

Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail

Grégoire Loiseau, Professeur à l'université de Paris I Panthéon-Sorbonne ; Vice-président de l'université

En introduisant un processus conventionnel de rupture du contrat de travail, la loi du 25 juin 2008 quitte une tradition d'unilatéralisme qui imprégnait jusqu'à présent la conception des règles présidant à la rupture du contrat. Le principe d'un tel mode de rupture n'est certes pas nouveau ; depuis le Code napoléon, l'article 1134 permet la révocation du contrat du consentement mutuel de ceux qui l'ont formé. Mais, ce qui est nouveau, c'est que le droit en organise le déroulement et donne un fond d'ordre public à la procédure des consentements, la loi accompagnant celle-ci de mesures propres à sécuriser la rupture. La nouveauté tient aussi à la promotion qui est faite de la commune volonté comme une troisième voie pour mettre fin à un contrat de travail, à côté de la rupture à l'initiative de l'employeur et de celle à l'initiative du salarié. En cela, la rupture conventionnelle participe de l'idée très contemporaine que le contrat peut être l'instrument de règlements pacifiés en fédérant les volontés sur une solution qui est d'autant mieux reçue qu'elle a été librement consentie. Dans ce mouvement, la convention, qui réunit les intérêts propres à chacune des parties, se présente comme une alternative à la culture de l'unilatéralisme qui met au pouvoir de l'une une décision subie par l'autre.

Reste à savoir si les volontés parviennent effectivement à s'entendre pour rompre le contrat aussi efficacement que lorsqu'elles se manifestent unilatéralement. D'un point de vue comptable, les chiffres indiquent que ce nouveau mode de rupture ne rebute pas et tente même un certain nombre d'employeurs et de salariés puisque, malgré un contexte économique qui lui est *a priori* peu propice, plus de 250 000 ruptures conventionnelles ont été homologuées depuis l'entrée en vigueur du dispositif en août 2008⁽¹⁾. Celles-ci représenteraient aujourd'hui entre 5 et 10 % du total des sorties de CDI, ce qui correspond au volume des licenciements déguisés qui était estimé par la direction générale du travail⁽²⁾. Ce n'est évidemment pas un raz-de-marée mais ces chiffres permettent tout de même de considérer que la rupture conventionnelle est devenue l'une des voies praticables et empruntées pour mettre fin à la relation contractuelle de travail. Sur un plan plus substantiel, cependant, le débat est encore vif sur l'efficacité, et corrélativement sur l'intérêt, de ce mode de rupture. Comme l'a parfaitement résumé un auteur, *il y a ceux qui croient à la rupture du contrat de travail d'un commun accord et ceux qui n'y croient pas*⁽³⁾. Seulement, encore faut-il se donner les moyens de croire ou, à l'inverse, de douter. Concrètement, il faut, pour s'en faire une idée, s'intéresser à la rupture conventionnelle sous deux angles complémentaires : son utilité, d'une part ; sa sûreté, d'autre part, sans laquelle l'utilité ne serait que vaine promesse. L'utilité pose une question de domaine de la rupture conventionnelle ; la sûreté ouvre sur des questions de régime.

I. - Une question de domaine : l'utilité de la rupture conventionnelle

L'utilité pratique de la rupture conventionnelle dépend étroitement de la place que celle-ci va progressivement trouver et occuper dans l'architecture générale des modes de rupture du contrat de travail. D'emblée, elle a été conçue par le législateur comme une troisième voie, à côté de la rupture unilatérale à l'initiative de l'employeur et de la rupture à l'initiative du salarié. À l'article L. 1231-1 du Code du travail, il est dit en effet que *le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié ou d'un commun accord*. Ce texte soulève alors deux questions qui comptent dans la détermination du

domaine de la rupture conventionnelle. La première est de savoir si toute rupture d'un commun accord doit désormais emprunter le dispositif cadre de la rupture conventionnelle ; la seconde porte sur son articulation avec les modes de rupture unilatérale dont elle peut constituer un substitut avantageux pour l'employeur ou pour le salarié prenant l'initiative d'en proposer la conclusion à l'autre.

1. La rupture conventionnelle et les ruptures d'un commun accord du contrat

La rupture conventionnelle n'est-elle qu'un sous-produit de la liberté de rompre le contrat par un accord de volontés ? Un dispositif spécial proposant aux parties un moyen fiable et sécurisé de se séparer à l'amiable tout en leur laissant la possibilité de s'organiser autrement ? Au-delà d'une simple question de domaine de la rupture conventionnelle, c'est son rang parmi les causes de rupture du contrat qui dépend de l'analyse à retenir. À côté de modes monolithiques de rupture - le licenciement à l'initiative de l'employeur ; la démission à l'initiative du salarié - une dispersion des processus de rupture d'un commun accord marginaliserait la rupture conventionnelle qui ne pourrait se présenter en soi comme une alternative à l'unilatéralisme des mécanismes traditionnellement empruntés. L'enjeu est donc de taille et, dans cette perspective, plusieurs données plaident pour une conception de la rupture conventionnelle comme mode de droit commun des ruptures d'un commun accord. Il suit de là que les parties ne peuvent sortir des prévisions de la loi du 25 juin 2008 qu'en présence d'un texte spécial envisageant une possibilité de rompre d'un commun accord sans renvoyer au dispositif cadre de la rupture conventionnelle.

a) L'exclusivité de la rupture conventionnelle comme mode de droit commun des ruptures d'un commun accord

Ce point de vue s'argumente à partir de l'observation que la rupture conventionnelle est un mode de rupture institué et aménagé par la loi qui, tout en se réclamant de la liberté individuelle des parties souhaitant mettre fin à leur contrat, encadre tout de même à cet égard leur liberté contractuelle. Si les parties sont en effet invitées à déterminer les conditions de leur rupture ⁽⁴⁾, la loi en organise elle-même les principales modalités sans leur laisser la possibilité d'y déroger : l'exigence formelle d'une homologation de la convention, la prescription substantielle du versement d'une indemnité de rupture participant d'un régime primaire impératif qui, en pratique, se suffit le plus souvent à lui-même. Il existe, autrement dit, un statut légal de la rupture conventionnelle dans lequel les parties doivent se couler et dont elles se satisfont en général sans rien y ajouter. De fait, les volontés s'expriment moins pour déterminer le contenu de la convention de rupture que pour arrêter le principe de la rupture conventionnelle. La volonté n'est donc requise, au fond, que pour franchir la porte de sortie, l'objectif de la loi étant de sécuriser cette volonté.

Il est alors dans la logique de ce dispositif de constituer le droit commun de la rupture d'un commun accord. Il en va du respect des règles impératives qui se destinent, pour l'essentiel, à la protection du salarié, en s'assurant de la réalité de son consentement et en lui garantissant le bénéfice d'une indemnité de rupture : admettre d'autres possibilités de rupture d'un commun accord reviendrait à accepter de pouvoir y déroger et à y déroger, le cas échéant, en moins-prenant pour le salarié. Il s'y ajoute que l'homologation étant une condition de validité de la convention de rupture, tout accord non homologué pourrait, de ce seul point de vue, être considéré comme invalide ou du moins infécond.

