

La rupture conventionnelle

Depuis sa création en août 2008, la rupture conventionnelle connaît un succès incontestable, le cap du million de ruptures conventionnelles homologuées ayant été dépassé en octobre dernier. Toutefois, le dispositif suscite encore de multiples interrogations et critiques. C'est la raison pour laquelle certains auteurs ou instituts de recherche (v. encadré page 4) proposent des améliorations. Nous présentons ici les derniers aménagements du dispositif et les éclaircissements apportés par la jurisprudence.

1 Définition et champ d'application

EN QUOI CONSISTE CETTE RUPTURE ?

La rupture conventionnelle est un mode de rupture spécifique du **contrat de travail à durée indéterminée**, par lequel l'employeur et le salarié décident en commun des conditions de la rupture. Elle « procède d'une **initiative commune** de l'employeur et du salarié de rompre d'un **commun accord** le contrat de travail » (*Circ. DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009*). Ce n'est ni un licenciement, ni une démission (*C. trav., art. L. 1237-11*).

La rupture conventionnelle ne peut intervenir qu'une fois le contrat définitif c'est-à-dire **après la fin de la période d'essai** (*C. trav., art. L. 1231-1, al. 2*).

À NOTER Avant l'instauration de la rupture conventionnelle, la jurisprudence admettait la possibilité de rupture à l'amiable du contrat de travail. Exception faite des départs volontaires dans le cadre d'un accord de GPEC ou d'un PSE (v. page 2), il n'est désormais plus possible de procéder à une rupture d'un commun accord en dehors de la procédure spécifique de rupture conventionnelle.

DANS QUELS CAS PEUT-ON CONCLURE UNE RUPTURE CONVENTIONNELLE ?

■ Une décision commune sans vice de consentement

La rupture conventionnelle peut intervenir dès lors que le salarié et l'employeur sont d'accord pour se séparer, aucune des parties ne pouvant l'imposer à l'autre. Elle est susceptible d'être remise en cause

s'il apparaît que la procédure s'est déroulée de la **seule initiative de l'employeur**, sans que le point de vue du salarié ait été pris en compte (*CA Riom, 18 janvier 2011, n° 10-00658*). Inversement, un **salarié ne peut contraindre** l'employeur à signer une rupture conventionnelle en cas de mutation de son conjoint (*CA Lyon, 28 mars 2012, n° 11/01807*).

La rupture conventionnelle est soumise aux conditions traditionnelles de validité des conventions de droit civil, dont la **capacité à contracter** et un **consentement non vicié**.

Supposée intervenir d'un commun accord, la rupture conventionnelle homologuée doit être **librement consentie** par le salarié. Tel n'est pas le cas, a récemment considéré la Cour de cassation, de celui qui signe une rupture conventionnelle dans un contexte de **violence morale** caractérisé par des actes de **harcèlement moral** (*Cass. soc., 30 janvier 2013, n° 11-22.332 FS-PBR*). Une solution identique a été retenue par des juges du fond ayant constaté que l'employeur avait **menacé le salarié** d'une procédure de licenciement (*CA Riom, 4e ch. civ., 3 janvier 2012, n° 10/02152*) ou alors que l'employeur avait profité de la situation d'**infériorité du salarié**, lequel ne disposait que d'une maîtrise partielle de l'expression et de la **compréhension** écrite (*CA Amiens, 13 juin 2012, n° 11/03684*).

■ La rupture est-elle possible dans un contexte conflictuel ?

Les juges du fond n'hésitent pas à remettre en cause les ruptures conventionnelles intervenant dans un contexte conflictuel, pour les requalifier en licenciement sans cause réelle et sérieuse conduisant au versement d'indemnités pour le salarié. La cour d'appel d'Angers a ainsi affirmé que la rupture conventionnelle, qui doit pro-

céder d'une libre discussion des parties et d'un accord commun de rompre le contrat de travail, ne peut valablement intervenir qu'en dehors de tout litige ayant déjà émergé et est incompatible avec une procédure de licenciement déjà engagée (CA Angers, 20 décembre 2012, n° 10/02401). Dans cette affaire, la rupture conventionnelle a été requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse pour avoir été signée le jour même de l'entretien préalable au licenciement, au cours duquel l'employeur avait indiqué disposer de tous les griefs permettant de caractériser une faute grave). Des décisions similaires ont été rendues pour des ruptures conventionnelles intervenant alors qu'il existait un différend sur le paiement du salaire (CA Lyon ch. soc. C, 6 janvier 2012, n° 11/03228), sauf si le conflit a été réglé par les parties avant la signature de la convention (CA Poitiers, 26 septembre 2012, n° 11/01591: régularisation d'un arriéré de salaires), ou après un refus de mobilité géographique (Cons. prudh. Bordeaux, 21 janvier 2011, n° 09-02933).

En revanche, le seul fait d'avoir prononcé une sanction disciplinaire quelques mois avant la conclusion de la convention de rupture ne permet pas de remettre en cause la validité du consentement du salarié, dès lors que la sanction n'a jamais été contestée par ailleurs (CA Paris, pôle 6, ch. 6, 22 février 2012, n° 10/04217).

■ Et en cas de difficultés économiques ?

Une rupture conventionnelle peut intervenir alors même que l'entreprise rencontre des difficultés économiques qui l'amènent à se séparer de certains de ses salariés (Instr. DGT n° 02 du 23 mars 2010).

Toutefois, elle ne peut pas être utilisée pour éviter d'appliquer les règles de licenciement économique collectif, et donc priver, de ce fait, les salariés des garanties attachées aux accords de GPEC et aux PSE.

Selon l'administration du travail, le contournement de la procédure de licenciement économique peut être caractérisé par un recours massif à la rupture conventionnelle dans une entreprise ou un groupe confronté à un contexte économique difficile qui serait susceptible, à court terme, de conduire à la mise en œuvre d'un PSE. À titre d'exemples, peuvent constituer des indices : dix demandes sur une même période de 30 jours, au moins une demande sur une période de trois mois, faisant suite à dix demandes s'étant échelonnées sur la

QUELLES INFORMATIONS FOURNIR AU SALARIÉ ?

L'employeur doit livrer une information complète au salarié sur la situation résultant de la rupture conventionnelle. Cela permet au salarié d'accepter la rupture conventionnelle en toute connaissance de cause et à l'employeur de se prémunir contre un éventuel contentieux. Il est conseillé à ce dernier d'informer le salarié des éléments suivants : régime social et fiscal de l'indemnité de rupture, droits en matière de DIF, droits aux allocations d'assurance chômage et notamment décompte du délai de carence pour le paiement desdites prestations, ou encore droits à la prévoyance. En cas de difficultés économiques, l'employeur doit informer le salarié des avantages dont il bénéficierait si la rupture de son contrat intervenait dans le cadre d'un PSE ou d'un plan de départ volontaire. Par prudence, l'employeur devrait effectuer cette information en rédigeant une lettre récapitulant ces informations. Celle-ci pourrait être remise au salarié contre décharge ou par lettre recommandée, ou encore être annexée à la convention de rupture.

période de trois mois immédiatement antérieure, etc. (Instr. DGT n° 02 du 23 mars 2010).

