

(Source : Infodoc-experts)

Rupture conventionnelle : un formalisme et des étapes à respecter

Etude Sociale

3ème trimestre 2008

www.oec-paris.fr



SOMMAIRE

- Présentation générale
- Le Plus de l'Expert
- Annexes

Ordre des experts-comptables
Région Paris Ile-de-France



Rupture conventionnelle : un formalisme et des étapes à respecter

Présentation générale

Parmi les différentes mesures de la loi portant modernisation du marché du travail (LMT) n° 2008-596 du 25 juin 2008, figure un nouveau mode de rupture du contrat de travail : la rupture conventionnelle du contrat de travail.

La rupture conventionnelle, exclusive du licenciement et de la démission, est décidée d'un commun accord par l'employeur et le salarié mais ne vise que les salariés en CDI, y compris les salariés protégés, les contrats à durée déterminée pouvant déjà être rompus d'un commun accord.

Elle ne peut être mise en œuvre si la rupture s'effectue dans le cadre des accords collectifs de GPEC ou des PSE (plans de sauvegarde de l'emploi).

Il faut noter que les dispositions légales sur le licenciement économique ne s'appliquent pas aux ruptures conventionnelles : face à des difficultés économiques, l'employeur pourra, si le salarié accepte la rupture conventionnelle, ne pas mettre en œuvre la procédure de licenciement économique. Toutefois, pour calculer les seuils d'effectif déclenchant l'obligation de mettre en œuvre un PSE, il faudra à notre avis comptabiliser les salariés partis dans le cadre d'une rupture conventionnelle.

En revanche, la circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008 précise que la rupture conventionnelle ne s'inscrit pas dans une démarche visant à contourner des procédures et des garanties légales, aussi elle ne doit pas être utilisée pour rompre un contrat de travail suspendu pour accident du travail, maladie, maternité ou encore en cas d'inaptitude physique.

Schématiquement, la rupture conventionnelle suppose le respect d'une procédure en trois étapes :

- Les parties négocient les modalités de la rupture lors d'un ou plusieurs entretiens ;
- La convention de rupture étant signée (un modèle de convention est proposé par l'administration), chacune des parties dispose d'un délai de 15 jours calendaires pour se rétracter ;
- A l'issue du délai de rétractation, la convention est transmise à la DDTEFP (ou à l'inspecteur du travail s'agissant d'un salarié protégé) en vue d'homologation. L'adminis-

tration dispose de 15 jours ouvrables pour homologuer la convention et vérifier à ce titre la procédure de rupture et l'échange des consentements. A défaut de réponse dans ce délai, l'homologation est acquise.

La date de la rupture doit être fixée par la convention et elle ne peut pas être antérieure en tout état de cause au lendemain du jour de l'homologation par l'administration.

Il est important de relever que l'homologation ne vaut pas transaction et le salarié pourra malgré tout agir aux prud'hommes.

Afin d'anticiper le contrôle judiciaire, il faut particulièrement veiller au respect de la procédure. Il est ainsi vivement conseillé de tenir plusieurs entretiens espacés par un délai raisonnable, la procédure faisant l'objet à chaque fois d'un constat par écrit.

Le consentement du salarié doit être libre et éclairé, ce dernier doit donc mesurer toute la portée de son engagement. L'assistance des parties par un tiers habilité, prévue dans des conditions précises par la loi, peut ainsi permettre d'écarter l'existence de tout vice du consentement.

Le salarié perçoit une indemnité spécifique de rupture conventionnelle, dont le montant ne peut être inférieur à l'indemnité légale du licenciement. Le seuil minimum de l'indemnité est bien constitué par l'indemnité légale du licenciement et non par l'indemnité conventionnelle de licenciement si celle-ci est plus favorable.

L'indemnité versée est exonérée de charges sociales dans les mêmes conditions et limites que l'indemnité de licenciement, mais il n'y aura pas d'exonération lorsque le salarié est en mesure de bénéficier d'une pension de retraite d'un régime légalement obligatoire (soit, en principe, à partir de 60 ans ou plus tôt dans le cadre des départs anticipés) afin d'éviter le contournement des règles strictes de la mise à la retraite.

Le salarié dont le CDI a été rompu conventionnellement, peut bénéficier de l'allocation d'aide au retour à l'emploi. Ainsi, le règlement de l'assurance chômage a été modifié pour intégrer cette nouvelle catégorie de bénéficiaires potentiels. L'avenant au règlement est en attente d'agrément ministériel.

(Source : Infodoc-experts)

Présentation générale

Avant l'entrée en vigueur de la rupture conventionnelle, l'employeur et le salarié désireux de mettre un terme à leur relation contractuelle étaient face à un quasi vide juridique.

