



## **LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL PAR CONSENTEMENT MUTUEL OU LA « SEPARABILITE »**

**par Me Stéphane BOUDIN**

Avocat au Barreau de la Seine-Saint-Denis

Depuis près de deux années, se propage l'idée de la rupture du contrat de travail par consentement mutuel entre salarié et employeur, idée reprise par comparaison au mariage et à sa rupture, le divorce, qui peut prendre plusieurs formes dont celui par consentement mutuel.

L'objectif serait ici de pacifier la fin de la relation de travail, faisant souvent suite à des griefs reprochés à l'employeur ou au salarié. En effet, hormis les ruptures pour motif d'ordre privé, si tout se passe bien, pourquoi se séparer ?

Contrairement à une fausse idée largement répandue et notamment par la présidente du MEDEF, Laurence Parisot, la rupture amiable du contrat de travail existe déjà en droit français puisqu'il s'agit du départ négocié.

Rappelons que le départ négocié consiste dans la volonté commune de l'employeur et du salarié de mettre fin au contrat de travail sans que la rupture ne soit imputée plus à l'un qu'à l'autre (article 1134 du Code civil).

Cette idée a également été reprise par le président de la République, Monsieur Nicolas Sarkozy, lors de la campagne présidentielle dans son discours à Cormeilles du 6 mars 2007 : "je veux protéger en créant une possibilité de rupture du contrat de travail par consentement mutuel entre le salarié et l'employeur qui permette au salarié de toucher des indemnités chômage."

L'idée a, à nouveau, été remise sur le tapis par le MEDEF et les autres syndicats patronaux, dernièrement, sous le terme de "séparabilité" après avoir constaté qu'un licenciement sur quatre autres qu'économiques donnaient lieu à une contestation des salariés en justice.

Voyons ensemble si c'est une fausse bonne idée ou, au contraire, une avancée intéressante de notre droit du travail.

Quel est le constat à l'heure actuelle ?

Le contrat de travail est majoritairement rompu de deux manières : à l'initiative du salarié par la démission (ou la prise d'acte de rupture du contrat aux torts de l'employeur) ou à celle de l'employeur par le licenciement.

Le départ négocié permet de s'affranchir de cette dualité en proposant une rupture amiable discutée entre les deux parties, notamment au niveau de l'indemnité de départ.

La préoccupation principale du salarié, à la suite de la rupture de son contrat de travail est bien évidemment de retrouver le plus vite possible du travail et surtout d'être indemnisé par l'assurance chômage pendant sa période de recherche d'emploi, qui peut parfois être longue.

Or, seul le licenciement et, dans une moindre mesure (parce que moins fréquent), le départ négocié pour cause économique permet au salarié de percevoir des indemnités chômage.

Les autres motifs de rupture ne le permettent pas en principe, sauf dans de rares exceptions regroupées notamment sous la notion de démission légitime. Encore faut-il pouvoir prouver la cause légitime de la rupture du contrat, preuve longue et parfois difficile à rapporter lorsqu'il s'agit du comportement de l'employeur préjudiciable au salarié puisqu'il nécessite, en pratique, une décision de justice devenue définitive. Lorsqu'il s'agit de rappel de salaires, elle peut revêtir la forme d'une ordonnance de référé du Conseil de Prud'hommes, rendue après un délai de procédure de trois à six mois. S'il s'agit de harcèlement moral, il faut alors saisir la juridiction au fond et la décision ne sera rendue qu'après, au mieux, une bonne année de procédure et au pire, s'il y a appel ou/et pourvoi en cassation, plusieurs années.

Ainsi, est apparue très rapidement la situation paradoxale suivante : le salarié ne souhaite plus continuer à travailler pour son employeur pour diverses raisons (parfois le comportement fautif de ce dernier), mais ne souhaite pas prendre l'initiative de la rupture, soit en démissionnant s'il n'a rien à lui reprocher, soit en prenant acte de la rupture de son contrat de travail à ses torts, dans le cas contraire. Il va donc tenter de négocier avec son employeur son licenciement, au besoin en faisant des concessions sur les sommes qu'il serait en droit d'obtenir pour ce type de rupture (indemnité de licenciement ou compensatrice de préavis, voire parfois même indemnité de congés payés).

Rappelons que cette pratique constitue une fraude à l'ASSEDIC puisqu'en réalité, la rupture du contrat de travail du salarié est en partie de son fait.

Face à cette demande du salarié, l'employeur est en position de force puisqu'il n'est pas demandeur de la rupture (même si elle peut l'arranger en définitive). Il va bien souvent imposer au salarié les conditions de la rupture à son avantage en forçant ce dernier à faire une croix sur les sommes auxquelles il peut prétendre dans le cadre d'un licenciement "classique" mais surtout en lui faisant signer une transaction, gage que le salarié n'ira pas, par la suite, contester le motif, parfois fantaisiste, retenu par l'employeur dans la lettre de licenciement.

Rappelons que contrairement au départ négocié, la transaction n'est pas un mode de rupture du contrat de travail mais un mode de règlement de ses suites judiciaires et financières. Elle vise à mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultant de la relation de travail ou/et de sa rupture (article 2044 du Code civil).

L'employeur, pour se risquer à procéder ainsi, doit se laisser toutes les garanties de son côté. Il fait donc signer au salarié la transaction post-datée avant de procéder à son licenciement, tout en conservant les deux exemplaires du document "bien au chaud" tant que le salarié n'a pas reçu la notification de son licenciement par lettre recommandée, la notification par lettre remise en mains propres étant écartée dans cette hypothèse et rendant la transaction, subséquente, nulle (Ch. soc. 24 janvier 2007, n° 05-42.135). En effet, si le salarié venait à crier sur les toits (en pratique en faisant effectuer un constat d'huissier afin de prouver le post-datage du document) qu'il a signé la transaction avant que le contrat ne soit rompu, la transaction serait facilement annulable en justice.

L'employeur est ainsi gagnant sur tous les plans. En "rendant service au salarié", il se garantit contre toute tentative de contestations ultérieures de sa part sur les conditions de leur relation de travail ainsi que sur la rupture de celle-ci en échange d'une indemnité transactionnelle minimale mais raisonnable quand même afin d'éviter l'annulation en justice de la transaction pour absence de concessions réciproques.

Cette situation paradoxale est très fréquente en pratique et c'est, semble t'il, pour y mettre fin qu'est née l'idée de la rupture du contrat de travail par consentement mutuel afin de remplacer le concept de départ négocié, concept intéressant en théorie mais totalement dénué d'intérêt, en réalité, pour le salarié puisque, rappelons le, il ne lui ouvre pas droit à l'assurance chômage (sauf cause économique).

Le départ négocié est également dénué d'intérêt, à l'heure actuelle, pour l'employeur puisque, selon la jurisprudence, une convention ne peut, à la fois, avoir pour effet de rompre le contrat de travail et de transiger sur les conséquences de cette rupture. Un tel document ne vaut alors ni convention de départ négocié, ni protocole transactionnel (Ch. soc. 12 février 2002, n° 99-41.698).

Lors de la discussion sur la modernisation du marché du travail, les partenaires sociaux ont envisagé, dans un premier temps, de considérer la rupture conventionnelle du contrat de travail comme un départ négocié mâtiné d'une transaction : le contrat de travail serait rompu d'un commun accord. Le salarié percevrait une indemnité de rupture fixée au montant de l'indemnité de licenciement, majoré de 25 %), aurait accès à l'assurance chômage dans les mêmes conditions qu'à la suite d'un licenciement et renoncerait en échange à toute possibilité de contestation, née de son contrat de travail ou des motifs de sa rupture devant le juge prud'homal.

Cette proposition posait plusieurs difficultés.

Prévoir une indemnité de rupture fixe correspondant au montant de l'indemnité de licenciement, majoré de 25 % semblait être une concession bien faible de la part de l'employeur pour s'éviter le risque d'une procédure prud'homale (pourcentage à comparer à l'aune d'une jurisprudence rendue en matière de transaction qui considère qu'une indemnité transactionnelle à peine supérieure de 20 % à l'indemnité de licenciement qu'aurait pu percevoir le salarié s'il avait été licencié, ne constitue pas une concession appréciable de l'employeur (Ch. soc. 19 février 1997, n° 95-41.207).

