

# PRIME À LA MAUVAISE FOI ET À L'INCOMPÉTENCE

# LA RUPTURE CONVENTIONNELLE

---

**En 2018, la rupture conventionnelle fête ses dix ans. Telle que définie par les textes et encadrée par la jurisprudence, elle a connu un réel succès. Elle ne tient toutefois pas toujours les promesses d'un accord loyal à l'origine de la rupture du contrat de travail. Les réformes en cours, notamment celles créant la rupture conventionnelle collective, peuvent être source d'inspiration pour lui redonner sa véritable dimension managériale.**

**L**a rupture conventionnelle individuelle est une convention par laquelle l'employeur et le salarié décident, d'un commun accord, de rompre le contrat de travail à durée indéterminée qui les lie et fixent les conditions de cette rupture<sup>1</sup>. Elle ouvre droit aux allocations d'assurance chômage et à une indemnité de rupture d'un montant au moins équivalent à celui de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement (si cette dernière est plus élevée). Cette indemnité est exonérée de charges sociales et d'impôt dans les limites réglementaires applicables aux sommes versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail, hors licenciement pour motif économique. La rupture conventionnelle, qui n'est ni un licenciement, ni une démission, ne peut pas être imposée par l'une ou l'autre des parties. Si les échanges sont de l'initiative de l'employeur, le choix offert au salarié doit être de quitter librement l'entreprise ou de rester, et non celui d'influencer les modalités de son départ. Sauf lorsqu'elle est convenue dans le cadre d'un accord de gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences (GPEC), d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) ou d'une convention tripartite à l'occasion d'une mutation intra-groupe « ayant pour objet d'organiser, non pas la rupture, mais la poursuite du contrat de travail »<sup>2</sup>, toute rupture amiable d'un contrat à durée indéterminée doit s'inscrire dans la procédure de la rupture conventionnelle homologuée<sup>3</sup>.

À défaut, la rupture sera analysée comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

À l'inverse, la rupture conventionnelle ne peut se substituer à d'autres cadres de rupture du contrat de travail déterminés par le code du travail. Ainsi, les modalités de la rupture conventionnelle individuelle ne peuvent pas être utilisées pour les départs liés aux accords collectifs de GPEC, à un accord de ruptures conventionnelles collectives homologuées ou aux PSE. L'administration veille à ce que la rupture conventionnelle ne soit pas utilisée comme moyen de contournement des dispositions légales applicables aux licenciements économiques collectifs, ce qui pourrait priver les salariés concernés du bénéfice du contrat de sécurisation professionnelle et des garanties attachées aux accords de GPEC et aux PSE<sup>4</sup>.

L'administration invite les agents saisis de demandes d'homologation massives, fréquentes ou intervenant dans un contexte économique difficile, à vérifier l'existence, ou non, d'un contournement de la procédure de licenciement collectif, en tenant compte non seulement de la situation de l'établissement, mais aussi de celle de l'entreprise et du groupe. Elle attire l'attention, à titre d'indices, sur : le dépassement du seuil de 10 demandes d'homologation sur une période de 30 jours ; au moins une demande sur une période de 3 mois, faisant suite à 10 demandes échelonnées sur la période de 3 mois immédiatement antérieure ;

au moins une demande au cours des 3 premiers mois de l'année faisant suite à plus de 18 demandes au cours de l'année civile précédente<sup>5</sup>. Il en ressort que les employeurs qui signent une convention individuelle de rupture peuvent être amenés à démontrer que la raison de leur consentement à la rupture est étrangère au motif économique, notamment si un accord de GPEC a été signé ou qu'une procédure de licenciement économique a été engagée.

### **Créé en 2008, ce dispositif fête ses dix ans de pratique<sup>6</sup>.**

La rupture conventionnelle est venue remplacer la rupture négociée du contrat de travail (ou résiliation amiable). Cette solution s'appuyait sur les dispositions de l'article 1193 du code civil, selon lequel les parties peuvent mettre fin au contrat qui les lie par consentement mutuel. La relation entre l'employeur et le salarié étant déséquilibrée, se posait, alors, la question du libre consentement du salarié quand l'employeur avait l'initiative des échanges. C'est pourquoi la rupture conventionnelle est encadrée par une procédure d'homologation qui vise à garantir la liberté du consentement des parties. Imprégnée de son devoir de protection du salarié dans le cadre des ruptures négociées, la direction générale du travail chargeait ses agents, dès 2008, de vérifier, lors de la procédure d'homologation, « que la rupture conventionnelle ne s'inscrit pas dans une démarche visant à contourner des procédures et des garanties légales (périodes de protection de l'emploi, accident du travail, maladie professionnelle, maternité, maladie de droit commun, procédures de rupture pour inaptitude médicale...) ». <sup>7</sup>

