours.

acte de rupture. Cette possibilité, très largement inspirée de ce que le droit de la consommation prévoit, permet donc de prévenir le recours au juge.

En effet, dès lors que l'une des parties souhaite se rétracter, elle est en mesure de le faire sans avoir à justifier sa décision. En usant de sa faculté de rétractation, la partie met fin à l'entente conclue avec son cocontractant avant même que la convention établie ne produise d'effets juridiques. Ainsi, le recours au juge est limité puisque la partie se défait de son engagement avant même que celui-ci ne trouve à s'appliquer.

536. Si un tel délai de rétractation n'était pas prévu, les choses seraient bien différentes. Les parties ne pouvant se rétracter alors même qu'un élément mis en évidence les inciterait à revenir sur leur consentement à l'acte conventionnel, elles seraient alors contraintes de soumettre la convention à l'homologation de l'autorité administrative, afin que celle-ci obtienne sa pleine valeur juridique, avant de saisir la juridiction prud'homale pour contester la validité de la convention de rupture. Et dans le cas où le souhait serait simplement de se rétracter, sans qu'aucune doléance à l'encontre de l'acte conventionnel ne puisse être formulée, il y aurait un regain contentieux. En effet, la partie désireuse de se rétracter n'aurait d'autre possibilité que de remettre en cause un des éléments de validité de la convention, et ce sans que la contestation soit légalement justifiée. Ainsi, outre le recours au juge, cette hypothèse engendrerait l'apparition de la mauvaise foi.

537. En définitive, la rupture conventionnelle est, de par sa nature consensuelle, un excellent rempart contre le contentieux. Tout étant mis en œuvre afin que l'entente entre l'employeur et le salarié, ayant permis de conclure la convention de rupture, se poursuive au-delà de son homologation. Et si tel n'est pas le cas, le législateur a su circonscrire les motifs de recours à la juridiction prud'homale afin de rendre, autant que possible, le contentieux prévisible. De plus, le contrôle exercé par l'autorité administrative y contribue également⁴¹¹.

⁴¹¹ M-F. MAZARS, « L'environnement normatif », Dr. soc. 2012, p. 8 .

B. La prévisibilité du contentieux en cas de rupture amiable du contrat de travail

538. La rupture amiable est, elle aussi, un acte permettant d'écartier le recours à la juridiction prud'homale. Son caractère consensuel n'a plus à être démontré, le consentement des deux parties au contrat de travail étant suffisant pour rompre la relation contractuelle. L'absence procédurale, principal inconvénient de cet acte de rupture, permet à la rupture amiable de répondre parfaitement à la définition du terme « consensuel ». En effet, un acte juridique est consensuel dès lors qu'il « peut être conclu, au gré des intéressés, sous une forme quelconque et dont on dit qu'il résulte du seul échange des consentements, dès lors que les volontés se sont accordées d'une manière ou d'une autre, soit par écrit, soit oralement, soit même tacitement »⁴¹².

539. Le consensualisme caractéristique de cet acte de rupture traduit la volonté commune que les parties au contrat de travail ont de mettre un terme à leur relation. A l'origine de cette dernière se trouve la même volonté mais qui, cette fois-ci, concerne la création d'une relation permettant à chacune des parties de retirer un bénéfice. Dès lors que l'on fait appel au terme « amiable », le recours juridictionnel est, en principe, exclu. Or cas de vice du consentement de l'une ou de l'autre des parties, aucun contentieux ne peut naître de la rupture amiable.

540. La Chambre sociale a interdit le recours à la rupture d'un commun accord en cas de différend préexistant dans un arrêt rendu le 26 octobre 1999⁴¹³. En l'espèce, une convention intitulée « Protocole d'accord valant transaction » est conclue alors qu'un différend, relatif aux conditions de travail du salarié, est pendant devant une juridiction prud'homale. Cette convention constate la rupture du contrat de travail et prévoit le paiement d'une indemnité forfaitaire dont le montant est composé des diverses sommes demandées devant la juridiction prud'homale, de l'indemnité compensatrice de congés payés et de l'indemnité de licenciement. Le salarié saisit alors le Conseil des prud'hommes d'une demande en nullité de ladite convention. Les juges du fond le

⁴¹² G. CORNU, « Vocabulaire juridique », préc. V. Acte juridique.

⁴¹³ Soc, 26 octobre 1999, n° 97-42846, préc.

déboutent de sa demande en faisant valoir que le versement à titre transactionnel de l'indemnité forfaitaire procède bien d'une concession réciproque des parties, que le protocole intervenu précisait l'effectivité de la rupture du contrat du salarié et qu'en l'absence de licenciement effectif et de manœuvres dolosives de la part de l'employeur, la requalification de la transaction n'est pas justifiée ce qui implique qu'elle « fait loi entre les parties ». Le salarié forme un pourvoi en cassation favorablement accueilli par la Chambre sociale. Sous le visa des articles L. 1232-2 et L 1231-4 du Code du travail et 2044 du Code civil, elle précise que l'acte conclu entre les parties ne peut « valablement constituer, ni une rupture d'un commun accord en l'état du litige existant entre les parties, ni même une transaction qui ne pouvait intervenir qu'une fois le licenciement prononcé ».

541. La Haute juridiction énonce donc le principe selon lequel une rupture amiable est impossible dès lors qu'un litige existe entre les parties et rappelle la chronologie que la transaction doit respecter pour être valable⁴¹⁴. L'impossible recours à la rupture amiable lorsqu'un différend existe entre les parties se justifie, notamment, par l'absence de sécurité procédurale pouvant ainsi conduire à une aggravation du contentieux. En effet, si un différend existe entre l'employeur et le salarié lorsqu'ils concluent une rupture amiable, il y a fort à parier que le consentement de l'un d'entre eux et plus particulièrement du salarié, soit vicié. En effet, comment un salarié peut-il consentir à la rupture de son contrat de travail sans contrepartie, puisque la loi n'en prévoit pas, alors même qu'un différend oppose le salarié à son employeur ? En l'espèce, une contrepartie était bien prévue, laissant ainsi penser que le salarié avait accepté en toute connaissance de cause la rupture de son contrat de travail.

542. Une autre justification peut être apportée. Dès l'instant où les parties sont consentantes à la rupture du contrat de travail, le consensualisme qui marque leur décision doit, en principe, écarter tout risque contentieux. Mais lorsqu'un différend existe antérieurement à la conclusion de la rupture amiable, il semble que le consensualisme soit atteint. En effet, le différend semble priver les parties de leur capacité à pouvoir valablement

⁴¹⁴ Soc, 29 mai 1996, n° 92-45115, préc. ; J-P. CHAZAL, « Transaction et résiliation : l'inadéquation d'un critère de distinction d'ordre chronologique » préc.

consentir à la rupture du contrat de travail⁴¹⁵. Dans les faits, l'intégrité du consentement du salarié peut être atteinte par le lien de subordination ; l'employeur le contraignant à consentir à la rupture d'un commun accord⁴¹⁶.

543. Qu'elle que soit la véritable motivation de la haute juridiction, en excluant l'existence d'un différend du cadre de la rupture d'un commun accord, elle permet d'amoindrir le risque contentieux. En effet, dès lors qu'un différend oppose les parties au contrat de travail, l'apparition d'un contentieux porté à la connaissance de la juridiction compétente est possible, voire probable. De ce fait, si la rupture amiable d'un contrat de travail était possible en présence d'un litige, il y aurait un double risque contentieux : un contentieux relatif au différend qui oppose les parties et un contentieux relatif à la rupture amiable du contrat de travail. La possibilité de rompre d'un commun accord en pareille situation aurait pour conséquence d'ajouter une probabilité contentieuse à un terrain déjà bien fertile.

544. En définitive, la rupture d'un commun accord permet, lorsque les relations entre l'employeur et le salarié sont saines, de préserver le risque contentieux. En effet, le même raisonnement que celui tenu en matière de rupture conventionnelle trouve à s'appliquer. Toutefois, dès lors que les relations entre les parties au contrat de travail sont entachées d'un différend, le risque contentieux resurgit. Afin d'en limiter la propagation, la Chambre sociale de la Cour de cassation a exclu le recours à la rupture d'un commun accord dès lors qu'un différend oppose les parties au contrat de travail.

⁴¹⁵ G. PICCA ; A. SAURET, « Exigences de forme du contrat à durée déterminée », LPA, 2000, n° 12, p. 5.

⁴¹⁶ P. FADEUILHE, « Conditions de validité de la transaction en droit du travail », D., 2000, p. 384 : cet auteur justifie la décision prétorienne relative à la chronologie devant être respectée par l'acte transactionnel par la nécessité pour le salarié de ne plus être sous la subordination de l'employeur pour pouvoir valablement consentir à l'acte transactionnel. La même logique peut être appliquée en matière de rupture d'un commun accord, de surcroît lorsqu'un différend oppose les parties au contrat de travail avant même que la rupture soit envisagée.

§2 La transaction, un acte juridique visant à réduire le contentieux

545. Alors même que le second alinéa de l'article 2044 du Code civil prévoit que la transaction « doit être rédigé[e] par écrit », cet acte est de nature consensuel⁴¹⁷. Il s'agit de l'acte juridique permettant de limiter le contentieux à naître ou d'en assurer la prévisibilité. En effet, la définition qui en est donnée, par la disposition citée précédemment, ne permet pas de douter du but recherché par cette convention. Si la transaction est le « contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître », sa formation se fait par un simple échange de consentement.

546. En matière sociale, l'acte transactionnel est couramment utilisé par les praticiens dans le but notamment de sécuriser la rupture d'un contrat de travail⁴¹⁸. Afin d'en assurer l'efficacité, la Chambre sociale de la Cour de cassation en a limité le champ d'application⁴¹⁹. Ainsi, « la transaction, consécutive à une rupture du contrat de travail par l'une ou l'autre des parties, a pour objet de mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultant de cette rupture »⁴²⁰ mais ne peut, toutefois, pas porter sur l'imputabilité de la rupture⁴²¹. L'avantage de cet acte juridique est de pouvoir, à la fois, prévenir les éventuelles constatations nées de la rupture du contrat et, à la fois, terminer une contestation existante au moment de la rupture du contrat. Ainsi, dès lors que les parties au contrat de travail concluent une transaction,

⁴¹⁷ P. MALAURIE ; L. AYNES, « La transaction », Defrénois, 1992, n° 12, p. 769.

⁴¹⁸ F-J. PANSIER, « La transaction ne peut mettre fin au contrat de travail », Cahiers sociaux, 2013, n° 248, p.10 ; C. PIZZIO-DELAPOSTOLLE, « De la transaction prévue par le Code civil à la transaction utilisée en droit du travail : réflexions sur une règle en dérive », in 1904-2004, « Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir », Dalloz, 2004, p. 593 ; A. MAZEAUD, « La sécurité juridique et les décisions du juge », Dr. soc. 2006, p. 744.

⁴¹⁹ A. JEAMMAUD, « Retour sur une transaction en quête de stabilité », Dr. soc. 1999, p. 351.

⁴²⁰ Soc, 29 mai 1996, n° 92-45115, préc.

⁴²¹ Soc, 16 juillet 1997, n° 94-42283, préc.

elles consentent à un acte abdicatif ayant autorité de la chose jugée en dernier ressort et force obligatoire⁴²². Elles doivent, par conséquent, mûrement réfléchir leur décision.

Le consensualisme de la transaction permet donc d'appréhender de façon sereine le contentieux pouvant apparaître à l'occasion de la rupture du contrat de travail. Afin de permettre à l'acte transactionnel de pleinement s'exprimer, les parties devront prendre garde à ne pas employer de termes généraux dans la définition des litiges concernés sous peine de voir le juge s'immiscer dans leur relation.

547. Le recours à la transaction permet de sécuriser les ruptures d'un commun accord, sans toutefois remettre en cause le principe selon lequel de telles ruptures ne peuvent intervenir en cas de litiges préexistants. La transaction devient donc un palliatif au manque de sécurité accordée par cet acte de rupture. Toutefois, il n'est pas certain que le salarié ayant consenti à la rupture d'un commun accord de son contrat de travail, consente par la suite à une transaction.

548. Le recours à la transaction permet à la rupture conventionnelle du contrat de travail de pleinement s'exprimer. Même si cet acte de rupture dispose d'éléments lui permettant d'éviter un futur contentieux, il est impuissant face au contentieux préexistant. C'est en ce sens que le recours à l'acte transactionnel se trouve logiquement justifié. Si les parties ne mettent pas fin au différend qui les oppose, alors elles pourront se trouver au cœur d'un contentieux alors même qu'elles ont conventionnellement rompu la relation contractuelle créée. Une telle situation serait, par conséquent, incompatible avec l'esprit de l'acte conventionnel. En effet, la rupture conventionnelle est voulue comme un moyen efficace d'assainir la rupture du contrat de travail en assurant une protection à l'employeur et au salarié. Même si l'existence d'un différend antérieure à la rupture du contrat ne remet pas en cause la validité d'un tel acte de rupture, elle contrevient au but sécuritaire de ce dernier. Ainsi, en recourant à l'acte transactionnel en cas de rupture conventionnelle du contrat de travail, permet d'accorder une « protection optimale de la rupture »⁴²³. Toutefois, l'objet de la transaction, en matière de rupture conventionnelle,

⁴²² C. FOURCADE, « La transaction en droit du travail : quelle place pour la liberté contractuelle ? », préc.

⁴²³ P. LOKIEC, « Rupture du contrat », préc.

est limité⁴²⁴ afin de ne pas priver le salarié de la possibilité de contester ladite rupture⁴²⁵ que lui offre l'article L. 1237-14 du Code du travail.

549. Les accords amiables de rupture du contrat de travail permettent donc, grâce au leur consensualisme, de limiter le recours au juge et de prévenir les éventuels contentieux pouvant naître à la suite de la résiliation du contrat. En ne permettant pas la rupture amiable en cas de litige préexistant entre les parties, la jurisprudence prend en compte la spécificité de cet acte de rupture. En limitant ainsi le recours à la rupture d'un commun accord, la Haute juridiction limite l'apparition d'un contentieux sous-jacent. En adoptant une position inverse en ce qui concerne la rupture conventionnelle, la Chambre sociale permet l'efficience sécuritaire de cet acte de rupture.

550. L'acte transaction est, par définition, un moyen de lutte et de prévention du contentieux. En mettant fin à la fois à une contestation née et à la fois à une contestation à naître, la transaction permet de sécuriser la rupture du contrat de travail. Sa combinaison avec la rupture conventionnelle se révèle être un outil performant de gestion du contentieux.

⁴²⁴ M-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, « Rupture conventionnelle et transaction, un encadrement jurisprudentiel strict », LPA, 29 décembre 2014, n° 194, p. 7.

⁴²⁵ G. AUZERO, « L'articulation de la rupture conventionnelle et de la transaction », RDT, 2014, p. 330.

Titre 2 Les accords de rupture, des actes en attente d'amélioration

551. Les accords de rupture se révèlent être des actes de rupture performants. Permettant aux parties de décider les modalités de rupture de leur relation contractuelle, dans le respect des prescriptions législatives et prétorienne, la rupture amiable et la rupture conventionnelle sécurisent le délicat moment de la cessation relationnelle. Toutefois, leur efficacité pourrait être améliorée à bien des égards. Si leur besoin de sécurisation (**Chapitre 1**) et de perfectionnement (**Chapitre 2**) n'est pas pris en compte, les modes amiables de rupture pourraient perdre leur place.

Chapitre 1 Le besoin de sécurisation des accords de rupture du contrat de travail

552. Le régime de la rupture amiable et de la rupture conventionnelle (**Section 2**) ne permet pas d'assurer une sécurité optimale de la rupture du contrat de travail. La formation de l'accord amiable du contrat de travail est l'une des étapes procédurales les plus délicates en raison de la fragilité du consentement du salarié (**Section 1**).

Section 1 La sécurisation de la formation de l'accord amiable de rupture

553. La formation d'un accord de rupture suppose la rencontre des consentements des deux parties au contrat de travail. Or, obtenir l'adhésion de son cocontractant au projet de rupture n'est pas chose aisée (§1). Pas plus que l'entente sur les effets de la rupture, ce qui rend le recours à l'acte transactionnel fortement conseillé (§2).

§1 L'insécurité quant à la négociation de la rupture du contrat de travail

554. Il n'est pas nécessaire de négocier la rupture consensuelle. Dès lors que les parties au contrat de travail sont toutes deux consentantes à la cessation de leur relation contractuelle, la rupture est acquise. En effet, le droit commun, n'imposant aucune négociation, fait de la rupture d'un commun accord un contrat d'adhésion⁴²⁶. Toutefois, rien n'empêche les parties de préparer la rupture en entamant des négociations. Ainsi, même si aucune disposition n'impose le versement d'une indemnité de rupture, les parties ont la liberté de le faire. La rupture consensuelle, même si elle laisse une importante liberté aux partenaires contractuels, ne leur assure pas une sécurité suffisante (A). En effet, à trop vouloir laisser les parties libres d'organiser la résiliation du contrat de travail, une insécurité surgit entraînant dès lors une possible remise en cause de l'acte de rupture (B).

⁴²⁶ P. LOKIEC, « Rupture du contrat (VI-Rupture conventionnelle) », préc.