Quid, de plus, du salarié qui n'aurait pas l'ancienneté requise pour percevoir une indemnité de licenciement, s'il venait à rompre par consentement mutuel son contrat de travail ? Ce mode de rupture n'aurait pour lui aucun intérêt.

Cette proposition a donc été abandonnée pour une autre, bien plus intéressante pour le salarié. C'est cette dernière qui a été retenue dans l'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail.

Le salarié et l'employeur ont la possibilité de se faire assister lors des discussions préalables à la rupture conventionnelle.

Suite à la signature de l'accord, le salarié dispose d'un délai de quinze jours pour se rétracter. A l'issue de ce délai, l'accord est adressé au directeur départemental du travail pour homologation. Ce dernier dispose alors d'un délai de quinze jours pour homologuer l'accord. A défaut de réponse à l'issue des quinze jours, son silence vaut homologation.

Cette homologation va complexifier inutilement ce nouveau mode de rupture du contrat de travail et ne permettra, en aucun cas, au directeur départemental du travail d'exercer un véritable contrôle sur la réalité du consentement du salarié (contrôle qui est de la compétence naturelle du Conseil de Prud'hommes). L'homologation risque, en outre, de rendre plus difficile la contestation par le salarié de l'accord de rupture amiable. Ce dernier sera peut être obligé, en effet, de contester la décision du directeur départemental du travail avant de pouvoir saisir le Conseil de Prud'hommes pour faire juger que son consentement est vicié en ce qu'il n'a pas été libre et éclairé.

Concernant l'indemnité de rupture (qui serait commune à tous les modes de rupture), cette dernière est bien calquée sur le principe de l'indemnité de licenciement. Son montant ne peut être inférieur à  $1/5^{\text{ème}}$  de la rémunération mensuelle du salarié par année de présence à condition que ce dernier ait au moins une année d'ancienneté.

Il y a ici un progrès par rapport à ce qui était prévu antérieurement mais se pose toujours le problème de l'indemnisation du salarié ayant moins d'une année d'ancienneté. De plus, alors même que l'accord fixe un montant plancher, il apparaît évident que l'employeur aura tendance à le considérer également comme un montant plafond.

Aussi étonnant que cela paraisse et alors même que c'était le cœur du sujet de discussion, l'accord n'évoque à aucun moment le fait que l'acceptation de la rupture conventionnelle du contrat de travail entraînera renonciation du salarié à contester l'exécution de son contrat de travail, ultérieurement, devant le Conseil de Prud'hommes. Il semble ainsi toujours envisageable, en cas de litige sur ce point, pour le salarié et l'employeur de conclure une transaction, afin d'éviter l'aléa d'une procédure judiciaire.

Cependant, il y a fort à parier, que la contestation de l'exécution du contrat de travail par le salarié (en cas, par exemple, de non-paiement d'heures travaillées, de majoration de salaires ou de harcèlement moral), sera rendue beaucoup plus difficile si la rupture de son contrat est intervenue par consentement mutuel, mode de rupture qui manifeste plutôt en apparence l'absence de contentieux entre les parties.

Or, cette vision des choses ne reflétera pas toujours la réalité puisque les parties peuvent très bien avoir un litige sur l'exécution du contrat de travail mais être d'accord sur leur volonté commune d'y mettre fin.

Ainsi, il n'est pas certain que cette réforme réduira le contentieux de la rupture du contrat de travail puisque de nouvelles interrogations surgiront, nécessitant une réponse judiciaire, notamment sur la procédure d'homologation par la direction départementale du travail qui risque de poser de nombreux problèmes et n'apportera, en contrepartie, aucune véritable garantie au salarié.

Il importe surtout que soit sauvegardé le libre arbitre de ce dernier, dans le choix de recourir à ce nouveau mode de rupture, par le contrôle accru des juridictions sur son consentement.

La rupture du contrat de travail par consentement mutuel ne doit pas, en effet, se systématiser à outrance en incarnant pour l'employeur la solution de facilité, lui permettant d'échapper au formalisme de la procédure de licenciement.