Par un arrêt du 9 mars 2011, la Cour de cassation a balayé toute tentative de contournement de la législation applicable aux licenciements économiques, en imposant à l'employeur de prendre en compte les ruptures conventionnelles qui s'inscrivent dans un processus de réduction des effectifs pour déterminer la procédure à suivre en matière d'information et de consultation des représentants du personnel, ainsi que les obligations liées à l'élaboration d'un PSE (Cass. soc., 9 mars 2011, n° 10-11.581 FS-PBRI).

■ Comment s'articulent rupture conventionnelle et licenciement économique ?

L'instauration de la rupture conventionnelle n'a pas remis en cause la possibilité de prévoir des départs volontaires dans le cadre d'un plan de réduction des effectifs (Cass. soc., 26 octobre 2010, n° 09-15.187 FS-BRI). La loi précise que les dispositions légales régissant les ruptures conventionnelles ne sont pas applicables aux ruptures de contrats résultant d'un accord de GPEC ou des PSE (C. trav., art. L. 1237-16). En d'autres termes, les départs négociés ou volontaires prévus dans le cadre d'une GPEC ou d'un PSE ne sont pas soumis à la procédure de rupture conventionnelle, et notamment à l'homologation administrative (v. page 6).

Inversement, les dispositions relatives aux licenciements économiques sont applicables à toute rupture, à l'exclusion de la rupture conventionnelle (C. trav., art. L. 1233-3).

À NOTER Il peut être plus avantageux pour un salarié d'être licencié pour motif économique que de conclure une rupture conventionnelle, par exemple s'il remplit les conditions pour bénéficier d'un contrat de sécurisation professionnelle (CSP). Il est donc conseillé d'informer préalablement le salarié de ses droits afin qu'il puisse faire un choix en toute connaissance de cause (v. encadré contre).

AVEC QUI PEUT-ON CONCLURE UNE RUPTURE CONVENTIONNELLE ?

■ Tout salarié sous CDI...

En principe, tout employeur et tout salarié sous CDI (par exemple, sous contrat de professionnalisation) peuvent conclure une rupture conventionnelle.

Un salarié français travaillant pour une entreprise étrangère en France peut bénéficier de la rupture conventionnelle dès lors qu'il est titulaire d'un CDI de droit français. Les avocats salariés sous CDI peuvent également conclure une rupture conventionnelle (Circ. DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009, 2.1 et 2.3).

En revanche, la rupture conventionnelle est exclue avec un salarié en CDD. N'étant pas par nature un CDI, le contrat d'apprentissage ne peut pas faire l'objet d'une rupture conventionnelle (Circ. DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009, 2.2).

■ ... même si c'est un salarié protégé

Selon l'article L. 1237-15 du Code du travail, il est possible de conclure une rupture conventionnelle avec un salarié bénéficiant d'une protection en raison d'un mandat qu'il exerce ou qu'il a exercé, sous réserve de l'autorisation de l'inspecteur du travail (v. page 7).

Sont concernés (C. trav., art. L. 2411-1 et L. 2411-2) :

– le DS, le DP, le membre élu du CE, le représentant syndical au CE ;

– le membre du groupe spécial de négociation et le membre du CE européen, le membre du groupe spécial de négociation et le représentant au comité d'une société européenne, le représentant au comité d'une société coopérative européenne ou au comité d'une société issue de la fusion transfrontalière ;

– le représentant du personnel au CHSCT, et le représentant du personnel d'une entreprise extérieure désigné au CHSCT d'un établissement comprenant au moins une installation classée figurant sur la liste prévue au IV de l'article L. 515-8 du Code de l'environnement ou mentionnée à l'article 3-1 du Code minier, ainsi que le membre d'une commission paritaire d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en agriculture ;

– le salarié mandaté dans une entreprise dépourvue de DS ;

– le représentant des salariés lors d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire ;

– le représentant des salariés au conseil d'administration ou de surveillance des entreprises du secteur public, le membre du conseil ou l'administrateur d'une caisse de sécurité sociale, d'une mutuelle, d'une union ou d'une fédération, ainsi que le représentant des salariés dans une chambre d'agriculture ;

– le conseiller du salarié, chargé d'assister les salariés lors de l'entretien préalable au licenciement ;

– le conseiller prud'hommes,

– le médecin du travail.

Enfin, sont également visés les salariés ayant demandé l'organisation d'élections professionnelles, les candidats à ces élections, les anciens détenteurs de mandats, ou encore les représentants de la section syndicale (*Circ. DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, fiche 14*).

■ Et si le contrat de travail est suspendu ?

Tout dépend de la nature de cette suspension (*Circ. DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009*).

Si le motif de la suspension ne donne droit à aucune protection particulière (congé parental d'éducation, congé sabbatique, congé pour création d'entreprise, ou encore congé sans solde, etc.), le salarié et l'employeur peuvent conclure une rupture conventionnelle.

En revanche, lorsque le salarié bénéficie pendant la suspension d'une protection particulière, la rupture conventionnelle est impossible pendant toute cette période. C'est le cas pendant un congé de maternité ou pendant un arrêt travail consécutif à un accident du travail ou une maladie professionnelle (*Circ. DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009*) ou une période de rechute d'accident du travail (*CA Bordeaux, 11 décembre 2012, n° 11/01258*).

Un conseil des prud'hommes a invalidé une rupture conventionnelle intervenue après la fin de la suspension du contrat d'un salarié déclaré inapte par le médecin du travail à la suite d'un accident du travail, en relevant que la rupture avait été signée entre les deux visites médicales, ce qui prouvait que l'employeur, ayant connaissance de l'état de santé du salarié, avait tenté d'échapper à son obligation de reclassement et aux conséquences financières de l'inaptitude (*Cons. prud'h. Sables d'Olonne, 25 mai 2010, n° 09-00068*).

À NOTER : Quid d'une rupture conventionnelle intervenant avant le congé de maternité ? Le ministère du travail invite à une extrême prudence : toute rupture motivée par la maternité serait abusive (*source : www.teleRC.travail.gouv.fr*).

NE PAS ENGAGER LA PROCÉDURE À LA LÉGÈRE

La responsabilité d'un employeur a été jugée engagée dans la mesure où il a fait preuve d'une légèreté et lenteur blâmables, ayant entraîné pour la salariée un préjudice à la fois financier et moral lié à l'incertitude dans laquelle elle s'est trouvée, à l'impossibilité pendant plus d'un trimestre de se considérer comme libérée de son contrat et d'en rechercher un nouveau, à la nécessité de conduire une procédure au cours de laquelle elle a dû faire des déplacements sur des distances (*CA Rouen, 27 avril 2010, n° 09-4792*). En l'espèce, une salariée avait signé une rupture conventionnelle avec son employeur. Le Direccte avait refusé de l'homologuer pour insuffisance du montant de l'indemnité de rupture. Une deuxième convention avait été présentée à la salariée qui avait refusé de la signer, le montant de l'indemnité ne correspondant toujours pas à celui normalement dû. La salariée avait saisi alors les prud'hommes. Les parties ont conclu une nouvelle convention que l'administration a refusé encore d'homologuer, mais cette fois-ci pour non-respect du délai de réflexion. La quatrième convention conclue était enfin la bonne.

