

# Pratique de la rupture conventionnelle

A la lumière de la pratique et des récentes précisions ministérielles, *Marie-Charlotte Diriar*, aborde, sous forme de questions-réponses, les principales problématiques inhérentes à la rupture conventionnelle.

## Champ d'application de la rupture conventionnelle

### A quels moments peut-on procéder à la rupture conventionnelle d'un CDI ?

Les CDI peuvent être rompus conventionnellement à tous les stades de leur exécution. Cependant, la pertinence de cette modalité de rupture devra s'apprécier au cas par cas.

#### *Peut-on y recourir pour rompre une période d'essai ?*

Techniquement, rien ne s'y oppose si les deux parties sont d'accord.

Toutefois, mettre fin à une période d'essai par voie de rupture conventionnelle pourrait paraître incongru, car la procédure sera plus longue (délai de négociation, de rétractation et d'homologation), plus complexe (intervention d'un tiers) et onéreuse (paiement d'une indemnité spécifique de rupture conventionnelle et maintien du salaire pendant la procédure) qu'une simple rupture de l'essai.

Seule se justifierait l'hypothèse dans laquelle le salarié n'est pas certain d'obtenir le bénéfice des allocations chômage après une rupture de période d'essai, notamment quand il en prend l'initiative.

#### *Peut-on le faire au cours d'une période de suspension du contrat de travail ?*

Lorsque le contrat de travail est suspendu, il faut rechercher la nature de la suspension.

Cette suspension est-elle de nature à faire bénéficier le salarié d'une protection ?

Si la réponse est positive, il ne sera pas possible de contourner cette protection particulière contre le licenciement par voie de rupture conventionnelle. Ce sera le cas notamment pour les salariées en congé de maternité <sup>(1)</sup> ou les salariés en arrêt de travail suite à un accident du travail ou une maladie professionnelle <sup>(2)</sup>.

En revanche, si le salarié ne bénéficie d'aucune protection particulière liée à la suspension de son contrat, la rupture conventionnelle peut intervenir dans les conditions normales. Sont visés ici les contrats suspendus en raison d'un congé parental d'éducation, d'un congé sabbatique, d'un congé sans solde, etc.

En pratique, ce dispositif peut s'avérer fort utile pour résoudre certaines situations délicates à gérer pour le DRH. Le cas classique est celui d'un salarié qui part en congé individuel de formation afin de se reconvertir. La plupart du temps, le salarié ne se verra pas proposer un poste compatible avec sa nouvelle qualification chez son ancien employeur. Cependant, par souci de sécurité, le salarié ne veut pas démissionner tant qu'il n'a pas trouvé un nouvel



Par Marie-Charlotte Diriar  
Counsel, Droit Social

(1) C. trav., art. L. 1225-4. (2) C. trav., art. L. 1226-9 et s.

emploi. Il est donc amené à rechercher un emploi après avoir réintégré son ancien poste à l'issue de sa formation.

De son côté, le DRH doit gérer le remplacement temporaire du salarié pendant son congé formation (embauche sous CDD, formation au poste...). Il ne peut le remplacer définitivement, alors qu'il sait qu'en pratique ce salarié ne sera pas intéressé par la reprise de ses fonctions. Si les parties s'entendent à l'avance sur les conditions de la cessation de la relation contractuelle, une rupture conventionnelle paraît être particulièrement adaptée aux circonstances. Le DRH peut alors durablement pallier l'absence du salarié et ce dernier peut sereinement se consacrer à sa reconversion.

#### *Peut-on le faire avec un salarié qui prend sa retraite ?*

La loi n'exclut pas cette hypothèse mais, compte tenu de l'assujettissement de l'indemnité de rupture aux charges sociales avec un faible plafond, elle n'est intéressante pour les parties que si elle permet de faciliter le départ d'un salarié qui ne bénéficierait pas d'une retraite à taux plein et qui pourrait ainsi continuer à cotiser pendant les trimestres manquants tout en étant au chômage. C'est dans les cas où l'emploi comporte une certaine pénibilité que cette hypothèse paraît être envisageable : l'employeur souhaitant peut-être une main-d'œuvre plus jeune sur ce type de poste et le salarié désirant très probablement cesser toute activité.

#### **Rupture conventionnelle dans un contexte « tendu »**

##### *Peut-on le faire avec un salarié qui a fait récemment l'objet de sanctions ?*

Légalement, rien ne l'interdit.

Toutefois, cela donnerait en pratique un argument au salarié pour contester ultérieurement

la rupture de son contrat et ses précédentes sanctions. La rupture conventionnelle doit en effet être réservée par essence aux ruptures imputables ni à l'une, ni à l'autre partie.

Ce risque serait limité si le DRH était capable de démontrer que le salarié souhaite partir pour réaliser un projet personnel. Cette motivation pourrait contribuer à déconnecter la fin de la relation contractuelle et les faits antérieurement reprochés au salarié.

##### *Peut-on le faire avec un salarié faisant l'objet d'une procédure de licenciement ?*

L'hypothèse est la suivante : un DRH engage une procédure de licenciement à l'encontre d'un salarié qui veut éviter qu'une telle mesure soit prise à son encontre, que cela soit pour des raisons de principe ou de calendrier.

Si le salarié demande au DRH de renoncer à la procédure de licenciement au profit d'une rupture conventionnelle, ce dernier peut-il accéder à la demande du salarié ?