Dans ces conditions, la rupture conventionnelle issue de la loi du 25 juin 2008 semble devoir constituer le cadre légal dans lequel s'organise dorénavant la rupture du contrat d'un commun accord, sauf exceptions réservées par la loi elle-même ⁽⁵⁾. Sans doute, en pratique, n'empêchera-t-on pas les parties de s'entendre sur une rupture avec une prise d'effet immédiate, sans formalité ni indemnité particulière. Tel peut être le cas lorsque le salarié ayant trouvé un autre emploi et désireux d'être immédiatement libéré de ses obligations - sans avoir donc à respecter un préavis que lui imposerait une démission - obtient l'accord de l'employeur de mettre fin au contrat. On peut songer aussi à l'hypothèse du transfert du salarié d'une entreprise à une autre au sein d'un même groupe : il n'est pas rare, en pareil cas, de rompre le contrat d'un commun accord avec l'employeur initial et d'en conclure un

nouveau simultanément avec le nouvel employeur. Dans ces situations, il est bien certain que le formalisme de la rupture conventionnelle alourdit et retarde une opération que l'on souhaite simple et immédiatement efficace. Mais, même si le risque de contentieux est extrêmement faible, il ne peut être exclu que la régularité de la rupture amiable soit *a posteriori* remise en cause pour s'être réalisée en dehors des prescriptions et garanties légales. Et c'est pourquoi, si le salarié veut quitter immédiatement l'entreprise, mieux vaut le laisser démissionner quitte à le dispenser de son préavis. Et en cas de mobilité du salarié au sein d'un groupe, il est certainement préférable d'emprunter la voie de la cession conventionnelle de son contrat de travail.

b) La persistance de ruptures d'un commun accord non organisées par la loi

La loi du 25 juin 2008 propose un schéma directeur de rupture pour les parties qui ont directement en vue de se séparer. Elle laisse donc logiquement de côté les désunions par ricochet, comme celle qui résulte de l'acceptation par le salarié d'une convention de reclassement personnalisé (6) ou de l'acceptation d'une proposition de congé de mobilité (7). Il existe au demeurant, dans ces situations, des règles spéciales qui accompagnent ces causes de rupture du contrat et qui en justifient l'autonomie. D'autres cas de rupture d'un commun accord sont également dans l'angle mort du nouveau dispositif qui ne se destine qu'à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée. Cela concerne, en particulier, le contrat à durée déterminée auquel l'accord des parties peut mettre fin sans s'entourer des garanties du régime de la rupture conventionnelle (8). Ce traitement différentiel aboutit alors, non sans un certain paradoxe (9), à ce qu'il soit moins contraignant de rompre d'un commun accord un contrat à durée déterminée qu'un contrat à durée indéterminée. Mais les perspectives sont nettement différentes : si l'accord des parties constitue la clé des champs pour quitter prématurément un contrat qui n'est pas en principe révocable unilatéralement, à tout le moins par l'employeur, il s'agit, en présence d'un contrat à durée indéterminée, de sécuriser un mode concurrent des ruptures unilatérales et spécialement du licenciement.

Plus ostensibles sont les exclusions que décide la loi du 25 juin 2008 elle-même, à la lumière donc du dispositif qu'elle organise. Elles concernent globalement les ruptures résultant d'un accord collectif de GPEC ou d'un plan de sauvegarde de l'emploi : sont dans l'oeil de la loi les départs volontaires proposés et organisés dans ce cadre que la Cour de cassation analyse depuis longtemps comme des ruptures d'un commun accord du contrat de travail (10). La justification de leur autarcie par rapport aux règles de la rupture conventionnelle tient à la considération, clairement exprimée dans la circulaire de la DGT du 17 mars 2009, qu'ils font déjà l'objet de dispositifs se destinant à garantir la liberté du consentement du salarié et la protection de ses droits. Il est donc concrètement inutile de doubler les règles qui les organisent, encore qu'elles ne se confondent pas, le plan de départs volontaires pouvant ouvrir droit à des avantages que ne prévoit pas le dispositif de rupture conventionnelle (11). Ces différences de régime excluent en tout cas de recourir à une rupture conventionnelle à l'égard de salariés dont la situation relève du périmètre d'un plan de départs volontaires. Tout au plus, la question pourrait se poser si le plan de départs volontaires a été élaboré en dehors des conditions définies par l'article L. 2242-15 pour les accords de GPEC et de l'article L. 1233-61 pour un PSE (12). À ceci près, il est surtout remarquable qu'est en train de se dessiner dans le paysage des ruptures pour motif économique un droit de la rupture d'un commun accord dérogeant au principe posé par l'amendement Mandon du renvoi aux règles du licenciement économique. La dissociation est nette pour la rupture conventionnelle que la loi soustrait aux dispositions relatives au licenciement économique ; elle s'opère également en ce qui concerne les départs volontaires, la jurisprudence écartant l'application des règles qui ont leur raison d'être dans le caractère unilatéral du licenciement. Ainsi en est-il de l'obligation de motiver la rupture (13), des règles relatives à l'ordre des licenciements (14) ou encore des dispositions relatives à l'obligation de reclassement (15).

Tout cela paraît alors accréditer l'idée que la rupture d'un commun accord peut constituer une alternative au licenciement avec des garanties propres qui assurent la protection des droits du salarié. Mais il faut du coup apprécier son articulation avec les modes traditionnels de rupture unilatérale du contrat de travail.

2. La rupture conventionnelle et les ruptures unilatérales du contrat

En rangeant la rupture conventionnelle à côté de la rupture à l'initiative de l'employeur ou du salarié, l'article L. 1231-1 du Code du travail l'envisage comme l'affaire commune des parties⁽¹⁶⁾. Pour autant, en pratique, il est difficile d'effacer toute trace de l'initiative de la rupture même lorsqu'elle procède d'un accord de volontés : il y a toujours une offre de rupture qui suppose que l'une des parties en entreprenne la démarche pour proposer à l'autre ce mode de séparation. Ce parallélisme dans le processus de manifestation des volontés pose alors la question d'une éventuelle fongibilité de la rupture conventionnelle et des ruptures unilatérales du contrat. En clair, ce que la volonté unilatérale a entamé - une démission ou un licenciement - peut-il aboutir à une rupture conventionnelle en ralliant la volonté de l'autre ? C'est un premier élément de détermination du domaine utile de la rupture conventionnelle. Il y en a par ailleurs un second qui suit la même voie. Si la rupture conventionnelle échappe par nature aux règles qui gouvernent la résiliation unilatérale, il faut encore se demander si elle n'est pas tout de même marquée, selon son origine, d'une certaine dissymétrie. En d'autres termes, parce qu'il est moins contraignant de démissionner que de licencier, il serait rationnel que la rupture conventionnelle à l'initiative du salarié soit plus libéralement admise que la rupture conventionnelle à l'initiative de l'employeur, laquelle permet, avec l'appui de l'accord du salarié, de s'affranchir du droit du licenciement⁽¹⁷⁾.