Un an plus tard, l'administration demandait aux Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (Drecc) de refuser l'homologation des ruptures conventionnelles conclues pendant toute période de suspension durant laquelle le salarié bénéficie d'une protection particulière et la rupture du contrat de travail est rigoureusement encadrée (congé de maternité, arrêt imputable à un accident du travail, etc.). Elle indiquait « que la rupture conventionnelle ne peut [...] être signée pendant cette période »<sup>8</sup>. La Cour de cassation est venue tempérer cette méfiance. Elle a jugé que les dispositions protectrices de l'emploi, si elles prohibent la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur, ne font pas obstacle à la conclusion d'une convention individuelle de rupture, sauf, bien sûr, en cas de fraude ou de vice du consentement. Elle a, par conséquent, validé la rupture conventionnelle signée pendant une période de suspension du contrat de travail, consécutive à un accident du travail<sup>9</sup>.

Il ressort de la lecture des arrêts de la Cour de cassation que le raisonnement qu'elle a suivi tient à la finalité de la protection. Celle-ci tend à garantir l'emploi des personnes en situation de vulnérabilité contre un éventuel abus de pouvoir de l'employeur. Mais cette protection

ne vise pas à s'opposer à une volonté de départ manifestée par le salarié, que ce soit par la démission ou par une rupture conventionnelle librement consentie. Peut donc être valablement signée une rupture conventionnelle : alors que le salarié a été déclaré inapte à son emploi ou déclaré « apte sous réserves »<sup>10</sup> ; alors que le salarié est en arrêt maladie, y compris s'il est atteint d'une dépression nerveuse liée à ses conditions de travail, dès lors qu'au moment de la signature le consentement du salarié était libre et éclairé<sup>11</sup> ; ou encore pendant la durée du congé de maternité d'une salariée, ainsi que dans les quatre semaines qui suivent celui-ci<sup>12</sup>.

A fortiori, rien ne s'oppose à la conclusion d'une rupture conventionnelle pendant les cas de suspension au cours desquels il n'y a pas de protection particulière, congé parental d'éducation, congé sabbatique, congé sans solde<sup>13</sup>. Encore faut-il que le consentement du salarié soit libre. Cette question est particulièrement délicate quand la négociation de la rupture conventionnelle se déroule dans un contexte conflictuel.

Les magistrats du fond ont eu, à ce sujet, quelques hésitations, auxquelles la Cour de cassation a mis un terme en précisant que le juge ne peut pas se fonder sur le seul constat de l'existence d'un différé pour annuler une rupture conventionnelle homologuée, mais doit s'assurer que le salarié a bien librement consenti à ce mode de rupture et n'a pas fait l'objet de pressions ou de menaces<sup>14</sup>. L'administration et la jurisprudence s'attachent ainsi à s'assurer que l'employeur ne tente pas de détourner le dispositif pour échapper aux contraintes de la rupture unilatérale du contrat de travail, pour motif économique ou personnel, tout en donnant la possibilité au salarié de bénéficier de ce dispositif s'il en a réellement la volonté.

### **Encadré par l'administration et la jurisprudence, le dispositif a connu un réel succès.**

Dans son étude, publiée le 25 janvier 2018, la Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques (Dares, ministère en charge du travail), relevait que sur l'année 2017, près de 421 000 ruptures conventionnelles ont été homologuées, soit une hausse de 7,8 % par rapport à 2016 ; 14 % des contrats à durée indéterminée prennent ainsi fin selon les modalités de la rupture conventionnelle. Cette étude révèle également que le pouvoir de négociation de l'indemnité de rupture conventionnelle dépend de la catégorie socioprofessionnelle du salarié, de la taille de l'entreprise, de l'aide dont il a pu bénéficier dans le cadre d'un entretien préalable à la rupture, mais également de sa rémunération, de son âge et de son secteur d'activité, s'il s'agit d'un cadre.