En effet, quand le salarié faisait part à l'employeur de son souhait de quitter la société, deux solutions trouvaient à s'appliquer :

- soit il présentait sa démission, ce qui avait pour effet de le priver de ses droits à l'assurance chômage ;
- soit l'employeur le licenciat le salarié pour qu'il puisse bénéficier des prestations de l'ASSEDIC. Cette solution n'était pas plus appropriée puisque coûteuse pour l'entreprise (coût des indemnités de licenciement et parfois du préavis).

S'était alors développée la pratique du « licenciement arrangé » consistant à licencier le salarié (parfois pour faute grave pour éviter à l'entreprise de payer l'indemnité de licenciement et le préavis) afin qu'il puisse bénéficier de l'assurance chômage. Le salarié, convenant avec son employeur de ne plus se présenter à son poste, le motif du licenciement pour absence injustifiée était tout trouvé.

La rupture conventionnelle n'est cependant satisfaisante qu'en apparence puisque, si la procédure de rupture conventionnelle est assez simple, elle reste somme toute très longue (procédure d'homologation) et coûteuse (indemnité au moins égale à l'indemnité de licenciement).

En conclusion,

il y a fort à parier que le « licenciement arrangé » n'est pas prêt de disparaître. De même, la rupture conventionnelle ne mettra pas de coup d'arrêt aux transactions dont l'objet est différent puisque la transaction a pour effet de régler les conséquences financières de la rupture et notamment d'éviter une action en justice. Elle devrait toutefois être utilisée pour éviter les procédures de licenciement pour motif économique dans les PME et TPE.

Rupture conventionnelle : un formalisme et des étapes à respecter

« Le Plus de l'expert »

La loi portant modernisation du marché du travail (LMT) n° 2008-596 du 25 juin 2008 (JO 26 juin 2008), élaborée à l'origine en concertation avec les parties signataires de l'ANI (accord national interprofessionnel) du 11 janvier 2008 est entrée en vigueur le 27 juin 2008 et donne une traduction législative à cet accord. Elle prévoit notamment la création d'un nouveau mode de rupture du contrat de travail à durée indéterminée, rupture conventionnelle, qui devra être homologuée par l'administration.

En pratique, ce dispositif peut être réellement mis en œuvre suite à la publication au JO du 19 juillet 2008 du décret n° 2008-715 et d'un arrêté du 18 juillet 2008 permettant de rendre effectif ce nouveau mode de rupture du contrat de travail. Un arrêté du 28 juillet 2008 (JO du 6 août 2008) a modifié l'arrêté du 18 juillet 2008 s'agissant du formulaire de demande d'homologation d'un salarié protégé.

Il s'agit d'un nouveau mode de rupture du CDI se caractérisant par la signature d'une convention entre les parties au contrat qui auront, au préalable, respecté une procédure destinée à garantir la liberté du consentement des parties.

Pour que ce mode de rupture soit valide, des conditions doivent être respectées :

- Un consentement libre des parties sur le principe de la rupture et sur ses modalités ;
- Le respect des règles de fond et de forme fixées par la loi : respect de la procédure et des étapes clés de celle-ci, assistance des parties, délais, indemnité spécifique, etc.
- La signature d'une convention de rupture entre les parties ;
- L'homologation de la convention de rupture par la DDTEFP ou l'autorisation de la rupture par l'inspecteur du travail pour le salarié protégé.

Tout litige concernant la convention, l'homologation ou le refus d'homologation relève de la compétence du conseil des prud'hommes, à l'exclusion de tout autre recours contentieux ou administratif (art L. 1237-14 C. tr.). Pour les salariés protégés, les recours formés contre les décisions des ins-

pecteurs du travail autorisant ou refusant l'autorisation conventionnelle sont formés devant le ministre et/ou devant le tribunal administratif selon la règle de droit commun (art. R. 2422-1 C. tr).

S'agissant de la prescription, le recours juridictionnel doit être formé avant l'expiration d'un délai de 12 mois à compter de la date d'homologation de la convention (art. L. 1237-14 C. tr).

Ce nouveau mode de rupture de la relation contractuelle doit nécessairement faire l'objet d'une attention particulière tant sur la forme que sur le fond.

1. Le champ d'application de la rupture conventionnelle

Il s'agit ici de présenter le champ d'application de ce nouveau mode de rupture du contrat de travail ainsi que les salariés concernés.

1.1 Champ d'application contractuel de la rupture conventionnelle

Ce mode de rupture est-il propre aux CDI ou peut-il être appliqué aux ruptures de CDD ?