a) La fongibilité de la rupture conventionnelle et des ruptures unilatérales du contrat

La question est d'abord celle de savoir si la rupture conventionnelle constitue un mode de rupture interchangeable avec les ruptures unilatérales, ce qui revient à l'envisager comme un équivalent des procédés classiques. À première vue, la loi permet de le concevoir : le salarié qui souhaite quitter son emploi peut démissionner ou proposer à l'employeur de rompre conventionnellement son contrat ; l'employeur qui ne souhaite pas conserver dans ses effectifs tel salarié et qui aurait un motif personnel pour le licencier peut, pour s'éviter de suivre les règles contraignantes du licenciement ou tout bonnement pour s'assurer d'une rupture dont il n'est pas certain du bien-fondé, privilégier avec l'accord du salarié la voie de la rupture conventionnelle. De même, lorsque la rupture est motivée par des raisons économiques, l'employeur peut prendre l'initiative d'une rupture conventionnelle plutôt que d'un licenciement économique.

La question qui vient toutefois ensuite porte sur l'amplitude de cette équivalence des modes conventionnels et unilatéraux de rupture. Il s'agit de savoir si une rupture conventionnelle peut valablement relayer un processus de rupture entamé unilatéralement. L'hypothèse n'est pas, loin s'en faut, anecdotique. Elle peut concerner une rupture d'ores et déjà consommée : une démission ou un licenciement est rétracté avec l'accord de l'autre, cet accord se fondant dans une rupture conventionnelle qui se substitue à la rupture unilatéralement intervenue⁽¹⁸⁾. On peut aussi songer à une prise d'acte : la rupture est immédiate et ne peut plus être rétractée par le salarié⁽¹⁹⁾ ; mais, dans le doute sur la réalité et la pertinence des griefs qui lui feront produire l'effet d'une démission ou celui d'un licenciement, les parties peuvent préférer s'entendre sur une rupture conventionnelle. L'intérêt d'une mise en réseau des processus de rupture est également sensible lorsqu'une rupture a été unilatéralement entamée ou même simplement annoncée : par exemple, après avoir convoqué le salarié à un entretien préalable à un éventuel licenciement, l'employeur peut souhaiter, sans cesser vouloir rompre le contrat, le faire avec l'accord du salarié. *A priori*, pour l'ensemble de ces situations, la Cour de cassation a réglé la question en décidant, suivant une jurisprudence constante, que l'existence d'un différend entre les parties sur la rupture du contrat fait obstacle à la conclusion d'une convention de rupture amiable⁽²⁰⁾. Cette jurisprudence, qui trouve son origine dans l'incompatibilité de la rupture amiable et de la transaction⁽²¹⁾, conduit ainsi à considérer que les parties ne peuvent plus s'accorder dès l'instant où il a existé entre elles un litige portant sur la rupture.

Seulement, il n'est pas sûr que cette solution rigoureuse soit encore justifiée lorsque la loi organise la rupture conventionnelle et l'assortit de garanties procédurales et financières protégeant les droits du salarié⁽²²⁾. Ces garanties paraissent, tout bien considéré, ménager

la possibilité de recourir à la rupture conventionnelle dans deux séries de cas où la liberté du salarié d'en faire le choix, dans son intérêt propre, semble préservée. Il en est ainsi, tout d'abord, lorsque c'est le salarié lui-même qui en prend l'initiative : la chambre sociale admettant dans ce cas qu'une convention de rupture amiable puisse être valablement conclue en cours d'instance lorsque le salarié en est à l'origine⁽²³⁾, la solution devrait aussi valoir pour la rupture conventionnelle. On peut ensuite concevoir d'y faire appel, quelle que soit la partie qui la propose, pour convertir en rupture conventionnelle une rupture qui s'est d'ores et déjà réalisée unilatéralement avant d'être révoquée avec l'accord de l'autre. En pareil cas, la rupture ayant par hypothèse été consommée - par un licenciement, une démission, voire une prise d'acte - et ses conséquences neutralisées par l'acceptation de sa révocation, il s'agit seulement de s'appuyer sur cet accord, en s'assurant bien sûr qu'il soit non équivoque, pour organiser autrement la séparation et ses effets entre les parties⁽²⁴⁾.

En revanche, lorsque la rupture conventionnelle succède à un licenciement en cours ou simplement projeté, elle paraît doublement compromise : d'une part, par la circonstance que les parties étaient en litige au moment de sa conclusion mais aussi, d'autre part, par le risque qu'elle soit considérée comme ayant été acceptée par le salarié sous la contrainte du licenciement envisagé ou engagé par l'employeur. Le choix - qui n'en est pas vraiment un - pour le salarié entre un licenciement imposé et une rupture conventionnelle consentie pourrait en effet être perçu comme débouchant, en réalité, sur une absence de liberté du consentement viciant la convention conclue⁽²⁵⁾.

b) Initiative de la rupture conventionnelle et opportunité de la convention de rupture
Même s'il est le produit d'un accord de volontés, il n'a échappé à personne que le processus conventionnel implique un ordre dans la distribution de ces volontés : il y a celle qui propose ; il y a celle qui agrée. La rupture conventionnelle est dans cette mesure fatalement marquée, dans sa réalisation, par l'ordonnancement des volontés selon que c'est le salarié ou l'employeur qui en prend l'initiative. La rupture étant traditionnellement plus aisément admise lorsqu'elle intervient à l'initiative du salarié que quand elle est le fait de l'employeur, cette dissymétrie caractéristique de la rupture unilatérale se retrouve en filigrane dans la rupture conventionnelle. Concrètement, lorsque le salarié prend l'initiative de la rupture, celle-ci est théoriquement toujours possible : étant en principe plus avantageuse pour le salarié qu'une démission, il n'y a aucune raison d'en restreindre le domaine. La question est alors seulement de savoir si l'intérêt qu'elle présente pour le salarié est partagé par l'employeur compte tenu du coût économique qu'elle constitue pour ce dernier. En revanche, lorsque c'est l'employeur qui prend l'initiative de la séparation, la concurrence de ce mode de rupture avec le licenciement commande de l'écartier chaque fois que la voie du licenciement doit, pour la protection du salarié, être préférée. Plus généralement, la réglementation particulière dont fait l'objet le licenciement doit conduire à s'assurer que la rupture conventionnelle n'est pas empruntée comme une voie de contournement du droit du licenciement.