Ainsi : « Un ouvrier ayant un salaire brut compris entre 1 520 et 1 800 euros a environ 5 fois moins de chances de bien négocier son indemnité qu'un cadre dont la rémunération mensuelle brute est comprise entre 2 950 et 3 650 euros. À caractéristiques équivalentes, un salarié assisté au cours d'un entretien préalable à la rupture

conventionnelle a 2,09 fois plus de chances de bien négocier son indemnité, comparativement à un salarié qui n'a pas bénéficié d'une assistance ». Un déficit d'information des ouvriers et des employés, et parfois même un déficit de tentative de négociation, peuvent expliquer ces écarts.

### **L'étude met en évidence chez les non-cadres (notamment les ouvriers), un manque de connaissance des modalités de la rupture.**

Les cadres sont plus nombreux à s'être renseignés au préalable sur les garanties auxquelles donne droit la rupture conventionnelle. C'est le cas notamment de l'indemnité de départ, sur laquelle 57,4 % des cadres ont obtenu des renseignements avant la signature de leur rupture, contre 34,3 % des ouvriers et 39,2 % des employés. Lorsqu'ils sont interrogés sur les modalités de leur rupture de contrat, 42,3 % des cadres déclarent avoir négocié leur indemnité (contre 15,9 % des employés et 13,2 % des ouvriers) et 43,3 % déclarent avoir eu une discussion avec leur employeur sur le mode de calcul de l'indemnité de rupture (28,3 % des employés et 25,4 % des ouvriers). Le déséquilibre de la relation contractuelle pèse sur la négociation de la rupture conventionnelle. Les auteurs précisent que le lien de subordination entre salarié et employeur peut favoriser, de facto, l'employeur, surtout lorsque le salarié est un ouvrier, un employé ou qu'il est dans une position fragile au sein de l'entreprise. Ils soulignent aussi qu'un cadre est susceptible de disposer d'une meilleure connaissance des processus de décision, en raison de sa position dans l'entreprise, plus proche de la direction. La relation est alors moins déséquilibrée et une stratégie de négociation est possible.

Dans un article paru dans *Capital.fr*, le 31 janvier 2018, un avocat, spécialisé en droit social, indique la marche à suivre pour « faire cracher » un maximum l'employeur. Ce dernier recommande aux salariés de se faire accompagner par un représentant du personnel ou un conseil extérieur lors des réunions de négociation. Il ajoute qu'il est important de préparer ces entretiens en faisant la liste de tous les griefs que le salarié pourrait avoir à l'égard de l'employeur ; il cite les défauts de respect de la réglementation sur les contrats précaires avant l'embauche définitive, les faits de harcèlement ou les heures supplémentaires non payées. Nous serions tentés d'ajouter : l'inadéquation de la classification au regard de la réalité du travail ; une modification larvée du contrat de travail en raison de l'évolution des fonctions ou de l'organisation ; le non-respect de l'obligation de résultat en matière de santé mentale ; l'absence de recherche d'équilibre entre vie professionnelle et vie personnelle ; les inégalités de traitement voire les discriminations ; et bien d'autres champs dans lesquels, en raison de la complexité de la relation professionnelle et du droit du travail, l'employeur peut être pris en défaut.

Dans cette approche, le montant de l'indemnité spéciale de rupture conventionnelle est déterminé par le degré de mauvaise foi du salarié et le niveau d'incompétence de l'employeur et de sa ligne managériale. Le salarié qui se sent en difficulté, ou déçu par ses perspectives d'évolution dans l'entreprise, peut préparer plusieurs mois à l'avance la négociation de rupture conventionnelle de son contrat de travail. Il se met en quête des thèmes qui pourraient faire l'objet d'une demande de dommages-intérêts auprès du Conseil de prud'hommes, des faits dont la divulgation serait dommageable pour l'image de l'entreprise ou de ses dirigeants, et consigne patiemment les éléments de preuve

## **Le montant de l'indemnité spéciale dépend du degré de mauvaise foi du salarié et du niveau d'incompétence de l'employeur et de sa ligne managériale.**

ou pouvant étayer une présomption à l'encontre de l'employeur. Il prépare son scénario, attend le moment opportun et engage la négociation.

