

La rupture conventionnelle du contrat de travail

Appelés à négocier en 2007 sur la modernisation du marché du travail, les signataires de l'accord national interprofessionnel (ANI) de janvier 2008 ont créé un mode inédit de séparation à l'amiable, la "rupture conventionnelle", destiné à faciliter les mobilités choisies et, avec elles, les performances du marché du travail. En outre, tout en s'en remettant à la libre volonté des parties, ils ont voulu la prémunir contre de possibles abus en la soumettant à l'homologation de l'administration du travail, sous le seul contrôle du juge prud'homal. Ils entendaient ainsi sortir "par le haut" du long débat français sur la protection de l'emploi et ses possibles effets sur le niveau du chômage et la fluidité du marché du travail.

Deux ans après sa traduction législative, on constate d'abord une montée en charge spectaculaire - quelque 400 000 ruptures homologuées à ce jour - au moment même où la crise faisait reculer démissions et licenciements pour motif personnel.

Le second constat est celui d'une spécificité confirmée : au regard du profil des salariés et des emplois concernés, la rupture conventionnelle ne se résume ni à une démission améliorée, ni à un licenciement déguisé. Tout en mordant sans doute sur l'une et l'autre, elle paraît bien tenir un rôle propre sur le marché du travail en servant de support à la mobilité d'actifs plutôt qualifiés des activités tertiaires.

Malgré un contentieux pour l'instant très réduit, l'importance d'une régulation efficace de ce nouveau mode de rupture se confirme. En effet, eu égard aux risques de dérive identifiés par la doctrine, et dans une certaine mesure confirmés par l'administration du travail (vices de procédure ou du consentement, soupçons de contournements et de collusions...), l'allègement des tâches administratives liées à la procédure d'homologation permettrait à l'administration du travail de se concentrer sur le fond des dossiers, et d'améliorer ainsi l'effectivité de son contrôle. ■

PROPOSITIONS

- 1 Améliorer la procédure d'homologation, notamment en développant une procédure numérisée d'accusé de réception, en mettant en place une procédure souple de rectification des dossiers incomplets et en généralisant l'homologation implicite.
- 2 Améliorer la connaissance statistique du dispositif, notamment en complétant la demande d'homologation d'une information sur la situation prévue du salarié après la rupture, au regard de l'emploi.
- 3 Mieux accompagner les demandeurs d'emploi inscrits suite à une rupture conventionnelle : accès rapide à l'indemnisation chômage, accompagnement adéquat par Pôle emploi, autres mesures spécifiques à négocier dans les branches.

▶ LES ENJEUX

Définie par l'ANI du 7 janvier 2008 et reprise par la loi du 25 juin 2008, la rupture conventionnelle est un nouveau mode de rupture du contrat de travail qui apparaît comme la solution, avancée par les partenaires sociaux signataires de l'accord, pour tenter de clore un débat à la fois économique, juridique et politique, autour de :

- ▶ la simplification du droit du licenciement, recommandée par certains économistes en contrepartie d'une taxation forfaitaire des ruptures⁽¹⁾ ;
- ▶ la dualité CDD / CDI, parfois considérée comme facteur de segmentation du marché de l'emploi⁽²⁾ et initialement mise à l'ordre du jour des négociations sur le marché du travail ;
- ▶ la segmentation des modes de rupture et leur encadrement toujours plus étroit, source de contentieux et d'inégalités entre actifs.

Cette réforme est-elle parvenue à pacifier, dans les faits, les ruptures de contrat de travail ou a-t-elle ouvert un nouveau champ de contentieux ?
A-t-elle encouragé la mobilité choisie des salariés ou bien accru les ruptures subies ?

▶ UNE ISSUE AU LONG DÉBAT FRANÇAIS SUR LA FLEXIBILITÉ DE L'EMPLOI ?

La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée s'inscrit dans une perspective historique déjà ancienne. Avant 1973, dans le silence du Code du travail, l'employeur était libre d'exercer sa faculté de résiliation unilatérale à condition de ne pas en abuser (une notion contrôlée par les tribunaux). Depuis 1973, l'employeur doit justifier d'une cause réelle et sérieuse de licenciement. En 1975, est adoptée une procédure spécifique de licenciement pour motif économique faisant intervenir l'inspecteur du travail qui, jusqu'en 1986, devait délivrer une autorisation préalable. Cette législation a été modifiée à de nombreuses reprises depuis.

Parallèlement, deux évolutions de fond ont affecté le contrat de travail depuis 1973 :

- ▶ L'extraordinaire essor du recours aux contrats à durée déterminée (CDD) et à l'intérim : quasiment inexistant avant 1973, ils représentent aujourd'hui plus du dixième des emplois et la très large majorité des embauches. Parce que les fins de CDD ou de mission d'intérim ne sont pas soumises aux mêmes règles que le licenciement, le législateur a cherché à en encadrer le recours dès 1982, sans parvenir à freiner leur progression. De fait, les contrats de courte durée permettent aux employeurs d'adapter au plus juste le volume de travail aux fluctuations de l'activité et d'échapper aux rigueurs réelles ou supposées du CDI ; ils offrent aussi à certains salariés la possibilité d'accéder par étapes à l'emploi stable. En revanche, ils accroissent la segmentation du marché du travail et la récurrence entre emploi et chômage, et avec elles la précarité et les risques d'exclusion.

- ▶ Tous les observateurs n'en tirent pas cependant la même conclusion : pour les uns, c'est en relâchant les contraintes du CDI (particulièrement en cas de licenciement économique) qu'on réduira l'emprise des contrats précaires ; pour les autres, mieux vaut en restreindre l'usage par la loi pour protéger l'ensemble des salariés. Le débat est vif au cours des années 1990-2000, mais la législation n'évolue guère⁽³⁾.

[1] Olivier Blanchard et Jean Tirole, "Protection de l'emploi et procédures de licenciement" Rapport au Conseil d'analyse économique, La Documentation Française, 2003 ; Pierre Cahuc et Francis Kramarz, op. cité

[2] Pierre Cahuc et Francis Kramarz, "De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle" rapport au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et au ministre de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale, La Documentation Française, 2004

[3] L'évolution vient plutôt de la jurisprudence, qui élargit simultanément le champ du licenciement pour motif économique et les obligations de l'employeur en termes d'adaptation des compétences et de reclassement de ses salariés.

► Second changement, les courbes des licenciements pour motif économique (en baisse) et pour motif personnel (en hausse) se croisent à la fin des années 1990. Les seconds (600 000 en 2009) représentent désormais plus du double des premiers (250 000)⁽⁴⁾, et sur 100 entrées à Pôle emploi dont le motif est connu, près de la moitié (49 %) ont fait suite en 2009 à une fin de CDD ou de mission d'intérim, 7 % à un licenciement pour motif économique et 16 % à un "autre licenciement", principalement pour motif personnel. Ce renversement peut traduire une substitution (au demeurant frauduleuse car fondée sur l'invocation d'un motif inexact), les employeurs préférant recourir, lorsqu'ils le peuvent, à une rupture pour motif personnel, moins contraignant que le motif économique. Mais la montée des licenciements pour motif personnel peut aussi avoir ses raisons propres, comme la diffusion du management par objectifs⁽⁵⁾ ou bien des licenciements "transactionnels". Toutefois, un licenciement économique (notamment individuel) n'est pas forcément plus coûteux pour l'employeur qu'un licenciement pour motif personnel, de sorte que les parties peuvent aussi s'entendre pour substituer au motif personnel le motif économique, parfois plus avantageux pour le salarié.

La rupture conventionnelle intervient en 2008 au confluent de ces deux tendances. Elle inscrit deux grandes nouveautés dans le paysage législatif (*voir encadré n°1*) :

- une rupture non pas unilatérale mais consommée d'un commun accord ;
- une rupture qui ouvre aux parties, pour la première fois depuis 1973, la faculté de qualifier ensemble leur rupture autrement que comme une démission ou un licenciement.



Encadré 1 :

La rupture conventionnelle : loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 { Code du travail, articles L. 1237-11 à L. 1237-16 }

1. L'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie. Cette "rupture conventionnelle", qui ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties, résulte d'une convention signée après un ou plusieurs entretiens au cours desquels le salarié et l'employeur peuvent être assistés.

La convention définit notamment le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle, qui ne peut pas être inférieur à celui de l'indemnité légale de licenciement ou de

l'indemnité fixée par la convention collective applicable si elle lui est plus favorable. L'autorisation de l'inspection du travail est requise lorsque la rupture concerne un salarié protégé (élu du personnel, délégué syndical, salarié mandaté).

2. À compter de la date de sa signature, chacune des deux parties dispose d'un délai de quinze jours calendaires pour exercer son droit de rétractation. À l'issue de ce délai, la partie la plus diligente adresse une demande d'homologation à l'autorité administrative (unité territoriale du département) avec un exemplaire de la convention de rupture.

3. L'autorité administrative dispose d'un délai d'instruction de quinze jours ouvrables pour s'assurer du respect des conditions prévues et de la liberté de consentement des parties. À défaut de notification dans ce délai, l'homologation est réputée acquise et l'autorité administrative dessaisie.

4. Tout litige concernant la convention, l'homologation ou le refus d'homologation relève de la compétence du conseil de prud'hommes, à l'exclusion de tout autre recours contentieux ou administratif. Le recours doit être formé dans les douze mois suivant l'homologation.

5. Bien qu'ils ne soient pas à proprement parler "involontairement privés d'emploi", la loi ouvre aux salariés en rupture conventionnelle le droit aux allocations d'assurance chômage [C. trav., art. L. 5421-1].

Tout en cherchant avant tout à clore un certain nombre de débats nationaux (*voir supra*), la rupture conventionnelle vient également s'inscrire à point nommé dans la stratégie européenne de "flexisécurité" développée à compter des années 2000 pour "conjuguer la flexibilité de l'emploi et un niveau élevé de protection des salariés"⁽⁶⁾. Alternative aux projets de réformes plus radicales, elle se fonde en effet sur la liberté contractuelle en revenant aux sources du droit civil : libres de conclure le contrat de travail, les parties sont également libres d'y mettre fin par leurs seules volontés. On en attend des mobilités entre emplois plus souvent choisies et mieux indemnisées et des marges de manœuvre accrues pour les directions d'entreprise dans la gestion des emplois. Tout en réaffirmant la centralité du CDI et l'usage subsidiaire des contrats à durée limitée, l'ANI du 7 janvier 2008 comporte d'ailleurs d'autres dispositions dans le même sens avec, côté flexibilité l'allongement des périodes d'essai, le CDD à objet défini et un cadre pour le "portage salarial" et, côté sécurité, la "portabilité" des droits (formation, prévoyance) et le relèvement des indemnités légales de licenciement.

[4] A s'en tenir du moins aux inscriptions enregistrées pour ces motifs à Pôle emploi. L'écart est encore plus marqué [plus d'1 à 4] dans les déclarations des mouvements de main d'œuvre (DMMO), où les licenciements économiques représentent 0,6 % de l'effectif en 2008, et les autres licenciements 2,7 % (établissements d'au moins 10 salariés des secteurs marchands)

[5] Maria-Teresa Pignoni et Patrick Zouari, "Les nouveaux usages du licenciement pour motif personnel", Premières informations Premières synthèses n°28.2, DARES, juillet 2003

[6] Selon la définition de la Commission générale de terminologie et de néologie : JO, 27 juillet 2010 ; J. Pélessier, "Modernisation de la rupture du contrat de travail", *Revue de jurisprudence sociale* 2008, p. 679.

Il est trop tôt pour évaluer les effets proprement économiques de la rupture conventionnelle (au sens de la performance accrue du marché du travail et de son impact potentiel sur le niveau du chômage), a fortiori dans le contexte très particulier de la crise. Toutefois, évaluer ses premiers effets conduit à se poser d'ores et déjà deux questions bien différentes : quelle place la rupture conventionnelle tient-elle désormais parmi les modes légaux et unilatéraux de rupture du CDI (démission, licenciement) ? Comment son contrôle est-il en pratique exercé par l'administration du travail ?