Initiative de la rupture conventionnelle et accès à ce procédé de rupture ont donc en pratique partie liée, à commencer par la situation où c'est le salarié qui la propose à l'employeur. Dans ce cas, il n'y a aucun risque qui pèse sur les droits de l'intéressé puisque ceux-ci sont mieux garantis que lorsqu'il fait le choix de démissionner. D'une part, le salarié peut prétendre à une indemnité de rupture qui correspond en principe⁽²⁶⁾ à l'indemnité conventionnelle dès l'instant où elle est supérieure à l'indemnité légale⁽²⁷⁾ et qui bénéficie d'un régime social et fiscal favorable ; d'autre part, il se voit ouvrir l'accès à l'indemnisation du chômage⁽²⁸⁾. Ainsi considéré, l'intérêt de la rupture conventionnelle est tel pour les salariés qu'on entend volontiers aujourd'hui qu'ils n'ont plus de raison de souhaiter encore démissionner. Toutefois, si l'observation n'est pas fautive, il faut aussi compter sur la nécessité de l'accord de l'employeur pour lequel ce procédé de rupture a économiquement un coût : il faut donc que celui-ci y trouve également son intérêt et que l'opération lui soit profitable pour qu'il accepte l'offre de rupture. Ce peut être pour lui l'occasion de procéder à une compression d'effectif ou de se séparer d'un salarié démotivé, notamment parce que déçu de son évolution dans l'entreprise. L'opération peut aussi consister, dans l'intérêt des deux parties, à anticiper le départ à la retraite d'un collaborateur en fin de carrière. Toutefois, dans l'appréciation qu'il fait de son intérêt propre avant d'accepter la proposition de rupture du salarié, l'employeur doit

prendre en considération les risques d'une éventuelle remise en cause de la rupture. À cet égard, l'un des facteurs pathogènes à éviter est le vice de discrimination : spécialement, dans l'hypothèse de l'anticipation d'un départ à la retraite, il faut prendre garde que la rupture conventionnelle soit regardée en ce qui concerne les seniors comme un substitut aux préretraites. L'autre vice hautement pathogène est l'allégation par le salarié d'un harcèlement, avéré ou non : si le salarié, qui se déclare victime d'un harcèlement, propose à l'employeur de mettre fin conventionnellement au contrat, il y a un risque latent que le processus de rupture soit par la suite contaminé par le harcèlement jetant le doute sur la liberté du consentement du salarié.

Bref, l'employeur doit scrupuleusement évaluer son intérêt à conclure une convention de rupture à la demande du salarié (29). Lorsqu'il en prend en revanche lui-même l'initiative, la question n'est plus de savoir s'il y a intérêt mais de déterminer si cette voie lui est ouverte. S'agissant en effet pour l'employeur de s'affranchir du droit du licenciement, des restrictions peuvent être apportées à l'admission de la rupture conventionnelle lorsqu'il apparaît qu'elle risque de concurrencer le licenciement au détriment des droits des salariés. *A fortiori*, la rupture conventionnelle est exclue dans les situations où la rupture du contrat n'est possible que dans des conditions strictes qui ne sont pas compatibles avec le libéralisme, même contrôlé, d'une séparation amiable. Il en est ainsi, tout d'abord, lorsque le salarié a été déclaré inapte à l'emploi, peu importe que son inaptitude soit d'origine professionnelle ou non ; il en est de même pendant la suspension du contrat en raison d'un congé de maternité ou d'un arrêt de travail imputable à un accident du travail ou à une maladie professionnelle (30). Dans toutes ces hypothèses où la rupture du contrat est rigoureusement encadrée, la chambre sociale de la Cour de cassation n'admet pas la possibilité d'une rupture d'un commun accord (31) ; la circulaire de la DGT du 17 mars 2009 préconise de ne pas admettre davantage la rupture conventionnelle (32). En revanche, cette circulaire indique que, dans les cas de suspension ne bénéficiant pas d'une protection particulière (congé parental d'éducation, congé sabbatique, congé sans solde...), rien n'interdit aux parties de conclure une rupture conventionnelle. Mais il faut tout de même observer que, dans l'hypothèse d'une suspension du contrat pour cause de maladie d'origine non professionnelle, le risque qu'il soit considéré que la rupture tient à l'état de santé du salarié - ce qui l'affecterait potentiellement du vice de discrimination - incline à éviter autant que possible ce mode de rupture.

Cela dit, la prudence est surtout de mise en ce qui concerne les ruptures conventionnelles motivées par des raisons économiques. Sur le principe, rien n'interdit de convenir de telles ruptures que la loi du 25 juin 2008 fait expressément échapper aux règles du licenciement pour motif économique. L'absence de motivation requise de la rupture conventionnelle - solution qui avait été discutée devant le Parlement - évite au demeurant d'avoir à faire état, et *a fortiori* d'avoir à justifier, du motif personnel ou économique de la rupture : comme dans un divorce par consentement mutuel, l'accord des parties permet de taire les raisons de la séparation. Pour autant, il faut être attentif à ce que la rupture conventionnelle ne constitue une voie de contournement du droit du licenciement économique, spécialement en présence de ruptures collectives. C'est d'ailleurs à cette mise en garde que procède la circulaire de la DGT du 17 mars 2009 en soulignant qu'il *convient d'être particulièrement vigilant sur les ruptures conventionnelles qui seraient conclues en vue de contourner les garanties en matière de licenciements économiques collectifs*. Pour en juger, la circulaire fournit quelques indications. D'un côté, il est dit qu'un *contexte économique difficile pour l'entreprise, voire un PSE circonscrit à d'autres emplois, ne sont pas à eux seuls suffisants pour exclure l'application de la rupture conventionnelle*. De l'autre, il est prévenu que *le caractère coordonné et organisé des ruptures conventionnelles peut, en revanche, constituer un indice additionnel* (33). Dans ces conditions, des ruptures conventionnelles pour motif économique sont donc possibles à condition lorsqu'elles ne se présentent pas par vagues et n'apparaissent pas comme le résultat d'une politique organisée de compression d'effectifs. Sinon, il est plus sûr pour l'employeur de mettre en place un plan de départs volontaires que de procéder à une série de ruptures conventionnelles pour motif économique. Mais il est vrai que la limite entre ce qui est permis et ce qui constitue un contournement des procédures de licenciement économique n'est pas au quotidien facile à tracer : dans le doute, il est donc préférable de s'abstenir de recourir à des ruptures conventionnelles multiples dans un contexte de difficultés

économiques compte tenu du risque, alors élevé, de contestation, y compris par les organisations syndicales (34). Mais, déjà, ce sont des questions de régime qui se profilent.