2 Quelle procédure suivre ?

Pour conclure une rupture conventionnelle, les parties doivent respecter la procédure suivante :

– tenir un ou plusieurs entretiens pour définir les modalités de la rupture ;

– signer une convention de rupture, sachant que chacune des parties dispose d'un droit de rétractation pendant un certain délai ;

– envoyer la convention au Direccte (ou à l'inspecteur du travail lorsque le salarié est protégé) en vue de son homologation (ou de l'autorisation).

À NOTER : Le ministère du Travail a mis en place un portail internet teleRC.travail.gouv.fr, destiné à aider employeurs et salariés lors de la conclusion d'une rupture conventionnelle, et à leur permettre de saisir la demande d'homologation en ligne.

L'ENTRETIEN

■ Quel est l'objet de l'entretien ?

L'employeur et le salarié conviennent du principe de la rupture conventionnelle lors d'un ou plusieurs entretiens (*C. trav., art. L. 1237-12*).

Pour garantir la liberté de consentement du salarié, il est essentiel que celui-ci sache qu'il peut, au cours de la discussion, recueillir les informations et avis nécessaires à sa décision, notamment auprès du service public de l'emploi (*Circ. DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008*).

L'employeur doit aussi donner au salarié une information précise sur le régime fiscal et social de l'indemnité.

À NOTER : La Cour de cassation a déjà estimé, concernant un départ volontaire, que la direction manque à son devoir d'information si elle ne communique pas aux intéressés la lettre adressée par l'administration fiscale indiquant le régime fiscal de l'indemnité. L'employeur a été condamné à verser des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par ce manquement (*Cass. soc., 23 juin 1998, n° 96-41.953*).

■ Combien doit-il y avoir d'entretiens ?

Selon la DGT, « il est nécessaire que les parties procèdent au moins à un entretien préparatoire (*Circ. DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008*).

■ Comment organiser l'entretien ?

L'initiative de l'entretien peut être prise par l'employeur ou par le salarié.

La loi ne prévoit **aucun formalisme** particulier pour la tenue du ou des entretiens préparatoires, dont l'initiative peut être prise par l'employeur ou par le salarié. Aucune disposition ne fixe les modalités d'une éventuelle convocation, la date, l'heure et le lieu des entretiens.

Toutefois, la tenue des entretiens constituant un élément essentiel du consentement des parties, ils doivent être organisés de **bonne foi**.

L'employeur doit donc informer le salarié de la date et du lieu de l'entretien, ainsi que la possibilité qu'il a de se faire assister (*v. ci-dessous*).

À NOTER Des juges ont estimé que l'employeur qui convoque un salarié un samedi pour un entretien le lundi suivant n'a pas respecté la procédure. En effet, le salarié n'a pas été en mesure de se procurer la liste des conseillers avant l'entretien (*Cons. prud'h. Bobigny, 6 avril 2010, n° 08-4910*). En revanche, il a été jugé que « le fait que la convocation donnée verbalement quelques jours avant l'entretien n'ait été matérialisée que le jour de cet entretien, par une lettre antidatée ne saurait avoir d'incidence sur la validité de la rupture conventionnelle » (*CA Riom, 16 octobre 2012, n° 11/01589*).

FAUT-IL AMÉLIORER LE DISPOSITIF ?

Le Centre d'études de l'emploi (CEE) a analysé au peigne fin, à l'initiative de la CFDT, un échantillon de 101 ruptures conventionnelles enregistrées fin 2010. L'objectif de cette enquête : mieux comprendre le contexte entourant la conclusion d'une rupture conventionnelle (caractéristiques des salariés et de leur entreprise, conditions de travail, procédure, indemnités, etc.). Au-delà de la description des circonstances de ces ruptures conventionnelles, le CEE formule des recommandations pour améliorer le dispositif.

• Améliorer la procédure d'homologation

Les auteurs du rapport recommandent de :

– formaliser l'invitation à l'entretien préalable, qu'elle se fasse à l'initiative de l'employeur ou du salarié, afin d'éviter que l'entretien se limite à la remise pour signature du formulaire Cerfa prérempli. Selon l'enquête, cela représente un quart des cas ; un quart a eu deux, voire trois, entretiens, et la moitié en déclare un seul ;

– préciser l'objet de l'entretien. Compte tenu de l'ignorance des salariés sur leurs droits à l'assurance chômage, il serait nécessaire d'imposer avant la signature de la convention un diagnostic de situation des droits du salarié, qui pourrait être établi par Pôle emploi ;

– compléter les formulaires Cerfa par des indications sur ces différents points sur l'apurement de la relation contractuelle et règle toutes les questions relatives au contrat (salaires, participation, DIF, clauses de non-concurrence, etc.) ;

– introduire un préavis qui courrait à compter de l'homologation, et dont l'employeur pourrait dispenser le salarié le cas échéant. Le CEE a, en effet, constaté que tous les salariés interrogés ont souligné la rapidité avec laquelle ils se sont trouvés hors de l'entreprise.

• Mieux accompagner les demandeurs d'emploi

Les demandeurs d'emploi inscrits suite à une rupture conventionnelle devraient être mieux accompagnés. Ils devraient se voir reconnaître un droit spécifique à l'accompagnement dans leurs démarches, recommande le CEE, qui suggère que Pôle emploi soit sollicité à cet effet.

■ Le salarié est-il rémunéré pendant l'entretien ?

Aucune règle n'est prévue par la loi. Cependant, si l'employeur impose que l'entretien se déroule **pendant le temps de travail**, la rémunération doit être intégralement maintenue. En revanche, le salarié n'a pas à être rémunéré si l'entretien se déroule **en dehors de son temps de travail**. Rien n'oblige non plus l'entreprise à prendre en charge les **frais de déplacement** occasionnés par les entretiens, sauf dispositions conventionnelles plus favorables.

■ Qui peut assister aux entretiens ?

L'employeur et le salarié sont présents à l'entretien. L'un comme l'autre peuvent, sous certaines conditions, se faire assister, mais en aucun cas par un **avocat** (*Circ. DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008*).

Assistance du salarié

Le salarié peut se faire assister (*C. trav., art. L. 1237-12*) :
– soit par une personne de son choix appartenant au **personnel de l'entreprise**, qu'il s'agisse d'un salarié titulaire d'un mandat syndical ou membre d'une institution représentative du personnel ou tout autre salarié ;

– soit, en l'**absence d'IRP** dans l'entreprise, par un **conseiller** du salarié choisi sur une **liste** arrêtée dans chaque département par le **préfet** et tenue à la disposition des salariés dans chaque section d'inspection du travail et dans chaque mairie (*C. trav., art. D. 1232-5*). La prise en charge de l'assistance du salarié par un conseiller s'effectue dans les conditions de droit commun (*Circ. DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009*).

Dans tous les cas, le salarié **informe**, avant le ou les entretiens, l'employeur de son choix de recourir à un assistant (*C. trav., art. L. 1237-12*).

À NOTER La présence d'IRP s'apprécie non pas au niveau de l'établissement, mais au niveau de l'entreprise (*Cass. soc., 26 novembre 1996, n° 95-42.457*) ou de l'unité économique et sociale (*Cass. soc., 21 septembre 2005, n° 00-41.893*).