Techniquement, les parties sont à tout moment maîtres de leur relation de travail et peuvent donc convenir d'y mettre fin de manière amiable. L'homologation sera très certainement donnée par l'inspecteur du travail qui ignore la procédure de licenciement en cours.

Cependant, il convient de rappeler que, dans son principe, la rupture conventionnelle est exclusive du licenciement ou de la démission<sup>(3)</sup>. En conséquence, il n'est pas recommandé au DRH d'y procéder, car il sera toujours en mauvaise posture vis-à-vis de ce salarié. En effet, deux hypothèses sont à considérer.

– si les négociations débouchent sur une rupture conventionnelle, le salarié pourrait ultérieurement invoquer la procédure de licenciement engagée à son encontre pour remettre en cause la liberté de son consentement. Le juge saisi d'une telle contestation pourrait

<sup>(3)</sup> C. trav., art. L. 1237-11.

requalifier la rupture conventionnelle en licenciement s'il considère qu'en réalité c'est sous la pression du DRH que le salarié a été contraint de signer une rupture conventionnelle pour éviter d'être « éclaboussé » par une procédure de licenciement. La jurisprudence se montre extrêmement sensible à la coexistence des deux mécanismes et considère que le caractère amiable est faussé par la procédure en cours ;

- si les négociations échouent et que la procédure de licenciement reprend, le salarié déduira de la réceptivité du DRH à rompre amiablement le contrat que ce dernier n'était pas certain du caractère réel et du sérieux des motifs du licenciement envisagé. Le salarié pourrait alors être plus tenté qu'en d'autres circonstances de contester le bien-fondé de son licenciement.

La prudence voudrait à tout le moins que le DRH renonce expressément à sa procédure de licenciement, puis que les parties laissent passer un délai raisonnable avant d'engager les pourparlers de rupture amiable.

## Rupture conventionnelle dans un contexte économique difficile

*Faut-il comptabiliser les ruptures conventionnelles dans le seuil des 10 salariés déclenchant l'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi ?*

A notre sens, non.

L'article L. 1237-16 du Code du travail prévoit que les dispositions relatives à la rupture conventionnelle ne sont pas applicables aux ruptures de contrats de travail résultant des accords collectifs de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et des plans de sauvegarde de l'emploi. En conséquence, les vraies ruptures conventionnelles doivent être, selon nous, traitées de manière distincte. Il n'y a donc aucune raison de les comptabiliser pour apprécier si le seuil de 10 salariés entraînant la mise en œuvre d'un

plan de sauvegarde de l'emploi dans les entreprises de plus de 50 salariés est atteint ou non.

*Peut-on procéder à une rupture conventionnelle dans une entreprise qui connaît des difficultés économiques ?*

Un contexte économique difficile pour l'entreprise n'est pas à lui seul suffisant pour exclure le recours à la rupture conventionnelle.

Attention toutefois au contrôle particulièrement vigilant de l'Administration en charge de l'homologation dans ce cas précis. Il est très clairement établi que la rupture conventionnelle n'est pas une alternative aux ruptures amiables pour motif économique (plans de départs volontaires), que ces ruptures interviennent dans le cadre des accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) ou dans le cadre de la mise en œuvre des plans de sauvegarde de l'emploi (PSE).

*Qu'en est-il si l'entreprise n'a négocié aucun accord de GPEC ou de PSE ?*

Dans ce cas précis, le DRH et le salarié peuvent parfaitement recourir à la rupture conventionnelle pour se séparer.

L'homologation a toutes les chances d'être obtenue, car le Directeur départemental du travail n'est pas nécessairement informé des difficultés économiques et financières des sociétés placées dans son ressort.

En cas de multiplication des ruptures conventionnelles au sein de la même entreprise, le Directeur du travail s'attachera surtout au caractère coordonné et organisé des ruptures pour refuser son homologation s'il en déduit un détournement du dispositif de rupture conventionnelle. En d'autres termes, si un DRH se hasarde à ne pas mettre en œuvre de PSE en « rompant conventionnellement à la petite semaine » plus de dix contrats sur une période courte, cette tentative se heurtera très probablement au refus de l'homologation administrative. ■ ■ ■

Si l'homologation est accordée, le risque pour le DRH se limitera à une éventuelle action des salariés qui estimeraient être lésés par l'absence de PSE. La menace sera forte si les salariés se regroupent pour mener cette action. En effet, s'ils arrivent à démontrer que le DRH avait pris l'initiative des pourparlers de rupture et qu'ils n'ont pas été remplacés, il y a de fortes chances pour que le juge déduise des éléments soumis à son appréciation que le consentement des salariés a été vicié. Concrètement, pour obtenir gain de cause, les salariés devront faire constater au juge qu'ils n'auraient pas accepté de rompre conventionnellement s'ils avaient su qu'ils auraient pu bénéficier des mesures liées à un licenciement économique, voire à un plan de sauvegarde de l'emploi.

### **Qu'en est-il si l'entreprise a négocié un accord de GPEC ?**

Toutes les ruptures amiables intervenant dans le cadre de la GPEC ou d'un PSE sont encadrées pour assurer une protection spécifique aux salariés.

Ainsi, tout salarié occupant un poste supprimé et quittant l'entreprise doit pouvoir bénéficier des mesures d'accompagnement liées à ces dispositifs, telles que la priorité de réembauchage, la CRP ou le congé de reclassement, les mesures d'accompagnement additionnelles le cas échéant.