II. - Des questions de régime : la sûreté de la rupture conventionnelle

L'utilité de la rupture conventionnelle ne se mesure pas seulement à son rendement potentiel au regard des applications qu'elle est susceptible de recevoir ; elle serait sérieusement compromise si, en pratique, ce mode de rupture devait se révéler être une machine à contentieux et que l'efficacité de la rupture soit suspendue à leur résolution, par nature incertaine. L'utilité du dispositif ne va donc pas sans sa sûreté, laquelle n'est garantie que si les possibilités de remise en cause de la rupture conventionnelle sont, sinon nulles - ce qui serait franchement irréaliste - du moins cantonnées dans des limites raisonnables. Conscients de cet impératif, les promoteurs de la rupture conventionnelle ont eu pour objectif affiché 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* (35). Cet objectif a été suivi par le législateur qui a mis en place, dans cette perspective, un certain nombre de mécanismes de sécurisation de la convention de rupture. Toutefois, il faut être lucide : il est proprement impossible de supprimer toutes les causes potentielles de litige et de neutraliser toute remise en cause de la rupture conventionnelle. Forts de ce constat, certains stigmatisent les incertitudes laissées par la loi ou les imperfections du dispositif comme autant de nids possibles de contentieux qui ruinerait les efforts de sécurisation du législateur. Mais il faut raison garder : toute rupture du contrat de travail, qu'elle soit unilatérale ou conventionnelle, étant susceptible d'être remise en cause, il importe en réalité d'évaluer si ce risque est plus élevé dans un cas que dans l'autre. Aussi, après avoir examiné les mécanismes de sécurisation de la convention de rupture, il importe d'apprécier le degré d'insécurité induite par l'éventuelle remise en cause de la rupture conventionnelle.

1. Les mécanismes de sécurisation de la convention de rupture

Le législateur s'est employé, par diverses mesures préventives, à déminer le terrain sur lequel doit être formée la convention de rupture en tarissant autant que faire se peut, en amont de la rupture, le risque de contestation *a posteriori*. Il s'y ajoute des règles qui se destinent, en aval cette fois de la rupture, à limiter les possibilités de recours.

a) Les mécanismes préventifs

Ces mécanismes, d'inégale importance, ont pour la plupart pour objet de garantir l'intégrité du consentement, ce qui se comprend puisque la volonté est fondatrice de la rupture conventionnelle. Des deux volontés appelées à se rencontrer, c'est évidemment celle du salarié qui suscite en l'occurrence l'attention, même si la loi bilatéralise les règles en en faisant profiter les deux parties. Partie faible au contrat de travail, le salarié est également la partie présumée faible à l'accord de rupture, ce pourquoi c'est lui dont on se préoccupe lorsqu'il s'agit de faire en sorte que le consentement soit donné en connaissance de cause et librement.

Ces mesures commencent, même si la loi ne le dit pas ouvertement, par une obligation précontractuelle d'information qui pèse sur l'employeur : celui-ci doit faire savoir au salarié qu'il a la faculté de se faire assister lors de l'entretien ou des entretiens préalables à la rupture et qu'il dispose d'une possibilité de rétractation une fois l'accord conclu. La faculté de se faire assister est au demeurant réciproque ; mais il s'agit moins, pour l'employeur, de bénéficier de l'aide d'un conseiller que de rétablir un rapport de forces égales dans la négociation, ce qui explique que l'employeur ne puisse user de cette faculté que si le salarié lui-même en use. Pour ce dernier, l'objectif est en revanche de pourvoir à la défense de ses intérêts de façon à assainir au besoin son consentement et à ce qu'il soit donné, pleinement, en connaissance de cause. La conscience que le salarié doit avoir de la portée et des conséquences de son accord est également dans l'optique de la loi lorsqu'elle exige la rédaction d'un écrit. Il en est attendu, en attirant l'attention sur l'importance et la portée de l'accord à conclure, qu'il contribue à mûrir la réflexion et à susciter la vigilance en définissant les conditions de la rupture. Et même si les parties font le choix de ne pas détailler celles-ci, elles doivent au

minimum mentionner dans l'acte le montant de l'indemnité de rupture et la date de la rupture, ce qui permet au salarié de se représenter les données essentielles de la cessation de la relation de travail.

Changerait-il alors d'avis, la loi lui donne la possibilité de revenir sur sa volonté en instituant un droit de rétractation. D'inspiration consumériste, sa finalité est connue : optimiser la sûreté du consentement en laissant aux parties un temps pour revenir sur leur accord avant d'en être définitivement tenu. Son exercice, qui est là aussi bilatéral, n'obéit pas toutefois aux mêmes préoccupations côté salarié et côté employeur. En ce qui concerne le salarié, le droit de rétractation doit surtout permettre de purger l'acte d'éventuels vices affectant la volonté de rompre. Le salarié qui se rend compte d'une erreur ou s'estime victime de pressions a la faculté de revenir sur son accord. Corrélativement, à l'expiration du délai de rétractation, l'accord des volontés se trouve consolidé. Du côté de l'employeur, il est plutôt question de mettre à profit le droit de rétractation pour interrompre le processus conventionnel de rupture s'il a un doute sur sa validité et craint une possible remise en cause. En particulier, s'il n'est pas sûr des intentions du salarié, ayant connaissance d'allégations de harcèlement ou de discrimination, il a tout intérêt à ce qu'il ne soit pas donné suite à la rupture conventionnelle. De cette manière, le droit de rétractation se présente au final comme un moyen de s'assurer de la volonté réciproque des deux parties de persister dans une rupture conventionnelle compte tenu, pour l'un, de sa volonté réelle de rompre le contrat et, pour l'autre, de la fiabilité de cette rupture.

Une fois le délai de rétractation expiré, la rupture est acquise en son principe et devrait normalement produire effet. Telle n'est pourtant pas la solution retenue par le législateur qui, pour sécuriser encore davantage la convention de rupture, la soumet à une homologation administrative et diffère jusque là les effets de la rupture. Selon l'article L. 1237-13 du Code du travail, la rupture ne peut en effet intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation, laquelle se trouve ainsi intégrée dans le processus de rupture. En quelque sorte, l'homologation opère à la manière d'une condition résolutoire de la convention de rupture qui est rétroactivement anéantie si elle n'est pas obtenue. Ce n'est pas, il est vrai, l'analyse que retient le législateur qui, pour marquer le caractère constitutif de cette formalité, en fait une condition de validité de la convention. Mais le résultat est atteint : il s'agit, pour que la rupture soit effective, de faire préalablement ratifier par une autorité institutionnelle l'accord des parties à l'issue d'un examen de celui-ci. *Mutatis mutandis*, la méthode est celle qui a été conçue en 1975 en matière de divorce par consentement mutuel, consistant à faire homologuer par le juge la convention de divorce. En l'occurrence, l'autorité habilitante n'est par le juge mais le directeur départemental du travail et son expertise doit porter, d'après la loi, sur le respect des conditions procédurales (délai de rétractation), de forme (écrit) ainsi que de fond (liberté du consentement des parties) (36). Il n'en reste pas moins que, lorsque le contrôle est effectif, la décision d'homologation est de nature à cautionner la régularité de la convention de rupture et plus généralement les conditions de la rupture. Cela compte dans l'hypothèse d'un contentieux ultérieur car le juge prud'homal ne peut totalement s'abstraire de ce premier contrôle dans l'appréciation de la pertinence de la contestation dont il est saisi (37). Ce facteur légitimant joue en revanche moins lorsque, comme c'est le plus souvent le cas en pratique, l'autorisation est simplement réputée acquise faute de notification d'une décision dans le délai de quinze jours.