Assistance de l'employeur

L'employeur peut lui aussi se faire assister lors du ou de(s) entretiens, mais **seulement si le salarié** choisit lui-même de faire appel à un **assistant**. S'il décide de se faire assister, l'employeur doit en **informer** le salarié (*C. trav., art. L. 1237-12*).

L'employeur peut se faire assister par :

– une personne de son choix appartenant au **personnel** de l'entreprise ;

– ou, dans les entreprises de **moins de 50 salariés**, par une personne appartenant à son organisation syndicale d'employeurs ou par un **autre employeur** relevant de la même branche.

À NOTER Le Code du travail ne précise pas sous quel délai ni sous quelle forme l'employeur et le salarié doivent informer l'autre partie de leur intention de se faire assister. Mais il est conseillé d'effectuer cette information par écrit et suffisamment à l'avance.

■ L'employeur doit-il informer le salarié de la possibilité de se faire assister ?

Légalement, **aucune obligation d'information** particulière sur la possibilité pour le salarié de se faire assister lors de l'entretien ne s'impose à l'employeur. Des juges du fond en ont déduit qu'un salarié ne pouvait invoquer un défaut d'information pour remettre en question la validité de la rupture conventionnelle (*CA Nîmes, 12 juin 2012, n° 11/00120*).

Cette position n'est néanmoins pas partagée par toutes les cours d'appel. Celle de Reims a par exemple jugé qu'une convention de rupture devait être **annulée** et requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse dans la mesure où l'employeur ne démontrait **pas avoir informé préalablement** une salariée de ses droits et de la possibilité de se faire assister (*CA Reims, 9 mai 2012, n° 10/01501*).

FORMALISATION DE LA CONVENTION

La rupture conventionnelle résulte d'une convention signée par les parties au contrat (*C. trav., art. L. 1237-11*).

■ Le formulaire Cerfa vaut-il convention entre les parties ?

La convention figure dans la **3^e partie du formulaire** de demande d'homologation (Cerfa n°14598*01) ou du formulaire de demande d'autorisation (Cerfa n°14599*01) s'il s'agit d'un salarié protégé.

Ce formulaire **vaut convention** entre les parties. Il est autosuffisant et aucun document complémentaire ne peut et ne doit être exigé. Il n'est pas nécessaire de prévoir d'autres documents, selon le ministère du Travail (*source : www.teleRC.travail.gouv.fr*).

Pour les salariés non protégés, le formulaire peut être saisi **directement en ligne** au moyen du téléservice TéléRC. Une fois rempli, il devra être **téléchargé** afin d'être **signé** de manière manuscrite par l'employeur et le salarié.

À NOTER En cas de formalisation de la rupture conventionnelle sans utilisation du formulaire type de demande d'homologation, l'administration refusera d'homologuer la convention, selon la cour d'appel d'Aix (*CA Aix, 17^e ch., n° 2011/10-10365*). Néanmoins, pour la cour d'appel de Paris, il appartient aux parties de « réitérer, non pas le processus conventionnel, parfait depuis le 7 novembre [date de signature], mais simplement de reprendre formellement ladite demande pour la présenter à nouveau à l'administration pour homologation » (*CA Paris, 13 décembre 2012, n° 09/11478*).

■ Combien d'exemplaires faut-il prévoir ?

La convention doit être établie en **double exemplaire**. Un exemplaire de la convention doit en effet être remis à chacune des parties, employeur et salarié, sous peine de nullité de la rupture, ce qui vaut licenciement sans cause réelle et sérieuse (*Cass. soc., 6 février 2013, n° 11-27.000 FS-PBR*).

Idéalement, c'est même en trois exemplaires que la convention doit être établie : un pour chaque partie et un pour la Direccte ou l'inspecteur du travail.

■ Quel est le contenu du formulaire ?

Le formulaire comprend trois parties :

- les **informations** relatives aux **parties** à la convention de rupture (identité des parties, convention collective applicable, ancienneté du salarié à la date envisagée de la rupture, rémunération mensuelle brute des 12 mois précédents, rémunération mensuelle brute moyenne) ;
- le **déroulement des échanges** pour convenir de la rupture conventionnelle (date du ou des entretiens, identité du ou des assistants si les parties ont usé de cette faculté ainsi que leur qualité) ;
- la **convention** de rupture.

La convention définit les **conditions de la rupture**, notamment (*C. trav., art. L. 1237-13*) :

- la **date** envisagée de rupture du contrat de travail ;
- le **montant de l'indemnité** spécifique de rupture conventionnelle (*v. ci-dessous*).

À NOTER Les parties n'ont pas à exposer les motifs qui les conduisent à rompre le contrat de travail.

■ Le formulaire peut-il être complété ?

Si les parties le souhaitent, le formulaire peut éventuellement être complété par des feuillets annexes, alors même que la partie « convention de rupture » du formulaire comporte une case réservée aux « remarques éventuelles des parties ou des assistants sur ces échanges/autre commentaires ». Le formulaire peut ainsi être complété par des feuillets présentant soit une convention de rupture *ad hoc*, soit explicitant les points d'accord de volonté des parties dans le cadre de la rupture (*Circ. DGT n° 2009-4 du 17 mars 2009*). Ces éléments permettront à l'administration d'apprécier la liberté de consentement des parties.

En pratique, les parties peuvent ainsi compléter la convention par des avenants portant sur :

- le sort des **avantages en nature** tels que matériel informatique, logement de fonction, véhicule de fonction, etc. ;
- l'**information** faite par l'employeur sur le **régime** fiscal et social de l'**indemnité** de rupture ;
- le sort de la **clause de non-concurrence** ;
- le solde du **DIF** (droit individuel à la formation).

Même si la loi n'a pas prévu d'obligation de mentionner les droits acquis au DIF dans la convention de rupture, il est préférable de le faire, certains juges du fond n'hésitant pas à sanctionner les employeurs ne mentionnant pas les droits du salarié dans la convention (*CA Rouen, ch. soc., 27 avril 2010, n° 09-4140*; *CA Riom, 3 janvier 2012, n° 10-2152*).

À NOTER La transférabilité du DIF est applicable aux salariés dont le contrat est rompu par rupture conventionnelle (*Rép. min. n° 65621, JO AN Q, 23 mars 2010, p. 3484*).

■ Qui doit signer le formulaire ?

Chacune des parties doit **dater et signer** la convention. Le formulaire Cerfa prévoit la mention manuscrite « **lu et approuvé** ». Toutefois, pour la cour d'appel de Reims (*CA Reims, 9 mai 2012, n° 10/01501*), les dispositions relatives à la rupture conventionnelle n'exigent pas que la signature par l'une ou l'autre des parties soit précédée de la mention « lu et approuvé ». S'agissant d'un acte sous seing privé, seule leur signature oblige les deux cocontractants.

Lorsque la case spécifique du formulaire comprend des commentaires, ils doivent être datés et signés par leur auteur. Il en est de même pour les annexes complétant le formulaire (*Circ. DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008*).

À NOTER Lorsque la consultation du CE est requise sur le projet de licenciement d'un salarié protégé (DP, les élus du CE et les membres du CHSCT), l'avis de ce comité doit précéder la signature de la convention de rupture (*Circ. DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, fiche 14*). Ce n'est qu'une fois l'avis du CE recueilli que la convention peut être signée par les parties.