A. L'insécurité de la rupture amiable du contrat de travail, une conséquence non négligeable de la liberté conférée aux parties

555. L'insécurité de la rupture amiable du contrat de travail est une des conséquences de l'absence de régime juridique légal de cet acte de rupture. En effet, le recours au droit commun des contrats ne permet pas de déterminer, dans son ensemble, un régime juridique rendant ainsi nécessaire l'intervention du juge. Toutefois, même si le principe de liberté contractuelle permet aux parties de s'entendre sur la résiliation de leur relation contractuelle, elles n'ont pas une totale liberté en ce qui concerne le contexte dans lequel la rupture amiable peut intervenir.

556. Il n'est pas nécessaire de rappeler les conditions dans lesquelles la Chambre sociale de la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de l'exclusion de l'acte amiable de rupture en cas de différend préexistant. Toutefois, cette décision mérite d'être à nouveau commentée au regard de la sécurité qu'elle confère aux parties. Si la rupture amiable est interdite en cas de conflits préexistants, et ce quelle qu'en soit la nature, c'est bien dans le but de protéger le consentement des parties. Cette limitation du champ d'application de la rupture amiable est, en partie, motivée par la nature même de l'acte de rupture. Dès lors que la résiliation amiable d'un contrat est envisagée, cela induit une parfaite entente entre les cocontractants. Et ce, en raison des conséquences de la rupture qui, si elle permet de garantir la protection des intérêts de l'une des parties, va forcément à l'encontre de ceux de l'autre.

557. Le recours à un acte amiable de rupture suppose donc une parfaite entente découlant de la commune volonté des parties de se défaire du lien juridique préalablement créé, tout en préservant leurs intérêts respectifs. Cette vision altruiste de la rupture amiable est conforme à la définition civiliste de la relation contractuelle. En effet, contrairement au droit du travail, le droit civil considère que les parties au contrat sont placées dans une situation de stricte égalité. Or, tel n'étant pas le cas en matière « travailliste », le recours à la rupture d'un commun accord peut se révéler plus ardu, notamment en ce qui concerne l'expression du consentement du salarié.

558. En l'absence de dispositions législatives relatives à cet acte de rupture, la Chambre sociale de la Cour de cassation a dû déterminer les conditions dans lesquelles le consentement à cet acte devait être donné afin d'assurer la protection du salarié. Ainsi, « la rupture d'un commun accord du contrat de travail suppose l'existence d'une volonté non équivoque et certaine de chacune des parties de mettre fin audit contrat »⁴²⁷. En d'autres termes, le consentement de chacune des parties doit être donné de façon claire afin qu'aucun doute ne puisse subsister sur sa volonté de rompre le contrat de travail.

559. Il est des cas dans lesquels cette volonté commune répond parfaitement aux exigences prétorienne. Comme par exemple, lorsque l'employeur et le salarié, conscients que leur relation contractuelle ne peut perdurer pour diverses raisons inhérentes à leur personnalité respective, vont décider de rompre de façon consensuelle la relation entretenue. S'ils matérialisent leur accord par écrit, dans un but probatoire⁴²⁸ permettant à la partie qui s'en prévaut devant une juridiction de répondre à une exigence prétorienne⁴²⁹, la validité du consentement de chacune des parties sera traduite.

560. Toutefois, cette situation idyllique peut, malheureusement, être moins parfaite qu'il n'y paraît. En effet, la rupture peut être qualifiée d'amiable alors même qu'elle ne l'est pas. Dès lors, le consentement de l'une des parties peut être atteint par un vice. Et ce, en raison de l'existence du lien de subordination au moment de la formation de l'accord⁴³⁰. La rupture amiable du contrat de travail étant un acte issu du droit commun, il est nécessaire de se référer aux dispositions du Code civil pour déterminer les différents vices pouvant affecter le consentement du salarié. L'article 1109 prévoit qu'il ne peut y avoir « de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ». Quant à la Chambre sociale, elle prévoit

⁴²⁷ Soc, 15 juillet 1998, n° 96-42572.

⁴²⁸ J-P. DUPRILOT, « Contrat de travail à durée indéterminée (Modes de rupture autres que le licenciement, condition) », Dalloz encyclopédie, Répertoire de droit du travail, 1994.

⁴²⁹ Soc, 29 avril 1969, Bull. civ. V, n° 274.

⁴³⁰ P. LYON-CAEN, « Fragilité des accords amiables de résiliation d'un contrat de travail », préc. ; Soc, 14 novembre 2000, n° 98-42371, Bull. civ. V, n° 367, p. 281.

que « la cause de la rupture ne peut être contestée sauf fraude ou vice du consentement »⁴³¹.

561. L'erreur vicie le consentement de celui qui la commet et atteint, de fait, sa validité. C'est en ce sens que s'est prononcée la Chambre sociale dans un arrêt rendu le 27 janvier 1998⁴³². En l'espèce, une salariée avait signé un « accord de résiliation conventionnelle » prévoyant, outre la rupture du contrat de travail, le paiement d'une « indemnité de cessation de contrat ». Elle avait, par la suite, saisi la juridiction prud'homale d'une demande en nullité de la convention ainsi que de demandes en paiement de diverses sommes. Les juges du fond avaient favorablement accueilli ses demandes après avoir prononcé la nullité de l'accord de rupture du contrat de travail. Un pourvoi en cassation avait été, alors, formé par l'employeur qui faisait valoir que « l'obligation conclue sur une fausse cause demeure valable lorsque le bénéficiaire de l'obligation démontre qu'elle reposait sur une autre cause licite ». La Chambre sociale rejette le pourvoi en indiquant qu'en raison de « l'existence d'une erreur de la part de la salariée sur la cause impulsive et déterminante de la convention », cette dernière doit être déclarée nulle.

562. La décision de la Chambre sociale s'explique par la seule analyse des faits. Si la salariée a consenti à la rupture de son contrat de travail, c'est pour éviter d'être licenciée économiquement. En réalité, elle a envisagé la rupture, proposée par son employeur, comme une alternative au licenciement économique. Dès lors, en l'absence de menace de licenciement, elle n'aurait sans doute pas accepté la rupture de son contrat de travail. Ainsi, une erreur sur la cause de l'acte de rupture ayant bien été commise, « l'accord de résiliation conventionnelle » ne peut être qu'annulé.

563. La violence est, quant à elle, le vice du consentement le moins fréquent en matière « travailliste ». Les agissements, tant physiques que psychologiques, de l'employeur peuvent être qualifiés comme tels. Il revient donc au juge d'apprécier les conditions dans lesquelles le salarié a donné son consentement à la rupture amiable de son contrat

⁴³¹ Soc, 8 février 2012, Bull. civ. 2012, n° 64 (n° 10-27176), note C. BERLAUD, Gaz. Pal., 2012, n° 61, p. 26.

⁴³² Soc, 27 janvier 1998, n° 94-44951.

de travail. Et pour ce faire, il prend notamment en considération la qualification de ce dernier⁴³³. Dans un récent arrêt, la Chambre sociale de la Cour de cassation a reconnu que le harcèlement, qu'il soit sexuel ou moral, constitue une violence morale qui vicie, de fait, le consentement du salarié qui en est victime. Par conséquent, l'acte de résiliation amiable du contrat de travail doit être annulé⁴³⁴.

564. Quant au dol, il est très souvent caractérisé par le mensonge proféré intentionnellement par l'employeur dans le but de convaincre le salarié de consentir à la rupture de son contrat de travail. Il s'agit d'une « manœuvre ayant pour but et pour résultat de surprendre le consentement d'une partie »⁴³⁵ et qui peut prendre plusieurs formes. En effet, le dol peut être constitué par un mensonge ou par une réticence dolosive.

565. En ce qui concerne le mensonge, l'employeur peut obtenir l'adhésion du salarié à la rupture de son contrat de travail en lui faisant croire qu'il pourra percevoir un revenu de remplacement au titre de l'assurance chômage. Dans cette hypothèse, il est facile d'imaginer que le salarié n'aurait très certainement pas accepté l'acte de rupture s'il avait eu connaissance de la réalité des choses. C'est-à-dire, s'il avait su qu'il ne pourrait, en principe, pas percevoir d'allocations chômage.

566. En ce qui concerne la réticence dolosive, l'employeur peut volontairement laisser le salarié se tromper, par exemple sur la possibilité d'obtenir une allocation de l'assurance chômage. Dans cette hypothèse, l'employeur n'induit pas le salarié en erreur mais le laisse croire en quelque chose d'erroné tout en sachant pertinemment que si la vérité était rétablie, ce dernier ne consentirait plus à la rupture de son contrat de travail.

⁴³³ Soc, 5 janvier 1984, n° 81-42045, Bull. civ. 1984, V, n° 3.

⁴³⁴ Soc, 30 novembre 2004, n° 03-41757, Bull. civ. V, n° 303, p. 297 ; B. GAURIAU, « Contrat de qualification. Rupture d'un commun accord. Article 1112 du Code civil. Violence. Nullité (oui). Faits de harcèlements », Dr. soc, 2005, p. 321 ; C. RADE, « L'accord de rupture amiable du contrat de travail peut être annulé pour violence lorsque le salarié a été harcelé sexuellement », RDC, 2005, n° 2, p. 378 ; P. LOKIEC, S. ROBIN-OLIVIER, P. REMY, S. HONEYBALL, D. B. OPPENHEIMER, « La rupture conventionnelle. Rupture conventionnelle et contrôle du consentement du salarié », RDT, 2008, p. 550.

⁴³⁵ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 6^{ème} édition, 508 et suivants, p. 262.

B. La remise en cause de la validité de l'acte

567. Même si le consentement du salarié a été donné conformément aux prescriptions législatives et prétoriennes, une remise en cause de la validité de l'acte de rupture est toujours possible, notamment par le salarié. Pour ce faire, deux angles d'approche sont possibles. Tout d'abord celui de la rupture d'un commun accord déguisée. Ensuite celui de la proximité importante avec la transaction.

568. Dans la première hypothèse, la rupture amiable n'en est pas vraiment une. Il s'agit en réalité d'un licenciement, puisque d'origine patronale, qui prend la forme d'une rupture amiable. Une telle pratique présente, au moins, deux intérêts. Le premier est au bénéfice de l'employeur qui n'a ni à respecter la lourde procédure de licenciement, ni à justifier d'un motif valable de recourir à un tel acte de rupture. Le second est au bénéfice du salarié qui ne voit aucun fait lui être reproché, puisque la rupture d'un commun accord n'a pas à être justifiée, ce qui ne remet pas en cause son avenir professionnel. Ainsi, même si le salarié a valablement consenti à la rupture d'un commun accord de son contrat de travail, il aura toujours la possibilité de remettre en cause sa validité du simple fait d'un éventuel détournement procédural.

569. Dans la seconde hypothèse, la proximité entre transaction et résiliation amiable est telle que la qualification de cette dernière peut être remise en cause. La nécessaire distinction entre ces deux actes a été édictée par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 29 mai 1996⁴³⁶. Nul besoin d'en rappeler les faits, la seule énonciation de la solution servant à la présente démonstration. C'est de façon pédagogique que la Chambre sociale indique, dans un premier temps, la définition donnée par l'article 2044 du Code du travail de l'acte transactionnel. Cet acte est « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître ». Ainsi, dès lors que la volonté des parties est de mettre fin à leur relation contractuelle, elles doivent organiser « les conditions de la cessation de leurs relations de travail ». La transaction servant à mettre fin « par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultant de cette rupture », elle ne peut

⁴³⁶ Soc, 29 mai 1996, n° 92-45115, préc.

intervenir qu'après la réalisation de celle-ci. Depuis, la Chambre sociale n'a de cesse de rappeler que la rupture amiable du contrat de travail n'est pas une transaction⁴³⁷.

570. En pareil cas, il revient alors au juge le soin de contrôler la véritable nature de l'acte de rupture en usant, si nécessaire, de son pouvoir de requalification⁴³⁸ comme cela a été le cas dans un arrêt rendu le 23 septembre 2003 par la Chambre sociale de la Cour de cassation⁴³⁹. En l'espèce, un acte prévoyant la rupture du contrat de travail d'un salarié, ainsi que les conséquences pécuniaires de celle-ci, avait été conclu. Le salarié, faisant valoir que l'acte en question était en réalité une transaction, avait saisi le Conseil des Prud'hommes d'une demande en nullité de cette dernière et d'une demande en paiement de diverses sommes. Débouté par les juges du fond, le salarié avait formé un pourvoi en cassation aux motifs que l'acte par lequel l'employeur s'engage à verser diverses sommes au salarié à l'occasion de la rupture du contrat de travail et, par lequel, le salarié renonce à exercer toute action en justice, à l'encontre de son employeur, est une transaction ; que la transaction, mettant fin à toute contestation relative à la rupture du contrat, au moyen de concessions réciproques, ne peut intervenir qu'à la suite de la rupture du contrat et enfin que le fait de reprocher des faits matériels invérifiables, de convoquer le salarié à un entretien sans lui indiquer par avance la raison et de lui imposer de signer, le jour même de l'entretien, une convention prenant l'apparence d'une rupture amiable est une réticence dolosive exercée par l'employeur, qui en tant que violence morale, vicie le consentement du salarié. La Chambre sociale avait rejeté le pourvoi en indiquant que l'acte litigieux avait permis aux parties d'organiser « d'un commun accord les modalités de la cessation de leurs relations de travail », sans que soit apportée la preuve de l'existence du litige allégué, et que par conséquent « ladite convention constituait une résiliation conventionnelle du contrat de travail ».

571. Comme le souligne la Chambre sociale, les juges du fond ont été contraints d'interpréter la convention en raison de l'ambiguïté de ses termes. Ainsi, les termes étant reconnus comme tels, le salarié pouvait légitimement remettre en cause la

⁴³⁷ Soc, 16 mai 2000, n° 98-40238, préc.

⁴³⁸ C. CHARBONNEAU, « Contrôle de la qualification de la rupture négociée par le juge du fond », Cahiers sociaux, 2004, n° 156, p. 10.

⁴³⁹ Soc, 23 septembre 2003, n° 01-43185.

qualification de l'acte de rupture. Alors même que l'acte prévoyait le versement d'une « indemnité transactionnelle » en contrepartie de la renonciation à toute action en justice, ce qui laisse penser à des concessions réciproques révélatrices d'une transaction, les juges l'ont qualifié autrement. Ainsi, c'est en analysant les faits et en recherchant si les éléments de la transaction sont réunis que la qualification de l'acte de rupture est retenue, et ce en dépit des concessions réciproques semblant exister.

572. Cette espèce est révélatrice de l'insécurité pouvant entourer la qualification de l'acte de rupture une fois qu'il est conclu. Même si l'intention de l'employeur est honnête, le salarié a la possibilité de rechercher l'annulation de leur accord afin d'obtenir un avantage financier que l'acte ne lui conférait peut-être pas⁴⁴⁰. Mais cette insécurité ne vient pas toujours du salarié comme le met en évidence le présent arrêt. En effet, en l'espèce des concessions réciproques semblent avoir été consenties, ce qui suppose alors l'existence d'un acte transactionnel. Les juges du fond ont focalisé leur raisonnement sur la détermination des « modalités de la cessation » de la relation de travail sans prêter attention à cet élément permettant d'annuler la convention litigieuse.

§2 La sécurisation transactionnelle de l'accord de rupture

573. Le recours à l'acte transactionnel, suite à la résiliation amiable du contrat de travail représente un certain intérêt. Outre la prévention du contentieux, la transaction permet de sécuriser « l'après rupture amiable »⁴⁴¹. En effet, le régime juridique de la transaction étant davantage précisé que celui de la rupture d'un commun accord, son utilisation se révèle être plus sûre. Dès lors que les parties se réfèrent scrupuleusement aux dispositions légales et prétorienne relatives à la transaction, la validité de cet acte juridique est acquise. Ce qui rend l'acte transactionnel attractif pour l'employeur et le salarié qui n'ont que peu de certitudes en ce qui concerne la validité de la résiliation amiable qu'ils ont conclue. En effet, la Chambre sociale ne semble pas avoir terminé

⁴⁴⁰ F. HEMADACHE, préc.

⁴⁴¹ P. PUIG, « Transaction : atouts et risques », LPA, 2009, n° 241, p. 29.

son travail d'interprétation permettant d'élaborer le régime juridique de l'acte de rupture issu de l'article 1134 du Code civil. Alors que la construction prétorienne du régime juridique de la transaction semble être plus avancée et donc plus certaine.

574. La doctrine accueille favorablement la transaction qui « présente, à la fois, les avantages du contrat et la finalité pacificatrice d'un mode de règlement des litiges »⁴⁴². Créée par la seule volonté des parties, la transaction se révèle être l'acte juridique le plus à même de connaître les intérêts divergents des cocontractants et de les préserver. De plus, il se conjugue à merveille avec la rupture amiable du contrat de travail puisqu'il est, lui aussi, un moyen d'écarter le recours au juge.

575. Son utilisation en droit du travail permet de rééquilibrer la situation existante entre l'employeur et le salarié. Ne pouvant exister sans concessions réciproques⁴⁴³, la transaction assure une conciliation optimale des intérêts des partenaires contractuels, les plaçant ainsi sur un pied d'égalité. En effet, la seule caractérisation d'une concession réciproque ne suffit pas à entraîner la qualification de transaction⁴⁴⁴. Encore faut-il que la concession ne soit pas dérisoire⁴⁴⁵ au regard de celle consentie par l'autre partie, sans toutefois qu'il soit nécessaire qu'elles aient une même importance⁴⁴⁶. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que la transaction n'évite pas toujours le recours au juge. Dès l'instant où le litige naît d'un élément non prévu par l'acte en question, et ce en dépit de l'engagement à renoncer à toute action de l'une des parties, le recours au juge reste possible.