b) Les mécanismes confortatifs

Les mécanismes préventifs, dont l'objet est de s'assurer de la qualité du consentement et plus généralement d'éliminer autant que possible les risques de contestation *a posteriori*, sont complétés par des mécanismes confortatifs qui tendent plus particulièrement, une fois la rupture consommée, à limiter les possibilités de recours. La loi n'organise en vérité, dans cet esprit, qu'une seule mesure qui consiste en une limitation du délai pendant lequel une contestation peut être introduite. Ce délai est particulièrement court par rapport au délai de droit commun - lequel est désormais de cinq ans - puisqu'il a été ramené à un an. Cette brièveté s'explique sans peine pour ne pas laisser les parties et spécialement l'employeur dans l'expectative quant à une éventuelle remise en cause de la rupture. Elle est en outre confortée par la fixité du point de départ du délai : celui-ci n'est pas, comme en droit commun, un point

flottant partant du jour de la connaissance des faits permettant d'exercer l'action, mais un point intangible qui est le jour de l'homologation de la convention. Tout cela participe donc clairement du souci de sécuriser la rupture (38).

Plus discutée est l'opportunité de doubler la convention de rupture de la conclusion d'une transaction. On sait que l'habitude est assez répandue de doubler un licenciement, déguisé ou non, d'une transaction pour couper court au contentieux. Mais on sait aussi que la Cour de cassation n'admet pas les ruptures transactionnelles et impose de dissocier l'acte de rupture de la transaction consécutive à la rupture, laquelle a pour objet de mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultant de cette rupture. Concrètement, une transaction serait certainement licite, en sus de la convention de rupture, pour régler des points non traités dans celle-ci à condition d'être conclue après l'homologation de la convention et de comporter des concessions réciproques (39). Mais elle n'empêcherait pas de remettre en cause la régularité de la rupture conventionnelle.

C'est dire que, malgré tous les instruments mis en place par la loi, et le cas échéant par les parties, on ne peut éviter tout risque de remise en cause de la rupture conventionnelle : le risque zéro n'existe pas, la sécurité étant une valeur relative et non pas absolue. Mais encore faut-il prendre l'exacte mesure du degré d'insécurité induite par l'éventuelle remise en cause de la rupture conventionnelle.

2. Le degré d'insécurité induite par l'éventuelle remise en cause de la rupture conventionnelle
Il faut commencer par une observation de bon sens : si certains ont exprimé leur crainte que la rupture conventionnelle nourrisse un abondant contentieux et ont manifesté le doute qu'elle ne présente pas en conséquence la sécurité voulue par le législateur, il faut avoir à l'esprit que tous les modes de rupture sont susceptibles d'être remis en cause. L'étant au demeurant toujours - ou presque - à l'initiative du salarié, il existe un risque latent, pour l'employeur, que la rupture dégénère en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il n'est donc que très normal que la rupture conventionnelle présente également ce risque. La véritable question, tout bien considéré, est de savoir si elle présente un risque plus élevé de remise en cause et si sa remise en cause peut aboutir pour l'employeur à des conséquences plus redoutables que les modes de rupture unilatéraux. C'est en pareille hypothèse que l'on pourrait estimer que la rupture conventionnelle ne présente pas la sûreté attendue et qu'il serait préférable, en termes de risques et de coûts économiques pour l'entreprise, de ne pas y recourir. Or, pour l'évaluer, il faut envisager successivement le risque de contentieux et le risque du contentieux.

a) Le risque de contentieux

Le risque de contentieux doit évidemment être envisagé au point de vue juridique ; mais on ne peut non plus négliger une approche sous l'angle sociologique. Il faut en effet avoir à l'esprit que l'acteur du contentieux est pratiquement toujours le salarié. Les seules exceptions que l'on peut concevoir concernent l'hypothèse où une vague de ruptures conventionnelles dissimulerait des licenciements économiques collectifs et participerait d'un contournement des garanties en matière de licenciements économiques collectifs : en pareil cas, on peut penser qu'une organisation syndicale serait recevable à agir, nonobstant le principe de l'effet relatif des conventions, pour en contester la régularité dans les conditions de l'article L. 1235-8 du Code du travail. De même, en cas de contestation fondée sur l'existence d'une discrimination, tant les organisations syndicales représentatives que les associations régulièrement constituées pour la lutte contre les discriminations ou oeuvrant dans le domaine du handicap seraient recevables à agir (40). Pour le reste - et sous réserve du cas particulier du refus d'homologation - le contentieux de la rupture conventionnelle est un contentieux initié par le salarié. Seulement, si le salarié peut avoir des raisons, fondées ou non, de contester la rupture conventionnelle, il faut aussi qu'il y ait un intérêt suffisant. Or, il a été justement observé qu'il n'est pas sûr que les salariés aient majoritairement intérêt à remettre en cause une convention assortie d'avantages fiscaux et sociaux immédiatement disponibles pour le gain incertain de résultats eux-mêmes incertains d'une contestation judiciaire (41).

Quant aux motifs, juridiques, d'une telle contestation, ils ne sont pas, à bien y regarder, si consistants que certains le redoutent. Bien sûr, il y a les vices du consentement qui connaîtraient avec la rupture conventionnelle une cure de jouvence. Mais est-ce si sûr que cela ? Le vice d'erreur - correspondant à l'hypothèse où le salarié se serait spontanément trompé - est peu probable sachant qu'il ne pourrait s'agir que d'une erreur de droit, erreur du salarié sur la représentation de ses droits, l'erreur sur les motifs qui l'ont conduit à rompre étant par nature indifférente. En outre, si l'on ne peut tirer une présomption de régularité du non-exercice du droit de rétractation, l'erreur pourrait être considérée comme inexcusable si le salarié, ayant entre-temps pris conscience de son erreur, ne l'a pas exercé. L'existence d'un dol est en revanche plus crédible dans l'hypothèse où l'employeur aurait sciemment trompé le salarié pour le déterminer à accepter la rupture, en lui mentant par exemple sur le devenir de son emploi ou en lui dissimulant des informations importantes sur la situation de l'entreprise. On peut penser, notamment, à un projet de rachat de l'entreprise que l'employeur tairait pour négocier des ruptures conventionnelles et limiter ainsi, de connivence avec le repreneur, le nombre de transferts. Mais c'est probablement la violence, quasiment désertée en droit commun, qui pourrait être le plus sollicitée. Le cas pathologique est celui de l'employeur qui menacerait le salarié d'un licenciement pour l'amener à conclure une convention de rupture. Moins brutale serait la situation où le salarié se trouve, de fait, dans la seule alternative d'être licencié pour motif économique ou de rompre conventionnellement son contrat : une admission large de la violence économique pourrait conduire à y voir un cas de contrainte ⁽⁴²⁾, à la condition toutefois que l'employeur ait abusé en l'occurrence de la situation et de l'état de dépendance économique du salarié, par exemple en ne lui accordant pas les avantages sociaux auquel il aurait pu prétendre dans le cadre d'un licenciement économique. Reste que, si l'employeur fait un usage avisé et raisonnable de la rupture conventionnelle, tout cela ne devrait pas perturber outre mesure la sécurité attendue du dispositif légal ⁽⁴³⁾.