Si aucune mention du code du travail n'exclut expressément la possibilité de mettre en œuvre la rupture conventionnelle dans le cadre d'un CDD, plusieurs dispositions légales excluent une telle application :

- Les nouvelles dispositions légales relatives à la rupture conventionnelle sont codifiées dans le titre III du livre II de la 1ère partie C. tr. intitulé « Rupture du CDI » ;
- L'alinéa 2 de l'article L. 1233-67 C. tr. spécifie que la rupture conventionnelle est « exclusive du licenciement ou de la démission » qui sont deux modes de rupture propres au CDI ;
- Un CDD ne peut être rompu avant son terme que dans les cas prévus à l'article L. 1243-1 C. tr. où ne figure pas la rupture conventionnelle ;
- La circulaire DGT du 22 juillet 2008 définit la rupture conventionnelle comme le moyen de rompre d'un commun accord « le CDI » qui lie l'employeur et le salarié.

(Source : Infodoc-experts)

« Le Plus de l'expert »

L'employeur souhaitant mettre un terme à un CDD de manière anticipée par le biais de la rupture conventionnelle s'expose aux sanctions prévues par l'art. L. 1243-4 C. tr. : condamnation au versement de dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations que le salarié aurait perçues jusqu'au terme de son contrat de travail.

Cependant, en application de l'art. L. 1243-1 C. tr., la rupture anticipée du CDD reste possible par accord des parties résultant d'une volonté claire et non équivoque de rompre le contrat. Cet accord ne doit pas être confondu avec la rupture conventionnelle.

1.2 Salariés concernés

Tous les employeurs et tous les salariés peuvent conclure une rupture conventionnelle y compris les salariés bénéficiant d'une protection en raison du mandat qu'ils exercent (cf. 6).

S'il est possible de rompre conventionnellement le contrat de travail de tout salarié dans la mesure où son consentement est libre et où il n'y a pas discrimination ou atteinte à ses droits, ce mode de rupture devrait être écarté à l'égard de certains publics.

En effet, malgré le silence du texte, la rupture conventionnelle ne devrait pas être possible, par exemple, durant la période de protection de la femme enceinte durant laquelle le licenciement est interdit.

De même, la jurisprudence a jusqu'à présent écarté la rupture amiable à chaque fois que la loi impose une procédure particulière pour le licenciement (accident du travail ou incapacité par exemple). Il est fort probable que la Cour de cassation n'admettra pas la rupture conventionnelle dans ces hypothèses.

Cette position est confortée par la circulaire DGT du 22 juillet 2008 qui insiste sur le fait que « la rupture conventionnelle ne s'inscrit pas dans une démarche visant à contourner des procédures et des garanties légales ». Cette circulaire dresse ainsi une liste non exhaustive de situations parmi lesquelles : les différentes périodes de protection de l'emploi (accidents du travail, maladie professionnelle et de droit commun, la maternité), les procédures engagées (pour incapacité médi-

cale, licenciement).

1.3 Cas de rupture exclus du champ d'application de la rupture conventionnelle

Au regard de l'article L. 1237-16 C. tr., la rupture conventionnelle n'a pas vocation à s'appliquer à toutes les formes de rupture.

Ainsi, les ruptures intervenant dans le cadre des accords de gestion prévisionnelle des emplois (GPEC) et des plans de sauvegarde de l'emploi (PSE) relèvent des garanties prévues pour ces procédures spécifiques et non des dispositions relatives à la rupture conventionnelle.

Ainsi, la procédure légale de la rupture conventionnelle ne s'applique pas lorsque la rupture du contrat résulte d'un accord de GPEC ou d'un PSE.

De même, la loi précise expressément que les procédures liées au licenciement économique ne s'appliquent pas à la rupture conventionnelle.

Remarque :

Il conviendra d'être attentif sur le risque de requalification et de refus d'homologation des ruptures conventionnelles dans un contexte de licenciement économique : il n'est pas exclu que les juges vérifient s'il n'y a pas une fraude à la loi destinée à contourner la législation sur les licenciements économiques.

2. La procédure de rupture conventionnelle

La validité de ce mode de rupture est conditionnée par le respect de conditions de fonds et le suivi d'un calendrier jalonné d'étapes clés pour justifier notamment le consentement libre et éclairé des parties.

2.1 L'organisation d'entretiens : nombre, tenue et « effectivité »

L'article L. 1237-12 du C. tr. précise que « les parties au contrat conviennent du principe d'une rupture conventionnelle lors d'un ou plusieurs entretiens (...) ». ».

Rupture conventionnelle : un formalisme et des étapes à respecter

Présentation générale

La loi n'apporte aucune autre précision que celle évoquant la tenue d'un ou de plusieurs entretiens. Ces entretiens ainsi prévus présentent toutefois de grandes similitudes avec l'entretien préalable au licenciement à une exception près : il convient de ne pas s'étendre sur des motifs personnels (disciplinaires ou autres) ou économiques qui permettraient de penser que c'est l'employeur l'initiateur de la rupture.