DÉLAI DE RÉTRACTATION

Afin d'éviter toute décision hâtive, la loi impose un délai minimum entre la signature de la convention et sa transmission à l'administration du travail (*C. trav., art. L. 1237-13*). Ainsi, même si les parties sont sûres de leur décision,

EXEMPLES DE DÉCOMPTE DES DÉLAIS

Voici deux exemples de décompte des délais : le premier ne comprend pas de jour férié, le deuxième en comprend un.

• **Pour une convention signée le jeudi 6 juin 2013**, le délai de rétractation court à compter du vendredi 7 juin et s'achève le vendredi 21 juin à minuit. Si la demande d'homologation est déposée le lundi 24 juin, le délai d'instruction court à compter du mardi 25 juin et se termine le jeudi 11 juillet. La rupture est effective à partir du vendredi 12 juillet au plus tôt.

• **Pour une convention signée le mardi 1^{er} octobre 2013**, le délai de rétractation court à compter du jeudi 2 octobre et s'achève le mercredi 16 octobre à minuit. Si la demande d'homologation est déposée le jeudi 17 octobre, le délai d'instruction court à compter du vendredi 18 octobre et se termine le mardi 5 novembre. Notons qu'étant férié, le vendredi 1^{er} novembre n'est pas comptabilisé. La rupture est effective à partir du mercredi 6 novembre au plus tôt.

elles doivent impérativement respecter ce délai et attendre son expiration pour poursuivre la procédure, et demander l'homologation de la convention ou l'autorisation à l'inspection du travail.

❑ Quel est le délai pour exercer ce droit ?

Les parties peuvent se rétracter dans les **15 jours calendaires** suivant la signature de la convention. Ce délai, qui comptabilise tous les jours de la semaine, démarre au **lendemain de la date de signature** de la convention de rupture, et se termine au 15^e jour à minuit. En vertu de l'article R. 1231-1 du Code du travail, lorsque les délais prévus par des dispositions légales relatives à la rupture du contrat expirent un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, ils sont prorogés jusqu'au 1^{er} jour ouvrable suivant.

Si les dates de signature divergent, c'est la **date de signature la plus tardive** qui est prise en compte pour le calcul du délai de rétractation (*source* : www.teleRC.travail.gouv.fr).

Lorsque la convention est signée **sans indication de date**, il faut considérer que les parties ont signé la convention de rupture à l'issue de l'unique entretien et le jour même de celui-ci (*CA Caen, 23 novembre 2012, n° 10/02955*). Si **plusieurs entretiens** ont eu lieu, il faut logiquement prendre en considération le dernier en date.

À NOTER Si le salarié est en arrêt de travail pendant le délai de rétractation, celui-ci n'est pas reporté, sauf si le salarié démontre qu'il n'était plus apte (accident, maladie grave, etc.) à exercer sa faculté de rétractation. En cas de litige, c'est le conseil de prud'hommes qui appréciera.

❑ Comment l'exercer ?

Le droit de rétractation est exercé par **lettre** adressée par tout moyen attestant de sa date de réception par l'autre partie (*C. trav., art. L. 1237-13*). Il est donc conseillé de le faire par **lettre recommandée** avec avis de réception (*Circ. DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008*), ou bien lettre remise à l'autre partie en **main propre contre décharge** mentionnant la date de remise.

La partie se rétractant n'a pas à **motiver** sa décision.

❑ Quelles sont les conséquences de la rétractation ?

En cas de rétractation, les parties peuvent décider de poursuivre leurs relations contractuelles. En cas désac-

cord, selon les cas, soit le salarié démissionne, soit l'employeur licencie le salarié.

HOMOLOGATION DE LA CONVENTION

À l'issue du délai de rétractation, la **partie la plus diligente** (généralement, l'employeur) adresse une **demande d'homologation** de la convention au **Direccte**. La validité de la convention est subordonnée à cette homologation (*C. trav., art. L. 1237-14, al. 3, R. 1237-3 et Circ. DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008*).

À NOTER Pour les salariés protégés, l'employeur n'a pas à demander l'homologation de la convention, mais doit solliciter l'autorisation de l'inspecteur du travail (*v. ci-dessous*).

❑ Demande d'homologation

Délai et forme de l'envoi

Ce n'est qu'une fois le délai de rétractation expiré – c'est-à-dire en pratique dès le lendemain de la fin du délai de rétractation – que l'employeur ou le salarié adresse une demande d'homologation au Direccte, avec un **exemplaire daté et signé** de la convention de rupture (*C. trav., art. L. 1237-14, al. 1*). Cette demande peut être envoyée par courrier simple ou **lettre recommandée** avec avis de réception (ce qui est le moyen le plus efficace pour se ménager la preuve de la date de réception par l'administration), ou remise en main propre à l'administration (*Circ. DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008*). En cas de saisie en ligne du formulaire sur le site teleRC.travail.gouv.fr, il faut en envoyer un exemplaire imprimé, daté et signé, au Direccte.

La demande d'homologation ne peut être envoyée par courrier électronique.

Dans tous les cas, ni l'employeur ni le salarié ne peuvent **rectifier unilatéralement** la convention avant son envoi. En cas de modification, l'employeur ou le salarié doivent remplir une nouvelle convention et la faire signer par l'autre partie.

À NOTER La cour d'appel d'Amiens a considéré que l'employeur ne pouvait unilatéralement rectifier la convention avant son envoi pour homologation même lorsqu'il n'a pas spécialement agi de mauvaise foi (*CA Amiens, 18 avril 2012, n° 11/02584*). La cour d'appel de Grenoble a appliqué la même solution à un employeur qui, après un refus d'homologation, avait rectifié la convention de rupture en y insérant un montant d'indemnité spécifique de rupture qui n'y figurait pas à l'origine, sans s'assurer au préalable de l'accord du salarié, avant de soumettre à nouveau sa demande d'homologation (*CA Grenoble, 30 mai 2012, n° 11/02461*).

Destinataire de la demande

La demande d'homologation est destinée au **Direccte du lieu où est établi l'employeur** (*C. trav., art. L. 1237-14, R. 1237-3 et Circ. DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008*). Si l'employeur est une entreprise étrangère ne disposant d'aucun établissement sur le sol français, c'est le Direccte dont relève le salarié à son adresse personnelle (*Circ. DGT n° 2009-7 du 17 mars 2009*). Si le Direccte recevant la demande n'est pas territorialement compétent pour la traiter, il n'a pas à instruire cette demande, mais doit en revanche la transmettre au Direccte compétent, et en aviser les parties. Dans ce cas, le délai d'instruction ne court pas (*Circ. DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008*).

À NOTER Le Direccte est compétent pour l'ensemble des entreprises, quel que soit le secteur d'activité.

■ Réception de la demande

Dès réception de la demande, le Direccte appose sur la demande d'homologation le timbre à date du jour d'arrivée.

Dossier incomplet

Si le dossier est incomplet (par exemple, omission d'une des informations nécessaires à l'instruction de la demande), le Direccte en informe les parties, par une **notification motivée d'irrecevabilité** de la demande. Les parties ne pourront pas se prévaloir d'une homologation implicite, le délai d'instruction ne commençant pas à courir (*Circ. DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008*).