Les menaces, en réalité, viennent davantage, soit du recours intempestif à la rupture conventionnelle dans des cas où elle n'est pas ouverte ou réalise un détournement des garanties accompagnant les licenciements économiques collectifs, soit de la présence de l'un ou l'autre des deux virus contaminant les relations de travail que sont le harcèlement et les discriminations. La seule évocation d'un harcèlement ou d'une discrimination devrait, on l'a dit, conduire l'employeur à ne pas recourir à la rupture conventionnelle ou à s'en défaire s'il en est encore temps en exerçant son droit de rétractation. À défaut, la rupture conventionnelle n'y résistera pas. Au titre des discriminations, il faut tout particulièrement prendre garde au risque de discrimination en raison de l'âge ⁽⁴⁴⁾ ou de l'état de santé du salarié. Mais quelle sera alors la sanction ?

b) Le risque du contentieux

Il s'agit ici, pour terminer, de déterminer la nature de la sanction encourue en cas de contestation de la rupture conventionnelle à laquelle le conseil de prud'hommes donnerait suite ⁽⁴⁵⁾. Suivant la logique contractuelle de la rupture, toute cause d'invalidation devrait normalement conduire au rétablissement de la relation contractuelle avec toutes les conséquences à en tirer, soit en termes de réintégration du salarié, soit sur le terrain de son indemnisation. Mais une autre logique pourrait prévaloir, dans la mesure où elle a plus souvent cours en droit du travail, consistant à ne pas revenir sur la rupture mais à la faire dégénérer en un licenciement sans cause réelle et sérieuse, c'est-à-dire, pratiquement, en en imputant la responsabilité à l'employeur. La question est aujourd'hui débattue ⁽⁴⁶⁾, certains auteurs privilégiant la requalification de la rupture en un licenciement sans cause réelle et sérieuse ⁽⁴⁷⁾.

À bien y regarder, cette question pourrait trouver son issue dans une analyse distributive selon le motif d'invalidation de la rupture conventionnelle. 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. En revanche, en présence d'un vice affectant la validité de la convention de rupture - vice du consentement, harcèlement, discrimination - la sanction devrait être celle de la nullité de la convention débouchant sur un retour au *statu quo ante*, c'est-à-dire au rétablissement du contrat (48). La nullité est du reste la sanction naturelle des vices du consentement tout autant que de toute rupture intervenue en méconnaissance des règles sur les discriminations ou le harcèlement.

Cette sanction serait alors assurément redoutable pour l'employeur ; mais le risque de son prononcé est, objectivement, moindre qu'en cas de licenciement subi par le salarié. Peu de vices de la volonté passeront en effet à travers les filtres successifs mis en place par la loi ; quant aux situations de discrimination ou de harcèlement, elles ne seront vraisemblablement que rarement prétexte à une remise en cause de la convention de rupture lorsque celle-ci n'en aura pas moins été volontairement souscrite et demeurera sciemment assumée. Bref, il ne faudrait pas, pour de mauvaises raisons, réprover prématurément la rupture conventionnelle, cette rupture du troisième type dont l'ambition, mesurée mais réelle, n'est finalement que de permettre aux partenaires qui le souhaitent d'exercer conjointement, dans un ultime élan d'entente, leur droit de mettre fin unilatéralement au contrat.

Mots clés :
XXXX * XXXX

(1) Le cap des 200 000 ruptures homologuées a été franchi fin novembre 2009.

(2) Cf. J.-D. Combrexelle, directeur général du travail, *in* AEF du 23 novembre 2009, dépêche n° 116951.

(3) G. Couturier, « Les ruptures d'un commun accord », *Dr. soc.*, 2008, p. 923. V. aussi F. Gaudu, « Les ruptures d'un commun accord », *Dr. ouvrier*, 2008, p. 594.

(4) Les parties peuvent en principe s'emparer du règlement de toutes les conséquences de la rupture, sous réserve du respect des règles impératives. Au titre des mesures d'accompagnement, il serait envisageable, notamment, de stipuler une clause de non-concurrence.

(5) V. en ce sens G. Couturier, *préc.*, p. 928.

(6) C. trav., article L. 1233-67, qui prévoit en pareil cas que le contrat de travail est réputé rompu du commun accord des parties.

(7) C. trav., article L. 1233-80, qui dispose qu'une telle acceptation emporte rupture du contrat d'un commun accord des parties à l'issue du congé.

(8) Le régime de la rupture conventionnelle ne s'applique pas non plus au contrat d'apprentissage pour lequel la loi prévoit expressément, passés les deux premiers mois de l'apprentissage, la possibilité d'une rupture sur accord écrit signé des deux parties (C. trav., article L. 6222-18). V. en ce sens circulaire DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009 *relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée*, n° 2.2.

(9) Cf. G. Couturier, *préc.*, p. 929.

(10) Cass. soc., 10 avril 1991, *Bull. civ.*, V, n° 179, p. 111 ; *Dr. soc.*, 1991, p. 515. V. aussi Cass. soc., 2 décembre 2003, *Bull. civ.*, V, n° 309, p. 311.

(11) Ou inversement : jugé ainsi que le départ volontaire à la retraite dans le cadre d'un plan social n'ouvre pas droit à l'indemnité conventionnelle de licenciement (Cass. soc., 25 juin 2002, *Bull. civ.*, V, n° 214, p. 206 ; *Dr. soc.*, 2002, p. 1023, obs. J. Savatier).

(12) La question se pose en particulier dans l'hypothèse de ruptures inférieures à dix dans

une période de trente jours.

(13) Cass. soc., 2 décembre 2003, *Bull. civ.*, V, n° 309, p. 311.

(14) Cass. soc., 10 mai 1999, *Bull. civ.*, V, n° 202, p. 147.

(15) CA Versailles, 1^{er} avril 2009, n° 09/01005, *Rev. dr. trav.*, 2009, p. 380, note A. Fabre (l'arrêt a été frappé de pourvoi, actuellement pendant devant la chambre sociale de la Cour de cassation).

(16) V. circulaire DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009, n° 1.1, qui présente la rupture conventionnelle comme procédant de l'initiative commune de l'employeur et du salarié.

(17) V. F. Gaudu, préc., p. 595.

(18) V. admettant cette possibilité, B. Gauriau, « L'exclusivité de la rupture conventionnelle », *Dr. soc.*, 2008, p. 1067.

(19) Cass. soc., 14 octobre 2009, pourvoi n° 08-42.878, publié au *Bulletin*.