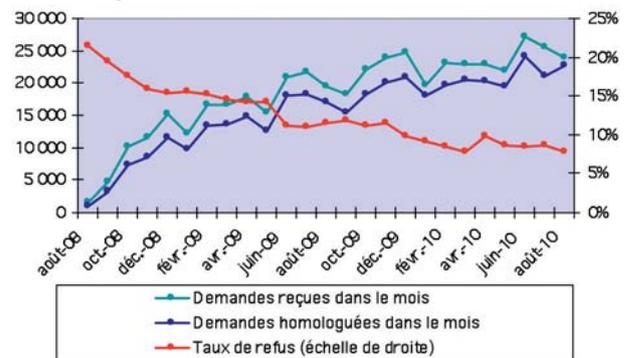
RUPTURE CONVENTIONNELLE ET RUPTURES UNILATÉRALES : PLUS COMPLÉMENTAIRES QUE CONCURRENTES

D'emblée, le nouveau mode de rupture rencontre un vif succès, à l'inverse d'autres ruptures amiables ou d'un commun accord qui existaient déjà⁽⁷⁾. Le nombre mensuel de demandes d'homologation atteint 15 000 dès la fin 2008, 20 000 à l'été 2009 et dépasse 25 000 à l'été 2010 (graphique 1). Avec un taux de refus qui paraît désormais stable à 9 %, les décisions d'homologation suivent la même pente. Au total, près de 390 000 ruptures ont été jusqu'ici validées par l'administration (pour 461 000 demandées) et, au rythme actuel, elles devraient atteindre 270 000 pour la seule année en cours.

Ce flux est important mais, rapporté à l'ensemble des pertes d'emploi, il demeure relativement modeste : fin 2009, les ruptures conventionnelles comptaient pour 3,4 % dans le total des inscriptions à Pôle emploi et pour 10 % dans les entrées faisant suite à une rupture de CDI (contre 21 % pour les licenciements économiques, 51 % pour les autres licenciements et 18 % pour les démissions). Néanmoins cette montée en charge s'est produite parallèlement à la forte remontée du chômage, entamée mi-2008, qui aurait pu décourager les départs volontaires. Les ruptures conventionnelles ont contribué pour une part substantielle (+ 122 000) aux 603 000 inscriptions enregistrées par Pôle emploi en 2009 (dont 110 000 fins de CDI), de pair avec les licenciements économiques (+ 80 000), tandis que les autres licenciements (- 52 000) et les démissions (- 39 000) ont au contraire reculé avec la dégradation du marché du travail (graphique 2)⁽⁸⁾.

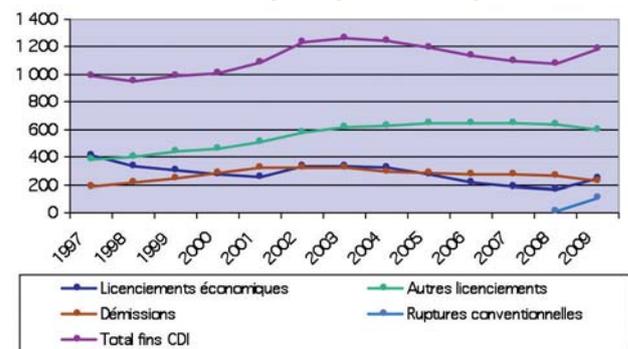
Graphique 1 :

a) Ruptures conventionnelles



Source : DARES-ministère du travail

b) Entrées à Pôle emploi après une rupture de CDI

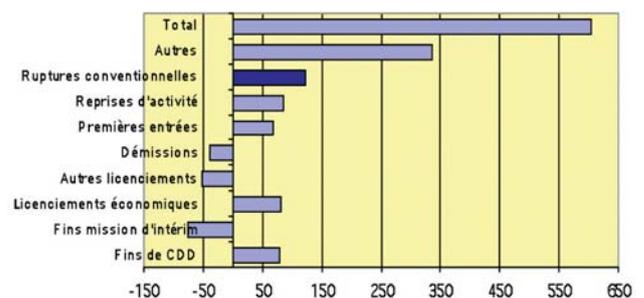


DARES-Pôle emploi (demandes d'emploi de catégorie A, B, C)

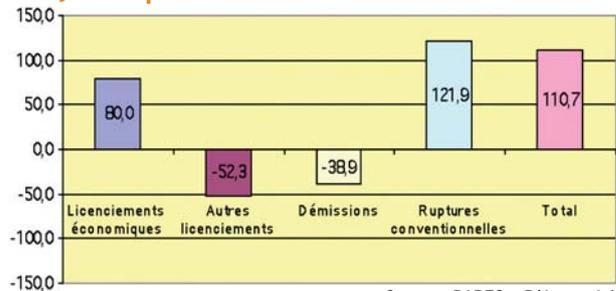
Graphique 2 :

Variation des inscriptions à Pôle emploi entre 2008 et 2009 selon le motif (catégorie ABC, en milliers)

a) Ensemble des inscriptions



b) Inscriptions en fin de CDI



Source : DARES - Pôle emploi

[7] G. Couturier, "Les ruptures d'un commun accord", *Dr. soc.* 2008, p. 923 ; F. Gaudu, "Les ruptures d'un commun accord", *Dr. ouvrier* 2008, p. 594.

[8] Les démissions fluctuent traditionnellement dans le même sens que la conjoncture, les départs volontaires variant avec les opportunités d'embauche ; fait plus nouveau, les "autres licenciements" semblent avoir suivi la même logique avec la crise : désormais moins liés aux suppressions d'emploi qu'à la gestion individualisée de la main d'œuvre, ils se sont repliés avec la dégradation générale du marché du travail.

Une conjoncture aussi particulière complique l'appréciation de leur rôle dans les mouvements d'emploi récents : malgré une corrélation négative forte avec les licenciements pour motif personnel (coefficient de - 0,86) et les démissions (- 0,88), on ne peut conclure avec certitude qu'elles se sont substituées aux deux autres modes de rupture du CDI tant le retournement du marché du travail, au moment même où le nouveau dispositif montait en charge, a perturbé les flux d'entrée au chômage⁽⁹⁾. Les ruptures conventionnelles n'en ont pas moins été, en 2009, le principal motif de ruptures de CDI consécutives à la récession, alors que les démissions reculaient. Un décollage aussi rapide en période de suppressions massives d'emplois suggère une substitution⁽¹⁰⁾, sans qu'il soit possible d'en préciser l'ampleur.

Le profil des salariés concernés, tout comme celui des emplois qu'ils ont quittés, fournit quelques indices complémentaires. L'enquête sur l'emploi de l'INSEE (*voir encadré n°2*) semble montrer que les personnes qui déclarent avoir fait l'expérience d'une rupture conventionnelle se distinguent à plusieurs titres de l'ensemble des actifs ayant quitté ou perdu un emploi à durée indéterminée durant la même période (2008-2009).

► Elles sont un peu plus âgées que l'ensemble, avec en particulier des seniors (55 ans ou plus) en proportion plus nombreux. Mais cela provient surtout d'un moindre recours à la démission en fin de vie active. Le profil d'âge des salariés en rupture conventionnelle les place de fait en position intermédiaire entre démissionnaires (nettement plus jeunes) et licenciés (plus âgés). L'écart est cependant trop faible pour en conclure que le nouveau dispositif a ouvert une nouvelle voie de départ anticipé des salariés âgés, si ce n'est de façon marginale.

► Elles sont plus qualifiées (plus de cadres et professions intermédiaires, moins d'ouvriers⁽¹¹⁾) que les salariés licenciés et corrélativement plus diplômées (niveaux BAC et BAC+2) ; à nouveau cependant, les salariés démissionnaires les devançant.

► Comparées aux licenciements (surtout pour motif économique), les ruptures conventionnelles interviennent, tout comme les démissions, plus souvent dans les activités tertiaires (notamment le commerce, la communication, les activités financières ou immobilières, l'administration/santé/action sociale) et moins dans l'industrie ou la construction⁽¹²⁾.

Tableau 1

Quelques caractéristiques des salariés ayant quitté un CDI et des emplois occupés (2008-2009)

	Rupture conventionnelle	Licenciement économique	Licenciement personnel	Démission	Ensemble des ruptures de CDI
Caractéristiques des salariés (part en %)					
15-29 ans	29,3	15,0	21,8	40,2	35,9
55 ans et plus	10,3	16,4	13,2	2,6	8,6
Cadres et Prof. interm.	39,9	33,8	33,9	43,9	39,5
Ouvriers	21,2	36,9	28,1	22,4	26,7
Bac à Bac+2	26,7	20,1	23,5	39,1	30,5
Caractéristiques des employeurs (part en %)					
Industrie	13,8	28,6	15,4	11,9	18,8
Tertiaire	75,6	55,7	72,6	76,2	68,8
Moins de 50 salariés	55,8	58,4	52,4	55,9	55,3
500 salariés et plus	14,6	11,6	14,4	16,4	13,7
Retours à l'emploi (%)					
Total	32,8	17,3	11,7	77,3	45,8
dont : - CDI	59,2	70,0	63,7	78,7	76,2
- Non salarié	17,3	12,8	13,5	9,3	10,3
Part dans l'ensemble (%)	6,8	21,0	24,1	48,1	100,0

Source : Enquête sur l'emploi, de l'INSEE - 2009

Lecture : 29,3 % des personnes déclarant avoir quitté un emploi à la suite d'une rupture conventionnelle en 2009 étaient âgées de 15 à 29 ans.

Note : Les ruptures conventionnelles sont rapportées aux seules ruptures de CDI. Les autres motifs de privation d'emploi (fin de CDD ou de mission d'intérim, première entrée, reprise d'activité) concernent en effet des catégories de personnes ou d'emplois trop différentes des précédentes (notamment en termes d'âge et de qualification) pour ne pas biaiser la comparaison.

[9] Ce retournement s'est, dans une première phase (automne 2008), traduit par la forte poussée des fins de contrats courts (CDD et surtout missions d'intérim) avant d'affecter les CDI.

[10] Le constat doit être cependant relativisé au vu de la très forte proportion, dans le total des entrées à Pôle emploi, des inscriptions dont le motif est inconnu (56 % en 2009).

[11] Plus en détail cependant, l'écart de qualification est moins net pour ceux n'ont pas retrouvé d'emploi depuis la rupture : sans surprise, le retour à l'emploi est plus rapide pour les actifs qualifiés.

[12] En revanche quand un emploi a été retrouvé après la rupture, c'est plus souvent que la moyenne dans ce dernier secteur

► Les différences sont peu marquées quant à la taille de l'entreprise quittée ; une légère surreprésentation des entreprises de plus de 500 salariés s'observe néanmoins au regard des autres fins de CDI.

Quant au devenir des salariés, une rupture conventionnelle sur trois a été, selon l'enquête, suivie d'un retour à l'emploi avant la fin 2009 : c'est beaucoup plus qu'après un licenciement, personnel (12 %) aussi bien qu'économique (17 %), mais beaucoup moins qu'après une démission (77 %). En outre, le statut des emplois retrouvés diffère : la rupture conventionnelle mène plus fréquemment que les autres fins de CDI à l'emploi indépendant (une fois sur six)⁽¹³⁾ et moins à un nouveau CDI. Le poids des CDD dans les emplois retrouvés (18 %) souligne une autre différence avec la démission (11 %).

Encadré 2 :

La mesure des ruptures conventionnelles à travers l'enquête sur l'emploi de l'INSEE

L'enquête sur l'emploi en continu de l'INSEE interroge chaque trimestre un échantillon de 72 000 personnes âgées de 15 ans et plus (échantillon renouvelé par sixième chaque trimestre). Un item "Rupture conventionnelle" a été ajouté en 2009 aux questions portant sur les circonstances de la recherche, du changement ou de la perte d'un emploi.

Les résultats tirés de l'exploitation de ces questions (pour l'ensemble des personnes ayant déclaré avoir quitté un emploi en 2008 ou 2009) doivent être pris avec précaution :

► Les termes de "rupture conventionnelle" peuvent évoquer, pour un nombre significatif de personnes interrogées, non le dispositif juridique introduit en 2008, mais d'autres modes de rupture, comme des départs transactionnels ou négociés, voire tout simplement des démissions.

► La précision des résultats dépend directement du nombre de répondants : malgré la taille importante de l'échantillon, le nombre d'enquêtés effectivement concernés par ce mode de rupture n'est pas toujours suffisant pour garantir que les résultats statistiques extrapolés sont significatifs, en particulier lorsque l'analyse de détail conduit à solliciter des effectifs réduits (croisements selon l'âge, le secteur, la taille d'entreprise, etc.).

Néanmoins les résultats de l'enquête sont cohérents avec ceux du suivi administratif de la mesure. Le cumul des "ruptures conventionnelles" déclarées dans l'enquête à la mi-2009 (110 000) est proche de celui des demandes homologuées à la même date par le ministère du travail (130 000). De même, la distribution des ruptures selon l'âge, la qualification ou la taille d'établissement est le plus souvent voisine dans les deux sources.

Bien que fragiles (*voir encadré n°2*), ces résultats dessinent une série de caractères propres à la rupture conventionnelle qui la distinguent aussi bien de la démission que du licenciement. Plutôt qu'une franche substitution à l'un ou l'autre, ils suggèrent qu'elle a fait l'objet d'usages composites, servant de support tantôt à un départ volontaire (notamment de la part de salariés qualifiés du tertiaire, en première partie de carrière)⁽¹⁴⁾, tantôt à une rupture subie⁽¹⁵⁾. Avec, au total, de meilleures chances de retour à l'emploi qu'un licenciement, mais pour des débouchés plus fragiles (emploi indépendant, CDD) qu'une démission. Sans doute cette position intermédiaire tient-elle aussi au fait qu'elle a donné forme légale à des ruptures de fait transactionnelles mais qui empruntaient jusque là l'une ou l'autre des procédures de rupture unilatérale, au gré des situations locales et des pouvoirs de négociation.

(Bons et mauvais usages du dispositif

Le franc succès de la rupture conventionnelle soulève, sous l'angle de la conformité juridique, de nombreuses questions. La reconnaissance par la loi de l'autonomie de la volonté des parties vient heurter les règles d'ordre public qui limitent cette autonomie pour les ruptures unilatérales (démission et surtout licenciement).

Il peut d'abord révéler ce qui jusque là ne se voyait pas : les parties pouvaient auparavant déguiser en licenciement des ruptures qui étaient déjà conventionnelles. Il peut traduire aussi de nouveaux comportements frauduleux, en sens inverse. Une unité départementale du ministère du travail (*voir encadré n°3*) indique par exemple qu'elle a refusé à huit reprises en 2009 des demandes successives d'homologation déposées par une

[13] Trait à rapprocher de l'essor très rapide, au cours de la même période, du statut "d'auto entrepreneur" créé en 2008 : selon l'INSEE 320 000 "auto entreprises" ont été créées en 2009.

[14] Assorti dans ce cas, contrairement à la démission, d'un accès certain à l'assurance chômage. La réforme a donc des conséquences financières pour le régime d'assurance chômage, qui nécessitent sans doute un suivi spécifique par l'Unédic.

[15] Elle aurait ainsi participé, pour une part, à l'extension des "marchés professionnels" dans des activités tertiaires où une main d'oeuvre qualifiée mène son parcours professionnel en enchaînant des mobilités externes [finance, immobilier, communication, audiovisuel] ; et pour une autre, elle aurait servi de complément (au moins en période de récession marquée) aux autres outils de gestion individualisée et de réduction des effectifs.

même entreprise en vue de contourner les procédures collectives de licenciement économique et de plan de sauvegarde de l'emploi. Le cas n'est pas isolé et paraît plus fréquent dans certains secteurs comme l'immobilier ou le bâtiment.

La fraude peut aussi porter sur l'obligation de maintenir les contrats de travail en cas de changement d'employeur, comme dans les hôtels-café-restaurants qui changent de propriétaires. Elle peut également s'exercer au détriment de l'assurance chômage, par exemple dans des entreprises familiales employant fictivement un membre de la famille auquel la séparation par rupture conventionnelle permet de percevoir des allocations de chômage ; d'autres cas sont signalés où c'est le salarié qui propose la rupture dans le même but à son employeur, avec pour indice un salaire anormalement élevé ou des signatures ou adresses identiques.

Pour n'être pas généralisables, de tels cas sont suffisamment cités par l'échantillon de services déconcentrés interrogés pour illustrer certains risques, déjà signalés par la doctrine. Outil pour encourager les mobilités choisies et les réallocations d'emplois, la rupture conventionnelle nécessite donc d'être contrôlée pour éviter qu'elle ne devienne un moyen de faciliter le renvoi vers le marché du travail de salariés en situation de fragilité.

Encadré 3 :

L'enquête qualitative auprès des services déconcentrés du ministère du travail

L'homologation des demandes de rupture conventionnelle incombe aux services déconcentrés du ministère du travail : unités territoriales dans les départements et DIRRECTE (Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi) dans les régions.

Pour connaître les pratiques de ces services et les difficultés qu'ils rencontrent, le Centre d'analyse stratégique a élaboré à leur intention, en accord avec le Ministère du travail (Direction générale du travail), un questionnaire semi-directif portant à la fois sur les modalités locales de traitement des demandes et sur les observations recueillies à cette occasion par l'administration (parties signataires, modes de conclusion

et contenu de la convention, usages conformes ou abusifs de la rupture, contentieux...].

Les réponses ont été recueillies entre avril et juillet 2010, par entretien ou par courrier, auprès des 7 services suivants :

- ▶ DIRRECTE d'Île-de-France et DIRRECTE de Rhône-Alpes ;
- ▶ Unités territoriales de l'Ain, de Paris, du Rhône, de la Somme et du Var.

LE CONTRÔLE PAR L'ADMINISTRATION : UNE TÂCHE NÉCESSAIRE MAIS DÉLICATE

“La rupture conventionnelle, exclusive du licenciement ou de la démission, ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties”⁽¹⁶⁾ ; elle doit donc être demandée par l'une des deux, l'autre acceptant la proposition après négociation. L'autorité administrative dispose d'un délai d'instruction de 15 jours ouvrables à compter de la réception de la demande pour s'assurer d'une part du respect des conditions prévues par la loi, d'autre part de la liberté de consentement des parties⁽¹⁷⁾.

（ Suivre la procédure ...

Une circulaire de juillet 2008⁽¹⁸⁾ prévoit qu'à l'arrivée de la demande, l'administration adresse à chaque partie un accusé de réception attestant que le dossier est recevable et qu'à défaut de refus exprès au cours du délai d'instruction, l'homologation est réputée acquise. Selon les unités territoriales consultées, la presque totalité des demandes arrive en courrier recommandé. Pour faire face à la charge de travail, beaucoup ont toutefois simplifié d'elles-mêmes la procédure prescrite par la circulaire : certaines n'accusent pas réception ; d'autres n'envoient pas leur décision d'homologation, de sorte que cette homologation est implicite, seuls les refus étant notifiés en recommandé. Dans un souci d'allègement de la procédure, la même circulaire distingue entre motifs d'irrecevabilité de la demande (salaire ou délai de rétractation non mentionné, signature absente) et motifs de refus d'homologation (vices substantiels) ; cependant, aux dires des services, toute décision négative est suivie d'une nouvelle demande après mise en conformité. Certains ont mis en place avec succès une procédure

[16] Code du travail, article L. 1237-11.

[17] Code du travail, article L. 1237-14. En réalité ce délai est plus court car il inclut celui d'acheminement de la notification aux parties : voir D. Boulmier, “Rupture conventionnelle : regard critique sur les procédures de rétractation et d'homologation”, *JCP S* 2010, 1306

[18] Circulaire DGT 2008-11, 22 juillet 2008.

téléphonique pour signaler leurs erreurs aux parties dès réception de la demande et les inviter à les rectifier. Il arrive par ailleurs que, pour traiter les demandes d'indemnisation, Pôle emploi réclame de son côté aux services déconcentrés une attestation d'homologation que l'administration n'a pas fournie lorsque la décision est implicite.

Les pratiques paraissent très disparates d'une unité à l'autre, selon l'organisation interne (agents dédiés ou traitement réparti), le volume des demandes (rapporté aux effectifs) ou les pratiques locales de Pôle emploi. Toutes indiquent que, la procédure légale ne prévoyant pas d'enquête, seules les irrégularités de forme sont détectables. Beaucoup semblent dues à la fixation de la date de rupture pendant le délai de rétractation. D'une façon générale, les unités observent que les parties (y compris les salariés) semblent pressées de consommer la rupture. Toutes disent vérifier le respect du délai de rétractation du salarié et du délai d'instruction imparti à l'administration et s'assurer que l'indemnité conventionnelle est bien préférée à l'indemnité légale lorsqu'elle est plus favorable. Mais elles observent que ces vérifications sont coûteuses en temps et délicates à opérer lorsqu'il faut contrôler l'assujettissement de l'entreprise à une convention collective et rechercher le régime indemnitaire correspondant.

(... s'assurer du libre consentement

Le Code du travail charge l'administration de s'assurer du respect de la liberté de consentement des parties. Cette vérification ne va pas de soi dans le cas d'un salarié, par définition subordonné à son employeur. Ni la loi ni les circulaires ne prévoient d'enquête : seule incombe à l'administration la vérification de la procédure⁽¹⁹⁾. Il lui revient donc de définir, dans le respect de la loi, l'étendue de son contrôle. Selon les unités consultées, lorsque le consentement est vicié, les raisons sont les suivantes :

- ▶ les ruptures sont antidatées, le salarié ne pouvant donc plus se rétracter ;
- ▶ il n'y a qu'un seul entretien, voire aucun, mais l'unité territoriale n'en est informée qu'après l'expiration du délai de rétractation, lorsqu'un contentieux commence à naître ;

- ▶ l'employeur fait signer la convention au salarié dans des conditions ne lui permettant pas une véritable réflexion ;

- ▶ le consentement du salarié est extrêmement douteux lorsqu'il est illettré ou ignore que la rupture de son contrat est déjà envisagée dans le cadre d'un licenciement pour motif économique.

En cas de litige, c'est le conseil de prud'hommes qui apprécie le vice de consentement sur le fondement de l'article 1109 du Code civil (erreur, dol ou violence). Faute jusqu'ici de contentieux, les conséquences du vice avéré sont encore inconnues : annulation de la convention, remise en état, déqualification en licenciement qui, de fait, sera sans cause réelle et sérieuse... ?⁽²⁰⁾

(... et prévenir contournements et collusions.

L'administration peut-elle refuser d'homologuer la rupture conventionnelle lorsque sa cause n'est pas licite, c'est-à-dire lorsque l'une des parties (ou les deux) auront entendu éluder les dispositions d'ordre public de la rupture unilatérale, et particulièrement du licenciement pour motif économique ? Pour le ministère du travail⁽²¹⁾, *"une rupture conventionnelle peut intervenir alors même que l'entreprise rencontre des difficultés économiques [...] Il n'y a pas lieu de rechercher la motivation (éventuellement économique : baisse d'activité etc.) de l'employeur puisque la rupture conventionnelle procède de la volonté des parties"*. Il retient néanmoins une série d'indices de contournement, comme des ruptures conventionnelles groupées permettant d'éviter le seuil d'assujettissement à un plan de sauvegarde de l'emploi, ou encore l'existence de difficultés économiques connues des services de contrôle. Pour autant n'est pas résolue l'épineuse question de ce qu'un auteur appelle la "fongibilité" de la rupture conventionnelle avec d'autres ruptures unilatérales, dont le licenciement économique : *"Il s'agit de savoir si une rupture conventionnelle peut valablement relayer un processus de rupture entamée unilatéralement"*⁽²²⁾ (par exemple un licenciement rétracté avec le consentement de l'employeur).

[19] L. Flament, "La rupture conventionnelle du contrat de travail" : *JCP S* 2009, 1315.

[20] F. Favennec-Héry, "Rupture conventionnelle du contrat de travail, mesure phare de l'accord", *Dr. soc.* 2008, p. 311.

[21] Circulaire de la Direction générale du travail du 23 mars 2010

[22] G. Loiseau, "Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail", *Dr. soc.* 2010, p. 297. Sur les stratégies possibles voir M.-C. Diriar, "Pratique de la rupture conventionnelle", *Les cahiers du DRH*, n° 154, mai 2009, p. 3

Les unités territoriales refusant d'homologuer en présence de tels soupçons disent souvent se heurter au mécontentement du salarié. L'illicéité peut en effet résulter d'une collusion de l'employeur et du salarié, convaincu par l'indemnité qui lui est versée. De fait, l'écart est parfois très important entre l'indemnité de licenciement et l'indemnité de rupture conventionnelle proposée à des salariés à haut niveau de responsabilité. Les représentants du personnel peuvent aussi préférer des ruptures conventionnelles en nombre à un licenciement collectif, au motif qu'elles permettent de mieux négocier les conditions de départ. C'est parfois le mauvais climat dans l'entreprise qui pousse d'autres salariés à la quitter au plus vite sans attendre le licenciement. Une indemnité de rupture très importante associée à l'allocation de chômage permet, dans d'autres cas, à des salariés seniors de faire le "pont" jusqu'à la retraite. De fait, peu de salariés exercent au total leur droit de rétractation et les employeurs presque jamais.

3. Requalification en licenciement. Un employeur qui utilise la rupture conventionnelle pour échapper à son obligation de reclassement d'un salarié inapte par suite d'un accident du travail commet une rupture abusive qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Conseil de prud'hommes Les Sables d'Olonne, 25 mai 2010 : *Semaine Sociale Lamy*, n° 1451, 21 juin 2010, note T. Grumbach et E. Serverin).

4. Rupture conventionnelle et différend entre l'employeur et le salarié. Une rupture conventionnelle n'a pas à être requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse si, malgré l'existence d'un désaccord entre les parties sur le niveau de rémunération globale du salarié, il n'est pas pour autant avéré qu'une situation conflictuelle ait existé entre les parties avant que la rupture soit envisagée et que cette situation ait perduré jusqu'à l'entretien préalable à la rupture (CA Rouen 27 avril 2010 : *RJS* 2010, n°595). L'existence d'un différend entre les parties sur la rupture du contrat fait obstacle à la conclusion d'une convention de rupture (Conseil de prud'hommes de Bobigny, 6 avril 2010 : *RJS* 2010, n°669).

▼ Premiers contentieux de l'homologation de la rupture conventionnelle⁽²³⁾

1. Détournement des règles du licenciement pour motif économique. La rupture conventionnelle ne peut résulter d'une cause constitutive d'un motif économique et ne doit pas constituer un détournement des règles relatives aux licenciements pour motif économique. L'autorité administrative est fondée à refuser d'homologuer une rupture conventionnelle pour cette raison (Conseil de prud'hommes de Toulouse, 22 janvier 2010 : *RJS* 2010, n°426).

2. Recours contre un refus d'homologation. Un conseil de prud'hommes est compétent pour homologuer une rupture conventionnelle refusée par une direction départementale du travail (Conseil de prud'hommes de Valence, 14 octobre 2008 : *RJS* 2009, n° 35). Cette homologation judiciaire peut être prononcée par le juge des référés (Conseil de prud'hommes de Nanterre, 5 janvier 2010 : *RJS* 2010, n°509).

PROPOSITIONS

Le très faible contentieux constaté⁽²⁴⁾ semble montrer que l'objectif de sécurité juridique que partenaires sociaux et législateur recherchaient dans ce dispositif⁽²⁵⁾ est pour l'instant atteint.

Le dispositif pâtirait⁽²⁶⁾ évidemment du développement à terme d'un contentieux, qui deviendrait extrêmement technique et complexe puisqu'il faudrait rapporter la preuve de fraudes, de vices du consentement et en tirer des sanctions, notamment indemnitaires, que seule la jurisprudence permettra de déterminer.

Pour éviter que la rupture conventionnelle ne devienne la source de nouveaux conflits, il convient :

- ▶ d'améliorer les modalités de contrôle par l'administration (celle-ci étant, dans un contexte où la saisine du conseil de prud'hommes par l'une des parties paraît improbable, la seule autorité capable de garantir le respect des clauses d'ordre public et disposant des données permettant de détecter les récurrences) ;

[23] Sur les aspects techniques du contentieux de l'homologation, voir G. P. Quéant, "L'homologation de la rupture conventionnelle devant le conseil de prud'hommes", *Jurisprudence sociale Lamy*, n° 247, 14 janvier 2009, p. 4. ; X. Prétot, "L'homologation de la rupture conventionnelle. Quelques réflexions...", *Dr. soc.* 2008, p. 316.

[24] Paradoxalement, c'est le souci de sécurisation de la procédure qui empêche le contentieux, du moins pour l'instant. Sur cette question voir Evelyne Serverin, "Quels droits pour quel risque contentieux ?", *Revue de droit du travail* 2009, n° 4, p. 208.

[25] "Sans exclure le recours postérieur au juge, la rupture conventionnelle [...] devrait permettre de le limiter, d'une part par construction puisqu'elle sera négociée, d'autre part grâce à la garantie apportée à travers une intervention administrative légère avec l'homologation", Rapport D. Dord, Ass. nat. n° 789, 8 avril 2008, pp. 52-65.

[26] Les parties reviendraient à d'autres modes de sécurisation de la rupture telle que la transaction, le reçu pour solde de tout compte, le procès-verbal de conciliation du conseil de prud'hommes, voir. S. Chassagnard-Pinet et P.-Y. Verkindt, "La rupture conventionnelle du contrat de travail", *JCP S* 2008, 1365. En outre, une transaction pourrait mettre un terme à un conflit portant sur la rupture conventionnelle elle-même (F. Favennec-Héry et A. Mazeaud, "La rupture conventionnelle du contrat de travail : premier bilan", *JCP S* 2009, 1314).

- ▶ d'être vigilant sur les signaux qui indiqueraient l'apparition de certaines dérives, notamment en améliorant le suivi statistique du dispositif ;
- ▶ d'apporter des garanties supplémentaires, notamment en terme d'accompagnement au retour à l'emploi.

PROPOSITION 1

Améliorer la procédure d'homologation, notamment en développant une procédure numérisée d'accusé de réception, en mettant en place une procédure souple de rectification des dossiers incomplets et en généralisant l'homologation implicite.

1-1 : Indiquer sur l'imprimé CERFA que la rupture conventionnelle ne peut se substituer à une rupture unilatérale, notamment le licenciement pour motif économique, afin de prévenir les erreurs de bonne foi et limiter les rejets de dossier.

1-2 : Développer une procédure numérisée pour accuser réception de la demande d'homologation en lieu et place du courrier recommandé. Utile pour informer l'employeur ou le salarié, celui-ci, qui n'est pas imposé par la loi, représente en effet une charge de travail non négligeable pour l'administration.

1-3 : Mettre en place une procédure souple de rectification, dès réception par les unités territoriales, des dossiers incomplets susceptibles de donner lieu à décision d'irrecevabilité, pour éviter les délais dus aux aller-retour de dossiers.

1-4 : Faire de l'homologation implicite, mise en œuvre par certaines unités territoriales, la procédure de droit commun, pour permettre à l'administration d'utiliser la totalité du délai d'instruction de 15 jours et faire de substantielles économies de moyens.

1-5 : Prolonger le délai d'instruction en cas de suspicion de détournement de procédure. Une circulaire du ministère en charge du travail préciserait les critères permettant de définir cette notion de "suspicion de détournement".

PROPOSITION 2

Améliorer la connaissance statistique du dispositif, notamment en complétant la demande d'homologation d'une information sur la situation prévue du salarié après la rupture, au regard de l'emploi.

2-6 : Assurer un suivi régulier et spécifique, via les DMMO (déclaration mensuelle obligatoire des mouvements de main d'œuvre) ou d'autres sources, des politiques d'entreprises en matière de rupture du contrat de travail des salariés âgés (rupture conventionnelle, départ négocié, licenciement économique, etc.).

2-7 : Mentionner, dans la demande d'homologation, la situation prévue du salarié après rupture (chômage, emploi salarié ou indépendant, retraite). Outre l'intérêt statistique, une situation de chômage prévisible après une rupture conventionnelle pourra être un critère attirant l'attention des unités territoriales.

2-8 : Assurer le suivi statistique détaillé des inscriptions à Pôle emploi après une rupture conventionnelle (âge, niveau de qualification, durée d'indemnisation, branche d'activité, taille d'entreprise).

PROPOSITION 3

Mieux accompagner les demandeurs d'emploi inscrits suite à une rupture conventionnelle : accès rapide à l'indemnisation chômage, accompagnement adéquat par Pôle emploi, autres mesures spécifiques à négocier dans les branches.

3-9 : Harmoniser le traitement par Pôle emploi des demandes d'allocations chômage à la suite d'une rupture conventionnelle (attestation de rupture ou copie du formulaire de demande visé par l'unité territoriale).

3-10 : Veiller à ce que, lors de l'évaluation des besoins d'accompagnement des personnes qui s'inscrivent comme demandeurs d'emploi, les ruptures conventionnelles ne soient pas considérées par Pôle emploi comme un ensemble homogène - a fortiori s'il s'agissait de les assimiler aux démissionnaires ou à des chercheurs d'emploi autonomes.

3-11 : Intégrer, dans les négociations de branche, des mesures d'accompagnement des salariés ayant conclu une rupture conventionnelle (droit individuel à la formation complémentaire par exemple).

➤ CONCLUSION

L'importance prise par la rupture conventionnelle parmi les autres modes de rupture est un phénomène marquant, qui contribue d'ores et déjà à une plus grande fluidité du marché du travail. Durant la période de crise, donc d'incertitudes fortes sur les capacités à retrouver un emploi, le constat de sa montée en charge est plutôt contre-intuitif. En phase de reprise économique, se traduisant par une diminution des licenciements, le dispositif pourrait, sinon prendre de l'ampleur, du moins voir encore croître sa proportion parmi l'ensemble des motifs de rupture. A plus long terme, dans un marché du travail plus fluide et s'approchant du plein-emploi, un tel dispositif pourrait d'autant mieux tenir son rôle d'appui aux mobilités choisies qu'il s'appuierait sur une procédure améliorée.



Jean-Louis Dayan et Jean-Yves Kerbourc'h
Département Travail - Emploi

AUTRES DOCUMENTS À CONSULTER

sur www.strategie.gouv.fr, rubrique publications

Notes d'analyse :

- **Les métiers en 2009 : seuls quelques métiers résistent à la dégradation du marché du travail** (Publication conjointe Centre d'analyse stratégique - Dares - Pôle emploi sur l'évolution des métiers en 2009 - octobre 2010)
- N° 190** ■ **Le syndicalisme de services : une piste pour un renouveau des relations sociales ?** (août 2010)
- N° 189** ■ **Les difficultés d'insertion professionnelle des docteurs** (juillet 2010)
- N° 169** ■ **Analyse : L'avenir de la formation professionnelle des jeunes** (Mars 2010)

Rapport :

- **La promotion de la diversité dans les entreprises : les meilleures expériences en France et à l'étranger** (juillet 2010)
- **Améliorer la gouvernance d'entreprise et la participation des salariés** publié à la Documentation française, Rapports et documents, n° 27, 2010
- **La croissance verte. Quels impacts sur l'emploi et les métiers ?** (février 2010)



La Note d'analyse N° 198 - Octobre 2010 est une publication du Centre d'analyse stratégique
Directeur de la publication : Vincent Chriqui, directeur général
Directeur de la rédaction : Pierre-François Mourier, directeur général adjoint
Rédaction : Nathalie Bassaler
Secrétariat de rédaction : Olivier de Broca
Impression : Centre d'analyse stratégique
Dépôt légal : octobre 2010
N° ISSN : 1760-5733

Contact presse : Jean-Michel Roullé, responsable de la Communication
01 42 75 61 37 / 06 46 55 38 38
jean-michel.roulle@strategie.gouv.fr

Le Centre d'analyse stratégique est une institution d'expertise et d'aide à la décision placée auprès du Premier ministre et du Secrétariat d'État chargé de la prospective. Il a pour mission d'éclairer le gouvernement dans la définition et la mise en œuvre de ses orientations stratégiques en matière économique, sociale, environnementale et technologique. Il préfigure, à la demande du Premier ministre, les principales réformes gouvernementales. Il mène par ailleurs, de sa propre initiative, des études et analyses dans le cadre d'un programme de travail annuel. Il s'appuie sur un comité d'orientation qui comprend onze membres, dont deux députés et deux sénateurs et un membre du Conseil économique, social et environnemental. Il travaille en réseau avec les principaux conseils d'expertise et de concertation placés auprès du Premier ministre : le Conseil d'analyse économique, le Conseil d'analyse de la société, le Conseil d'orientation pour l'emploi, le Conseil d'orientation des retraites, le Haut conseil à l'intégration.

www.strategie.gouv.fr