576. En tout état de cause, le recours à l'acte transactionnel permet de sécuriser la rupture d'un commun accord du contrat de travail en prévoyant par avance le règlement d'un litige pouvant naître à la suite de la rupture du contrat. Les parties devront prendre garde à ne pas mettre fin, au moyen de la transaction, à un différend existant au moment de la

⁴⁴² G. DEHARO, « La transaction : sécurité et confidentialité ? », LPA, 2008, n° 201, p. 7

⁴⁴³ Soc, 8 juillet 1992, n° 89-411.

⁴⁴⁴ B. PONS, Contrat de transaction, solutions transactionnelles, Dalloz, 1ère éd. p. 116 et s.

⁴⁴⁵ Soc, 28 novembre 2000, n° 98-43635, préc. : Une indemnité transactionnelle dont le montant est dérisoire n'est pas une concession réciproque.

⁴⁴⁶ Soc, 13 mai 1992, n° 89-40844, Bull. civ. V. n° 307, p. 192.

rupture afin que la validité même de la résiliation amiable du contrat ne soit pas remise en cause. Si la transaction est rédigée de façon précise et prévoit l'ensemble des litiges pouvant apparaître, les parties se prémunissent de tout recours au juge. Ainsi, la rupture amiable du contrat de travail demeure l'affaire des seules parties au contrat.

Section 2 La potentielle dangerosité de la rupture conventionnelle du contrat de travail

577. La rupture conventionnelle a été pensée comme un acte devant assurer, avec efficacité, la sécurité de la rupture du contrat de travail. Ce but est atteint en ce qui concerne un grand nombre d'éléments procéduraux. Toutefois, la rupture conventionnelle représente un certain danger (§1) et de déséquilibre (§2).

§1 Une source d'insécurité

578. La rupture conventionnelle du contrat de travail peut se révéler être une source d'insécurité, notamment en ce qui concerne la procédure d'homologation (A), ou d'incertitude (B) et ce, en dépit de la volonté des partenaires sociaux. Le travail d'interprétation effectué par la Chambre sociale de la Cour de cassation participe parfois de ce climat (C).

A. L'insécurité de la procédure d'homologation

579. Tout d'abord, la procédure d'homologation de la convention de rupture conventionnelle se révèle être incertaine. En effet, l'étendue du contrôle devant être effectué n'étant pas déterminée, une marge d'appréciation importante est ainsi laissée à l'autorité administrative compétente. Dès lors qu'une certaine liberté est laissée à l'autorité administrative, celle-ci a la possibilité de choisir l'intensité du contrôle qu'elle

doit exercer. Le contrôle peut ainsi être minimal, permettant dès lors aux conventions « suspectes » d'être homologuées, ou maximal, à la suite duquel seules les conventions irréprochables, en tout point, obtiendront l'homologation⁴⁴⁷.

580. Une telle situation peut alors créer des inégalités de traitement pouvant engendrer des conséquences de divers ordres. Supposons que la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur décide d'effectuer des contrôles approfondis de toutes les conventions qui lui sont présentées, en contactant, par exemple, les salariés afin de s'assurer de l'intégrité de leur consentement alors que son homologue de la région Languedoc-Roussillon procède à un contrôle « superficiel » du dossier. Dans ce cas, les conventions ne subiront pas le même examen et pourront être homologuées alors même qu'elles ne satisfont pas aux mêmes exigences. Ainsi, le salarié victime de violences psychologiques, dont la convention de rupture conventionnelle a été transmise à la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi de la région Languedoc-Roussillon, n'aura que peu de chance qu'elle soit rejetée et devra, le cas échéant, saisir le Conseil des Prud'hommes. Ainsi, le choix opéré par chaque autorité compétente engendre deux risques distincts.

581. Le premier est celui de la non-homologation. Ce risque est connu par les parties dès l'envoi de la convention de rupture à l'autorité administrative et peut être réduit par le respect scrupuleux de la procédure. Ce n'est pas tant ce probable refus d'homologation qui est critiquable que la différence de traitement possible. En effet, une convention peut être jugée irrecevable par une autorité administrative alors même qu'elle aurait été homologuée si elle avait été soumise au contrôle d'une autre. Dans une telle situation, aucune sécurité n'est alors conférée aux parties qui ne peuvent se prévaloir de la décision rendue par une autorité administrative autre que celle géographiquement compétente pour examiner leur convention.

582. Le second risque est celui du recours juridictionnel lorsque l'homologation a été délivrée alors même que le consentement du salarié a été atteint. Dans cette hypothèse, si le contrôle effectué n'a pas permis de mettre en évidence le vice du consentement, la

⁴⁴⁷ L. CHICHEPORTICHE, préc.

partie qui en est victime n'a d'autres choix que de saisir la juridiction compétente pour demander l'annulation de la rupture conventionnelle. Dès lors, la procédure d'homologation ne permet pas d'assurer la sécurité de la rupture du contrat de travail.

583. La procédure de réalisation de la convention étant très encadrée, il aurait été préférable qu'il en soit de même pour la procédure d'homologation. Afin de rendre la rupture conventionnelle attractive, les parties à la convention de rupture ont, à leur disposition, des formulaires leur permettant de faire l'économie d'une rédaction laborieuse et imprécise de la convention. Ainsi, il aurait été souhaitable que l'instruction de la convention d'homologation se fasse, à l'instar de la rédaction de la convention de rupture, au moyen de formulaires communs à toutes les Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi. Cette uniformisation procédurale aurait ainsi permis d'amoindrir la source d'insécurité relative à la liberté d'appréciation de chacune des autorités administratives.

584. Depuis le 1^{er} juillet 2010, les Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi ont remplacé les Directions départementales du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle. Cette substitution a permis l'harmonisation, à l'échelle régionale, de la procédure d'instruction de la demande d'homologation. Alors qu'auparavant, les disparités étaient de l'ordre départemental.

585. Ainsi, la procédure d'homologation voulue comme un moyen de sécuriser la procédure de rupture conventionnelle du contrat de travail présente une faille importante. En l'état actuel, la nécessaire homologation complexifie la procédure de rupture conventionnelle en ne permettant pas à l'autorité compétente d'exercer un contrôle efficace sur le consentement des salariés. En effet, le nombre de rupture conventionnelle croît chaque année tandis que le nombre d'agents administratifs reste constant et le délai d'instruction inchangé. De ce fait, le contrôle est, dans la majorité des cas, peu approfondi. Par conséquent, les espèces soumises à la juridiction prud'homale font apparaître des vices du consentement face auxquels les juges sont démunis⁴⁴⁸.

⁴⁴⁸ S. CANADAS-BLANC, « La loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail : un nouvel équilibre entre flexibilité et sécurité ? », préc.

B. Une convention de rupture au sort incertain

586. La seconde source d'insécurité est issue de l'imprécision concernant le sort d'une convention non soumise à l'homologation. Certes, la convention ne peut alors produire d'effets et par conséquent ne peut emporter la rupture du contrat de travail. Mais les parties s'étant entendues sur la cessation de leur relation contractuelle, la volonté de mettre fin au contrat de travail est toujours présente. Il est possible que la convention n'ait pas été soumise au contrôle de l'autorité administrative en raison de la renonciation des parties. Dans ce cas, le projet de rupture du contrat de travail est abandonné. Il est toutefois possible que la convention ne soit pas soumise à l'homologation alors que le projet de rupture du contrat de travail est toujours d'actualité. Dans ce cas, il paraît logique que la rupture conventionnelle se transforme en rupture amiable⁴⁴⁹. Ainsi, la volonté de rompre la relation contractuelle s'exprimerait et permettrait d'accéder au but recherché initialement par la procédure de rupture conventionnelle.

587. Or, une telle substitution aurait pour effet de nier la volonté législative, ainsi que celles des partenaires sociaux, de créer un nouvel acte de rupture autonome et complémentaire de ceux existants⁴⁵⁰. Dès lors, il semble plus prudent, de suivre le raisonnement de M. Gilles Auzero. Cet auteur considère que la convention non soumise à l'homologation doit subir le même sort que celle qui n'a pas été homologuée et ce pour deux raisons. Tout d'abord, l'adage *Specialia generalibus derogant* fait échec à la régression de la règle spéciale. Ensuite, ni la loi ni les multiples circulaires de la Direction Générale du Travail ne prévoient une telle transformation. En considérant que la convention de rupture non soumise à l'homologation ne peut muter en rupture amiable, le libre choix de la procédure de rupture offert aux parties est préservé.

⁴⁴⁹ La citation d'Aristote « Qui peut le plus peut le moins » traduit parfaitement l'hypothèse envisagée. La procédure de rupture conventionnelle est bien plus complexe que la rupture amiable du contrat de travail. Ainsi, si les parties sont parvenues à élaborer une convention de rupture respectueuse des impératifs procéduraux, elles peuvent aisément conclure une rupture amiable dénuée de toute difficulté en raison de l'absence de procédure.

⁴⁵⁰ G. AUZERO, « La rupture conventionnelle du contrat de travail : l'illusion de la sécurisation », préc.

C. Le risque d'insécurité prétorienne

588. Le salarié, dont le contrat est suspendu à la suite d'un accident de travail ou d'une maladie professionnel, est protégé contre la rupture unilatérale de son contrat de travail durant la période de suspension⁴⁵¹. Dès lors qu'il est déclaré apte à la reprise de son travail, cette protection cesse. Toutefois il est des cas, comme en témoigne un arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 28 mai 2014⁴⁵², à mi-chemin entre l'aptitude et l'inaptitude. L'espèce ayant été présentée précédemment, seuls les éléments nécessaires à la présente démonstration vont être repris : une salariée, victime d'un accident de travail, est déclarée apte avec réserves, lors du second examen médical, à la reprise de son emploi. Peu de temps après, l'inspecteur du travail homologue, après deux refus, la convention de rupture conventionnelle conclue précédemment par la salariée et son employeur. Cette dernière saisit alors la juridiction compétente de diverses demandes, dont notamment une demande tendant en l'annulation de la convention de rupture du contrat de travail. Déboutée par les juges du fond, elle forme un pourvoi en cassation en soutenant, entre autre, que la rupture conventionnelle implique que les parties aux contrats de travail « aient été pleinement informées de leurs droits et que ceux du salarié aient été préservés ». La Chambre sociale de la Cour de cassation approuve le raisonnement tenu par la Cour d'appel d'Aix en Provence en indiquant « qu'ayant relevé que la salariée n'invoquait pas un vice du consentement et constaté l'absence de fraude de l'employeur la cour d'appel a, sans inverser la charge de la preuve, légalement justifié sa décision ».

589. Cette décision peut paraître étonnante au regard des dispositions législatives protectrices établies en faveur du salarié. En effet, selon l'article L. 1226-10 du Code du travail, l'employeur doit proposer « un autre emploi approprié » au salarié déclaré inapte à la reprise de son emploi. Et s'il ne peut satisfaire à son obligation de reclassement, l'employeur peut rompre le contrat de travail après avoir informé le salarié des raisons ne lui permettant pas de bénéficier d'un reclassement⁴⁵³. Or la

⁴⁵¹ Article L. 1228-6 du Code du travail.

⁴⁵² Soc, 28 mai 2014, préc.

⁴⁵³ Article L. 1226-12 du Code du travail.

décision de la Chambre sociale de la Cour de cassation semble faire disparaître la protection ainsi accordée au salarié déclaré inapte ou apte avec réserves.

590. En effet, le recours à la rupture conventionnelle permet à l'employeur de se soustraire à son obligation de reclassement en n'ayant pas à rechercher si un nouveau poste de travail adapté au salarié est envisageable. En ayant recours à cet acte de rupture, l'employeur passe outre l'obligation législative qui lui est faite en recherchant directement la rupture du contrat de travail, rupture à laquelle le salarié doit consentir. Les dispositions de l'article L. 1226-12 du Code du travail ne visent que le cas de rupture à l'initiative de l'employeur, ce qui semble avoir permis à la Haute juridiction de rejeter le pourvoi formé par la salariée. Cependant, cette solution pourrait se révéler dangereuse si elle était appliquée en cas d'inaptitude totale à la reprise de l'emploi.

591. Comme le souligne Mme Lardy-Pelissier⁴⁵⁴, le salarié déclaré inapte ne peut négocier la rupture de son contrat de travail en raison des règles protectrices établies par le Code du travail à son égard. Cela induit donc l'exclusion de la procédure de rupture conventionnelle pouvant être utilisée, par l'employeur, comme moyen de contourner « les règles impératives permettant de protéger la santé du salarié ». L'auteur en déduit donc que la rupture conventionnelle ne peut être envisagée que dans les cas prévus par l'article L. 1226-12 du Code du travail.

592. Toutefois, une telle proposition consiste à considérer que la rupture conventionnelle est toujours d'initiative patronale alors même que la disposition législative précise que « l'employeur ne peut rompre » sans préciser si le salarié a la faculté de démissionner. Or l'initiative de la rupture conventionnelle étant sans importance, il semble difficile de dissocier les cas dans lesquels elle interviendrait à l'initiative de l'employeur de ceux dans lesquels elle interviendrait à l'initiative du salarié. Afin d'éviter tout risque de contournement de l'obligation de reclassement, il serait nécessaire que le juge analyse les conditions dans lesquelles la rupture conventionnelle a été conclue afin d'écarter toute fraude à la législation protectrice du salarié dont le caractère impératif n'est plus à démontrer.

⁴⁵⁴ B. LARDY-PELISSIER, « Rupture conventionnelle : un raisonnement classique, mais imparfait », RDT, 2014, p. 622.

593. Si une telle solution venait à être généralisée à l'ensemble des espèces relatives à l'inaptitude ou à l'aptitude avec réserves, la rupture conventionnelle permettrait à l'employeur de se soustraire à l'obligation de reclassement qui lui incombe. Dès lors, la protection législative accordée au salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle serait amoindrie par le recours à l'acte conventionnel de rupture.

§2 Une source de déséquilibre

594. Nous n'avons eu de cesse de rappeler que la relation « travailliste » est, par essence, déséquilibrée au profit de l'employeur. La procédure de rupture conventionnelle tend à rééquilibrer cette relation, en positionnant de façon égalitaire l'employeur et le salarié qui décident de s'entendre sur la rupture de leur lien contractuel, tout en portant en elle les germes du déséquilibre naturel de la relation.

595. Même si le rapport de force existant entre l'employeur et le salarié est amoindri par la procédure mise en place par le législateur et les signataires de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008, la liberté de consentement du salarié n'est pas efficacement assurée, ce qui le place à nouveau dans un état de faiblesse. Le salarié, en demeurant la partie faible au contrat de travail, peut consentir à la rupture conventionnelle proposée par son employeur alors même qu'il y était initialement opposé. L'employeur n'a pas besoin d'exercer de nombreuses menaces pour obtenir l'aval du salarié. Une simple « discussion informative » sur les avantages financiers représentés par la rupture conventionnelle, suivie éventuellement d'une « mise au placard » de quelques jours en cas d'opposition trop violente, permettront d'obtenir l'adhésion du salarié au projet de cessation amiable de la relation contractuelle. Ainsi, même si l'intégrité du consentement du salarié est assurée par la procédure de rupture conventionnelle, l'employeur a la possibilité de le convaincre, de façon active, de consentir à la rupture du contrat de travail. Alors même que le salarié, lorsqu'il est à l'origine de la procédure, n'a que peu de moyens d'obtenir le consentement de son employeur.

596. En définitive, la procédure issue de la loi du 25 juin 2008 ne fait pas cesser le déséquilibre existant, dès la conclusion du contrat de travail, entre l'employeur et le salarié. Même si tout est mis en œuvre pour assurer l'intégrité du consentement du salarié et détecter tout vice de consentement, le seul fait de recourir à l'acte consensuel de rupture déséquilibre la relation en ne permettant pas au salarié de pouvoir négocier la cessation de la relation contractuel avec autant d'aplomb que l'employeur.

Chapitre 2 Le besoin de perfectionnement des accords de rupture du contrat de travail

597. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2008, portant modernisation du marché du travail, les parties au contrat de travail ont deux actes de rupture consensuelle à leur disposition. La rupture amiable et la rupture conventionnelle permettent, toutes deux, de résilier la relation contractuelle créée par l'employeur et le salarié sans pour autant avoir le même champ d'application, ni le même régime juridique.

598. La première présente l'avantage d'être beaucoup plus souple et plus rapide que la seconde. Et ce, en raison de l'absence de procédure qui permet aux parties au contrat de travail de décider de rompre leur relation et de procéder à la rupture dans le même instant. La rupture conventionnelle, assurant la protection des consentements, se révèle donc être plus lente et plus contraignante. Mais ces « inconvénients » sont contrebalancés par les avantages sécuritaires qu'elle représente. Face aux avantages que la rupture conventionnelle représente, la rupture amiable issue de l'article 1134 du Code civil est aujourd'hui sur la sellette (**Section 1**), ce qui met en évidence le besoin de perfectionnement de la rupture conventionnelle (**Section2**).

Section 1 La disparition annoncée de la rupture amiable en matière de contrat de travail à durée indéterminée

599. La rupture consensuelle du contrat de travail peut être obtenue en mettant en œuvre soit la rupture amiable, soit la procédure de rupture conventionnelle. Dans les deux cas, le contrat pourra être rompu sans que les mêmes garanties soient offertes aux parties. Cette dualité pose la question de son opportunité.

600. En effet, quel est l'intérêt pour l'employeur et le salarié d'avoir à leur disposition deux actes différents visant le même but ? Le premier, emprunté à la technique civiliste, est peu contraignant du fait qu'il repose, essentiellement, sur la volonté conjointe des parties. Le second impose le respect d'une procédure stricte permettant, du moins dans l'esprit, de protéger le salarié tout en lui permettant de s'impliquer dans la procédure de rupture de son contrat de travail.

601. Tout un chacun l'aura compris, le recours à la rupture conventionnelle est bien plus avantageux pour le salarié, mais aussi pour l'employeur qui se prémunit de tout risque d'actions contentieuses dès lors que la procédure aura été scrupuleusement respectée. De plus, la rupture conventionnelle prend une ampleur considérable rendant ainsi la rupture amiable marginale. De ce fait, il est possible de se demander si cet acte de rupture a encore une utilité en droit du travail.

602. Son acceptation fut longue et laborieuse du fait de son origine civile envisagée par certains auteurs comme une remise en cause de l'autonomie du droit du travail⁴⁵⁵. Mais son abandon ne risque-t-il pas d'être plus rapide ? La création de la rupture conventionnelle aurait pu remettre en cause l'utilisation de la rupture amiable. Une interprétation de l'article 12 de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008, ainsi que celle de l'article L. 1237-11 du Code du travail, permettent d'envisager la négation de la rupture amiable. En effet, l'article 12 de l'Accord National Interprofessionnel précise que la création de la rupture conventionnelle ne doit pas « remettre en cause les modalités de rupture existantes du CDI ». Ces modalités étant

⁴⁵⁵ J.-Y. FROUIN, « Les ruptures à l'initiative du salarié et le droit de la rupture du contrat de travail », préc.

prévues par l'article L. 1231-1 du Code du travail, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2008, il est nécessaire d'en apprécier la teneur pour comprendre la portée de l'article 12 de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008. Cette disposition du Code du travail prévoyait que « le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié ». Aucune précision n'était alors faite quant au recours à l'acte amiable de rupture. Dès lors, les seules modalités de rupture du contrat de travail à durée indéterminée étaient le licenciement et la démission. Ainsi, l'entrée en vigueur de la rupture conventionnelle ne pouvait remettre en cause l'existence de l'un de ces actes de ruptures. Mais qu'en était-il de la rupture amiable ?

603. Même si la résiliation amiable du contrat de travail est possible, l'ensemble des dispositions du Code du travail garde le silence à son sujet. Seuls les articles L. 1243-1 et L. 6222-18 mentionnent de façon explicite la possible rupture du contrat de travail à durée déterminée et du contrat d'apprentissage par l'accord des parties. Ainsi, la rupture conventionnelle ne pouvant concerner cette catégorie de contrat, elle ne peut nier l'existence de la rupture amiable qui demeure, dès lors, le seul acte de rupture envisageable. Les choses sont, toutefois, bien différentes en présence d'un contrat de travail à durée indéterminée. Même si la rupture amiable est possible, il semble que la rédaction de l'article 12 de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 traduise la volonté de mettre un terme à l'emprunt civiliste.

604. La nouvelle rédaction de l'article L. 1231-1 du Code du travail conforte cette idée. Si le législateur s'en était tenu à une telle formulation « le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié » ou d'un commun accord », le recours à la rupture amiable aurait été possible. Mais en précisant que le contrat peut ainsi être rompu « dans les conditions prévues par les dispositions du présent titre », le législateur exclut l'utilisation de la résiliation d'un commun accord puisque cette dernière n'est pas mentionnée par les dispositions du titre visé. La rupture conventionnelle aurait donc été envisagée comme un nouveau mode de rupture du contrat de travail ne pouvant concurrencer les deux modes unilatéraux de rupture et reléguant l'acte de rupture issu du droit commun au second plan en le cantonnant aux seules ruptures de contrat de travail à durée déterminée. L'absence de précisions quant à la rupture amiable signifie-t-elle que la rupture conventionnelle a vocation à se

substituer à celle-ci ? Que cette dernière doit céder le pas à la création législative ? Il est vrai que la création d'un outil propre au droit du travail peut remettre en cause le recours à un outil issu du droit commun. Ne dit-on pas que ce qui est spécial déroge à ce qui est général ? En tout état de cause, en l'absence de précision, tant de la part des partenaires sociaux que du législateur, l'existence de la rupture amiable en droit du travail n'a pas été remise en cause par l'entrée en vigueur de la rupture conventionnelle.

605. Toutefois, dès l'entrée en vigueur de la loi de modernisation du marché du travail, certains auteurs ont annoncé la fin de la rupture amiable du contrat de travail. M. Gérard Couturier⁴⁵⁶ a été le premier à affirmer que la rupture conventionnelle allait se substituer à la rupture amiable. L'auteur pense en effet que la volonté n'était pas de « mettre en place un dispositif particulier de rupture amiable s'ajoutant à d'autres ». Ainsi, la création d'un régime propre à ce nouvel acte de rupture insinuait la substitution que la rupture conventionnelle devait opérer.

606. Il aura fallu pas moins de six années pour que la Chambre sociale de la Cour de cassation se prononce sur l'éventuelle substitution de la rupture conventionnelle à la rupture amiable. En témoigne un arrêt rendu le 15 octobre 2014⁴⁵⁷. En l'espèce, un document emportant la rupture du contrat de travail a été signé par une salariée et son employeur. Cette dernière a, par la suite, saisi le Conseil des Prud'hommes afin que la rupture soit considérée comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse et pour demander le paiement de diverses sommes. Les juges du fond accueillent favorablement ses demandes. L'employeur se pourvoit alors en cassation en soutenant que les parties peuvent décider de rompre d'un commun accord le contrat de travail qui les lie sans avoir à respecter la procédure de rupture conventionnelle dès lors qu'elles ont décidé de ne pas recourir à cet acte de rupture et que la contestation de la qualification de la rupture amiable ne peut se faire qu'en cas de vice du consentement. La Chambre sociale de la Cour de cassation rejette le pourvoi en indiquant que « la rupture du contrat de travail par accord des parties ne peut intervenir que dans les conditions prévues » par l'article L. 1237-11 du Code du travail.

⁴⁵⁶ « Des interrogations plus encore sur le domaine que sur le régime », Entretien avec Gérard Couturier, SSL, 2008, n° 1356, p. 6.

⁴⁵⁷ Soc, 15 octobre 2014, n° 11-22251, arrêt n° 1795.

607. Ainsi, la rupture amiable du contrat de travail semble être exclue en cas de rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée. Les juges du fond ne l'expriment, toutefois, pas de façon aussi claire. Ils précisent que l'article L. 1231-1 du Code du travail prévoit que la rupture peut être obtenue par licenciement, démission ou par le commun accord des parties. Or les termes de « commun accord » ainsi employés ne font pas référence à la rupture amiable prévue par l'article 1134 du Code civil. Le contraire aurait été, par ailleurs, étonnant puisque l'insertion de ces termes dans l'article L. 1231-1 du Code du travail est la conséquence directe de l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail.

608. Ainsi, la Chambre sociale jongle avec les différentes dénominations que peut avoir la rupture amiable du contrat de travail. En indiquant que « la rupture du contrat de travail par accord des parties ne peut intervenir que dans les conditions prévues » par l'article L. 1237-11 et suivants du Code du travail, la Haute juridiction ne remet pas véritablement en cause l'existence de la rupture amiable⁴⁵⁸. Elle soumet seulement cet acte de rupture à la procédure de rupture conventionnelle, ce qui revient en réalité à transformer toute rupture amiable en rupture conventionnelle dès lors que la rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée est recherchée. La rupture amiable est alors possible dès lors que la rupture conventionnelle ne peut trouver à s'appliquer.

609. Cette décision permet ainsi d'accorder une plus grande protection au salarié. En effet, la rupture amiable ne protège le salarié qu'en cas de vice du consentement, sans lui conférer de véritables avantages contrairement à la rupture conventionnelle. En imposant le respect de la procédure de la rupture conventionnelle, la Chambre sociale amoindrit la place occupée par la rupture amiable en matière de rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée. Ainsi, l'employeur et le salarié se trouvent privés de la possibilité de rompre rapidement leur relation contractuelle, ce qui est dommageable lorsqu'ils se sont parfaitement entendus sur le principe de rupture et n'ont aucune mauvaise motivation.

610. En définitive, la Chambre sociale met en place une certaine logique en ne laissant exister qu'un seul acte de rupture d'un commun accord par catégorie de contrat de

⁴⁵⁸ B. INES, « Fin de l'accord de rupture amiable de droit commun en droit du travail », Dalloz actualité, 3 novembre 2014.

travail. Dès lors que la résiliation amiable d'un contrat de travail à durée déterminée sera recherchée, les parties devront recourir à la rupture amiable issue de l'article 1134 du Code civil. Alors qu'en cas de rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée, les parties devront se soumettre à la procédure de rupture conventionnelle. Ce cloisonnement présente un avantage considérable pour les parties qui n'auront plus à déterminer quel acte de rupture consensuel est le plus approprié à leur situation.

611. Cela permet aussi à la rupture conventionnelle de devenir un acte attractif permettant de rassurer les employeurs quant à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée, cette assurance les incitant à recourir à l'embauche sous contrat de travail à durée indéterminée ce qui est, ni plus ni moins, qu'une façon de moderniser le marché du travail et de relancer l'activité économique.

Section 2 Des modes amiables de rupture perfectibles

612. La rupture amiable, même si son avenir est incertain, et la rupture conventionnelle ont besoin d'être améliorées afin d'assurer la paisibilité de la rupture tout en accordant une protection, conformément aux dispositions du Code du travail, au salarié. En ce qui concerne la rupture amiable, si son utilisation en droit du travail a vocation à perdurer, il serait opportun que le législateur intervienne afin de consacrer les décisions prétoriques ayant modelé son utilisation (§1). Quant à la rupture conventionnelle, il est aujourd'hui possible de pointer du doigt les maladresses procédurales qui contreviennent au désir initial de sécurisation de la rupture (§2).

§1 Les améliorations de la rupture amiable du contrat de travail

613. Le cas de la rupture amiable est bien différent de celui de la rupture conventionnelle. Le Code du travail énonce son existence, ainsi que son utilisation pour rompre un contrat de travail à durée déterminée ou un contrat d'apprentissage, mais ne prévoit à aucun moment son régime juridique. Il est nécessaire de préciser que les termes de

« rupture amiable » ou de « résiliation amiable » ne sont pas employés. Le législateur a préféré le terme « d'accord », peut être pour que le lecteur peu averti comprenne en un instant comment le contrat à durée déterminée et le contrat d'apprentissage peuvent être rompus. Si telle a été son intention, il faut le féliciter de se mettre à la portée des parties au contrat de travail. Ce choix est sans doute dû à l'absence de régime juridique à proprement parler.

614. En effet, c'est l'accord des parties qui permet, en tant qu'émanation de leur liberté contractuelle et consensuelle, de mettre un terme au contrat de travail. Aucune condition de forme n'étant prévue, le seul échange verbal suffit à former la rupture amiable de la relation contractuelle. Par conséquent, la rupture du contrat de travail peut-être réalisée sans qu'aucun acte juridique ne soit rédigé. Dès lors que l'on parle de rupture ou de résiliation d'une convention, on fait référence à un acte juridique. Cela n'étant pas le cas en matière de rupture d'un commun accord du contrat de travail, le choix du législateur met en évidence la liberté caractéristique de l'accord de rupture prévue par l'article 1134 du Code civil.

615. La Chambre sociale de la Cour de cassation s'est efforcée de poser les jalons permettant à la résiliation d'un commun accord de s'adapter à la relation « travailliste ». Le but de l'emprunt à la matière civile n'étant pas de priver le salarié des garanties que lui accorde le Code du travail, il a été nécessaire de concilier les deux. C'est dans ce but que la Haute juridiction a, par exemple, interdit la rupture amiable durant une période de suspension du contrat de travail dès lors que l'employeur en est à l'origine⁴⁵⁹. Toutefois, en permettant au salarié d'initier la rupture d'un commun accord de son contrat de travail, la Chambre sociale de la Cour de cassation offre à l'employeur un moyen de contourner l'interdiction qu'elle a, elle-même, édictée. Si le salarié a la possibilité d'envisager la rupture amiable, l'employeur peut être tenté de le contraindre afin de déguiser son initiative en initiative salariée. Il aurait été plus judicieux soit d'interdire la rupture amiable durant la période de suspension, auquel cas l'article L. 1226-9 du Code du travail devrait être modifié, soit de l'autoriser sans prendre en considération la qualité de l'initiateur et en précisant les modalités devant être respectées afin de préserver l'intégrité du consentement du salarié.

⁴⁵⁹ Soc, 4 janvier 2000, n° 97-44566, préc.

616. En n'imposant aucune condition formaliste, la Chambre sociale a, sans doute, voulu faciliter la rupture amiable et lui conférer une certaine attractivité. Sauf que cette liberté peut, en cas de conflit entre l'employeur et le salarié, se révéler préjudiciable. Comment la rupture amiable pourrait-elle être remise en cause devant une juridiction prud'homale alors même qu'aucun élément matériel ne prouve son existence ? Il serait appréciable que les conditions de forme soient explicitement prévues afin de protéger les parties au contrat de travail. Ne dit-on pas que les paroles s'envolent mais que les écrits restent ? Le cas de la rupture amiable est une parfaite illustration de cet adage.

617. Même si l'usage de la rupture amiable a été vivement critiqué par une partie de la doctrine, il est nécessaire de reconnaître son utilité. Cet emprunt n'ayant, à aucun moment, remis en cause l'autonomie du droit du travail, le législateur aurait dû prévoir une procédure adaptée à la matière « travailliste ». Même si l'emprunt au droit commun de cet accord de rupture est appréciable, le manque de précisions quant à son utilisation et à ses effets se révèle préjudiciable. La matière « travailliste » étant caractérisée par un déséquilibre entre les parties au contrat de travail, la législation sociale s'efforce, avec l'aide de la Chambre sociale de la Cour de cassation, d'assurer la protection du salarié qui se trouve placé, en raison de l'existence du lien de subordination, dans une situation peu avantageuse par rapport à celle de son employeur⁴⁶⁰. Ainsi tout emprunt au droit commun des contrats doit faire l'objet d'une appréhension législative afin de ne pas se démarquer de l'esprit des dispositions du Code du travail.

618. Ce n'est pas parce que le *mutuus dissensus* s'intègre parfaitement dans le droit commun des contrats qu'il en est de même en droit du travail. La spécificité de la relation contractuelle entre un employeur et un salarié impose que la rupture empruntée au droit commun soit précisée, aménagée. Une règle d'ordre général ne peut trouver à s'appliquer dans un domaine spécialisé qu'à condition d'être aménagée aux spécificités de la matière. C'est pourquoi la rupture amiable du contrat de travail a, aujourd'hui encore et en dépit de travail prétorien effectué, besoin d'une intervention législative lui permettant de devenir un acte de rupture de même ampleur que la rupture conventionnelle.

⁴⁶⁰ C. PIZZIO-DELAPORTE, « La particulière vulnérabilité du salarié », JCP S, 2014, 1222, n° 22.

619. La récente décision de la Chambre sociale de la Cour de cassation, cantonnant la rupture amiable aux seules ruptures de contrats à durée déterminée, ne laisse que peu d'espoir quant à l'avenir de cet acte de rupture. De deux choses l'une, soit la rupture amiable cesse d'être utilisée en matière « travailliste », soit elle est cantonnée aux seuls contrats à durée déterminée. Dans la première hypothèse, il serait opportun que la décision soit rapidement prise afin d'éviter que le flou entourant ce mode de rupture perdure encore durant quelques années. Si la volonté prétorienne est de faire disparaître la rupture d'un commun accord, une quelconque intervention mettant en place son régime juridique est inutile. Dans la seconde hypothèse, une détermination précise du régime juridique de la rupture amiable, même limitée au contrat de travail à durée déterminée, serait nécessaire afin que les parties au contrat soient en mesure d'y recourir sans risquer de connaître les méandres contentieux.

620. Toutefois, la place donnée à la rupture conventionnelle du contrat de travail ne semble pas remettre, du moins pour l'instant, en cause l'existence même de la rupture amiable. Les parties ne pouvant y recourir qu'en cas de contrat de travail à durée indéterminée, le champ d'application de cet acte de rupture se trouve limité. De plus, le recours au contrat de travail à durée déterminée ne cesse de progresser : plus de 83 % des contrats de travail conclus en 2013 sont des contrats de travail à durée déterminée⁴⁶¹. Tant que cette tendance ne s'inverse pas, l'utilité de la rupture amiable ne devra pas être négligée.

621. En définitive, la rupture amiable du contrat de travail semble avoir de beaux jours à vivre, ce qui devrait inciter son perfectionnement. Cependant, ce dernier ne risque-t-il pas de conforter le choix des employeurs d'embaucher sous contrat à durée déterminée ? Les améliorations de la rupture amiable doivent se faire sans pour autant conduire à un vulgaire « copier-coller » de la procédure de rupture conventionnelle, auquel cas la dualité des actes amiables de rupture perdrait tout sens ce qui rendrait la disparition de la rupture amiable envisageable à la condition que le champ d'application de la rupture conventionnelle soit étendu.

⁴⁶¹ O. SAZERI, « Les mouvements de main d'œuvre au 3^{ème} trimestre 2013 », Dares indicateur, Février 2014, n° 9.

§2 Les nécessaires aménagements de la rupture conventionnelle du contrat de travail

622. En l'état actuel, la rupture conventionnelle se révèle être un acte de rupture efficace mais ne parvenant pas à atteindre l'objectif de sécurisation ayant conduit à sa création. Comme le montre les arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation, le consentement du salarié peut toujours être vicié alors même que des mécanismes de protection ont été mis en place. Ce constat fragilise donc l'objectif que les partenaires sociaux avaient fixé à ce mode de rupture amiable du contrat de travail au travers de l'article 12 de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008⁴⁶². La Chambre sociale de la Cour de cassation joue un rôle important puisqu'en se livrant à un « travail d'éclaircissement »⁴⁶³, elle tend à ce que la rupture conventionnelle atteigne le but qui lui a été fixé. Toutefois, en n'appliquant pas toujours la même ligne jurisprudentielle, elle fragilise le caractère sécuritaire de la rupture conventionnelle.

623. Il est des arrêts dans lesquels, elle applique de façon rigoureuse la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008, comme par exemple lorsqu'elle a indiqué que « l'article L. 1237-12 du Code du travail n'instaure pas de délai entre, d'une part l'entretien au cours duquel les parties au contrat de travail conviennent de la rupture du contrat et, d'autre part, la signature de la convention de rupture prévue à l'article L. 1237-11 du code du travail »⁴⁶⁴. Et il est des arrêts dans lesquels la Chambre sociale de la Cour de cassation s'écarte du texte législatif afin accroître la protection du consentement du salarié, comme le prouve la solution rendue le 6 février 2013⁴⁶⁵ par laquelle la remise d'un double de la convention de rupture au salarié est exigée sous peine de nullité.

⁴⁶² Article 12 de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 : le nouvel acte de rupture doit « sécuriser les conditions dans lesquelles l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie ».

⁴⁶³ G. AUZERO, « Rupture conventionnelle : la sécurisation en marche ! », préc.

⁴⁶⁴ Soc, 3 juillet 2013, préc.

⁴⁶⁵ Soc, 6 février 2013, n° 11-27000, préc.

624. Plusieurs éléments procéduraux se révèlent être contre-productifs, en ne permettant pas à la rupture conventionnelle d'être l'acte de rupture amiable du contrat de travail permettant de sécuriser la cessation de la relation contractuelle. Le délai de rétractation conféré aux parties dans le but d'assurer la liberté de leur consentement pourrait être autrement aménagé afin de remplir le rôle qui lui est donné **(A)**. La procédure d'homologation gagnerait en efficacité si elle était unifiée **(B)**.

A. L'aménagement du délai de rétractation

625. Le délai de rétractation offert par le Code du travail ne se révèle pas être aussi protecteur que les signataires de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 l'envisageaient. Une lecture peu approfondie de l'article L. 1237-13 du Code du travail peut conduire à un mauvais usage du droit offert aux parties **(1)** tandis que l'exercice de ce droit peut se révéler préjudiciable **(2)**.

1. Les précisions quant au délai de rétractation

626. Le troisième alinéa de l'article L. 1237-13 du Code du travail prévoit que chacune des parties dispose d'un délai calendaire de quinze jours pour exercer son droit de rétractation par « lettre adressée par tout moyen attestant de sa date de réception par l'autre partie ». Ainsi, la partie qui use de son droit ne semble pas disposer de quinze jours calendaires, ce délai comprenant en réalité l'exercice du droit de rétractation et l'expression de la rétractation. Même si la remise en main propre semble être possible, ce qui permet de ne pas trop réduire le délai conféré à la partie qui se rétracte en faisant l'économie du délai d'acheminement postal, cette solution est risquée. La partie qui se rétracte pourra être confrontée au refus, de l'autre partie, d'attester de la remise de la lettre, ce qui ne permettra pas à la rétractation d'être effectuée conformément aux

dispositions du Code du travail⁴⁶⁶. Dans une telle situation, la convention de rupture, si elle est homologuée, trouvera à s'appliquer⁴⁶⁷.

627. Ainsi, il serait opportun de modifier la procédure entourant l'exercice du droit de rétractation. Pour ce faire, inutile de modifier la durée du délai, seules les modalités d'exercice de ce droit devant être précisées. En ce qui concerne les formalités devant être accomplies durant le délai de quinze jours calendaires, une réécriture du troisième alinéa de l'article L. 1237-13 du Code du travail serait la bienvenue. Il suffirait de préciser qu'à compter de la signature de la convention, les parties disposent « d'un délai calendaire de quinze jours pour exercer [leur] droit de rétractation » et pour en informer l'autre partie. En ce qui concerne les formalités de remise de la lettre mentionnant la rétractation, la solution est moins aisée. Imposer son envoi par lettre recommandée avec avis de réception ne serait, sans doute, pas la meilleure des solutions. En effet, les délais postaux étant variables et les services fermés le dimanche, un tel envoi obligerait l'expéditeur à se soumettre à de savants calculs pour déterminer, de façon hypothétique, à quelle date la lettre doit être envoyée afin qu'elle soit reçue avant le terme du délai. La solution la plus judicieuse semble être celle de l'amélioration de l'expression du délai. Si le délai se décompte en jours ouvrés, la détermination de la date butoir d'envoi est plus aisée. Une autre possibilité est envisageable, celle de scinder en deux le délai de quinze jours calendaires. Une première période serait consacrée à la réflexion et à la prise de décision de rétractation tandis qu'une seconde période permettrait à la partie renonciatrice de porter sa décision à la connaissance de son partenaire. Ainsi, la décision de rétractation pourrait être prise durant les dix premiers jours suivants la signature de la convention et l'information de l'autre partie devrait se faire par lettre recommandée avec avis de réception dès le premier jour ouvré suivant l'expiration du premier délai.

⁴⁶⁶ D. BOULMIER, « Rupture conventionnelle : regard critique sur les procédures de rétractation et d'homologation », JCP S, 2010, 1306.

⁴⁶⁷ CA Riom, 18 janvier 2011, RJS 2011, n° 296 ; F. TAQUET, « Interdiction de conclure une rupture conventionnelle en cas de litige entre l'employeur et le salarié », RDT, 2011, p. 243.

2. Le danger de la rétractation

628. Le délai de rétractation prévu par l'article L. 1237-13 du Code du travail ne permet pas d'assurer de façon efficace la liberté de consentement du salarié. Si ce dernier use de son droit, il va mettre un terme à la procédure de rupture de son contrat de travail tout en se plaçant dans une situation peu confortable. En effet, dès lors que les deux parties au contrat de travail étaient consentantes pour rompre leur relation contractuelle, et que l'une d'elle se désiste, la relation qu'elles entretiennent risque de devenir houleuse et cette hypothèse ne semble pas avoir été prévue par les signataires de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008, ni par le législateur.

629. Dès lors que le salarié rétracte son consentement, la rupture du contrat de travail souhaitée par l'employeur ne peut avoir lieu. Il est dès lors contraint de réintégrer le salarié dans l'effectif de son établissement afin que le contrat de travail trouve à s'exécuter normalement. La reprise de la relation contractuelle peut se faire sans encombre, mais quand ce n'est pas le cas le salarié est-il protégé contre la décision unilatérale ou les agissements de son employeur ? Deux hypothèses sont alors envisageables. En premier lieu, l'employeur pourra procéder au licenciement pour motif personnel dès lors que les conditions relatives à la cause réelle et sérieuse seront remplies. Cette éventualité représente peu d'inconvénients pour le salarié qui, outre le fait de perdre son emploi, percevra une indemnité de licenciement et aura la possibilité d'être indemnisé par l'assurance chômage au même titre qu'en cas de rupture conventionnelle. En second lieu, l'employeur pourra contraindre le salarié à démissionner afin que la rupture de lui ne soit pas imputable, ce qui aurait pour effet de priver le salarié de toute indemnisation. Dans ce cas, la responsabilité de l'employeur pourra être mise en cause par le salarié pouvant apporter la preuve du vice ayant affecté son consentement.

630. Ainsi, en cas de rétractation du salarié et dès lors que la rupture du contrat de travail est recherchée par l'employeur, la protection de la partie faible au contrat de travail ne se fait qu'*a posteriori*, ce qui n'est pas cohérent par rapport à la protection que la rupture conventionnelle semble lui accorder. Il est dommageable que les conséquences d'un élément procédural, en l'occurrence l'usage du droit de rétractation, privent le

salarié de la protection qui lui était accordée par ladite procédure. En définitive, tant que la procédure de rupture conventionnelle est exécutée, la protection conférée au salarié trouve à s'appliquer. Mais dès lors qu'il est mis fin à ladite procédure par l'accomplissement d'un élément, qu'elle prévoit, permettant d'assurer une protection du consentement du salarié, ce dernier se trouve plongé dans une situation dépourvue de toute protection.

631. L'usage d'un droit initialement offert pour assurer la liberté de consentement des parties peut se révéler être préjudiciable pour la partie qui y recourt. Dès lors, le délai de rétractation prévu par l'article L.1237-13 du Code du travail peut être considéré comme à double-tranchant. D'un côté, il assure aux parties la possibilité de pouvoir murir leur consentement et de le retirer. D'un autre côté, il place le salarié dans une situation désavantageuse dès lors que ce droit a été utilisé. En théorie, le délai de rétractation est un moyen efficace d'assurer la liberté de consentement des parties. En pratique, le constat est tout autre. Les signataires de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008, ainsi que le législateur, ne semblent pas avoir anticipé les conséquences de l'usage de ce droit par le salarié. Ainsi, le salarié qui souhaite rétracter son consentement en raison d'un vice du consentement, a tout intérêt à s'abstenir et à remettre en cause la validité de la convention, une fois l'homologation acquise, devant une juridiction prud'homale qui pourra décider que la rupture conventionnelle s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

632. Il est donc nécessaire de remédier à cette incohérence en prévoyant, par exemple, un délai de réflexion entre le premier entretien et la signature de la convention remplaçant le délai de rétractation offert après que les consentements aient été donnés. La procédure de la rupture conventionnelle devrait ainsi être repensée dans sa globalité en imposant l'organisation d'un ou plusieurs entretiens préalables aux cours desquels le principe de la rupture conventionnelle serait abordé, ainsi que les conséquences qui en découleraient. Puis un délai de réflexion permettrait aux parties de parfaire leur opinion et de prendre leur décision en toute connaissance de cause. Au terme de ce délai, si les deux parties sont consentantes alors la convention de rupture conventionnelle pourra être rédigée conformément à ce qui a été prévue durant le ou les entretiens préalables. Dans le cas contraire, le contrat de travail continuera de s'appliquer sans que cette tentative de rupture conventionnelle ne produise d'effets.

B. La précision de la procédure d'homologation

633. La procédure d'homologation, telle qu'elle a été précédemment abordée, se révèle être, elle aussi, perfectible en ce sens qu'elle ne permet pas l'unicité des décisions. Il suffirait que l'étendue du contrôle soit déterminée pour l'ensemble des autorités administratives compétentes afin que l'homologation trouve toute l'efficience que les signataires de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 et le législateur ont voulu lui donner⁴⁶⁸.

634. Face à l'accroissement du nombre de rupture conventionnelle, la procédure montre ses premières limites. En ne prévoyant pas les modalités de contrôle, laissant ainsi chaque Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi déterminer l'étendue des vérifications à effectuer, la loi de modernisation du marché du travail leur offre la souplesse nécessaire pour s'adapter à cet accroissement. Le délai dans lequel est enfermée l'instruction de chaque convention de rupture ne permet plus à l'autorité administrative de réaliser un contrôle efficace. Ne disposant que de quinze jours ouvrables, cette dernière procède à un simple contrôle formel axé sur le respect du délai de rétractation et le montant de l'indemnité spécifique⁴⁶⁹.

635. Dans ces conditions, l'instruction des conventions de rupture se révèle être infidèle à l'esprit de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 mais induite par l'environnement dans lequel elle est effectuée. Le législateur ne peut accroître le nombre d'agents chargés de la lourde tâche de vérifier un à un les éléments procéduraux. En revanche, il a la possibilité d'allonger le délai d'instruction ou encore de prévoir une procédure de contrôle unifiée permettant la célérité de la procédure.

⁴⁶⁸ X. PRETOT, « L'homologation de la rupture conventionnelle par l'autorité administrative », *Dr. soc.*, 2008, p. 316.

⁴⁶⁹ J.-L. DAYAN ; J.-Y. KERBOURC'H, « La rupture conventionnelle du contrat de travail », Centre d'analyse stratégique, note d'analyse, oct. 2010, n° 198 disponible depuis www.strategie.gouv.fr.

Conclusion générale

636. Les modes amiables de rupture du contrat de travail sont parvenus à s'affirmer en tant qu'actes de rupture.

637. Cette reconnaissance a permis de donner un second souffle au droit de la rupture de la relation contractuelle. Durant des décennies, les parties désireuses de mettre fin au contrat qu'elles avaient créé avaient le choix entre deux modes unilatéraux et un mode consensuel de rupture. Or elles privilégiaient de façon quasi-systématique le recours à un des actes unilatéraux alors même que leur commune volonté justifiait l'usage de l'acte consensuel. Cette mise à l'écart de la rupture amiable, issue du droit commun des contrats, s'expliquait de deux façons.

638. Tout d'abord, son origine civiliste était envisagée, par une partie de la doctrine, comme une source potentielle de remise en cause de l'autonomie du droit du travail⁴⁷⁰. Les critiques ainsi énoncées avaient pour effet de détourner les praticiens et les parties au contrat de travail de l'acte consensuel de rupture. Ensuite, son manque d'appréhension par la législation sociale en faisait un acte « fantomatique » seulement énoncé par quelques dispositions du Code du travail sans être véritablement défini⁴⁷¹. Le travail d'interprétation accompli par la Chambre sociale de la Cour de cassation a, toutefois, permis à cet acte de rupture, un peu primitif, d'occuper une place discrète mais nécessaire.

De cette situation est née la suprématie des actes unilatéraux présentant l'avantage d'avoir été créés dans le but de ne s'appliquer qu'à la seule cessation de la relation contractuelle de travail, en prenant en considération les spécificités de celle-ci.

639. La création de la rupture conventionnelle du contrat de travail a inversé la tendance du « tout unilatéral » permettant ainsi aux actes consensuels de rupture d'obtenir la place qu'ils méritaient d'occuper. Cet acte de droit spécial prend en considération la nature

⁴⁷⁰ V. *supra* n° 42.

⁴⁷¹ V. *supra* n° 28 et s.

déséquilibrée de la relation de travail et tend à la rééquilibrer en permettant, notamment, au salarié de pouvoir négocier efficacement la rupture de son contrat de travail. Permettant au consensualisme de pénétrer la relation contractuelle, la rupture conventionnelle du contrat de travail permet aux parties d'envisager la cessation de leur relation en toute sérénité.

640. La reconnaissance des modes amiables de rupture présente un double intérêt. Tout d'abord, elle permet la libre expression de la liberté contractuelle, qui ayant été à l'origine de la création de la convention, se trouve en mesure d'être à l'origine de sa résiliation. Les parties au contrat de travail se voient, par conséquent, confier les rênes de la relation contractuelle de travail qui les unie. Ensuite, cette reconnaissance permet d'apaiser le difficile instant de la rupture du contrat en permettant aux parties de s'entendre sur son principe et ses effets.

641. Acte de rupture le plus à même de prendre en considération la difficile conciliation des intérêts antagonistes des parties, la rupture amiable du contrat de travail, en tant qu'acte générique de rupture, se révèle être l'acte le plus adapté à la rupture de la relation particulière de travail.

642. Toutefois, la présente étude s'est efforcée de mettre en exergue les améliorations que ce mode de rupture est en droit d'attendre. Même si la rupture amiable, telle que prévue par l'article 1134 du Code civil, semble être sur le déclin de par la récente volonté prétorienne⁴⁷², rien ne semble augurer sa prochaine disparition, ce qui impose une intervention législative, ou éventuellement prétorienne, permettant de pallier les différentes lacunes dont l'existence a été démontrée. L'essor que connaît actuellement la rupture conventionnelle ne saurait perdurer si les imprécisions procédurales pouvant engendrer une quelconque mise en danger des parties n'étaient pas prise en compte.

643. En définitive, les modes amiables de rupture du contrat de travail ont acquis une place de choix au sein des actes de rupture du contrat de travail, permettant ainsi de mettre fin à la toute-puissance du licenciement et de la démission. Toutefois, leur maintien aux

⁴⁷² V. *infra* n° 598 et s.

côtés des actes unilatéraux ne pourra se faire qu'au prix d'un effort législatif ou prétorien supplémentaire, sans quoi tout le travail jusqu'ici accompli aura été vain.

BIBLIOGRAPHIE

(Les numéros entre parenthèses renvoient aux numéros de paragraphes)

I- OUVRAGES GENERAUX, MANUELS, TRAITES CONTEMPORAINS ET DICTIONNAIRES

AUZERO G. et DOCKES E.,

- *Droit du travail*, Dalloz, 28^{ème} éd., p. 128.

CORNU G.,

- *Vocabulaire juridique*, P. U. F., 10^{ème} éd. 2014

FAGES B.,

- *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, p. 301

LOKIEC P.,

- *Droit du travail, t. 1, Les relations individuelles de travail*, PUF, coll. Thémis droit, 2011, n° 336

MALAURIE P. et AYNES L. et STOFFEL-MUNCK P.,

- *Les obligations*, Defrénois, 6^{ème} édition, p. 262

MOULY J.,

- *Droit du travail*, éd. Bréal, 4^{ème} édition, p. 189

PETIT F.,

- *Droit des contrats de travail*, Gualino, 2013 p, 128

PLANIOL M.,

- *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, Paris, 2^{ème} éd., 1902, 963 et s.

PONS B.,

- *Contrat de transaction, solutions transactionnelles*, Dalloz, 1^{ère} éd., p. 116 et s.

PUIGELIER C.,

- *La rupture du contrat de travail des salariés protégés*, Economica, 1998, p. 1

RAY J-E.,

- *Droit du travail, droit vivant 2013-2014*, Liaisons, 22^e édition, p. 577 et s.

RIPERT G.,

- *La règle morale dans les obligations civiles*, L. G. D. J., 1949, 4^{ème} éd., p. 157

RIVERO J. et SAVATIER J.,

- *Droit du travail*, PUF, 1993, 13^{ème} éd. PUF, 1993, p. 80

TERRE F. et SIMLER Ph. et LEQUETTE Y.,

- *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2013, 11^{ème} éd., n° 440

TEYSSIE B., CESARO J-F et MARTINON A.

- *Droit du travail, 1. Relations individuelles de travail*, Litec, 2014, p.124

II- OUVRAGES SPECIAUX, THESES, MONOGRAPHIES ET RAPPORTS

ATTALI J.,

- *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française : 300 décisions pour changer la France*, Documentation française, 2008

AUBERT-MONPEYSSEN T.,

- *Subordination juridique et relation de travail*, Thèse, Toulouse, 1985

CAPMAS-BENOIST C.,

- *Les conventions relatives à la résiliation du contrat de travail*, Thèse, Paris, 2004

CHICHEPORTICHE L.,

- *Les ruptures d'un commun accord du contrat de travail*, Thèse, Paris, 2011

COUR DE CASSATION

- *Innovation technologique*, Rapport annuel de la Cour de cassation 2005, p. 259.

DAYAN JL., et KERBOURC'H J-Y.,

- *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, Centre d'analyse stratégique, octobre 2010, n° 198

DE VIRVILLE M.,

- *Pour un code du travail plus efficace : rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité*, La documentation française, 2004

III- ARTICLES, CHRONIQUES, RAPPORTS, MÉLANGES ET NOTES SOUS ARRET

ALAPHILIPPE P.,

- « Contrat de travail à durée déterminée et clause résolutoire unilatérale : un mélange des genres qui ne profite pas à l'employeur », D. 2000, p. 30

AMAUGER-LATTES M-C et DESBARATS I.,

- « Emploi des séniors et rupture conventionnelle : des liaisons dangereuses ... », SSL, 2008, n° 1352

ANTONMATTEI P-H.,

- «Chronique Droit du travail », JCP E, 1988, II, 15125

ANTONMATTEI PH.,

- « Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2013 : acte II de la fléxisécurité à la française », Dalloz actualité, 8 mars 2013

ASTAIX A.,

- « La rupture conventionnelle du contrat de travail », Dalloz Actualité, 15 juin 2009

AUBREE Y.,

- « Contrat de travail – Existence – Formation », Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit du travail, 2014, n° 75 et s.

AUZERO G.,

- « La validité des clauses de rupture anticipée dans les contrats de travail à durée déterminée », Dr. soc. 2001, n° 1, p. 17
- « L'accord du 23 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail : l'ébauche d'une « fléxisécurité à la française », RDT, 2008, p. 152
- « La rupture conventionnelle du contrat de travail : l'illusion de la sécurisation », RDT 2008, p. 522
- « Précisions sur l'indemnité de rupture conventionnelle », RDT 2010, p. 97
- « Le différend n'exclut pas la rupture conventionnelle », RDT, 2013, 480
- « Rupture conventionnelle : la sécurisation en marche ! », RDT 2013, 555
- « Rupture conventionnelle : point de nullité de la convention de rupture en dehors du droit commun », RDT, 2014, 255
- « L'articulation de la rupture conventionnelle et de la transaction », RDT, 2014, p. 330

BACHELOT L.,

- « Chronique de jurisprudence de droit du travail et de la protection sociale », Gaz. 2014, n° 84, p. 29

BLAISE H.,

- « De la difficulté de rompre avant son terme le contrat de travail à durée déterminée », Dr soc 1993 n° 1 p.41
- « Rupture amiable et transaction : une distinction délicate en droit du travail », Dr. soc, 1996, p. 33

BOULMIER D.,

- « Rupture conventionnelle : regard critique sur les procédures de rétractation et d'homologation », JCP S, 2010, 1306
- « Brèves réflexions sur les contextes de la rupture conventionnelle », JCP S, 2013, act. 53, n° 6

BOUSSEZ F.,

- « Pas de novation d'un CDI par conclusion d'un CDD », JCP S, 2009, 1337

CAMERLYNCK G.,

- « De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement », JCP G, I, 1425

CANADAS-BLANC S.,

- « La loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail : un nouvel équilibre entre flexibilité et sécurité ? », LPA, 2009, n°4, p. 3

CANUT F.,

- « Rupture conventionnelle d'un salarié protégé : compétence du juge administrative », Cahiers sociaux, 2014, n° 263, p. 304

CHABAS C.,

- « Résiliation, Résolution », Dalloz encyclopédie, Répertoire de droit civil, 2010, n° 127

CHAMPEAUX F.,

- « La rupture conventionnelle selon la circulaire », SSL, 2008, n° 1366

CHARBONNEAU C. et PANSIER F.-J.,

- « Présentation de la loi de modernisation sociale », Gaz. 2002, n° 36, p. 10

CHARBONNEAU C.,

- « Contrôle de la qualification de la rupture négociée par le juge du fond », Cahiers sociaux, 2004, n° 156, p. 10

CHASTAGNOL G et PHILLIPOT O.,

- « Encadrement des ruptures conventionnelles « para-économiques » : une tentative juridiquement hasardeuse », Gaz. 2001, n° 272, p. 13

-

CHAZAL J-P.,

- « Transaction et résiliation : l'inadéquation d'un critère de distinction d'ordre chronologique », D. 1997, p. 49

CORRIGNAN-CARSIN D.,

- « La nullité d'une transaction conclue avant la notification du licenciement est une nullité relative instituée dans l'intérêt du salarié et ne peut être invoquée par l'employeur » JCP G, 2002, II, 10147
- « Contrat de travail à durée déterminée », Dalloz encyclopédie, Répertoire de droit du travail, 2012, n° 348

COUTURIER G. et SERVERIN E.,

- « Quel contentieux pour la rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée ? », RDT, 2009, p. 205

COUTURIER G.,

- « Les techniques civilistes et le droit du travail », D. 1975 p. 152
- « Responsabilité civile et relations individuelles de travail », Dr. soc. 1988, p. 411
- « Vers un droit du reclassement ? », Dr. soc. 1999, p. 497.

DALMASSO R.,

- « L'incidence de l'intégration des ruptures conventionnelles au plan de sauvegarde de l'emploi : une nouvelle voie d'action pour annuler un licenciement économique », RDT, 2012, p. 379

DAUGAREILH I.,

- « La résiliation judiciaire du contrat de travail », Dr. soc. 1992, p. 805

DAUXERRE N.,

- « Pas de rupture conventionnelle sous la contrainte », JCP S, 2013, act. 265
- « Rupture conventionnelle : la clause de renonciation judiciaire est réputée non écrite », JCP S, 2013, act. 315

DECHRISTE C.,

- « Marché du travail : le projet d'accord », Dalloz actualité, 16 janvier 2008
- « Rupture conventionnelle : publication de l'arrêté mettant en place le « téléRC » », Dalloz actualité, 15 mars 2013

DEFOSSEZ M.,

- L'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois : ne repose pas sur un motif économique le licenciement d'un salarié dès lors qu'il existe une possibilité de reclassement, D. 1992, p. 390

DEHARO G.,

- « La transaction : sécurité et confidentialité ? », LPA, 2008, n° 201, p. 7

DELIANCOURT S.,

- « Un litige en cours opposant un salarié à son employeur est-il de nature à faire obstacle à la rupture conventionnelle du contrat de travail ? », JCP S, 2012, 1535

DESCOTTE R.,

- « La rupture du contrat de travail, Point de vue », Dr. soc. 1986, p. 577

DUPRILOT J-P.,

- « Contrat de travail à durée indéterminée (Modes de rupture autres que le licenciement, condition) », Dalloz encyclopédie, Répertoire de droit du travail, 1994

DUQUESNE F.,

- « Départs volontaires et procédures de licenciement économique », Dr. soc. 1995, p. 576

ESCANDE-VARNIOL M-C.,

- « Salaire », Dalloz Encyclopédie, Répertoire de droit du travail, 2013, n° 107 et s

FABRE A.,

- « Rupture conventionnelle et champ du licenciement pour motif économique : une exclusion troublante », RDT, 2008, p. 653
- « A la recherche du critère de qualification de la résiliation amiable du contrat de travail », RDT, 2009, p. 519
- « Rupture conventionnelles et suppressions d'emplois pour motif économique : possibilité offerte par la loi ou fraude à la loi ? », RDT, 2010, p. 369

FADEUILHE P.,

- « Conditions de validité de la transaction en droit du travail », D. 2000, p. 384

FAVENNEC-HERY F. et MAZEAUD A.,

- « La rupture conventionnelle du contrat de travail : premier bilan », JCP S, 2009, 1314

FAVENNEC-HERY F.,

- « Un nouveau droit de la rupture du contrat de travail », Dr. soc. 2008, p. 660

FLEURIOT C.,

- « Rupture conventionnelle même en cas de différend », Dalloz actualité, 6 février 2014

FLORES P. et MARIETTE S. et DUCLOZ F. et WURTZ E. et SOMME C. et CONTAMINE A.,

- "Chroniques de jurisprudence de la Cour de cassation", D. 2013, p. 1768

FOURCADE C.,

- « La transaction en droit du travail : quelle place pour la liberté contractuelle ? », Dr. soc. 2007, n° 2, p. 166

FRAISSE W.,

- « Rupture conventionnelle du contrat de travail et plan de sauvegarde de l'emploi », Dalloz Actualité, 28 novembre 2013
- « Rupture conventionnelle et contrôle du consentement du salarié », Dalloz actualité, 14 février 2014

FRIEDERICH R.,

- « La rupture conventionnelle du contrat de travail : du sauvetage judiciaire au naufrage économique ? », LPA, 2014, n° 85, p. 6.

FROUIN J-Y.,

- « Les ruptures à l'initiative du salarié et le droit à la rupture du contrat de travail », JCP S, 2008, n° 29, 1407

GAURIAU B.,

- « La nullité du licenciement et la personne du salarié », Dr. soc. 1993, p. 738
- « Contrat de qualification. Rupture d'un commun accord. Article 1112 du Code civil. Violence. Nullité (oui). Faits de harcèlements », Dr. soc. 2005, p. 321
- « L'exclusivité de la rupture conventionnelle », Dr. soc. 2008, p. 1065

GAUTHIER P-Y.,

- « Les degrés de l'esprit de sacrifice : sur l'inégalité des concessions réciproques », RTD civ, 1991, p. 783
- « Le « rachat » de son contrat par un joueur de football : résiliation unilatérale avec dédit », RTD civ. 1992, p. 590

GEA F.,

- « Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique », RDT, 2011, p. 244.

GHESTIN J. et JAMIN C. et BILLIAU M.,

- « Les effets du contrat », LGDJ, 2001, n° 269, p. 323.

GHILAIN F.,

- Gaz. Pal., 19 septembre 2002, n° 262, p. 13

GILLIER H.,

- « Démission et prise d'acte », Cahiers sociaux, 2007, n° 193, p. 315

GRUMBACH T.,

- "Un premier jugement sur la rupture conventionnelle », SSL, 2008, n° 1374

HEMADACHE F.,

- « La rupture conventionnelle du contrat de travail », LPA, 2013, n° 64, p. 9

ICARD J.,

- « Le formalisme de la rupture conventionnelle », Cahiers sociaux, 2013, n° 251, p. 119
- « Pas de délai raisonnable en matière de rupture conventionnelle », Cahiers sociaux, 2013, n° 255, p. 364.
- « Sécurisation de la résiliation conventionnelle », Cahiers sociaux, 2014, n° 261, p. 169

INES B.,

- « Rupture conventionnelle : vice de consentement du salarié », D. 2013, p. 1355
- « Fin de l'accord de rupture amiable de droit commun en droit du travail », Dalloz actualité, 3 novembre 2014

JARROSSON C.,

- « Les concessions réciproques dans la transaction, D. 1997, p. 267

JEAMMAUD A. et DOCKES E. et MATHIEU-GENIAUD C. et BERTHIE P-E et CONDEMINE D.,

- « Droit du travail mai-septembre 2006 », D. 2007 p. 179

JEAMMAUD A.,

- « Retour sur une transaction en quête de stabilité », Dr. soc. 1999, p. 351.

JULLIEN D.,

- « La rupture conventionnelle du contrat de travail des salariés protégés », Cahiers Lamy CE, 2010, n° 99

KARAQUILLO J-P.,

- « L'employeur qui ne formule aucun grief lors de la rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée ne peut pas invoquer au cours de la procédure un comportement gravement fautif du salarié », D. 1992, p. 411

KHODRI F.,

- « Du particularisme de la transaction destinée à régler les conséquences d'une rupture », RDT, 2011, p. 689

KOBINA GABA H.,

- « Renonciation par avance du salarié et de l'employeur aux règles d'ordre public du licenciement », D. 2009, p. 1580

LABROUSSE E.,

- « Calcul et régime fiscal et social de l'indemnité de rupture conventionnelle », JCP S, 2014, 1250, n° 24

LACABARATS A.,

- « Introduction », Dr. soc. 2012, p. 6.

LAGARDE X.,

- « Aspects civilistes des relations individuelles de travail », RTD civ 2002, p. 435

LAGRANGE L.,

- « La transaction en droit du travail : jurisprudence récente », LPA, 1996, n° 105, p. 4

LAHERRE E.,

- « Plan de départs volontaires...nouvelle alternative au PSE ? », Lexbase hebdo édition sociale, n° 365

LARDY-PELISSIER B.,

- « Validité de la transaction : précision sur la qualité du consentement », RDT, 2006, p. 172
- « Rupture conventionnelle : un raisonnement classique, mais imparfait », RDT, 2014, p. 622

LE TOURNEAU Ph.,

- « Les professionnels ont-ils du cœur ? », D. 1990, p. 21

LEBORGNE-INGELAERE C.,

- « L'annulation d'une rupture conventionnelle dans un contexte de harcèlement moral au travail », JCP S, 2013, 1112

LEFRANC-HAMONIAUX C.,

- « Pas de clause résolutoire dans un contrat à durée déterminée », D. 2006, p. 489

LEMOINE E.,

- « Les principes civilistes dans le contrat de travail », LPA, 2001, n° 119, p. 8

LEROY Y.,

- « Ruptures conventionnelles non homologuées et droit du licenciement économique », RDT, 2013, p. 764

LOHARD J.,

- « Distinction entre démission et prise d'acte de la rupture », Cahiers sociaux, 2008, n° 197, p. 70

LOISEAU G.,

- « Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail », Dr. soc. 2010, p. 297
- « La rupture conventionnelle au régime du droit commun », JCP S, 2014, 1078
- « L'âge de raison de la rupture conventionnelle », JCP S, 2014, 1137

**LOKIEC P. et ROBIN-OLIVIER S. et REMY P. et HONEYBALL S. et
OPPENHEIMER D. B.,**

- « La rupture conventionnelle. Rupture conventionnelle et contrôle du consentement du salarié », RDT, 2008, p. 550

LOKIEC P.,

- « La contractualisation du licenciement », SSL, 2008, n° 1367
- « Rupture du contrat », Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit du travail, 2013
- « Rupture conventionnelle », Dalloz Encyclopédie, Répertoire de droit du travail, 2013

LYON CAEN A.,

- « L'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois : ne repose pas sur un motif économique le licenciement d'un salarié dès lors qu'il existait une possibilité de reclassement », D. 1992, p. 294
- « Rupture amiable du contrat lors d'un licenciement économique », D. 2004 p. 389

LYON CAEN G. et BONNETETE M-C.,

- « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », Dr. soc. 1973, p. 493

LYON-CAEN G.,

- « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », RTD civ, 1974, p. 229

LYON-CAEN L.,

- « L'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois : ne repose pas sur un motif économique le licenciement d'un salarié dès lors qu'il existait une possibilité de reclassement », D. 1992, p. 294

LYON-CAEN P.,

- « Fragilité des accords amiables de résiliation d'un contrat de travail », Dr. soc, 1998, p. 29.

MALAURIE P et AYNES L.,

- « La transaction », Defrénois, 1992, n° 12, p. 769

MAZARS M-F.,

- « L'environnement normatif », Dr. soc. 2012, p. 8

MAZEAUD A.,

- "Contrat de travail (exécution)", Dalloz Encyclopédie, Répertoire de droit du travail, 1993
- « La sécurité juridique et les décisions du juge », Dr. soc. 2006, p. 744

MAZIERE P.,

- « La résolution judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée entre droit civil et droit du travail, 1ère partie », LPA, 1999, n° 66, p. 7
- « La résolution judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée entre droit civil et droit du travail (suite et fin) », LPA, 1999, n° 67, p. 5

MINNI C.,

- « Les ruptures conventionnelles de 2008 à 2012 », DARES Analyses, mai 2013, n° 31.

MOULINIER A. et DECHRISTE C. et DALEAU J.,

- « Loi de modernisation sociale », D. 2002, p. 411

MOULY J.,

- « Les clauses de dénonciation anticipée des contrats de travail à durée déterminée (dans le sport professionnel) », D. 1996, p. 280
- « Transaction, reçu pour solde de tout compte et résiliation amiable du contrat de travail. Brèves réflexions à partir du cas particulier des contrats à durée déterminée », D. 1997, p. 193

PANSIER F-J.,

- « La transaction ne peut mettre fin au contrat de travail », Cahiers sociaux, 2013, n° 248, p.10

PATIN M.,

- « Conditions de validité de la convention de rupture », JCP S, 2013, 1162

PEANO M-C.,

- « L'intuitus personae dans le contrat de travail », Dr. soc, 1995, p. 129

PELISSIER H. et BLANC D.,

- « Rupture conventionnelle : la question du montant de l'indemnité spécifique », JCP S, 2009, 1236

PELISSIER J.,

- « Le recours à la négociation individuelle : les accords de rupture des contrats de travail », Dr. soc. 1987, p. 479
- « Droit civil et contrat individuel de travail », Dr. soc. 1988, p. 392
- « Ruptures conventionnelles assujetties au droit du licenciement économique », SSL, 2001, n° 1484, p. 7

PERRIN L.,

- « Licenciement économique : comptabilisation des ruptures conventionnelles », Dalloz actualité, 15 mars 2011

PESCHAUD H.,

- « La rupture conventionnelle légale du contrat de travail », LPA, 2008, n° 154, p. 8

PICCA G. et SAURET A.,

- « Exigences de forme du contrat à durée déterminée », LPA, 2000, n° 12, p. 5

PICCA G.,

- « Chronique de droit du travail et protection sociale », LPA, 2002, n° 147, p. 15

PIZZIO-DELAPORTE C.,

- « De la transaction prévue par le Code civil à la transaction utilisée en droit du travail : réflexions sur une règles en dérive », in 1904-2004, « Le Code civil »
- « La particulière vulnérabilité du salarié », JCP S, 2014, 1222

PRETOT X.,

- « L'homologation de la rupture conventionnelle par l'autorité administrative », Dr. soc. 2008, p. 316

PUIG P,

- « Transaction : atouts et risques », LPA, 2009, n° 241, p. 29

PUIGELIER C.,

- « Les salariés protégés ne peuvent renoncer par avance aux dispositions d'ordre public instituées pour protéger leur mandat », D. 2000, p. 429
- « Rupture d'un commun accord, transaction et contrat de travail à durée déterminée », D. 2001, p. 273

QUETANT G-P.,

- « Des dangers de la rupture d'un contrat de travail d'un commun accord », Defrénois, 2007, n° 23, p. 1674

RADE C.,

- « L'autonomie du droit du licenciement Brefs propos sur les accords de rupture amiable du contrat de travail et les transactions », Dr. soc. 2000, p. 178
- « La résolution amiable du contrat de travail sur la sellette », D. 2000 p. 265
- « La figure du contrat dans le rapport de travail », D. 2001, p. 802
- « Rupture amiable du contrat de travail », RDC, 2004, n° 2, p. 384
- « L'accord de rupture amiable du contrat de travail peut être annulé pour violence lorsque le salarié a été harcelé sexuellement », RDC, 2005, n° 2, p. 378
- « Contrat de travail : distinction de la démission et de la prise d'acte », RDC, 2007, n° 4, p. 1216
- « La survenance de l'ancien accord de rupture amiable du contrat de travail », RDC, 2009, n° 3, p. 1120

RODIERE P.,

- « Volonté des parties et définition du « licenciement économique » dans le droit de l'Union européenne », Dr. soc. 2010, p. 1225

ROUSPIDE-KATCHADOURIAN M-N.,

- « Rupture conventionnelle et transaction, un encadrement jurisprudentiel strict », LPA, 2014, n° 194, p. 7

SAINTOURENS B.,

- « Plan de sauvegarde de l'emploi : incidence de la structure juridique de l'entreprise et du mode de rupture des contrats de travail », BJS, 2011, n° 6, p. 514

SAURET A. et VIGNANCOUR P-L.,

- « Rupture conventionnelle : du bon usage des principes civilistes », Gaz. 2013, n° 82, p. 21

SAVATIER J.,

- « La résolution judiciaire des contrats de travail des salariés non protégés », Dr. soc. 1979, p. 414
- « La résiliation amiable du contrat de travail », Dr. soc. 1985 p. 692

SAVAUX E.,

- « Droit commun et droit spécial dans la violence morale en cas de rupture conventionnelle du contrat de travail », RDC, 2013, n° 3, p. 879

SAZERI O.,

- « Les mouvements de main d'œuvre au 3^{ème} trimestre 2013 », Dares indicateur, Février 2014, n° 9

SERVERIN E.,

- « Quel contentieux pour la rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée ? », RDT, 2009, p. 205
- « Les pouvoirs du juge judiciaire à l'égard des décisions de l'administration du travail : libres propos sur la séparation des pouvoirs à partir et au-delà de trois arrêts de la Chambre sociale du 3 mars 2010 », RDT, 2010, p. 246
- « La part du conflit dans le processus de rupture conventionnelle », RDT, 2012, p. 110

SIRI A.,

- « Rupture d'un commun accord du contrat de travail : la violence vicie le consentement », JCP S, 2009, 1548

STOFFEL-MUNCK P.,

- « La rupture du contrat », Travaux de l'association Henri Capitant, Journées brésiliennes 2005, p. 803 et s

SUPIOT A.,

- « Pourquoi un droit du travail ? », Dr. soc. 1990, p. 485
- « Les nouveaux visages de la subordination », Dr. soc. 2000, p. 131

TAQUET F.,

- « Brèves réflexions sur la rupture conventionnelle du contrat de travail », Dalloz actualité, 7 juillet 2008
- « Interdiction de conclure une rupture conventionnelle en cas de litige entre l'employeur et le salarié », RDT, 2011, p. 243
- « Les limites de la rupture conventionnelle », RDT, 2013, p. 258

TEBOUL G.,

- « Les derniers produits frais : une petite revue d'actualité sur le droit des entreprises en difficulté », LPA, 2011, n° 138, p. 6

TEYSSIE B.,

- « Les modes de rupture du contrat de travail autres que le licenciement », SSL, 1985, n° 274, p. 64

TOURNAUX S.,

- « Clause de renonciation et rupture conventionnelle du contrat de travail », Dr. soc. 2013, p. 860

VASSEUR-LAMBRY F.,

- « La bonne foi dans les relations individuelles de travail », LPA, 2000, n° 55, p. 4

VATINET R.,

- « Le mutuus dissensus », RTD civ, 1987, p. 252

VIALA T.,

- « La mobilité et la rupture négociées », Gaz. 2007, n° 275, p. 29

VIGNEAU C.,

- « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », Dr. soc. 2004, p. 706

- *Les chiffres clés de la Justice 2009, 2010, 2011, 2012 et 2013*, Ministère de la Justice

IV JURISPRUDENCE ET NOTES SOUS ARRET

Conseil des Prud'hommes

- Conseil des Prud'hommes Valence, section industrie, 14 octobre 2008, n° F08/00501, section industrie (n° **417**)

-

Cour d'appel et Cour d'appel administrative

- CA Montpellier, 23 janvier 2013, n° 11/07067 (n° **322**)
- CAA Marseille, 2 octobre 2012, n° 12MA00042 (n° **322**)
- CA Lyon, ch. Soc. B, 11 janvier 2012, n° 10/08641 (n° **504**)
- CA Montpellier, 1^{er} juin 2011, n° 10-06114 (n° **393**)
- Riom, 8 février 2011, n° 10/00131 (n° **322**)
- CA Riom, 18 janvier 2011, RJS 2011, n° 296 (n° **626**)
- CA Douai, 30 mars 2001, n° 99-1053 (n° **92**)
- CA Poitiers, 26 novembre 1996, n° 95-3797 (n° **92**)

Cour de cassation

Chambre sociale

- Soc, 15 octobre 2014, arrêt n° 1795, n° 11-22251 (n° **606**)
- Soc, 30 septembre 2014, n° 13-16297 (n° **282**)
- Soc, 28 mai 2014, Jurisprudence sociale Lamy 2014, n° 369-2 (n° **281**)
- Soc, 26 mars 2014, n° 12-21136, Bull. civ. V, n° 91 (n° **407**)
- Soc, 29 janvier 2014, n° 12-27594 et n° 12-25951 (n° **333**)

- Soc, 29 janvier 2014, n° 12-24539 (**n° 368**)
- Soc, 15 janvier 2014, n° 12-23942 (**n° 327**)
- Soc, 29 octobre 2013, n° 12-15382 (**n° 327**)
- Soc, 3 juillet 2013, n° 12-19268, D. 2013, p. 1752 ; RJS 2013, n° 674 (**n° 330, 479, 623**)
- Soc, 26 juin 2013, n° 12-15208 (**n° 336**)
- Soc, 23 mai 2013, arrêt n° 934, n° 12-13865 (**n° 321, 329**)
- Soc, 6 février 2013, n° 11-27000, Bull. civ V, n° 29 (**n° 623**)
- Soc, 8 février 2012, n° 10-27176, Bull. civ. 2012, n° 64 (**n° 560**)
- Soc, 9 mars 2011, pourvoi n° 10-11581, Bull. civ. V, n° 70 (**n° 273, 498**)
- Soc, 25 mars 2009, n° 06-46330, Bull. civ. V, n° 87 (**n° 99**)
- Soc, 11 février 2009, n° 08-40095, Bull. civ. V, n°43 (**n° 87**)
- Soc, 24 janvier 2007, n° 05-42135, Bull. civ. V, n° 10, p. 8, JCP S, 2007, 1204, comm. O. Fardoux (**n° 210**)
- Soc, 6 juin 2007, n° 05-42025 (**n° 98**)
- Soc, 9 mai 2007, n° 05-40518, Bull. civ. V, n° 70 (**n° 458**)
- Soc, 7 février 2007, n° 05-41623 (**n° 240**)
- Soc, 10 mai 2006, Bull. civ. V n° 169 (**n° 48**)
- Soc, 23 février 2005, n° 02-47010 (**n° 88**)
- Soc, 1^{er} décembre 2004, n° 02-46341, Bull. civ. V, n° 317 p. 285 (**n° 205**)
- Soc, 30 novembre 2004, n° 03-41757, Bull. civ. V, n° 303, p. 297 (**n° 563**)
- Soc, 7 avril 2004 Bull. civ.V n° 114 (**n° 48**)
- Soc, 2 décembre 2003, n° 01-46540, Bull. civ. V, n° 309, p. 311 (**n° 59, 67, 469**)
- Soc, 23 septembre 2003 n° 01-43185 (**n° 570**)
- Soc, 10 juillet 2002, n°00-40301, Bull. civ. V, n° 249, p. 243 (**n° 221**)
- Soc, 22 mai 2002, n° 99-43852 et 99-43853, Bull, civ, V, n° 182, p. 180 (**n° 218**)

- Soc, 23 janvier 2002 n° 00-40597 (**n° 83**)
- Soc, 28 mars 2001, n° 99-41703 (**n° 48**)
- Soc, 28 novembre 2000, n° 98-43635, Bull. civ. V, n° 399, p. 307 (**n° 242**)
- Soc, 14 novembre 2000, n° 98-42371, Bull. civ. V, n° 367, p. 281 (**n° 560**)
- Soc, 24 octobre 2000, n°98-41192, Bull 2000, V, n° 344, p. 264 (**n° 140, 217**)
- Soc, 16 mai 2000, n° 98-40238, D. 2001, p. 273 (**172, 569**)
- Soc, 4 janvier 2000, n° 97-44566, Bull. civ. V, n° 3, p. 2 (**n° 74, 279, 615**)
- Soc, 26 octobre 1999, n° 97-42846, Bull. civ. V, n° 411 (**n° 88, 140, 450, 540**)
- Soc, 10 mai 1999, Bull. civ., V, n° 199 (**n° 49**)
- Soc, 16 mars 1999, n° 96-44551, Bull. civ. V, n° 125, p. 91 (**n° 81, 83**)
- Soc, 16 décembre 1998, n° 95-45341, 96-40177 et 96-41312, Bull. civ. V, n° 552, p. 413 (**n° 140**)
- Soc, 15 juillet 1998, n° 96-42572 (**n° 558**)
- Soc, 18 février 1998, n° 95-42500, Bull. civ. V, n° 95, p. 68 (**n° 236**)
- Soc, 27 janvier 1998 n° 94-44951 (**n° 561**)
- Soc, 16 juillet 1997, n° 94-42283, Dr. soc. 1997, p. 977 note G. COUTURIER (**n° 172, 173, 546**)
- Soc, 19 novembre 1996, n° 93-41745, Bull. civ. V, n° 394, p. 282 (**n° 215**)
- Soc, 6 novembre 1996, n° 93-46197 (**n° 91**)
- Soc, 29 mai 1996, n° 92-45115, Bull. civ. V, n° 215 p. 150, D. 1997, p.29 *Arrêt Purier* (**n° 155, 204, 569**)
- Soc, 21 mars 1996, n° 93-40192 (**n° 54**)
- Soc, 5 mars 1996, n° 84-40233, Bull. civ. V, n° 60, p.48 (**n° 65**)
- Soc, 5 juillet 1995, n° 92-40095, D. 1996, p. 280 (**n° 139**)

- Soc, 20 juin 1995, n° 92-40194, Bull, civ, V, n° 201, p. 147 ; voir note sous arrêt **FINEL L.**, JCP G, 1996, II, 22618, n° 14 (n° **238**)
- Soc, 5 janvier 1994, n° 89-40961, Bull. civ. V, n° 1, p. 1 (n° **243**)
- Soc, 8 juillet 1992 n° 89-411 (n° **575**)
- Soc, 27 mai 1992, n° 89-43498, Bull. civ. V, n° 340, p. 212 (n° **139**)
- Soc, 27 mai 1992, n°89-41704, Bull. civ. V, n° 342 (n° **130**)
- Soc, 13 mai 1992, n° 89-4084, Bull. civ, V, n° 307, p. 192 (n° **575**)
- Soc, 18 mars 1992, n°88-43736, Bull. civ, V, n° 186 (n° **133**)
- Soc, 25 février 1992, Bull. civ. V, n° 122, *arrêt Expovit*, obs. G. LYON CAEN, D. 1992, p. 294 (n° **48**)
- Soc, 16 janvier 1991, n°89-41052, Bull. civ. V, n° 15 (n° **517**)
- Soc, 12 décembre 1990, n° 87-43988, Bull. civ. V, n° 667, p. 403 (n° **80**)
- Soc, 11 octobre 1990, n° 87-40949, Bull, civ, V, n° 472, p. 285 (n° **238**)
- Soc, 25 octobre 1989, n° 86-44143, arrêt n° 3661 (n° **91**)
- Soc, 8 février 1989, n° 86-11022, Bull. civ. V, n° 104, p.63 (n° **59**)
- Soc, 11 mai 1988, n° 86-42012, Bull. civ. V, n° 283 (n° **129**)
- Soc, 28 janvier 1988, n° 85-43400, Bull. civ. V, n° 81 p. 55 (n° **79**)
- Soc, 14 janvier 1988, n° 85-46469 (n° **232, 237**)
- Soc, 10 octobre 1984, n° 82-42694, Bull. civ. V, n° 365 (n° **99**)
- Soc, 5 janvier 1984, n° 81-42045, Bull. civ. 1984, V, n° 3 (n° **563**)
- Soc, 17 mars 1982, Bull. des arrêts de la Cour de cassation, Chambre sociale, n°180 (n° **229**)
- Soc, 19 décembre 1979, n° 77-12061, Bull. soc. n° 1022 (n° **56**)
- Soc, 30 mai 1979, n° 77-41304, Bull. soc. n° 479 (n° **62**)
- Soc, 27 octobre 1976, n° 75-48803, Bull. civ. n° 529, p. 434 (n° **134**)

- Soc, 11 juillet 1975, n° 73-40793, Bull. soc. n° 405, p. 346 (**n° 71**)
- Soc, 10 juillet 1975, n° 72-40331, Bull. soc. n° 396, p. 339 (**n° 71**)
- Soc, 29 avril 1969, Bull. civ. V, n° 274 (**n° 559**)
- Soc 22 novembre 1967, Bull. civ. IV n° 733 (**n° 77**)
- Soc, 13 novembre 1959, JCP, 1960, II, n° 11450 (**n° 227**)

Chambre criminelle

- Crim, 4 novembre 1982 (**n° 63**)
- Crim, 28 novembre 1984, n° 83-93094, Bull. crim, n° 375, *Arrêt Peugeot*, (**n° 63**)
- Crim, 26 novembre 1985, n° 83-90199, Bull. crim, n° 379 (**n° 78**)
- Crim, 4 février 1992, n° 90-82330, Bull. crim. n° 50, p. 120 (**n° 81**)

Chambre civiles, Mixte et Plénière

- Ass. Plén, 28 janvier 2005, n° 01-45924, Bull, A P, n°1 (**n° 208**)
- Civ, 1ère, 26 octobre 1983, n° 82-13560 (**n° 343**)
- Civ, 1ère, 4 mai 1976, n° 74-12526, Bull. des arrêts de la Cour de cassation, Chambre civile 1, n° 157 (**n° 228**)
- Ch. Mixte, 21 juin 1974, n° 71-81225, Bull. civ. ch. mixte n° 3, p. 4, *Arrêt Perrier* (**n° 77**)

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

Accident du travail et maladie professionnelle :

- Licenciement : 70 et s.
- Protection : 72
- Rupture d'un commun accord : 71 et s.
- Rupture conventionnelle : 281 et s., 588 et s.