(20) V. encore Cass. soc., 11 février 2009, *Bull. civ.*, V, n° 43. V. sur cette décision, Ch. Radé : « Retour sur une espèce en voie de disparition : la rupture amiable du contrat de travail », *Dr. soc.*, 2009, p. 557.

(21) G. Couturier, préc., p. 927.

(22) La volonté exprimée par les signataires de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 de *privilégier les solutions négociées à l'occasion des ruptures du contrat de travail* pourrait également militer en faveur d'une inflexion de la jurisprudence actuelle. V. cependant 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* qui, soulignant que la rupture conventionnelle ne doit pas s'inscrire dans une démarche visant à contourner des procédures et des garanties légales, évoque à ce titre l'existence d'une procédure de licenciement engagée (§ 3.B).

(23) Cass. soc., 21 janvier 2003, *Bull. civ.*, V, n° 11, p. 10 ; *Dr. soc.*, 2003, p. 547, obs. G. Couturier.

(24) V. Cass. soc., 2 décembre 2009, pourvoi n° 08-42.889, qui juge que, à défaut d'acceptation univoque par le salarié de la rétractation du licenciement par l'employeur, aucune rupture amiable ne peut intervenir postérieurement, ce qui pourrait laisser entendre que, si l'acceptation était établie, une rupture amiable serait possible.

(25) V. en ce sens Ch. Radé, préc., p. 560.

(26) En application d'un arrêté du 26 novembre 2009 portant extension de l'avenant n° 4 du 18 mai 2009 à l'ANI du 11 janvier 2008, l'octroi de l'indemnité conventionnelle concerne, à compter du 28 novembre 2009, toutes les entreprises adhérentes à l'une des trois organisations patronales signataires de l'accord (MEDEF, CGPME, UPA) ainsi que les entreprises non adhérentes mais qui relèvent du champ d'application de l'ANI. Seules les entreprises non adhérentes et dont l'activité ne relève pas du champ d'application d'une convention collective de branche signée par une fédération patronale adhérente du MEDEF, de la CGPME ou de l'UPA (professions libérales, agriculture, économie sociale, presse...) ne sont pas tenues de verser l'indemnité conventionnelle.

(27) Si la convention collective prévoit deux types d'indemnités conventionnelles de licenciement, l'une pour motif personnel, l'autre pour motif économique, l'indemnité à retenir est la plus faible des deux dans l'hypothèse où elles seraient toutes deux supérieures à l'indemnité légale (instruction DGT n° 2009-25 du 8 décembre 2009).

(28) Plus de la moitié des salariés concernés par une rupture conventionnelle se sont inscrits au Pôle emploi, ce qui montre que le bénéfice des allocations de chômage constitue l'un des attraits du nouveau dispositif. Le pourcentage est en augmentation et dépasse aujourd'hui 70 %.

(29) Il faut toutefois prendre garde au risque de discrimination inversée, un salarié à qui la rupture conventionnelle a été refusée fustigeant le fait qu'elle a été accordée à un autre.

(30) C. trav., article L. 1226-9.

(31) V. en cas d'inaptitude : Cass. soc., 29 juin 1999, *Bull. civ.*, V, n° 304, p. 219 ; *JCP éd. G* 2000, II, 10235, note J. Savatier. - Cass. soc., 12 février 2002, *Bull. civ.*, V, n° 66, p. 61. V. en cas d'arrêt de travail : Cass. soc., 4 janvier 2000, *Bull. civ.*, V, n° 3, p. 2 ; *JCP éd. G* 2000, II, 10402, note N. Hauser Costa.

(32) Circulaire DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009, n° 1.2.

(33) Circulaire DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009, n° 1.4.

(34) On rappellera que, selon les dispositions de l'article L. 1235-8 du Code du travail, les organisations syndicales de salariés représentatives peuvent exercer en justice toutes les actions résultant des dispositions légales ou conventionnelles régissant le licenciement pour motif économique d'un salarié, sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé.

(35) Accord nation interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail, article 12.

(36) Le taux moyen de refus d'homologation s'établit aux alentours de 14,5 % (ce taux s'infléchit cependant depuis septembre 2009). Il n'y a pas à s'émouvoir de ce chiffre mais davantage d'une inquiétante dérive de certaines directions départementales du travail qui attendent de l'employeur qu'il motive la rupture.

(37) On a pu cependant observer que le contrôle opéré par l'autorité administrative porte plus sur la régularité procédurale que sur l'absence de vices du consentement : F. Favennec-Héry et A. Mazeaud, « La rupture conventionnelle du contrat de travail : premier bilan », *JCP éd. S* 2009, 1314.

(38) On ne peut cependant faire plus : si l'article 2254 du Code civil, issu de la loi du 17 juin 2008, permet d'abrégier la durée de la prescription par accord des parties, le délai ne pouvant être réduit à moins d'un an, cette possibilité est en l'occurrence infructueuse.

(39) V. G.-P. Quétant, « L'homologation de la rupture conventionnelle devant le conseil de prud'hommes », *JSL* 14 janvier 2009, n° 247. - E. Serverin, « Quels droits pour quel risque contentieux ? », *Rev. dr. trav.*, 2009, p. 210. - F. Favennec-Héry et A. Mazeaud, préc.

(40) C. trav., articles L. 1134-2 et 1134-3. V. aussi, en cas de harcèlement, sur l'action des organisations syndicales : C. trav., article L. 1154-2.

(41) E. Serverin, préc., p. 210.

(42) V. cependant l'excluant lorsqu'il n'y a pas de menace de licenciement émanant de l'employeur : Cass. 1^{ère} civ., 3 avril 2002, *Bull. civ.*, I, n° 108, p. 84 ; *D.* 2002, jurispr., p. 1860, note J.-P. Gridel et J.-P. Chazal. V. sur cette décision, G. Loiseau, « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », *Dr. & Patr.*, septembre 2002, p. 26.

(43) V. en ce sens G. Couturier, « Les ruptures conventionnelles, ruptures paisibles ? », *Rev. dr. trav.*, 2009, p. 207.

(44) V. not. M.-C. Amauger-Lattes et I. Desbarats, « Emploi des seniors et rupture

conventionnelle : des liaisons dangereuses... », *SSL* 5 mai 2008, n° 1352, p. 7.

(45) Il n'y a pas lieu de distinguer ici selon que la contestation porte sur la convention de rupture ou sur son homologation, sachant que cette dernière est elle-même une condition de validité de la convention.

(46) V. not. G. Couturier, « Les ruptures conventionnelles, ruptures paisibles ? », préc., p. 208.

(47) F. Favennec-Héry et A. Mazeaud, préc., qui en déduisent que les Assedic seraient en droit d'obtenir le remboursement de tout ou partie des allocations versées en application de l'article L. 1235-4 du Code du travail.

(48) Comp. cep. CA Paris, 30 avril 2009, *JCP* éd. S 2009, 1548, obs. A. Siri, qui, après avoir retenu la nullité pour violence d'un accord de rupture amiable, requalifie la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse.