

SCP ACG & Associés

CHEMLA AUGUET CHOFFRUT
FOCACHON THIEBAUT
ANTOINE DURTETTE GROSDMANGE
BRENER BUSY
BEYER-BUCHWALTER BEAUJARD
LEMAIRE HAUMESSER
Société d'Avocats Inter-Barreaux
5 rue de l'Arquebuse
51005 CHALONS EN CHAMPAGNE CEDEX
tél.03.26.69.32.42
fax.03.26.21.50.05

**LA RUPTURE CONVENTIONNELLE HOMOLOGUEE DU
CONTRAT DE TRAVAIL A DUREE INDETERMINEE**

**Note réalisée par Maître Gérard THIEBAUT, avocat,
et Mademoiselle Stéphanie PARIS, juriste**

1- Définition :

La rupture conventionnelle homologuée constitue un mode de rupture du contrat de travail où l'employeur et le salarié conviennent en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie.

Exclusive du licenciement ou de la démission, elle ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties.

Elle résulte d'une convention signée par les parties au contrat.

Elle est soumise à une procédure destinée à garantir la liberté du consentement des parties

(C. trav. art. L 1237-11 nouveau).

2- Historique :

Instaurée par la loi de Modernisation de l'économie du 25 juin 2008 qui a eu pour prémices l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail (signé par quatre syndicats de salariés sur huit, ce large accord est historique).

C'est une mesure emblématique de la politique de « flexisécurité » souhaitée par le Gouvernement. La « flexisécurité » contraction de flexibilité et sécurité, inspirée du modèle danois de lutte contre le chômage qui combine :

- une grande facilité de licenciement pour les entreprises (flexibilité)
- à des indemnités longues et importantes pour les sans-emplois (sécurité).
- De plus, l'administration accompagne les chômeurs dans leur parcours pour retrouver du travail.

Il ne s'agit pas à proprement parler d'une innovation : Le droit positif reconnaît tout d'abord explicitement quelques cas particuliers de rupture réputée « d'un commun accord ». Il en est ainsi lorsqu'un salarié accepte une convention de reclassement personnalisé (C. trav. art. L 1233-67), un contrat de transition professionnelle, mesure expérimentale qui se substitue à la CRP dans certains bassins d'emploi ou un congé de mobilité (C. trav. art. L 1233-80).

Par ailleurs, la jurisprudence admet de longue date la validité de ce type de rupture qui prend

en pratique des dénominations diverses et variées : départ négocié, résiliation ou rupture amiable, rupture par consentement mutuel, rupture d'un commun accord.

3- Champ d'application

3-1 Salariés concernés

Tous les employeurs et tous les salariés en CDI temps partiel ou temps complet peuvent conclure une rupture conventionnelle, y compris les salariés bénéficiant d'une protection en raison du mandat qu'ils exercent (C. trav. art. L 1237-15).

Sont visés en application de l'article L 2411-1 du Code du travail les salariés investis de l'un des mandats suivants :

- 1° Délégué syndical ;
- 2° Délégué du personnel ;
- 3° Membre élu du comité d'entreprise ;
- 4° Représentant syndical au comité d'entreprise ;
- 5° Membre du groupe spécial de négociation et membre du comité d'entreprise européen ;
- 6° Membre du groupe spécial de négociation et représentant au comité de la société européenne ;
- 7° Représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ;
- 8° Représentant du personnel d'une entreprise extérieure, désigné au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail d'un établissement comprenant au moins une installation classée figurant sur la liste prévue au IV de l'article L 515-8 du Code de l'environnement ou mentionnée à l'article 3-1 du Code minier ;
- 9° Membre d'une commission paritaire d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en agriculture prévue à l'article L 717-7 du Code rural ;
- 10° Salarié mandaté, dans les conditions prévues à l'article L 2232-25, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ;
- 11° Représentant des salariés mentionné à l'article L 662-4 du Code de commerce lors d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire ;
- 12° Représentant des salariés au conseil d'administration ou de surveillance des entreprises du secteur public ;
- 13° Membre du conseil ou administrateur d'une caisse de sécurité sociale mentionné à l'article L 231-11 du Code de la sécurité sociale ;
- 14° Membre du conseil d'administration d'une mutuelle, union ou fédération mentionné à l'article L 114-24 du Code de la mutualité ;
- 15° Représentant des salariés dans une chambre d'agriculture, mentionné à l'article L 515-1 du Code rural ;
- 16° Conseiller du salarié inscrit sur une liste dressée par l'autorité administrative et chargé d'assister les salariés convoqués par leur employeur en vue d'un licenciement ;
- 17° Conseiller prud'homme.