Dans un dossier, nous avons pu observer que le salarié avait commencé à préparer la négociation deux années à l'avance. Il s'agit là d'un cas extrême car, généralement, le salarié commence à recenser les reproches qui peuvent être faits à l'employeur lorsqu'il a décidé de quitter l'entreprise, c'est-à-dire quelques jours ou quelques semaines avant sa proposition de première réunion. Les employeurs ne sont pas en reste. Confrontés à un salarié qui ne donne plus satisfaction, ils peuvent également être tentés de recueillir les preuves de ses insuffisances pour en faire état lors d'une négociation de départ, qu'ils mettent en œuvre quand ils considèrent que leur dossier est suffisamment dissuasif. Le montant de l'indemnité tient alors à la solidité apparente de ce que serait un dossier contentieux, de part et d'autre.

Ce montant est la prime qui récompense le degré de mauvaise foi du salarié qui aura un dossier d'autant plus étayé qu'il aura été patient. C'est aussi la prime due par l'employeur en raison de son incompétence et celle de sa ligne managériale qui aura laissé se développer des pratiques en marge du cadre fixé par les textes ou la jurisprudence ou n'aura pas assuré un minimum de traçabilité. Il peut aussi s'agir du résultat d'un calcul entre le coût prévisionnel de l'application de certaines règles et le coût prévisionnel de cette prime qui n'est due que quand le risque se réalise.

### **Cette approche de la rupture conventionnelle envoie un message paradoxal à la communauté de travail.**

La ligne managériale attend des salariés engagement, prise en compte des intérêts de l'entreprise et bonne foi, alors que ceux qui ont créé le plus de trouble et ont fait preuve de la plus grande mauvaise foi dans la préparation de leur départ, perçoivent les indemnités les plus élevées au moment de leur départ. Cette contradiction renforce les plus anciens ressorts des antagonismes historiques et le rapport de forces associé. Elle est contraire à la perspective de relations professionnelles collaboratives que le droit social met en place progressivement depuis de nombreuses années. Cette évolution concerne aussi bien les relations de travail individuelles que collectives. Pour mémoire, depuis la réforme de 2008, les réponses du Conseil constitutionnel aux nombreuses questions préjudicielles organisent un délicat équilibre entre, d'une part la liberté d'entreprendre et de diriger l'entreprise et, d'autre part, les libertés individuelles des salariés, qui conduisent à une relation de travail conscientisée et collaborative.

Concernant les relations collectives de travail, les réformes en cours poursuivent celles engagées depuis 2004, mettent l'accent sur la négociation locale, empreinte de loyauté et renvoient au passé les procès d'intention et les rapports de force.

Parmi ces nouveaux textes, celui sur la rupture conventionnelle collective homologuée suggère, peut-être, une piste pour redonner à la rupture individuelle une dimension managériale constructive. L'étude d'impact du projet de loi d'habilitation relève que « le développement du recours au volontariat dans les procédures de restructuration est un acquis important qu'il convient d'encourager, dans la mesure où cela permet de limiter le nombre de licenciements contraints et de faciliter le retour à l'emploi des salariés concernés par les restructurations ».

L'administration veillait toutefois à ce que les plans de départ volontaire respectent l'ensemble des dispositions du code du travail applicables au licenciement économique, à l'exception des dispositions relatives à l'application des critères d'ordre et celles applicables au plan de reclassement interne. La procédure et les explications à apporter par l'employeur étaient identiques à celles d'un plan de sauvegarde de l'emploi, quand bien même aucun licenciement n'était envisagé. Les nouveaux textes ont introduit l'accord portant rupture conventionnelle collective dans un chapitre du code du travail distinct de celui relatif au licenciement économique. Il fait appel au volontariat des salariés et exclut « tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppression d'emplois »<sup>15</sup>. Une fois le contrat de travail rompu d'un commun accord, le salarié peut bénéficier de l'assurance chômage. Il résulte de ce dispositif que le salarié n'aura pas la possibilité de contester le motif économique de la rupture de son contrat, puisqu'à aucun moment, il n'est fait référence à la cause économique telle que définie à l'article L. 1233-3 du code du travail.

Ce volontariat doit être organisé dans le cadre d'un accord d'entreprise qui précise, en particulier, les fonctions concernées, les échéances envisagées, les critères de départage entre les candidats au départ et les mesures de reclassement externe qui leur seront proposées. L'accord doit également préciser les modalités de calcul des indemnités de rupture.