En pratique, cela signifie que le DRH devra déterminer si le salarié sera, ou non, remplacé après son départ (premier indice de l'éventuel caractère économique de la rupture) et, dans la négative, si ce poste était visé par la GPEC ou le PSE en cours.

Si le poste du salarié candidat au départ est visé par une imminente suppression, il est fortement recommandé de ne pas rompre conventionnellement le contrat. Tout d'abord, parce que l'homologation sera très vraisemblablement refusée si le Directeur du travail a connaissance de la

procédure par ailleurs en cours. De plus, après l'hypothétique homologation, le salarié aura la possibilité de contester la validité de la rupture conventionnelle pendant douze mois.

A l'inverse, si le poste n'est pas visé par les procédures en cours ou imminentes, rien ne devrait empêcher les parties d'utiliser la rupture conventionnelle comme mode de rupture. La question sera plus délicate si, par son départ, le salarié permet d'éviter un licenciement économique et d'éviter les mesures d'accompagnement offertes aux salariés dans ce cas de figure. En effet, quand bien même le poste n'appartient pas à une catégorie visée par les suppressions, la rupture conventionnelle a pour effet de le priver des mesures d'accompagnement. Dans ce cas de figure, la rupture conventionnelle nous semble devoir être exclue ou appliquée avec la plus grande vigilance à tout le moins.

### ***Peut-on proposer une CRP ou un congé de reclassement dans le cadre d'une rupture conventionnelle ?***

Absolument pas.

Ces dispositifs sont exclus pour ce mode de rupture. Cela reviendrait à donner implicitement un caractère économique à la rupture du contrat de travail. Une telle proposition mettrait ainsi automatiquement en péril la rupture conventionnelle.

### ***Le non-remplacement du salarié est-il le facteur déterminant du risque encouru par l'employeur ?***

Au niveau de l'homologation, *a priori* non, car cet élément est, par essence, ignoré par le Directeur départemental du travail au moment de la demande d'homologation.

Devant le conseil de prud'hommes, ce seul critère ne devrait pas suffire à remettre en cause ultérieurement la validité de la rupture conventionnelle. En effet, le non-remplacement du salarié peut être subi par le DRH si celui-ci a vainement cherché un remplaçant au salarié parti (mission confiée à un cabinet de chasseur de

têtes, annonces sur le site internet, appel aux candidatures internes, etc.). Le DRH a également pu être contraint de renoncer à remplacer le salarié parti en raison de circonstances survenues ultérieurement (modification des besoins, réduction de budgets, etc.).

Bien entendu, la conservation de toutes les preuves démontrant que le DRH n'a pas voulu rompre par voie conventionnelle un contrat de travail lié à un poste qu'il entendait supprimer pourra être nécessaire pour défendre une éventuelle remise en cause de la rupture conventionnelle par le salarié. Dans ces conditions, il est fortement recommandé de garder bien précieusement les démarches de recrutement entamées ou les informations relatives au remplacement du salarié, de même que tous les éléments démontrant l'initiative éventuelle ou la motivation du salarié pour une rupture conventionnelle.

## Entrevue préalable

### Faut-il formellement inviter les parties en vue de l'échange ?

Aucun formalisme n'est exigé pour encadrer les pourparlers sur les modalités de la séparation. En pratique, la partie à l'origine de l'ouverture des pourparlers entame le sujet verbalement pour plus de prudence. Rarement, elle enverra spontanément à l'autre partie une invitation par courrier simple ou un recommandé avec accusé de réception. Parfois, elle sera amenée à le faire par courrier électronique, notamment si les parties sont assistées au cours de l'entretien. Le DRH pourrait vouloir formaliser la tenue de ces entretiens pour prouver leur bon déroulement et se prémunir contre une éventuelle contestation ultérieure du salarié. Cependant, une formalisation à outrance de ces entretiens pourrait paraître « téléguidée » par le DRH et ainsi se retourner contre lui en raison de la pression pré-tendument subie par le salarié.

L'élément primordial est d'être en mesure de prouver la tenue des entretiens. Pour ce faire, des moyens simples existent : rendez-vous noté dans les agendas, notes prises pendant l'entretien par le DRH, présence des éventuels assistants des salariés ou de l'employeur, éventuels courriers électroniques prolongeant les discussions, les simulations de calculs d'indemnités demandés au service paie, etc.

Par réflexe et par analogie avec la procédure de licenciement, le DRH se sent parfois obligé de rappeler au salarié qu'il peut se faire assister lors des échanges. Cependant, dans le cadre des pourparlers, cette obligation ne pèse pas sur l'employeur, ce rappel est donc totalement superflu, sauf si le DRH veut être lui-même assisté pendant l'entretien (*voir infra*).

### Le temps passé par le collaborateur en entretien de négociation est-il rémunéré ?

Si les entretiens se déroulent sur le temps de travail du salarié, celui-ci a bien entendu le droit au paiement de sa rémunération.

S'ils ont lieu en dehors du temps de travail, le temps passé à échanger sur la rupture conventionnelle n'est pas rémunéré, sauf accord plus favorable négocié par le salarié.

### Combien d'entretiens sont nécessaires ?

Seule la tenue d'un entretien de négociation sur les conditions de la rupture du contrat de travail est nécessaire. Il s'agit ici d'une condition de fond dont le non-respect peut entraîner le refus d'homologation de la rupture.

En pratique, au moins deux entretiens sont indispensables pour négocier toutes les conditions de la fin de la relation contractuelle et généralement trois sont nécessaires pour finaliser les pourparlers.

Le premier entretien est celui au cours duquel les parties évoquent l'hypothèse d'un ■ ■ ■

départ et les contours de cette séparation (dates de fin de contrat, montants versés). L'idée doit faire son chemin avant que les parties ne se revoient au cours d'un deuxième entretien durant lequel les conditions sont réellement discutées dans les détails. Il est rare que les parties parviennent à un accord parfait au cours de cet entretien. Ce n'est qu'au bout du troisième rendez-vous que les parties aboutissent à un accord sur l'ensemble des modalités de rupture et sont en mesure de signer le formulaire réglementaire.

Plus il y a d'échanges, plus les parties seront sûres que l'autre donne un consentement libre et éclairé de manière ferme qui ne sera pas sujet à une rétractation ultérieure.

### **Comment s'organise l'assistance des parties au cours des entretiens ?**

Bien que la rupture conventionnelle soit exclusive du licenciement, les partenaires sociaux se sont inspirés des règles relatives à l'entretien préalable au licenciement pour régir l'assistance des parties dans le cadre de cet « *échange pour convenir de la rupture conventionnelle* », selon l'expression consacrée par le formulaire.

Cependant, l'assistance des parties dans le cadre de la rupture conventionnelle innove en instaurant un système d'assistance de l'employeur conditionnée à celle du salarié. Ce dernier doit informer préalablement la Direction de son intention de se faire assister. Aucune forme n'est exigée par les textes pour cette information. En pratique, le DRH qui souhaite être assisté lors des pourparlers, aura intérêt à rappeler au salarié sa faculté d'être assisté ou à lui demander s'il compte être lui-même conseillé lors des entretiens.

Il n'est pas recommandé au DRH de se faire assister si le salarié ne l'est pas lui-même. Non

seulement parce que ce cas de figure est écarté par les textes, mais surtout parce qu'il pourrait être reproché à la direction d'avoir voulu faire pression sur le salarié.

Au cours des entretiens, l'avocat ne peut pas assister son client, qu'il soit salarié ou employeur, probablement parce que l'assistance des parties doit être effectuée à titre gratuit. A ce titre, il est intéressant de préciser que l'assistant du salarié n'a pas à être rémunéré au *pro-rata* du montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle. S'il paraît déplacé, ce rappel a été nécessaire dans un cas isolé où l'assistant du salarié a tenté de tirer parti de son nouveau rôle en négociant une partie de l'indemnité spécifique. En effet, dans le cadre du licenciement, le seul enjeu de son intervention est de défendre le salarié pour éviter son licenciement. Ici, il est de le défendre au mieux ses intérêts dans le cadre de la rupture, ce qui inclut ses intérêts financiers...

### **Éléments à négocier**

La négociation doit porter notamment sur la date de départ du salarié, le montant de ses indemnités de rupture, les éléments de son solde de tout compte, le sort de ses différents avantages en nature et des droits qu'il a acquis, le maintien ou non d'obligations contractuelles et enfin les modalités de communication autour de son départ.

### **A quelle date fixer le départ du salarié ?**

Librement déterminée par les parties, elle ne peut cependant pas intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation de la convention par le Directeur départemental du travail. Une certaine marge doit donc être prise en considération par les parties pour ne pas risquer de voir leur demande d'homologation

refusée, la date de rupture étant une condition de fond de la validité de la convention soumise au contrôle du Directeur du travail. Le DRH devra être particulièrement vigilant dans la fixation de la date de rupture lorsqu'il s'agit du départ d'un salarié protégé (*voir infra*).

Il convient de souligner qu'il n'existe pas de période de préavis dans le cadre de la rupture conventionnelle. Le contrat de travail continue toutefois de s'exécuter normalement jusqu'à la date fixée pour sa rupture.

### **Quel est le montant de l'indemnité de rupture ?**

Le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ne peut pas être inférieur à celui de l'indemnité légale de licenciement prévue à l'article L. 1234-9 du Code du travail, calculé *pro rata temporis* lorsque le salarié a moins d'un an d'ancienneté. Le montant de l'indemnité légale de licenciement représente donc un plancher que les parties peuvent librement dépasser, notamment pour se conformer à l'intention des partenaires sociaux. Mais il paraît raisonnable, lorsque ce montant est plus élevé, de verser l'indemnité conventionnelle de licenciement pour respecter l'esprit de la rupture conventionnelle qui consistait à offrir aux salariés le même niveau de compensation qu'en cas de licenciement.

L'Acos a aligné le régime de l'indemnité spécifique sur celle de l'indemnité conventionnelle de licenciement. Ainsi, les indemnités de rupture conventionnelle sont exonérées d'impôt sur le revenu et de cotisations dans la limite des plafonds applicables aux indemnités de licenciement, sauf si elles sont versées à un salarié susceptible de bénéficier d'une pension de retraite (*voir supra*).

Enfin, il convient de rappeler que le montant de l'indemnité spécifique sera pris en compte

pour calculer le délai de carence avant la prise en charge du salarié par le Pôle emploi.

### **Quels sont les éléments à prendre en compte et comment procéder pour l'établissement du solde de tout compte ?**

Il est fortement recommandé au DRH de prévoir l'incidence financière de la séparation dans les moindres détails. Parmi ces éléments, il est important d'aborder la question des congés payés ou RTT acquis, des éléments de rémunération variable dont la date d'exigibilité et/ou de calcul serait postérieure à la date de rupture, aux compensations à opérer, aux avances de frais professionnels, aux prêts à rembourser, etc.

Mieux vaut demander à son service paye des simulations précises pour les présenter au salarié et éviter des déconvenues ultérieures. Autant que possible, le montant net sera apprécié du salarié et évitera des éventuelles déconvenues le dernier jour au moment de la remise du solde de tout compte.

### **Quels sont les autres éléments à envisager ?**

Il s'agit ici de traiter des éléments auxquels le salarié peut prétendre dans le cadre d'une rupture classique, de régler le sort des obligations auxquelles il pourrait être encore tenu après la rupture de son contrat et de s'entendre sur la communication qui entourera la rupture. Il en va ainsi de ses éventuels droits à *stock-options*, du sort de son DIF, de la reprise potentielle du véhicule de fonction, de l'ordinateur ou du téléphone portable d'entreprise... S'agissant des *stock-options*, il faut relever que ce peut en effet être un sujet de discussion car les plans, souvent établis avant la création de la rupture conventionnelle, peuvent ne pas couvrir ce cas de rupture. ■ ■ ■

### Que devient le DIF dans le cadre de la rupture conventionnelle ?

Les textes relatifs à la rupture conventionnelle sont silencieux sur le sort du DIF. Deux questions se posent : celui de la portabilité du DIF et celui de l'exercice du DIF concomitamment à la rupture conventionnelle.

Le DIF est un droit acquis et portable. Il y a tout lieu de penser que le DIF sera portable en cas de rupture conventionnelle. On demeure dans l'attente d'une confirmation des textes sur ce point.

Les règles applicables aux demandes de DIF en cas de licenciement sont-elles transposables à la rupture conventionnelle ?

A défaut d'accord particulier des parties sur ce point, deux options sont envisageables.

Soit on considère qu'après l'homologation le salarié effectue une sorte de préavis qui lui permet d'obtenir le bénéfice du DIF sans refus possible de la part de son employeur.

Soit on considère qu'après l'homologation les règles spécifiques du DIF ne sont pas applicables, car aucun préavis n'est dû en cas de rupture conventionnelle.

C'est à notre sens la seconde solution qu'il convient de retenir car elle a l'avantage de respecter l'esprit du dispositif. En effet, la circulaire du 17 mars 2009 précise d'ailleurs que pendant la procédure, et jusqu'à la date de rupture, les modalités habituelles d'exercice du contrat de travail doivent prévaloir.

Il est par ailleurs recommandé aux parties d'envisager le sort des obligations qui pèsent sur le salarié en cas de résiliation du contrat de travail, qu'il s'agisse d'un simple rappel de son obligation ou, bien au contraire, de la négociation d'une dispense de respecter ses obligations contractuelles de non-concurrence, de non-sollicitation ou encore de confidentialité, etc.

Enfin, il ne faut pas oublier la communication interne ou externe sur le départ du salarié. Il s'agit là d'un sujet délicat qu'il convient d'aborder pour garantir que la séparation aura lieu sans anicroche. Il peut également être discuté des recommandations que l'employeur pourra être amené à formuler sur demande de futurs recruteurs.

### Formalisation de l'accord des parties

#### Le formulaire réglementaire suffit-il ?

Le formulaire réglementaire de rupture conventionnelle a été conçu pour être accessible à n'importe quel employeur. Sa simplicité délibérée peut parfois dérouter les DRH rompus à la complexité des documents destinés à formaliser un

accord amiable ou la résolution d'un désaccord (transaction).

Si les parties l'estiment nécessaire, elles peuvent être amenées à compléter par des feuillets annexes les éventuels points non prévus dans la convention réglementaire. Cependant, ces annexes ne seront pas obligatoirement transmises à l'Administration dans la mesure où cette dernière considère que le formulaire réglementaire est « *auto-suffisant* » pour obtenir l'homologation du Directeur du travail, aucun autre document ne pouvant et ne devant être exigé lors de l'instruction du dossier.

Quelles sont les hypothèses classiques où l'accord des parties ne pourrait pas rentrer dans les cases du formulaire ? Sans que cette liste soit exhaustive, les éléments de négociations tels visés *supra* pourront faire l'objet d'un écrit. Ils ne seront pas transmis à l'Administration par le DRH pour recevoir son homologation, mais pourront éventuellement être dévoilés devant le juge en cas de contentieux.

#### Qui est habilité à signer pour l'employeur ?

Toute personne qui est représentant légal de la société ou ayant reçu une délégation de pouvoir

de la part du représentant légal est habilité à signer. Le DRH détient généralement ce pouvoir. Néanmoins, il convient de vérifier la rédaction du document lui donnant ce pouvoir afin de s'assurer qu'elle vise tout type de rupture (et non seulement les licenciements).

## Demande d'homologation

### A partir de quelle date peut-on envoyer le formulaire au Directeur du travail ?

A compter de la signature de la convention de rupture, les parties doivent respecter un délai de rétractation de 15 jours calendaires. Celui-ci est décompté à partir du lendemain de la date de signature de la convention de rupture et se termine au 15<sup>e</sup> jour à minuit. A titre d'illustration, pour une convention signée le 1<sup>er</sup> juin, le délai expire le 16 juin à minuit. Concrètement, ce n'est que le 17 juin que la partie signataire la plus diligente pourra adresser le formulaire réglementaire au Directeur du travail afin de solliciter son homologation.

### Sous quelle forme doit s'effectuer l'envoi ?

Aucune forme particulière n'est exigée. Toutefois, le délai d'instruction débutant au jour de la réception de la demande, il est naturellement recommandé de conserver une preuve de ses diligences. La demande peut être envoyée par lettre recommandée avec accusé de réception. Elle est parfois remise contre décharge entre les mains de l'autorité compétente pour gagner du temps.

### A qui adresser sa demande d'homologation ?

Le Directeur du travail compétent est celui du département dont relève l'établissement où est employé le salarié. Dans l'hypothèse d'un salarié employé par une entreprise étrangère en France sans établissement stable mais titulaire

d'un contrat de travail à durée indéterminée de droit français, le Directeur du travail du département dont relève l'adresse personnelle du salarié est compétent.

## Instruction du dossier par le Directeur du travail

### Que se passe-t-il au sein de la DDTEFP ?

*Qu'en est-il si le dossier n'a pas été adressé à la DDTEFP compétente ?*

La DDTEFP territorialement incompétente informera l'expéditeur de la demande d'homologation de son erreur. Ce dernier n'aura toutefois pas à renouveler sa demande auprès de l'autorité compétente, car la DDTEFP saisie à tort transmettra directement la demande au Directeur compétent. Seul bémol : le délai d'instruction ne commencera à courir que lorsque la DDTEFP compétente aura été saisie. En conséquence, il est recommandé au DRH de s'assurer au préalable de la compétence de la DDTEFP pour éviter que le dossier ne soit retardé.

*Quelles sont les diligences menées par l'Administration ?*

Le Directeur du travail vérifie que le dossier est complet et accuse réception, tant auprès de l'employeur que du salarié, de la demande d'homologation par un courrier mentionnant la date d'arrivée de la demande et la date à laquelle le délai d'instruction expire. Si les deux parties ont adressé chacune de leur côté une demande d'homologation, c'est la date d'arrivée de la première demande qui sera prise en compte.

### Que se passe-t-il au sein de l'entreprise ?

En théorie, le contrat continue comme à son habitude. En pratique, le salarié prend ■ ■ ■

bien souvent ses congés payés au cours de cette période car il lui est difficile de continuer à s'investir ou imprudent de commencer la passation de ses dossiers.

### **Quelles sont les réponses possibles du Directeur du travail ?**

#### *Comment se formalise l'homologation ?*

Dans le délai de quinze jours, le Directeur du travail notifie par écrit à chacune des parties sa décision, à savoir son homologation ou le rejet de la demande d'homologation.

Si l'homologation n'a pas à être motivée, le refus du Directeur du travail doit s'accompagner de la ou les raisons de fait ou de droit justifiant sa décision.

#### *Quand peut-on considérer bénéficier d'une homologation implicite ?*

L'instruction du Directeur du travail s'effectue dans les quinze jours ouvrables à partir de la réception de la demande (seuls le dimanche et les jours fériés habituellement chômés sont exclus de ce décompte qui débute le lendemain du jour ouvrable de réception de la demande d'homologation et expire au dernier jour ouvrable d'instruction à minuit). Lorsque le délai d'instruction (tout comme celui de rétractation) expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

À l'issue de ces quinze jours, les parties peuvent valablement se prévaloir d'une homologation implicite si aucune irrégularité de forme n'est constatée par le Directeur du travail (*voir infra*). A compter de cette date, le DRH pourra donc se prévaloir d'une séparation sûre et certaine et débiter des démarches pour remplacer le salarié partant.

À l'expiration de ce délai, l'inertie de l'Administration est sans retour : elle est automatiquement dessaisie du dossier. Elle n'a plus le droit

d'instruire le dossier ou encore moins de retirer l'homologation par une décision explicite de rejet. Même un motif tiré de l'illégalité ou de l'opportunité serait sans effet.

#### *Que faire si la demande d'homologation est rejetée pour des raisons de forme ?*

Si la demande d'homologation est incomplète, le Directeur du travail adresse un courrier par lequel il informe les deux parties que leur demande est irrecevable et leur précise que le dossier ne peut pas être considéré comme recevable. En conséquence, les parties ne pourront se prévaloir de l'acquisition d'une homologation implicite. Il leur appartiendra de compléter utilement le formulaire et renouveler leur demande.

Pour éviter de perdre quinze précieux jours, il peut être recommandé de se déplacer pour déposer le dossier et faire vérifier qu'il est complet.

## **Contestations et transaction**

### **Est-il possible de contester un refus d'homologation ?**

Oui.

Le salarié et l'employeur peuvent tenter un recours contre le refus d'homologation d'une rupture conventionnelle devant le juge. Ce recours doit être formé, à peine d'irrecevabilité, avant l'expiration d'un délai de douze mois à compter de la date de refus de l'homologation de la convention. C'est le conseil des prud'hommes qui est compétent pour connaître du litige, sauf pour les salariés protégés.

Les motifs du refus seront librement appréciés par le conseil de prud'hommes. Le juge devra trancher la question cruciale de l'expression libre et éclairée du consentement des parties lors de la négociation et de la signature de la rupture conventionnelle.

L'annulation par le juge du refus d'homologation n'entraîne pas l'homologation de la rupture conventionnelle. Cette annulation doit être suivie d'une nouvelle saisine du DDTEFP compétent qui doit à nouveau statuer tout en tenant compte de l'autorité de la chose jugée. En aucun cas le conseil des prud'hommes n'est compétent pour accorder l'homologation de la rupture conventionnelle. Quand bien même le juge s'est parfois arrogé ce pouvoir, la loi ne l'a pas accordé qu'à l'Administration.

### **Est-il possible de contester la validité d'une rupture conventionnelle ?**

Oui.

La rupture conventionnelle peut être contestée par l'une ou l'autre des parties pour vice du consentement.

Pour les salariés non protégés, ce recours doit être formé devant le conseil de prud'hommes, à peine d'irrecevabilité, avant l'expiration d'un délai de douze mois à compter de la date d'homologation de la convention.

En d'autres termes, seuls les cas de dol, violences (exemple : pressions du DRH sur le salarié) et vices du consentement (exemple : un salarié non remplacé aurait-il accepté la rupture conventionnelle s'il avait eu connaissance de la mise en œuvre d'un plan de départs volontaires plus favorable ?) seraient susceptibles de remettre en cause la validité d'une rupture conventionnelle.

Les chances de succès du salarié sont nettement plus ténues que lorsque le salarié conteste le motif de son licenciement. Non seulement, l'angle d'attaque de la rupture conventionnelle (vice du consentement) est bien plus limité que pour un licenciement, mais, en outre, c'est au salarié de rapporter la preuve du vice de son consentement (alors que c'est à l'employeur de prouver le caractère réel et sérieux de son licenciement).

### **Peut-on valablement signer une transaction après l'homologation d'une rupture conventionnelle ?**

A notre sens, il est dangereux de transiger sur des éléments qui étaient connus des parties au moment de la négociation de la rupture conventionnelle, c'est-à-dire sur des éléments antérieurs à la date de signature du formulaire. La rupture conventionnelle n'est recommandée que lorsque les parties s'entendent explicitement sur les conditions de rupture du contrat de travail et implicitement sur les conditions d'exécution de la relation contractuelle. En effet, une transaction faisant état d'un litige entre les parties à une rupture conventionnelle mettrait inéluctablement en péril le caractère éclairé du consentement des parties et donc la validité même de la rupture conventionnelle.

La rupture conventionnelle n'est pas conçue pour sécuriser toute la relation de travail en faisant renoncer le salarié à toute action engagée à l'encontre de son employeur du fait de la conclusion, l'exécution ou la résiliation du contrat de travail.

Si le DRH veut se prémunir contre une éventuelle contestation relative aux conditions de conclusion ou d'exécution du contrat de travail, il lui appartiendra d'identifier le différend susceptible de survenir après la séparation (notamment sur le paiement d'un élément de salaires) et de le résoudre préalablement à la conclusion de la rupture conventionnelle (exemple : transaction sur une demande en rappel en paiement d'heures supplémentaires). Ainsi, le DRH pourra, dans ce cadre précis, obtenir une renonciation d'instance et d'action sur le sujet abordé dans le cadre de cette transaction. Bien entendu, si les parties transigent sur le paiement d'un élément de salaire, il sera obligatoire de soumettre à charges sociales le montant ainsi versé au salarié en contrepartie de sa renonciation. Le traitement social et fiscal peu avantageux ■ ■ ■

de ces sommes conduira peut-être le DRH à affiner l'appréciation de son risque et à l'assumer dans la plupart des cas.

## Rupture conventionnelle et salariés protégés

La rupture conventionnelle peut s'appliquer aux salariés protégés (délégués du personnel, délégués syndicaux, membre élu du comité d'entreprise, etc.) sous réserve du respect de la procédure protectrice dont ils bénéficient.

### A quelle date fixer le départ du salarié ?

La date de rupture du contrat ne peut intervenir au plus tôt que le lendemain du jour où l'inspecteur du travail a autorisé la rupture.

Par ailleurs, sa fixation peut s'avérer stratégique si des échéances collectives doivent prochainement tomber.

Le DRH devra donc prendre en compte ces éléments pour s'accorder sur la fin de la relation contractuelle qui marquera également la fin du mandat représentatif du salarié.

### Quelles sont les informations à communiquer au CE ?

Lorsque son avis s'impose, le DRH devra convoquer le comité d'entreprise après avoir arrêté toutes les conditions de la rupture, mais avant la signature de la convention de rupture. Le formulaire ou les éléments de la négociation n'ont pas à être transmis au comité et la discussion devrait se limiter au principe même de la rupture du contrat.

Doit-on à ce titre indiquer le montant de l'indemnité spécifique ? Bien entendu, le comité estimera avoir le droit d'obtenir cette information. En l'absence de précisions à ce sujet, les parties pourraient se contenter de mentionner si le montant correspond au montant plancher ou si les parties ont négocié un montant supérieur.

Pour donner une certaine légitimité à la discrétion entourant les conditions de la rupture, le contenu de la note d'information remise au comité pourrait être défini en commun accord entre le DRH et le salarié protégé et cosigné par les deux.

### Peut-on signer le formulaire avant d'avoir le procès-verbal de réunion du CE ?

Postérieurement à l'avis donné en comité, les parties peuvent signer le formulaire qui fera partir le délai de quinze jours calendaires de rétractation. Il ne semble pas nécessaire d'attendre la rédaction du procès-verbal de la réunion du comité pour signer le formulaire. Cependant, par prudence, il pourrait être conseillé de détenir ce document pour prouver le respect des obligations en la matière.

### Comment procéder vis-à-vis de l'inspecteur du travail ?

La demande d'autorisation accompagnée d'un exemplaire du formulaire doit être adressée à l'inspecteur du travail au moyen du formulaire réglementaire spécifique aux salariés protégés. **Attention**, s'agissant d'une demande d'autorisation, et non plus d'une simple demande d'homologation, c'est bien l'inspecteur du travail qui est destinataire du courrier, et non le Directeur du travail.

L'instruction de la demande d'autorisation est conduite dans les conditions de droit commun. Le délai d'instruction peut être prolongé au-delà de quinze jours (et ce jusqu'à deux mois) si les nécessités de l'enquête contradictoire le justifient. Il convient par prudence de prendre en compte cette éventuelle prolongation au moment où la date de rupture du contrat est négociée.

Tout recours contre la décision de l'Administration relative à l'autorisation de la rupture conventionnelle d'un salarié protégé est formé devant le ministre et/ou devant le tribunal administratif selon la règle de droit commun. ♦

Calendrier de procédure	
Etapes de la procédure	Délais
Premier entretien. Prise de contact entre les parties. Discussion sur les points majeurs de la rupture conventionnelle.	J – 15
Période de réflexion laissée aux parties. Pour le DRH : - demande de simulation du solde de tout compte auprès du service paie ; - prise de conseil auprès de l'avocat de l'entreprise.	J – 14 à J – 8
Deuxième entretien. Négociation des éléments de l'accord en détail.	J – 7
Eventuelle rectification de la simulation auprès du service paie en vue de la signature de la convention.	J – 6
Troisième entretien. Finalisation des négociations et signature du formulaire réglementaire.	J
Renseignement pris sur la DDTEFP compétente destinataire de la demande d'homologation.	J + 15
Fin du délai de rétractation de quinze jours calendaires. Envoi d'une demande d'homologation, par lettre recommandée avec avis de réception, à la DDTEFP.	J + 16
Réception de la demande d'homologation par la DDTEFP.	J + 17
Instruction de la demande d'homologation par la DDTEFP. Appel de la DDTEFP pour s'assurer de la bonne réception de la demande d'homologation et du dossier complet.	J + 17 à J + 31
Date butoir de 15 jours ouvrables accordée à la DDTEFP pour homologuer la convention (le silence gardé pendant ce délai vaut homologation). Entretien avec le salarié pour lui confirmer l'homologation et les modalités d'application de la convention.	J + 32
Annonce du départ du salarié aux membres du personnel (communication éventuellement arrêtée conjointement par la DRH et le salarié). Début de la passation des dossiers du salarié.	J + 33
Rupture du contrat de travail à la date fixée dans la convention – remise des documents de rupture du contrat de travail. Restitution par le salarié des objets appartenant à l'entreprise.	Date fixée par les parties (au plus tôt le lendemain de la date d'homologation)

### Points à aborder lors de la négociation d'une rupture conventionnelle

- Information du salarié sur sa situation concernant les éléments de son solde de tout compte pour lui permettre de connaître le montant de ses droits.
- Date de rupture du contrat de travail (date à laquelle le salarié cessera effectivement ses fonctions).
- Montant de l'indemnité spécifique de rupture.
- Conditions d'exécution de la prestation de travail entre la date de signature de la convention de rupture amiable et la date de rupture (par exemple : prise de congés, formation grâce aux heures de DIF ou éventuelle anticipation de la passation des dossiers).
- Obligation de confidentialité quant aux points négociés dans le cadre de la rupture conventionnelle.
- Obligation de confidentialité liée à sa collaboration avec la Société.
- Sort du DIF (nombre d'heures acquises, montant de l'allocation formation, éventuelle demande avant la date de la rupture).
- Sort de la clause de non-concurrence.
- Sort de la clause de dédit formation.
- Sort d'une clause pénale (indemnité conventionnelle de fin de contrat).
- Sort des *stock-options* du salarié.
- Sort des autres plans (plan de retraite supplémentaire, par exemple).
- Sort de la mutuelle.
- Date de restitution de l'équipement mis à sa disposition (notamment : téléphone mobile, ordinateur portable, voiture de fonction).
- Communication sur le départ du salarié (contenu et date de communication aux salariés).
- Prise en charge éventuelle des frais de conseil de négociation auxquels le salarié a été exposé (exemple : consultation d'un avocat ou d'un fiscaliste).

### Comment l'expliquer en deux mots anglais ?

The Law n° 2008-596 of 25 June 2008 on the modernisation of the labour market, which partially retranscribes the National Inter-Professional Agreement of 11 January 2008, allows the adaptation of current social legislation by putting in place a "flexicurity" allowing more flexibility for the employers and more security for the employees.

Within this framework, the Law provides amicable termination by mutual agreement. At the end of a 15-day retraction period allowed for both parties, the termination will be officially recognised by the departmental Labour Director who will have a 15-day prefix period, at the end of which his silence will be regarded as an approval. For protected employees, amicable termination will remain subject to the authorisation of the Labour Inspector, within common law provisions.

The parties concerned by such an amicable termination freely negotiate a specific termination compensation, the amount of which cannot be inferior to 1/5th of a month per year of service.

This amount is exempted from contribution and tax.

Moreover, the employee will also be eligible for unemployment benefit.

An appeal is possible before an expiry period of 12 months, to be taken from the date of approval.