Dossier complet

Si le dossier est complet, le Direccte adresse à chaque partie un **accusé de réception** sur lequel il spécifie (*Circ. DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008*):

- la date d'arrivée de la demande ;
- la date à laquelle le délai d'instruction expire ;
- la mention qu'à défaut de décision dans le délai d'instruction, l'homologation est réputée acquise.

À NOTER Selon une note du centre d'analyse stratégique (*CAS, Note de veille n° 198, octobre 2010*), la presque totalité des demandes d'homologation étant aujourd'hui envoyées par les employeurs par lettre recommandée, certaines unités territoriales ont simplifié la procédure d'homologation prescrite par la circulaire du 21 juillet 2008 en n'accusant pas réception des demandes.

■ Comment est instruit le dossier ?

Délai imparti

Pour instruire le dossier, le Direccte dispose de **15 jours ouvrables**. Ce délai inclut tous les jours de la semaine, sauf le repos hebdomadaire (dimanche) et les jours fériés légaux et habituellement chômés. Le délai d'instruction démarre le **lendemain du jour ouvrable de réception** de la demande. Si l'employeur et le salarié transmettent chacun une demande d'homologation pour la même convention de rupture, le délai court à compter de l'arrivée de la demande parvenue en premier (*Circ. DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008*). Le délai expire le dernier jour ouvrable, à minuit. En vertu de l'article R. 1231-1 du Code du travail, lorsque ce délai expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

Étendue du contrôle

Le Direccte s'assure du respect de la **liberté de consentement** des parties et des **conditions prévues par le Code du travail** : respect des règles relatives à l'assistance des parties, du droit de rétractation, du montant minimal de l'indemnité spécifique de rupture, etc. Il s'assure que la rupture ne s'inscrit pas dans une démarche visant à contourner des procédures et des garanties légales.

■ Décision du Direccte

Le Direccte notifie par écrit à **chaque partie** l'acceptation ou le rejet de la demande d'homologation dans le délai d'instruction imparti. **À défaut** de décision dans ce délai, l'**homologation est réputée acquise**.

Demande rejetée

Le rejet de la demande doit être **motivé**. Le Direccte doit indiquer la ou les raisons de fait et/ou de droit le conduisant à refuser l'homologation.

Si l'homologation est refusée, les parties restent liées par le contrat de travail, qui doit continuer à s'exécuter dans les conditions habituelles. L'une ou l'autre, voire les deux, peuvent former un **recours** contre ce refus (*v. ci-après*).

Demande acceptée

La décision accordant l'homologation peut être **explicite**, ce qui valide automatiquement la convention.

Cette décision peut aussi être **implicite**, l'homologation étant réputée acquise à défaut de notification dans le délai par le Direccte de sa décision. Celui-ci est alors dessaisi : il ne peut ni prendre d'acte d'instruction, ni retirer l'homologation, quel que soit le motif d'illégalité ou d'opportunité (*Circ. DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008*). Dans tous les cas, le Direccte remplit le formulaire et le conserve pour le tenir à la disposition éventuelle du juge prud'homal (*v. ci-dessous*).

À NOTER En pratique, certaines unités territoriales n'en voient jamais leur décision d'homologation, de sorte que cette homologation est implicite, seuls les refus étant notifiés en recommandé (*CAS, Note de veille n° 198, octobre 2010*).

AUTORISATION DE L'INSPECTEUR DU TRAVAIL

Lorsque la rupture conventionnelle est conclue avec un salarié protégé, au lieu de l'homologation, l'employeur doit solliciter l'autorisation de l'inspecteur du travail *via* le Cerfa 14599*01.

■ Demande d'autorisation

L'employeur ne peut adresser la demande d'autorisation qu'une fois le **délai de rétractation** de 15 jours calendaires **expiré** (*Circ. DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008*).

La demande est faite par **lettre recommandée** avec avis de réception à l'**inspecteur du travail** dont dépend l'établissement dans lequel est employé le salarié protégé.

Lorsque l'**avis du CE** est requis, le procès-verbal de la réunion est joint à la demande d'autorisation.

Pour les médecins du travail, la rupture conventionnelle est soumise à l'autorisation de l'inspecteur du travail, après avis du médecin inspecteur du travail (*C. trav., art. L. 1237-15, al. 2*). La procédure d'autorisation applicable est celle spécifiquement prévue aux articles R. 4623-18 à R. 4623-24 du Code du travail.

■ Décision de l'inspection du travail

Lors de l'instruction, l'inspecteur du travail s'assure :

- de la **liberté de consentement** des parties ;
- de l'**absence de toute pression** de la part de l'employeur qui se rattacherait notamment à l'exercice du mandat du salarié.

La décision de l'inspecteur doit être précédée d'une **enquête contradictoire** (*C. trav., art. R. 2421-4*).

L'**autorisation de l'inspecteur du travail est notifiée dans les 15 jours qui suivent** la réception de la demande. Contrairement à l'homologation, l'expiration du délai de 15 jours ne vaut pas acceptation implicite de la rupture conventionnelle. Le **défaut de décision expresse** prise avant l'expiration du délai de droit commun de deux mois vaut **rejet implicite** de la demande (*L. n°2000-321 du 12 avril 2000, art. 21*).

3 Conséquences de la rupture du contrat

QUAND INTERVIENT LA RUPTURE ?

Une fois l'homologation ou l'autorisation de l'inspecteur du travail acquise, le contrat de travail est rompu à la

date fixée par les parties. La rupture a lieu au plus tôt :

– le **lendemain** du jour de la **notification** de l'homologation (*C. trav., art. L. 1237-13*) ou de celle de l'autorisation (*C. trav., art. L. 1237-15*);

– ou, en cas de **silence du Direccte** lors d'une procédure d'homologation, après l'**expiration du délai d'instruction** de 15 jours ouvrables.

Aucun **préavis** de rupture n'est prévu. Les parties peuvent convenir de **différer** l'effet de la rupture conventionnelle, de sorte que le contrat de travail ne soit pas immédiatement rompu une fois l'homologation acquise.

À NOTER Lorsque les parties fixent la date de rupture du contrat de travail, elles doivent se donner une marge compte tenu des délais de rétractation et d'instruction (*v. encadré page 6*). Pour éviter les aléas, il est possible de mentionner, dans la convention, que « la rupture prendra effet à compter du lendemain du jour de l'homologation » tout en indiquant, ce qui est obligatoire, la « date envisagée » de la rupture. Si l'administration statue avant cette date, la rupture prendra effet au lendemain de l'homologation et non à compter de la « date envisagée » indiquée dans le formulaire, laquelle ne constitue qu'une éventualité. La solution vaut même si le courrier d'homologation envoyé par l'administration indique que la rupture peut intervenir à compter d'une date correspondant à la date envisagée dans le formulaire de transmission (*CA Rouen, 2 octobre 2012, n° 11/03752*).

L'INDEMNITÉ SPÉCIFIQUE DE RUPTURE

En cas de rupture conventionnelle, le salarié a droit à une **indemnité spécifique** dont le montant est fixé par la **convention** de rupture (*C. trav., art. L. 1237-13*).

Le salarié ne peut **renoncer** au versement de l'indemnité (*CA Angers, 5 janvier 2010, n° 09-1048*).

▣ Quel est son montant ?