### **Il s'agit, en réalité, de déterminer avec les représentants du personnel, dans le cadre d'un accord dorénavant majoritaire, une vision partagée de l'avenir de l'entreprise**

et une politique portant sur le volume des effectifs et la nature des compétences nécessaires. L'efficacité d'une organisation tient aussi à la qualité des relations professionnelles qui déterminent l'engagement de chacun. La rupture conventionnelle individuelle pourrait être le complément de la rupture conventionnelle collective dans le cadre d'une politique s'intéressant à la qualité de la relation professionnelle. Cette approche existe dans certaines entreprises. Les ruptures conventionnelles individuelles sont conclues avec les salariés avant que les relations professionnelles ne se dégradent, voire dans le cadre de relations professionnelles donnant entièrement satisfaction. Cette convention apparaît alors comme un accompagnement du salarié qui ressent le besoin de faire une pause ou de celui qui ne trouve pas dans les perspectives de l'entreprise une réponse à ses attentes. La négociation ne s'équilibre pas autour du pouvoir de nuisance, mais autour de la contribution passée du salarié, des conditions de son remplacement, d'une juste mesure pour ne pas susciter d'autres vocations au départ. La négociation est responsable.

Cet accompagnement suppose aussi que le salarié ne quitte pas l'entreprise pour prendre immédiatement

un autre emploi. Ce serait une tromperie à laquelle poussent malheureusement les dispositions actuelles de l'allocation chômage. Les textes prévoient, en effet, que le bénéfice de cette allocation est, par principe, réservé aux travailleurs involontairement privés d'emploi en cas de : licenciement quel qu'en soit le motif, fin de contrat de travail à durée déterminée, fin de contrat d'intérim, rupture anticipée d'un CDD ou d'un contrat de mission à l'initiative de l'employeur, rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur pour motif économique, rupture conventionnelle du contrat de travail<sup>16</sup>.

Pour remplir cette condition, le salarié doit ne pas avoir démissionné de son dernier emploi, ou des emplois précédents, dès lors qu'il ne peut justifier 65 jours ou 455 heures travaillées depuis son dernier départ volontaire<sup>17</sup>. Il en résulte qu'une rupture de période d'essai ou un licenciement dans les 65 premiers jours d'un emploi qui suit une démission n'ouvrent pas droit à allocation. Cette disposition est à l'origine de nombreuses fausses ruptures conventionnelles dont la négociation est engagée par le salarié alors qu'il a déjà identifié son nouvel emploi. Il s'agit pour le salarié de se protéger d'un risque d'inactivité sans ressources et, pourquoi pas, de tenter d'obtenir « un maximum », à l'occasion de son départ.

Espérons que les discussions en cours sur le régime d'allocation chômage suite à une démission apportent une solution à cette difficulté. Il n'y aura alors plus de contraintes juridiques, directes ou indirectes, s'opposant à la mise en œuvre dans les entreprises d'une politique constructive en matière de rupture conventionnelle, unilatérale ou partagée avec les représentants du personnel. Sans nier le déséquilibre propre au contrat de travail, le salarié et l'employeur de bonne foi pourront instaurer, développer et rompre les relations de travail dans un contexte de loyauté et de considération réciproque. Simultanément les comportements fautifs doivent être sanctionnés et les insuffisances professionnelles faire l'objet, en dernier ressort, d'un licenciement.

Le message ainsi adressé à la communauté de travail est cohérent avec la nécessité de l'engagement personnel de chaque salarié qui ne peut s'inscrire que dans le cadre de relations collaboratives et loyales.

**Jacques Uso ■**

## RÉFÉRENCES

1. C. trav., art. L. 1237-11 et s
2. Cass. soc., 8 juin 2016, no 15-17.555
3. Cass. soc., 15 oct. 2014, no 11-22.251
4. Circ., 17 mars 2009; Instr. DGT 23 mars 2010
5. Instr. DGT 23 mars 2010, § 1 b
6. Loi n°2008-596 du 25 juin 2008
7. Circ. DGT no 2008-11, 22 juill. 2008
8. Circ. DGT no 2009-04, 17 mars 2009, § 1.2
9. Cass. soc., 30 sept. 2014, no 13-16.297
10. Cass. soc., 28 mai 2014, no 12-28.082
11. Cass. soc., 30 sept. 2013, no 12-19.711
12. Cass. soc., 25 mars 2015, no 14-10.149
13. Circ. DGT no 2009-04, 17 mars 2009
14. Cass. soc., 3 juill. 2013
15. C. trav., art. L. 1237-19
16. Art. 2 du règlement AC
17. Art. 4 e) règlement AC