Procédure spéciale d'autorisation de l'inspecteur du travail : applicable également aux salariés qui ont demandés la mise en place d'élections au CE ou des DP pendant 6 mois, aux candidats aux fonctions électives pendant 6 mois et aux salariés dont la candidature ou la désignation est imminente et connue.

3-2 Contexte de la rupture

La rupture conventionnelle vise uniquement les CDI.

Elle n'est pas applicable aux ruptures de contrats de travail résultant (C. trav. art. L 1237-16 nouveau) :

- des accords collectifs de **gestion prévisionnelle des emplois et des compétences** (GPEC) :

Rappelons que la GPEC a pour finalité d'aider les entreprises à anticiper et à traiter en amont, par le dialogue social, les évolutions de l'emploi. Les entreprises et les groupes de plus de trois cents salariés ont l'obligation de négocier tous les trois ans sur la mise en place d'un dispositif de GPEC (C. trav. art. L 2242-15).

- des **plans de sauvegarde de l'emploi** (PSE).

Le PSE, anciennement dénommé plan social, a pour objet d'éviter les licenciements ou d'en diminuer le nombre (C. trav. art. L 1233-61). Il est mis en place dans les entreprises comptant au moins cinquante salariés qui ont un projet de licenciement concernant au moins dix salariés dans une période de trente jours. Il comporte des mesures variées, telles que des actions de reclassement interne ou externe des salariés, de soutien à la création d'activités nouvelles ou encore d'aménagement du temps de travail.

Pour les cessations d'activité envisagées dans le cadre de ces deux dispositifs, qui sont soumises aux règles applicables aux licenciements collectifs, la rupture conventionnelle ne peut pas être utilisée.

Elément important : Symétriquement, lorsque la rupture conventionnelle est utilisée, elle échappe aux règles applicables au licenciement pour motif économique.

Article L1233-3

Modifié par LOI n°2008-596 du 25 juin 2008 - art. 5

Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur 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.

Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail à **l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants, résultant de l'une des causes énoncées au premier alinéa.**

4- Des pourparlers à la conclusion d'une convention

4-1 Entretien(s) préparatoire(s)

Les parties au contrat conviennent du principe d'une rupture conventionnelle lors d'un ou plusieurs entretiens (C. trav. art. L 1237-12 nouveau, al. 1).

Au moins trois entretiens entre l'employeur et le salarié sont selon nous opportuns bien que la loi prévoit un minimum d'un unique entretien : deux préalables et un pour la signature

4-1-1 Le premier entretien

Informel, il permet d'entamer les pourparlers sur le départ de l'entreprise.

4-1-2 Le second entretien

Le second entretien porte sur la négociation et ajuste les conditions financières et matérielles de cette dernière.

Forme :

Nous conseillons vivement pour des raisons de preuve de formaliser la prise de rendez-vous **par une invitation à entretien écrite** au salarié selon les règles prévus pour l'entretien préalable au licenciement bien que sur ce point, en raison sans doute de la spécificité de la rupture conventionnelle qui est d'être décidée par consentement mutuel, les textes sont toutefois peu précis. Mais cela constitue une sécurité juridique qui nous semble indispensable.

Date de ce ou ces entretiens :

Dans la pratique, il conviendra de fixer un rendez-vous à une date assez éloignée afin de permettre au salarié et à l'employeur de faire appel à un assistant. Signalons à cet égard qu'en cas de licenciement, le Code du travail prévoit un **délai minimum de 5 jours ouvrables entre la date de réception par le salarié de la convocation et la date de l'entretien**. Il nous semble judicieux de respecter ce délai raisonnable. Ici encore il est tout à fait probable que la jurisprudence exige à l'avenir le respect d'un temps raisonnable.

Heure et le lieu du ou des entretiens :

La loi ne le précise pas.

L'entretien préalable au licenciement doit quant à lui en principe se tenir au lieu où s'exécute le travail ou au siège social de l'entreprise et ne peut être fixé en un autre lieu dès lors que rien ne le justifie. D'autres lieux de convocation peuvent être choisis dans certaines circonstances particulières. Dans ce cas, le salarié a droit au remboursement de ses frais de déplacement.

Mais rien n'indique que de telles règles soient applicables pour la négociation de la rupture conventionnelle.