Au moins l'indemnité légale de licenciement

Le salarié doit percevoir une indemnité spécifique de rupture conventionnelle dont le montant **ne peut être inférieur à celui de l'indemnité de licenciement** prévue à l'article L. 1234-9 du Code du travail (*C. trav., art. L. 1237-13*), soit 1/5^e de mois de salaire par année d'ancienneté, auquel s'ajoutent 2/15^e de mois par année au-delà de dix ans d'ancienneté (*C. trav., art. R. 1234-2*), la base de calcul de l'indemnité étant la moyenne des trois ou des 12 derniers mois bruts de salaire, selon la solution la plus favorable. Ce montant constitue un plancher. Les parties sont libres de convenir d'un montant supérieur.

L'**ancienneté** s'apprécie à la date envisagée de la rupture (*Cons. prudh. Bobigny 6 avril 2010, n° 08-4910*).

À NOTER Selon l'administration (*Circ. DGT N° 2009-4 du 17 mars 2009*), si le salarié a moins d'une année d'ancienneté, l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle lui est due au prorata du nombre de mois de présence. Cependant, la cour d'appel de Montpellier a décidé dans un arrêt du 1^{er} juin 2011 (*4^e ch. sociale, n° 10/06114*) qu'un salarié n'ayant qu'un peu plus de quatre mois d'ancienneté lorsque la convention de rupture a été conclue et environ six mois lorsqu'elle a été homologuée peut ne pas percevoir d'indemnité de rupture conventionnelle, l'ancienneté minimale requise pour bénéficier de l'indemnité légale de licenciement étant d'une année pleine de services.

Au moins l'indemnité conventionnelle de licenciement

Les entreprises adhérentes du Medef, de la CGPME ou de l'UPA doivent verser une indemnité de rupture

conventionnelle au moins égale à l'indemnité conventionnelle de licenciement si cette dernière est supérieure à l'indemnité légale de licenciement (*Avenant n° 4 signé le 18 mai 2009 à l'ANI du 11 janvier 2008 et Instr. DGT n° 2009-25 du 8 décembre 2009*).

Il en est de même pour tout employeur entrant dans le champ d'application de l'ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail (*Arr. du 26 novembre 2009, JO 27 novembre*), c'est-à-dire tous les employeurs du secteur **privé**, à l'**exception** notamment des professions **libérales**, du secteur **associatif** et des employeurs **agricoles**.

Lorsque la convention collective prévoit deux types d'indemnités de licenciement, l'une pour motif personnel, l'autre pour motif économique, l'indemnité de rupture conventionnelle devrait être au moins égale :

– soit à l'indemnité légale si au moins une des deux indemnités conventionnelles est inférieure à l'indemnité légale ;

– soit à l'indemnité conventionnelle la plus faible si les deux indemnités conventionnelles sont toutes deux supérieures à l'indemnité légale.

À NOTER Si une entreprise a un doute sur l'application de l'avenant n° 4, il lui est conseillé de se rapprocher de l'inspection du travail dont elle relève. Si la convention de rupture conventionnelle mentionne l'indemnité légale de licenciement alors qu'elle aurait dû mentionner l'indemnité conventionnelle, les parties risquent d'obtenir un refus d'homologation de la part du Direccte.

▣ Quel est son régime fiscal et social ?

Le régime fiscal et social de l'indemnité de rupture conventionnelle diffère selon que le salarié est ou non en droit de **liquider une pension de retraite** d'un régime légalement obligatoire (*CGI, art. 80 duodecimes; circ. DSS du 10 juillet 2009*). Cette condition s'apprécie au **jour de la rupture effective** du contrat de travail, c'est-à-dire à la date prévue dans la convention de rupture (*Cir. DSS/DGPD/SD5B/2009/210 du 10 juillet 2009 et BOI-RSA-CHAMP-20-40-1030-20121003*).

À NOTER Pour déterminer le régime social et fiscal de l'indemnité de rupture conventionnelle, il ne doit pas être tenu compte des droits acquis auprès des régimes de retraite complémentaire obligatoire (*Circ. DSS n° 2009-210 du 10 juillet 2009*).

Le salarié ne peut liquider sa retraite

Les indemnités versées à l'occasion de la rupture conventionnelle sont **exonérées d'impôt sur le revenu** dans les mêmes limites que l'indemnité de licenciement (*CGI, art. 80 duodecimes, 1, 6°*).

En ce qui concerne le régime social :

– **aucune cotisation sociale**, ni la CSG et la CRDS ne sont dues sur la part inférieure au **montant de l'indemnité conventionnelle** (ou, à défaut, légale) de licenciement, dans la limite de **deux fois le plafond annuel** de la sécurité sociale (Pass), soit 74 064 € en 2013 ;

– la CSG et la CRDS sont prélevées seulement sur la fraction supérieure au montant de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, dans la limite de deux Pass ;

– les cotisations et contributions sociales sont dues dans les conditions de droit commun sur le montant au-delà de deux Pass.

La fraction des indemnités exonérée de charges sociales est soumise au **forfait social** au taux de 20 %.

Le salarié peut liquider sa retraite

Dès lors que le salarié est en droit de faire valoir ses droits à la retraite de base (au taux plein ou à taux

minoré), les indemnités de rupture conventionnelle sont totalement **imposables** et soumises dès le premier euro à **cotisations de sécurité sociale, ainsi qu'à la CSG et à la CRDS**. Ce régime s'apparente à celui applicable à l'indemnité de départ volontaire à la retraite. Cette règle s'applique également aux salariés qui perçoivent une indemnité suite à une rupture conventionnelle alors qu'ils auraient pu bénéficier d'une retraite anticipée (*Circ DSS, 10 juillet 2009*).

À NOTER L'administration sociale précise que l'employeur doit pouvoir présenter à l'agent chargé du contrôle un document relatif à la situation du salarié au regard de ses droits à la retraite de base. À ce titre, ajoute la Direction de la sécurité sociale, l'employeur peut demander au salarié avec lequel il envisage de conclure une rupture conventionnelle de lui fournir copie du document attestant de sa situation à l'égard des droits à retraite établi par les caisses de retraite de base dont il dépend (*Circ. précitée*).

■ Quelles sont les conséquences du non-versement de l'indemnité de rupture ?

Plusieurs cours d'appel ont considéré que le non-versement de l'indemnité de rupture ne rendait pas nulle la rupture conventionnelle homologuée. La cour d'appel de Colmar a ainsi jugé, dans une affaire où l'employeur en liquidation judiciaire avait mis un an pour verser l'indemnité, que le « défaut d'exécution de la convention **n'affecte pas sa validité** qui s'apprécie au moment de sa formation » (*CA Colmar, 14 juin 2012, n° 11/00239*). La cour d'appel de Reims a adopté une solution allant dans le même sens (*CA Reims, 16 mai 2012, n° 11/00624*). Mais pour la cour de Montpellier, le salarié est fondé à demander l'annulation de la convention de rupture en invoquant l'**exception d'inexécution** de l'obligation de paiement de l'indemnité par l'employeur. Dans ce cas, la rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse (*CA Montpellier, 28 novembre 2012, n° 11/06816*).

LE SALARIÉ A-T-IL DROIT À D'AUTRES INDEMNITÉS ?