Accord des volontés : 52, 54, 234, 235 et 252

Accord National Interprofessionnel :

- Rapport Attali : 529
- Rapport de Virville : 250
- Objectifs : 472, 484, 530 et 533

Assistance :

- V. Entretien préalable

Assurance-chômage : 252, 268, 565 et 629

Autorisation administrative :

- V. Rupture d'un commun accord

Autorité administrative :

- V. DIRRECTE

Avocat :

- V. Rupture conventionnelle

Bonne foi :

- Obligation d'exécuter le contrat de bonne foi : 48
- Consensualisme : 511 et s.

Clause résolutoire :

- V. Contrat à durée déterminée

Conseil des Prud'hommes :

- Compétence : 337 et s. 410 et s.
- Rupture d'un commun accord : 567 et s.

Conséquences de la rupture :

- V. Assurance-chômage
- V. Indemnité de rupture

Contrat à durée déterminée :

- Rupture d'un commun accord : 460 et s.
 - o Clause résolutoire : 129 et s.
- Rupture conventionnelle : 263

Contrat d'apprentissage : 54, 104, 603 et 613

Contrat de travail :

- Intuitu personae : 19
- Adhésion : 554

Démission : 454 et s.

- Rupture conventionnelle : 488 et s.

DIRRECTE :

- V. Homologation

Droit de rétractation :

- V. Rétractation

Entretien préalable : 298

- Procédure :
 - o Droit d'assistance :
 - Salarié : 301 et 302
 - Employeur : 305 et 306
 - o Organisation : 298 et 300

Fléxisécurité : 24

Gestion Prévisionnelle des Emplois et Compétences :

- Rupture conventionnelle : 268 et s., 496 et s.

Homologation :

- Autorité administrative- DIRRECTE : 355
- Contrôle des consentements : 363
- Décision :
 - o Homologation : 366
 - o Non homologation : 367
- Procédure :
 - o Envoi : 354 et 357
 - o Forme : 355 et 378 et s.
- Instruction :
 - o Délai : 358
- Salarié protégé :
 - o Inspecteur du travail : 356
 - o Délai instruction : 359 et s.

Inaptitude :

- Rupture conventionnelle : 588 et s.
- Rupture d'un commun accord : 71

Indemnité de rupture :

- Rupture conventionnelle : 165 et s.
- Rupture d'un commun accord : 20

Initiative :

- Rupture conventionnelle : 435
- Rupture d'un commun accord : 74, 91 et 96

Intuitu personae :

- V. Contrat de travail

Licenciement :

- Rupture conventionnelle : 475 et s.
- Transaction : 179

Licenciement pour motif économique :

- Plan de Sauvegarde de l'Emploi : 276 et s.
- Rupture conventionnelle : 491 et s.
- Rupture d'un commun accord : 466 et s.

Médecin du travail :

- V. Rupture conventionnelle

Mutuus dissensus : 5, 44 et 105

Ordre public social : 131

Plan de sauvegarde de l'emploi : 273

- Rupture conventionnelle : 268 et s., 277 et 496 et s.

Représentant du personnel :

- Démission : 80
- Rupture d'un commun accord : 78
- Rupture conventionnelle : 289 et s.

Rétractation :

- Délai : 317 et s., 625 et s.
- Droit : 536 et 628 et s.
- Forme : 318

Rupture d'un commun accord :

- Champ d'application : 62 et s.
- Condition de validité : 88 et 91
- Contrat de travail : 56 et s.
- Contrat à durée indéterminée : 607
- Procédure : 92 et 616
- Salarié protégé : 77 et s.
- Critiques doctrinales : 94 et 107

Rupture conventionnelle :

- Autorisation administrative : 289 et s.
- Avocat : 287
- Contentieux antérieur à la convention : 404 et s.
- Contentieux postérieur à la convention : 409 et s.
- Contrat concerné : 263, 264, 272 et 281
- Définition : 16
- Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences : 266 et s.
- Médecin du travail : 288
- Plan de sauvegarde de l'emploi : 266 et s.

Salarié protégé :

- V. Accident du travail et maladie professionnelle
- V. Inaptitude
- V. Représentant du personnel

Transaction :

- Concession dérisoire : 242 et s.
- Concession réciproque : 225, 227 et 233 et s.
- Définition : 147
- Effet : 546, 573 et 575
- Licenciement : 152 et s.
- Régime juridique : 175, 185 et 191 et s.
- Rupture conventionnelle : 168, 171 et 204
- Solde de tout compte : 160 et s.

Vice de consentement :

- Dol : 564
- Erreur : 561
- Harcèlement : 343
- Violence : 563

TABLES DES MATIERES

INTRODUCTION	1
I Objet de la recherche.....	3
II Enjeux de la recherche.....	8
<u>Partie 1 La reconnaissance des accords de rupture du contrat de travail</u>	15
<u>Titre 1 La nature des accords de rupture du contrat de travail antérieurs à la loi de modernisation du marché du travail</u>	16
Chapitre 1 La validité des ruptures amiables.....	17
Section 1 L'utilisation d'un concept civiliste.....	17
§1 L'autonomie du droit du travail face à l'utilisation de techniques civilistes.....	18
§2 L'autonomie du droit du travail face à la tendance jurisprudentielle de recours aux concepts civilistes.....	20
Section 2 La rupture du contrat de travail en vertu du principe de liberté contractuelle.....	22
§1 La licéité de la rupture d'un commun accord du contrat de travail.....	22
A. Une création jurisprudentielle progressive.....	23
1. Le champ d'application de la rupture d'un commun accord.....	25
a) La rupture d'un commun accord du contrat de travail d'un salarié ordinaire.....	26
b) La rupture d'un commun accord du contrat de travail d'un salarié protégé.....	30
2. Les conditions de validité de la rupture d'un commun accord.....	36
B. Une procédure quasi inexistante.....	39
§2 La controverse de la rupture d'un commun accord du contrat de travail.....	39
A. Le conflit entre consensualisme et unilatéralisme.....	40
B. La rupture amiable face au silence législatif.....	44
Chapitre 2 La validité des clauses de rupture du contrat de travail.....	46
Section 1 Les accords de rupture relatifs au contrat à durée déterminée.....	46
§1 Le choix du cadre juridique.....	49
§2 Les clauses de rupture du contrat de travail.....	54
A. Le travail prétorien relatif à la validité de la clause de rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée.....	55

B.	La proposition doctrinale de M. Gilles Auzero quant à l'évidente validité de la clause de rupture anticipée stipulée au profit du salarié.....	61
	Section 2 Les accords relatifs aux conséquences de l'accord de rupture : la transaction.....	63
§1	Une convention exclusive de tout autre acte.....	64
A.	Transaction et licenciement.....	65
B.	Transaction et solde de tout compte.....	67
C.	Transaction et rupture amiable du contrat de travail.....	71
§2	Le régime juridique prétorien de la transaction.....	74
A.	Le moment de la signature de la transaction.....	75
1.	La prise de position de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 16 février 1978.....	75
a)	La postériorité de la transaction à la rupture régulière du contrat de travail.....	75
b)	Une possible exception à la postériorité de la transaction à la rupture du contrat de travail.....	77
2.	La période d'incertitude jurisprudentielle.....	80
a)	L'abandon des solutions du 16 février 1978.....	80
b)	La possible antériorité de la transaction à la rupture du contrat de travail.....	83
3.	Le revirement tant attendu.....	88
4.	La nullité de la transaction précoce.....	94
B.	L'existence de concessions réciproques.....	97
	<u>Titre 2 La nature de la rupture conventionnelle du contrat de travail</u>	109
	Chapitre 1 La procédure de la rupture conventionnelle du contrat de travail	115
	Section 1 Le champ d'application de la rupture conventionnelle du contrat de travail.....	115
§1	Les contrats concernés par la rupture conventionnelle du contrat de travail.....	115
A.	L'ambiguë relation entre rupture conventionnelle et difficultés économiques de l'entreprise.....	116
1.	L'impossible rupture conventionnelle en cas de difficulté économique	116
2.	L'incidence de la rupture conventionnelle sur la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi.....	118
B.	La rupture conventionnelle et la suspension du contrat de travail.....	122
§2	Les hypothèses de statuts professionnels particuliers.....	125
A.	L'adaptation de la procédure de rupture conventionnelle du contrat de travail à la catégorie professionnelle.....	125

B.	L'adaptation de la procédure de la rupture conventionnelle du contrat de travail au statut protecteur du salarié.....	126
	Section 2 La procédure de rupture conventionnelle du contrat de travail.....	128
§ 1	La première phase de la procédure : le rôle de l'employeur et du salarié.....	128
A.	L'élaboration de la convention de rupture.....	129
1.	La phase préparatoire.....	129
2.	La phase rédactionnelle.....	134
B.	Les précisions prétoriennes.....	137
1.	L'existence d'un différend.....	137
2.	L'absence de délai entre l'entretien préparatoire et la signature de la convention.....	141
3.	L'obligation d'information à la charge de l'employeur.....	143
4.	Le sort des clauses de renonciation à toute action.....	145
5.	La protection du libre consentement.....	147
a)	La sanction en cas de harcèlement moral durant l'exécution du contrat de travail.....	147
b)	L'impératif formalisme.....	149
6.	Le sort de la convention erronée.....	151
§2	La seconde phase de la procédure : la nécessaire homologation de la convention.....	152
A.	L'envoi et la réception de la demande d'homologation de la convention de rupture.....	153
B.	Le contrôle de la recevabilité et de la validité de la demande d'homologation de la convention.....	156
Chapitre 2	Les effets de la rupture conventionnelle du contrat de travail.....	160
Section 1	Les effets de la rupture conventionnelle.....	160
§1	Les effets de la procédure sur l'exécution du contrat de travail.....	160
§2	Les effets de la décision de l'autorité administrative.....	163
A.	Les effets de l'homologation.....	163
1.	La cessation du contrat de travail à la date choisie.....	164
2.	La remise des documents.....	165
3.	Le versement de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle.....	165
a)	Le montant de l'indemnité spécifique.....	166
b)	Le régime fiscal et social de l'indemnité spécifique.....	168
c)	Le forfait social.....	169
4.	Le sort des congés payés non pris et des allocations chômage.....	170
B.	Les effets de la non-homologation.....	170
Section 2	Le contentieux de la rupture conventionnelle.....	172

§1 Le contentieux antérieur à l'élaboration de la convention de rupture et le recours à la transaction.....	173
§2 Le contentieux postérieur à l'élaboration de la convention de rupture.....	175
A. L'autorité compétente en cas de litige et la diversité des litiges.....	176
B. La première décision prud'homale en cas de refus d'homologation.....	179
<u>Partie 2 La place des accords de rupture au sein des actes de rupture du contrat de travail</u>	182
<u>Titre 1 L'autonomie des accords de rupture</u>	183
Chapitre 1 La place du consensualisme au sein des actes de rupture du contrat de travail.....	184
Section 1 La distinction entre la rupture amiable et les actes unilatéraux de rupture.....	184
§1 La rupture d'un commun accord et la nature du contrat de travail	185
A. La rupture d'un commun accord du contrat à durée indéterminée.....	185
1. Rupture amiable et licenciement : l'initiative de la rupture.....	187
2. Rupture amiable et démission.....	192
B. La rupture amiable du contrat à durée déterminée.....	194
§2 La rupture amiable et le licenciement économique.....	195
Section 2 La rupture conventionnelle et les actes unilatéraux de rupture.....	197
§1 L'autonomie et l'emprunt procédural.....	198
A. La rupture conventionnelle et le licenciement.....	199
B. La rupture conventionnelle et la démission.....	204
§2 Rupture conventionnelle et licenciement pour motif économique : un lien teinté d'ambiguïté.....	205
Chapitre 2 L'intérêt juridique de l'utilisation du consensualisme lors de la rupture du contrat de travail	214
Section 1 Le consensualisme, un principe protecteur de la bonne foi contractuelle.....	214
Section 2 La meilleure gestion du contentieux à naître.....	223
§1 Le consensualisme des accords amiables de rupture du contrat de travail, un rempart contre le risque contentieux.....	223
A. La prévisibilité du contentieux en cas de rupture conventionnelle du contrat de travail.....	224
B. La prévisibilité du contentieux en cas de rupture amiable du contrat de travail....	228
§2 La transaction, un acte juridique visant à réduire le contentieux.....	231

Titre 2 Les accords de rupture, des actes en attente d'amélioration	234
Chapitre 1 Le besoin de sécurisation des accords de rupture du contrat de travail.....	235
Section 1 La sécurisation de la formation de l'accord amiable de rupture.....	235
§1 L'insécurité quant à la négociation de la rupture du contrat de travail.....	235
A. L'insécurité de la rupture amiable du contrat de travail, une conséquence non négligeable de la liberté conférée aux parties.....	236
B. La remise en cause de la validité de l'acte	240
§2 La sécurisation transactionnelle de l'accord de rupture.....	242
Section 2 La potentielle dangerosité de la rupture conventionnelle du contrat de travail.....	244
§1 Une source d'insécurité.....	244
A. L'insécurité de la procédure d'homologation.....	244
B. Une convention de rupture au sort incertain.....	247
C. Le risque d'insécurité prétorienne.....	248
§2 Une source de déséquilibre.....	250
Chapitre 2 Le besoin de perfectionnement des accords de rupture du contrat de travail...251	
Section 1 La disparition annoncée de la rupture amiable en matière de contrat de travail à durée indéterminée.....	252
Section 2 Des modes amiables de rupture perfectibles.....	256
§1 Les améliorations de la rupture amiable du contrat de travail	256
§2 Les nécessaires aménagements de la rupture conventionnelle du contrat de travail...260	
A. L'aménagement du délai de rétractation.....	261
1. Les précisions quant au délai de rétractation	261
2. Le danger de la rétractation	263
B. La précision de la procédure d'homologation	265
 Conclusion générale	 266
 Bibliographie	 269
 Index alphabétique	 293
 Tables des matières	 300

RESUME :

Les modes amiables de rupture du contrat de travail sont en plein essor. Même si la rupture amiable de la relation contractuelle, issue de l'article 1134 du Code civil, est reconnue depuis plusieurs décennies, son manque d'appréhension par la législation sociale en limite l'usage alors même que son efficacité, en ce qui concerne les contrats de travail à durée déterminée et le contrat d'apprentissage, n'a plus à être prouvée. Le regain actuel que connaît ce type de rupture résulte de la création d'un nouvel acte par la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008. La rupture conventionnelle, voulue comme un acte permettant d'assurer la sécurité de la cessation relationnelle, a redonné confiance, aux employeurs et salariés, en l'utilisation du consensualisme lors de résiliation du contrat qu'ils ont créé. Ainsi, sans véritablement remettre en cause l'existence de la rupture issue du droit commun, la rupture conventionnelle semble être l'acte le plus à même de mettre fin à l'hégémonie des actes unilatéraux de rupture.

MOTS-CLES : Rupture d'un commun accord – Rupture amiable – Rupture conventionnelle - Consentement – Consensualisme - Contrat de travail – Droit du travail - Droit des contrats

SUMMARY :

The ways to break a work contract amicably are booming. Even if the amicable break of the contractual relationship, from Article 1134 of the civil code, has been recognized for several decades, its lack of real understanding and use by the social legislation limits its use, even though its effectiveness, regarding the fixed period employment contracts and the training contract does not need to be proven any more! The current revival of this way to break a contract comes from the creation of a new act: the 25th June 2008 modernization of the labour market law. The conventional breach, supposed to be an act which permits to reinforce the safety of the relational breach has boosted the confidence of employers as well as employees, when the use of consensualism, they had created, has to be broken. So, without really putting into question the breach itself the origin of which being the common law, the conventional breaking is the most likely act to put an end to the hegemony of unilateral acts of breach.

KEY-WORDS : Breach by mutual agreement - Amicably breach - Contractual termination
- Consent – Consensualism - A work contract - Labor law - Contract law

Vu et permis d'imprimer

Avignon, le

Le Président de l'Université d'Avignon et des
Pays de Vaucluse

Emmanuel ÉTHIS