Il nous semble préférable, dans la mesure du possible, de fixer l'entretien au lieu de travail et pendant les horaires de travail.

Assistance du salarié:

Au cours du ou des entretiens, le salarié peut se faire assister (C. trav. art. L 1237-12 nouveau):

- soit par une personne de son choix appartenant au **personnel de l'entreprise**, qu'il s'agisse d'un salarié titulaire d'un mandat syndical ou d'un salarié membre d'une institution représentative du personnel ou tout autre salarié ;
- soit, en l'absence d'institution représentative du personnel dans l'entreprise, par un **conseiller du salarié choisi sur une liste** dressée par l'autorité administrative.

L'employeur n'a pas, dans les textes, l'obligation de rappeler au salarié qu'il peut se faire assister.

Néanmoins dans la mesure où la validité d'une rupture conventionnelle est subordonnée à l'existence d'un consentement libre et éclairé des parties, il est souhaitable que les négociations aient lieu dans la plus grande transparence.

Il nous semble judicieux de se calquer sur les règles prévues en matière de licenciement pour constituer une preuve du déroulement régulier de la procédure et ainsi garantir une sécurité juridique optimale. Ainsi, nous recommandons de réaliser un courrier d'invitation à entretien préparatoire qui sera remis, préférentiellement, en main propre contre décharge ou, si nécessaire, par lettre recommandée avec accusé de réception.

Le salarié qui souhaite user de la faculté d'assistance qui lui est ainsi offerte en informe l'employeur (C. trav. art. L 1237-12 nouveau, al. 4).

La loi ne précise pas sous quel délai ni sous quelle forme le salarié fait part à l'employeur de son intention.

Dans le cadre d'une procédure de licenciement où il est prévu une assistance identique, l'employeur n'a pas à convoquer la personne choisie par le salarié. La défection de celle-ci ne peut être reprochée à l'employeur, sauf intervention dissuasive de sa part. Elle ne saurait être assimilée à une absence d'institutions représentatives autorisant le salarié à recourir au conseiller figurant sur la liste administrative.

Par ailleurs, l'assistant ne doit subir aucune perte de rémunération du fait de l'assistance. Il doit, en outre, être remboursé des frais de transport le cas échéant exposés pour se rendre à l'entretien préalable, peu important à cet égard qu'il soit délégué syndical.

Ces précisions devraient être applicables pour l'assistance des parties au cours de la négociation d'une rupture conventionnelle.

Assistance de l'employeur :

Lors du ou des entretiens, l'employeur a la faculté de se faire assister quand le salarié en fait lui-même usage. S'il en décide ainsi il en informe à son tour le salarié (C. trav. art. L 1237-12 nouveau, al. 4).

Si le salarié ne choisit pas de faire appel lui-même à un assistant, l'employeur est privé d'une telle possibilité.

La loi ne précise ni la forme ni les délais d'information du salarié par l'employeur qui envisage de se faire assister. L'information devra-t-elle également porter sur la qualité de l'assistant qui, dans certains cas, peut être une personne extérieure à l'entreprise ?

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 son organisation syndicale d'employeurs ou par un autre employeur relevant de la même branche (C. trav. art. L 1237-12 nouveau, al. 5).

La possibilité pour l'une ou l'autre des parties de se faire assister lors de l'entretien par un avocat a été écartée par amendement.

Cette exclusion de la présence d'un professionnel du droit au moment des discussions pour l'élaboration de l'accord est regrettable.

Considérant qu'on ne trouve pas nécessairement, dans les petites entreprises, un salarié ayant la volonté d'assister le chef d'entreprise ou les compétences nécessaires pour le faire et que, dans la mesure où le salarié a la possibilité, dans certains cas, de se faire assister par une personne extérieure à l'entreprise, il ne paraît pas inéquitable d'accorder la même possibilité au patron d'une très petite entreprise ; le Parlement a créé cette nouvelle possibilité d'assistance. Il s'agit là d'une innovation par rapport à ce qui existe dans le cadre de la procédure de licenciement. En effet, bien que non prévue par la loi, l'assistance de l'employeur par un salarié de l'entreprise est alors permise mais la présence lors de l'entretien préalable d'un conseiller de l'employeur étranger à la société rend la procédure irrégulière.

Information :

L'ANI du 11 janvier 2008 prévoit que la liberté de consentement du salarié est notamment garantie par les informations qui lui sont communiquées sur la possibilité qui lui est ouverte de prendre les contacts nécessaires, notamment auprès du service public de l'emploi, pour être en mesure d'envisager la suite de son parcours professionnel avant tout consentement. La loi ne reprend pas cette obligation.

Nous pensons que cette mention peut être inscrite sur la convocation du salarié afin de garantir une parfaite transparence.

<p>Il est judicieux, à notre sens, d'envoyer avec l'invitation à entretien un document retraçant l'ensemble des droits du salarié (preuve d'un consentement éclairé).</p>
--

4-2 Rédaction de la convention de rupture

L'avocat peut intervenir au moment de la rédaction de la convention. L'intervention de ce professionnel du droit est conseillée afin que la convention soit exhaustive sur les points à traiter et que la sécurité juridique soit par conséquent optimale.

Contenu

L'article L 1237-13 nouveau du Code du travail définit le contenu de la convention.

L'ANI du 11 janvier 2008 prévoyait que le processus de rupture conventionnelle fait l'objet d'un formulaire type reprenant les trois étapes : première discussion entre les parties, signature de la convention, homologation de l'accord par le directeur départemental du travail. Un exemplaire du formulaire est conservé par l'employeur, un exemplaire est conservé par le salarié, un exemplaire est adressé au directeur départemental du travail. Un arrêté édictant ce formulaire type permettant de faciliter l'établissement de la convention a été publié.

Toutefois, il nous semble utile d'établir une convention en plus de ce formulaire.

4-2-1 La convention de rupture définit les conditions de celle-ci, notamment **le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle** (C. trav. art. L 1237-13 nouveau, al. 1).

Le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle est fixé par la convention de rupture. Il ne peut pas être inférieur à celui de l'indemnité légal e de licenciement (C. trav. art. L 1237-13 nouveau, al. 1).
--

Le régime de l'indemnité légale de licenciement a été modifié par la loi portant modernisation du marché du travail du 25 juin 2008 ainsi que le décret du 18 juillet pris pour son application:

La durée d'ancienneté nécessaire pour bénéficier d'une indemnité de licenciement a été ramenée de deux ans à un an et a été doublée (1/5^{ème} de mois par année d'ancienneté, auquel s'ajoute 2/15 de mois par année au-delà de 10 ans d'ancienneté). En cas d'ancienneté inférieure à une année, il convient de calculer l'indemnité due au prorata temporis.

Par ailleurs, le montant de l'indemnité est désormais identique quel que soit le motif du licenciement, personnel ou économique. L'article L 1234-9 du Code du travail est modifié en conséquence).

La base de calcul est la moyenne des 3 ou 12 derniers mois bruts de salaire (le plus favorable).

Le montant de l'indemnité doit figurer en toutes lettres dans la convention.

Le salarié a droit, en outre, à une indemnité compensatrice de congés payés si il lui en reste.

4-2-2 La convention fixe la date de rupture du contrat de travail (C. trav. art. L 1237-13 nouveau, al. 2).
--

Sachant que la rupture ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation par la Direction Départementale du Travail.

Sauf accord des parties, le contrat s'exécute normalement pendant la procédure jusqu'à la date de rupture fixée.

4-2-3 Il nous semble opportun de négocier en plus les points suivants :

- Le sort d'une éventuelle clause de non-concurrence prévue par le contrat de travail.

- Le sort du Droit Individuel à la Formation (DIF) :

Le DIF n'est mentionné ni dans les articles du Code du travail relatifs à ce mode de rupture ni dans le formulaire de demande d'homologation.

A savoir : lors de la rupture conventionnelle du CDI, le salarié peut demander à utiliser son DIF avant la date d'homologation sans que l'employeur soit obligé d'accepter la demande.

Source : Editions Francis Lefebvre, Social 24/09/2008

- La date de retour des avantages tels que le véhicule de fonction, le logement, le matériel informatique, les stocks options...

- La partie qui s'engage à faire la demande d'homologation.

....

Cette phase peut nécessiter plusieurs entretiens pour parvenir à un accord qui se doit d'être complet.

Une fois l'accord trouvé, nous nous trouvons à votre disposition pour consigner les différents points dans une convention.

4-3 L'entretien final

L'entretien final est dédié à la signature de la convention de rupture.

La convention doit être signée par les deux parties. Aucune procédure particulière n'est prévue pour donner date certaine à cette convention. La date de la signature fixe pourtant le départ du délai de rétractation. Il est donc conseillé de procéder à la signature en présence de témoins qui peuvent être les assistants prévus par les textes.

5- Rétractation

A compter de la date de sa signature par les deux parties, chacune d'entre elles dispose d'un délai de quinze jours calendaires pour exercer son droit de rétractation (C. trav. art. L 1237-13 nouveau, al. 3).

Exemple : Si une convention a été conclue le 1er novembre 2008, les parties ont jusqu'au 16 novembre 2008 à minuit pour se rétracter. Le délai est incompressible et ne supporte aucune exception.

Il est à noter toutefois que si le dernier jour est un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant (article R 1231-1 du Code du travail).

Ce droit est exercé sous la forme d'une lettre adressée par tout moyen attestant de sa date de réception par l'autre partie (C. trav. art. L 1237-13 nouveau, al. 3).

Il pourra donc s'agir d'une lettre recommandée avec avis de réception ou d'une lettre remise en main propre contre décharge datée.

La loi n'impose pas de motiver sa décision de se rétracter.

6- Homologation administrative

6-1 Demande

A l'issue du délai de rétractation, la partie la plus diligente adresse une demande d'homologation à l'autorité administrative, avec un exemplaire de la convention de rupture. Un arrêté du ministre chargé du travail fixe le modèle de cette demande (C. trav. art. L 1237-14 nouveau, al. 1).

Il résulte de l'ANI du 11 janvier 2008 que l'autorité administrative compétente en la matière est le directeur départemental du travail.

Voir en annexe 1 et 2 : formulaires réglementaires fixés par l'arrêté du 18 juillet 2008 (JO du 19 juillet) : un formulaire spécifique au salarié protégé

Ainsi, il s'agit de retranscrire la convention dans le document ad hoc qui doit être adressé au Directeur Départemental du Travail et de l'Emploi de l'établissement où travaille le salarié quinze jours après la signature pour homologation.

6-2 Contrôle de l'administration

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 (C. trav. art. L 1237-14 nouveau, al. 2).

Attention : Le délai imparti à l'administration pour exercer son contrôle est exprimé en jours ouvrables (et non en jours calendaires comme le délai de rétractation).

Sont réputés ouvrables tous les jours de la semaine, à l'exclusion du dimanche et du 1^{er} mai. Les jours fériés autres que le 1^{er} mai perdent également leur caractère de jours ouvrables lorsqu'ils sont habituellement chômés dans l'entreprise ou la branche. Lors des débats parlementaires, le ministre du travail a précisé que, dans ce cadre, « le lundi de Pentecôte n'est plus un jour ouvrable. En ce qui concerne le problème particulier qui se pose quand le 1^{er} mai

coïncide avec le jour de l'Ascension, comme ce fut le cas cette année, il faut alors tenir compte des stipulations des conventions collectives».

Exemple : si la demande d'homologation, envoyée à l'administration le 20 octobre 2008 est reçue par elle le 23 octobre suivant, le délai d'examen imparti à l'administration commence à courir le vendredi 24 octobre et expire le 12 novembre 2008 à minuit.

6-3 Décision d'homologation

Elle peut être implicite : le silence de l'autorité administrative pendant quinze jours ouvrables équivaut à une décision d'homologation.

La décision de l'administration peut être explicite : ce peut être une décision accordant l'homologation, ce qui validera automatiquement la convention.

L'administration peut également notifier aux parties une décision de refus d'homologation.

En principe elle est, en vertu de l'alinéa 2 de l'article. L 1237-14 nouveau, tenue d'opposer un tel refus si la procédure n'a pas été correctement suivie (entretien préalable, possibilité d'assistance, délai de rétractation, respect d'une indemnité conventionnelle au moins égal au minimum légal, le respect du délai de rétractation...) ou si elle doute de la liberté de consentement des parties.

La voie de recours est judiciaire devant le Conseil de Prud'hommes.

Voir décision du Conseil de Prud'hommes de Valence : un des premiers jugements prud'homaux sur la rupture conventionnelle : Il illustre la compétence du Conseil de Prud'hommes en cas de recours contre la décision de l'administration. En l'occurrence, le juge prud'homal revient sur la décision de la direction départementale du travail qui avait refusé d'homologuer la rupture l'indemnité légale étant passée de 1/10^{ème} à 1/5^{ème} depuis la signature de la convention.

7- Mise en œuvre de la convention de rupture

Une fois homologuée, la convention est valide (C. trav. art. L 1237-14 nouveau, al. 3). Elle peut donc être mise en application.

7-1 Rupture du contrat de travail

- Date de la rupture

La date de rupture du contrat de travail est fixée par la convention. La rupture ne peut toutefois intervenir avant **le lendemain du jour de l'homologation**.(C. trav. art. L 1237-13 nouveau, al. 2).

La question se pose de savoir à quelle date se situe le jour de l'homologation. En cas de décision implicite elle se situe au jour de l'expiration du délai imparti à l'autorité

administrative pour se prononcer. Dans ce cas il faudra connaître avec certitude la date à laquelle la demande d'homologation a été reçue par l'autorité administrative. En cas de décision explicite prise par l'autorité administrative faudra-t-il retenir la date à laquelle l'administration a envoyé la notification ou celle à laquelle cette dernière a été reçue par les parties ?

Le délai fixé par l'article L 1237-13 du Code du travail est un délai minimum : la convention peut parfaitement prévoir que la rupture n'interviendra qu'à l'issue d'un délai courant à compter de la date d'homologation de la convention.

- **Salariés protégés**

La loi prévoit que la rupture conventionnelle peut s'appliquer aux salariés protégés. Pour autant, et par dérogation aux règles de droit commun, **l'inspecteur du travail** reste compétent pour accorder une autorisation qui vaut homologation..

Contrairement à ce qui existe pour les autres modes de rupture, il n'y a donc pas dans ce cas cumul de la procédure de rupture conventionnelle homologuée avec la procédure spéciale de licenciement. Seule cette dernière s'applique mais dans des conditions très particulières.

Dans l'exercice de sa compétence, appliquée à la rupture conventionnelle, l'inspecteur du travail n'a pas à apprécier l'existence de la validité d'un motif qui justifierait la rupture conventionnelle. Il doit seulement apprécier la liberté du consentement. Il s'assurera donc de l'absence de toute pression de la part de l'employeur qui se rattacherait notamment à l'exercice du mandat du salarié : la décision autorisant la rupture conventionnelle devra toujours constater l'absence de lien avec le mandat.

L'inspecteur du travail ne peut accorder ou refuser l'autorisation de rompre le contrat de travail d'un salarié protégé qu'après avoir entendu les parties lors d'une enquête contradictoire et avoir exercé son contrôle dont l'étendue est fixée par la jurisprudence. Ce contrôle porte sur la qualité de salarié protégé de l'intéressé, le respect des procédures de rupture et la légitimité du motif invoqué à l'appui de la demande. Ce dernier point serait donc, en cas de rupture conventionnelle, exclu du contrôle.

Dans le cadre d'une consultation du comité d'entreprise, l'avis de ce dernier devra précéder la signature de convention de rupture.

L'avis du comité d'entreprise est requis en cas de rupture du contrat de travail de tous les bénéficiaires de la protection à l'exception des délégués ou anciens délégués syndicaux et des salariés dont l'imminente désignation comme délégué syndical était connue de l'employeur.

Pour ceux-ci, la rupture n'est subordonnée qu'à l'autorisation de l'inspecteur du travail.

La demande sera ensuite formée auprès de l'inspecteur du travail selon les règles habituelles (articles R 2421-1 et suivants), accompagnée du formulaire spécifique aux salariés protégés de rupture conventionnelle qui contient la convention de rupture.

La demande d'autorisation, énonçant les motifs du licenciement, est adressée à l'inspecteur du travail par lettre recommandée avec avis de réception.

Lorsque l'avis du comité est requis, le procès-verbal de la réunion au cours de laquelle il s'est prononcé est joint à la demande. Cette dernière doit être présentée dans le délai de 15 jours suivant cette réunion.

Dans le cas d'une rupture conventionnelle, la convention ne peut être conclue qu'après la consultation et la demande ne saurait être envoyée avant l'expiration du délai de rétractation le délai de 15 jours entre la consultation et la demande d'autorisation sera donc systématiquement dépassé.

La convention de rupture devra être signée par les parties préalablement à la demande d'autorisation.

L'employeur ne pourra pas adresser la demande d'autorisation à l'inspecteur du travail tant que le délai de réflexion de 15 jours **calendaires** à compter de la date de signature de la convention de rupture n'est pas expiré, et en tout état de cause, la rupture conventionnelle ne pourra prendre effet qu'après l'autorisation administrative.

L'inspecteur du travail statue dans un délai de 15 jours à compter de la réception de la demande d'autorisation à **moins que les nécessités de l'enquête ne justifient une prolongation de ce délai.**

Il existe donc une difficulté rédactionnelle sur la date de la rupture car l'inspecteur n'est alors pas limité dans le temps pour l'étude du dossier.

La décision de l'inspecteur est motivée. Elle est notifiée à l'employeur et au salarié ainsi que, lorsqu'il s'agit d'un délégué syndical ou d'un représentant syndical au comité d'entreprise, à l'organisation syndicale concernée, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Dans le cadre d'un licenciement, l'administration peut refuser l'autorisation pour des motifs d'intérêt général, sauf à porter une atteinte excessive aux intérêts des parties en présence.

Aura-t-elle cette possibilité lorsque les parties auront conclu une rupture conventionnelle et qu'elle aura vérifié la liberté de consentement des parties ? Il appartiendra au juge administratif de le préciser.

Les recours formés contre les décisions des inspecteurs du travail autorisant ou refusant l'autorisation de rupture conventionnelle sont formés devant le ministre (article R 2422-1 du Code du travail) et/ou devant le tribunal administratif selon la règle de droit commun.

7-2 Indemnisation du salarié

- Régime social et fiscal de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle

En bref : Les plafonds d'exonérations applicables à l'indemnité de rupture sont les mêmes que ceux auxquels est soumise l'indemnité de licenciement. Ces exonérations ne concernent toutefois que les sommes perçues par le salarié n'étant pas en droit de bénéficier d'une pension de retraite d'un régime légalement obligatoire.
--

Lorsque le salarié n'est pas en droit de bénéficier d'une pension de retraite d'un régime obligatoire :

L'indemnité spécifique de rupture conventionnelle qui lui est versée bénéficie du même régime social que l'indemnité de licenciement.

Elle est exonérée de cotisations sociales dans la limite :

- soit deux fois le montant de la rémunération annuelle brute perçue par le salarié au cours de l'année civile précédant la rupture du contrat de travail ou 50 % du montant de l'indemnité si ce seuil est supérieur, dans la limite de six fois le plafond annuel de la sécurité sociale en vigueur à la date du versement des indemnités (soit 199 656 € pour les indemnités perçues en 2008 et 205 848 € pour les indemnités perçues en 2009) ;
- 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.

Ces indemnités sont exonérées de CSG et de CRDS dans la limite du montant de l'indemnité de licenciement prévu par la convention collective de branche, l'accord professionnel ou interprofessionnel ou par la loi.

Lorsque le salarié est en droit de bénéficier d'une pension de retraite d'un régime légalement obligatoire :

L'indemnité de rupture conventionnelle est soumise dès le premier euro aux cotisations et contributions sociales (après application de l'abattement de 3% pour la CSG/CRDS).

- Assurance chômage

Droit aux allocations chômage pour le salarié dans les conditions de droit commun :

Le salarié bénéficie de l'allocation chômage s'il remplit les conditions d'obtention de l'allocation d'aide au retour à l'emploi (ARE), c'est-à-dire s'il justifie d'une activité professionnelle salariée d'au moins 6 mois au cours des 22 mois précédant la fin du contrat de travail.

La codification et l'intitulé à apposer sur l'attestation ASSEDIC pour ce motif sont :

88. Rupture conventionnelle d'un CDI (art. L1237-14).

Les détracteurs de cette mesure dénoncent qu'elle pourrait inciter les parties à se mettre d'accord sur des ruptures conventionnelles et donc à s'entendre au détriment des ASSEDIC.

De fait, cela pourrait permettre de gérer légalement des situations où le salarié souhaitait partir et demandait à l'employeur un licenciement ou s'absentait jusqu'à ce que cette désorganisation entraîne son licenciement effectif.

Pour pallier ce problème, l'économiste Francis Kramarz propose d'instaurer un bonus-malus pour les entreprises dans le prolongement du rapport d'Olivier Blanchard et de Jean Tirole. Mais pour l'instant aucune mesure dans ce sens n'a été adoptée.

3-5 La protection juridique conférée par la rupture conventionnelle homologuée :

Prescription :

Le recours juridictionnel doit être formé, à peine d'irrecevabilité, avant l'expiration d'un **délaï de douze mois** à compter de la date d'homologation de la convention (C. trav. art. L 1237-14 nouveau, al. 4).

Ce délai relativement court est protecteur de l'employeur.

Pour l'instant, nous n'avons pour l'instant aucun retour sur cette nouvelle formule de rupture du contrat étant donné qu'aucun contentieux de remise en cause de la rupture n'est encore intervenu ou n'a été publié.

Le contentieux reste possible mais dans la mesure où il s'agit d'une rupture d'un commun accord, on voit mal sur quel point ce contentieux pourrait se cristalliser, si ce n'est sur l'idée d'une pression qui aurait été mise sur le salarié, ou sur des notions de harcèlement qui précéderaient la rupture, étant précisé cependant que le délai de quinze jours permettant la rétractation de chacune des parties après la signature de la convention, a précisément pour but de couper court à ce genre de critique.

Le délai et son non respect notamment par le biais d'actes antidatés pourraient également être un moyen de contentieux.

Recours possibles :

L'homologation ne peut faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la convention.

Le Conseil de Prud'hommes est la juridiction compétente pour les litiges concernant la convention, l'homologation ou le refus d'homologation.

Les décisions prud'homales relatives à la rupture conventionnelle du contrat de travail sont susceptibles d'être contestées par la voie de l'appel et du pourvoi en cassation dans les conditions de droit commun.

Les autres recours administratifs ou contentieux sont exclus (sauf pour les salariés protégés dans le cadre de l'autorisation de l'inspecteur du travail : recours formés devant le ministre et/ou devant le tribunal administratif).

Si la rupture conventionnelle est remise en cause, le salarié devra réintégrer l'entreprise.

Concernant les avocats salariés pour lesquels des dispositions spéciales prévoient la compétence du bâtonnier en cas de litige lié au contrat de travail. Par cohérence, les litiges relatifs à la convention de rupture intervenant entre un avocat salarié et son patron, de

l'homologation ou du refus d'homologation de cette convention remontent également à la juridiction ordinaire plutôt qu'au conseil de prud'hommes.

Législation :

> Loi 2008-596 du 25 juin 2008 résultant de l'Accord National Interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2008 et portant diverses mesures relatives à la modernisation du marché du travail

> Décret 2008-715 du 18 juillet 2008

> Circulaire DGT 2008-11 du 22 juillet 2008

Code du travail : Section 3 : Rupture conventionnelle.

Article L1237-11

Créé par LOI n°2008-596 du 25 juin 2008 - art. 5

L'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie.

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

Elle résulte d'une convention signée par les parties au contrat. Elle est soumise aux dispositions de la présente section destinées à garantir la liberté du consentement des parties.

Article L1237-12

Créé par LOI n°2008-596 du 25 juin 2008 - art. 5

Les parties au contrat conviennent du principe d'une rupture conventionnelle lors d'un ou plusieurs entretiens au cours desquels le salarié peut se faire assister :

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 représentative 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.

Lors du ou des entretiens, 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.

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 son organisation syndicale d'employeurs ou par un autre employeur relevant de la même branche.

Article L1237-13

Créé par LOI n°2008-596 du 25 juin 2008 - art. 5

La convention de rupture définit les conditions de celle-ci, 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.

Elle fixe la date de rupture du contrat de travail, qui ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation.

A compter de la date de sa signature par les deux parties, chacune d'entre elles dispose d'un délai de quinze jours calendaires pour exercer son droit de rétractation. Ce droit est exercé sous la forme d'une lettre adressée par tout moyen attestant de sa date de réception par l'autre partie.

Article L1237-14

Créé par LOI n°2008-596 du 25 juin 2008 - art. 5

A l'issue du délai de rétractation, la partie la plus diligente adresse une demande d'homologation à l'autorité administrative, avec un exemplaire de la convention de rupture. Un arrêté du ministre chargé du travail fixe le modèle de cette demande.

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.

La validité de la convention est subordonnée à son homologation.

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.

Article L1237-15

Créé par LOI n°2008-596 du 25 juin 2008 - art. 5

Les salariés bénéficiant d'une protection mentionnés aux articles L. 2411-1 et L. 2411-2 peuvent bénéficier des dispositions de la présente section. Par dérogation aux dispositions de l'article L. 1237-14, la rupture conventionnelle est soumise à l'autorisation de l'inspecteur du travail dans les conditions prévues au chapitre Ier du titre Ier du livre IV, à la section 1 du chapitre Ier et au chapitre II du titre II du livre IV de la deuxième partie. Dans ce cas, et par dérogation aux dispositions de l'article L. 1237-13, la rupture du contrat de travail ne peut intervenir que le lendemain du jour de l'autorisation.

Article L1237-16

Créé par LOI n°2008-596 du 25 juin 2008 - art. 5

La présente section n'est pas applicable aux ruptures de contrats 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. »