Le salarié qui n'a pas pris la totalité des congés payés bénéficie d'une **indemnité compensatrice de congés payés**. Il perçoit aussi l'ensemble des éléments de rémunération dus par l'employeur à la date de la rupture du contrat de travail.

QUELS DOCUMENTS FOURNIR AU SALARIÉ ?

Au moment du départ, l'employeur doit remettre au salarié un **certificat de travail**, un exemplaire de l'**attestation Pôle emploi**, et un **solde de tout compte** dont il demandera au salarié de lui donner reçu.

À NOTER Le salarié ayant conclu une rupture conventionnelle bénéficiant de la portabilité du DIF, il est recommandé à l'employeur de mentionner dans le certificat de travail le solde du nombre d'heures acquises au titre du DIF et non utilisés, la somme correspondant à ce solde ainsi que l'Opca compétent pour prendre en charge les droits éventuellement mobilisés par le salarié (*C. trav., art. L. 6323-21*).

LE SALARIÉ A-T-IL DROIT AU CHÔMAGE ?

Le salarié dont le contrat a été rompu par une rupture conventionnelle, apte au travail et recherchant un

emploi, a droit aux allocations d'assurance **chômage** (*C. trav., art. L. 5421-1 et L. 5422-1*).

Selon l'Unedic, la mention de la rupture conventionnelle sur l'attestation d'employeur destinée à Pôle emploi suffit à qualifier le chômage d'involontaire. La date de rupture inscrite dans la convention de rupture correspond à la date de fin de contrat qui doit être retenue comme point de départ des différés d'indemnisation et du délai d'attente (*Circ. Unedic n° 2011-25 du 7 juillet 2011*).

LE SALARIÉ BÉNÉFICIE-T-IL DE LA PORTABILITÉ DE LA PRÉVOYANCE ?

Les salariés dont le contrat est rompu bénéficient de la **portabilité de leurs droits santé et prévoyance** pendant la période d'indemnisation par l'assurance chômage dans la limite de neuf mois (*v. dossier juridique — Maladie, prévoy. — n° 75/2012 du 16 avril 2012*). D'après la cour d'appel de Bordeaux, « ils doivent être **informés** de ce droit à l'issue de leur contrat de travail ». Si cette information n'est pas donnée ou si elle l'est mais de manière tardive, à une date ne permettant pas au salarié de conserver cette garantie, ce dernier peut réclamer des dommages et intérêts (en l'espèce, pour une information donnée avec six mois de retard, 1 000 €). Une indemnisation complémentaire est possible, d'après l'arrêt, à condition pour les salariés de prouver la perte d'une chance (*CA Bordeaux, 22 mai 2012, n° 11/05856*).

4 Recours juridictionnel

QUELLE EST LA JURIDICTION COMPÉTENTE ?

Après l'homologation de la convention, l'une ou l'autre des parties ont la possibilité de **contester la validité de la convention**, les conditions de son **exécution** ou l'**homologation** elle-même. Elles peuvent aussi contester le refus d'homologation. Le **conseil de prud'hommes** est seul compétent pour connaître des litiges concernant la convention, l'homologation ou le refus d'homologation. L'homologation ne peut faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la convention. Tout autre recours contentieux ou administratif (sauf pour les salariés protégés, *v. encadré page 10*) est exclu (*C. trav., art. L. 1237-14 al. 4*).

Toutefois, en cas de contentieux concernant un **avocat salarié** titulaire d'un contrat de travail, le recours doit être effectué devant le Bâtonnier.

LE SALARIÉ AYANT SIGNÉ UNE RC AVEC SON NOUVEL EMPLOYEUR PEUT-IL CONTESTER LE TRANSFERT DU CONTRAT ?

En cas de changement d'employeur dans le cadre de l'article L. 1224-1 du Code du travail, le salarié dont le contrat a été transféré et qui a signé une rupture conventionnelle avec le nouvel employeur « dispose toujours d'un intérêt à agir aux fins de contester le transfert de son contrat de travail », s'il dispose d'un motif pour cela, tel que l'absence d'entité économique autonome (*CA Versailles, 31 octobre 2012, n° 11/01510*). La solution est logique, car la rupture conventionnelle ne vaut pas transaction.

RECOURS POSSIBLES POUR LES SALARIÉS PROTÉGÉS

Les recours formés contre la décision de l'inspecteur du travail autorisant ou refusant l'autorisation de rupture conventionnelle peuvent être introduits devant le ministre du Travail (*C. trav., art. R. 2422-1*) et/ou devant le tribunal administratif implanté dans le ressort de l'établissement distinct auquel est rattaché le salarié, et non devant le conseil de prud'hommes comme pour l'homologation de droit commun (*Circ. DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, fiche 14*).

DANS QUEL DÉLAI LE RECOURS DOIT-IL ÊTRE FORMÉ ?

Le recours juridictionnel doit être formé, à peine d'irrecevabilité, avant l'expiration d'un délai de **12 mois à compter de la date d'homologation** de la convention (*C. trav., art. L. 1237-14 al. 4*). C'est au salarié de prouver les faits qu'il invoque.

QUELLE EST L'ÉTENDUE DE POUVOIR DU CONSEIL DES PRUD'HOMMES ?

La rupture homologuée jugée non valable est requalifiée en **licenciement sans cause réelle et sérieuse** ouvrant droit pour le salarié aux indemnités et aux dommages-intérêts prévus dans ce cas (*CA Lyon, 23 septembre 2011, n° 10-01005*).

En cas d'un **refus d'homologation** par la Direccte, les parties peuvent-elles saisir le conseil de prud'hommes pour faire homologuer la convention de rupture conventionnelle qu'elles ont conclue ? Selon la DGT, « en aucun

cas le conseil des prud'hommes n'est **compétent pour accorder l'homologation** de la rupture conventionnelle », (*Circ. DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009*).

Toutefois, certaines juridictions font de la résistance, en homologuant les ruptures conventionnelles.

La cour d'appel de Versailles a ainsi reconnu au juge des référés le pouvoir de **prononcer l'homologation de la convention** (*CA, 14 juin 2011, n° 10/01005*). En revanche, le conseil de prud'hommes de Toulouse a adopté la position inverse (*CPH Nanterre, 5 janvier 2010, n° 09/648 référé*).

LE SALARIÉ PEUT-IL RENONCER À TOUTE CONTESTATION ?

Il ressort des débats parlementaires lors de l'adoption de la loi de modernisation du marché du travail créant la rupture conventionnelle que le salarié ne peut renoncer à contester les conditions et le motif de la rupture conventionnelle. En effet, en signant la rupture conventionnelle, « l'employeur et le salarié conviennent en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie » (*C. trav., art. L. 1237-11, al. 1*).

Cette analyse est confortée par la jurisprudence constante de la Cour de cassation (*Cass. soc., 15 décembre 2010, n° 09-40.701 F-PB*) en matière de rupture amiable : cette **rupture ne vaut pas transaction** et ne saurait priver le salarié des droits nés de l'exécution du contrat.

La cour d'appel de Chambéry a eu l'occasion d'appliquer cette jurisprudence à la rupture conventionnelle : la convention de rupture ne peut comporter une clause de renonciation à un droit (*CA Chambéry, 24 mai 2011, n° 09/00406*).