La loi est peu précise sur les modalités concrètes de déroulement de la procédure : doit-on formaliser la prise de rendez-vous ? Faut-il dès l'origine prévoir qu'il y aura plusieurs rencontres ou le nombre des entretiens est-il fixé au gré de la négociation ?

Remarque :

L'employeur n'a semble-t-il pas l'obligation de rappeler au salarié qu'il peut se faire assister. Néanmoins dans la mesure où la validité d'une rupture conventionnelle est subordonnée à l'existence d'un consentement libre et éclairé des parties, il est souhaitable que les négociations aient lieu dans la plus grande transparence.

Remarque :

L'employeur n'a semble-t-il pas l'obligation de rappeler au salarié qu'il peut se faire assister. Néanmoins dans la mesure où la validité d'une rupture conventionnelle est subordonnée à l'existence d'un consentement libre et éclairé des parties, il est souhaitable que les négociations aient lieu dans la plus grande transparence.

Afin de justifier le consentement éclairé des parties, il est conseillé de formaliser cette invitation à ces entretiens par LRAR ou lettre remise en main propre contre décharge.

La loi est muette sur la fixation de l'heure et du lieu du ou des entretiens. Pour rappel, l'entretien préalable au licenciement doit se tenir en principe au lieu où s'exécute le travail ou au siège social de l'entreprise et ne peut être fixé en un autre lieu dès lors que rien ne le justifie. En attendant des précisions, il conviendra d'adopter les mêmes règles en matière de rupture conventionnelle.

Il est également conseillé de veiller à laisser un temps suffisant au salarié entre la réception de la lettre et la date du ou des entretiens afin de lui permettre de se faire assister (pour

rappel, dans le cadre d'une procédure de licenciement, le délai est de 5 jours ouvrables entre la date de réception par le salarié de la convocation et la date de l'entretien).

Enfin, il est vivement recommandé de préciser dans la lettre d'invitation à chaque entretien de la possibilité d'assistance ouverte au salarié. De la même manière, afin d'en informer le salarié et si et seulement si ce dernier a manifesté son intention de se faire assister, l'employeur pourra indiquer que dans ce cas il sera également assisté par « nom et fonction de l'assistant de l'employeur » (art. L. 1237-12 C. tr.).

En pratique, il conviendra de tenir plusieurs entretiens (en respectant un délai minimal entre chaque afin de permettre aux parties de consentir librement aux conditions de la rupture) par exemple 3 :

- Un 1er entretien pour s'entendre sur le principe de ce mode de rupture ;
- Un 2nd au cours duquel on négocie sur le contenu de la convention de rupture conventionnelle avec l'ensemble des mentions obligatoires qu'elle doit contenir ;
- Un 3ème où les parties finalisent la convention de rupture conventionnelle.

En conséquence, les conseils de vigilance pourraient être les suivants :

- Il ne faut surtout pas préciser dans la 1ère lettre d'invitation à l'entretien que l'employeur est l'initiateur de cette procédure ni évoquer un motif disciplinaire ou économique, ni de problème d'entente ou autre.
- Il convient de formaliser l'invitation au 1er entretien par LRAR ou lettre remise en main propre contre décharge. Les dates et lieux des autres entretiens peuvent être actés lors de cet entretien sans qu'il soit besoin d'adresser par la suite de nouveaux courriers
- Il faut préciser et/ou rappeler dans la lettre de convocation à chaque entretien la possibilité par le salarié de se faire assister et, dans ce cas, qu'il veuille bien en aviser son employeur avant telle date.

(Source : Infodoc-experts)

« Le Plus de l'expert »

- L'employeur peut d'ores et déjà préciser dans cette même lettre de convocation que dans l'hypothèse où le salarié aurait recours à un assistant, l'employeur se réserve la possibilité de se faire également assister par « nom et fonction » et qu'il en informera le salarié avant telle date.
- Il est impératif de prévoir l'écoulement d'un délai minimal entre la convocation à l'entretien et le jour de l'entretien afin de permettre aux parties de se préparer.
- Enfin, il faut planifier 1 sinon plusieurs entretiens (2 ou 3 par exemple dans des cas « sensibles » pour attester que le consentement des parties est libre).

2.2 L'assistance au cours des entretiens

Au cours de ce(s) entretien(s), salarié et employeur peuvent se faire assister dans les conditions et selon les modalités précisées par l'art. L. 1237-12 C. tr.

Au cours du ou des entretiens, le salarié peut se faire assister :

- soit par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, qu'il s'agisse d'un salarié titulaire d'un mandat syndical ou d'un salarié membre d'une institution représentative du personnel ou tout autre salarié ;
- soit, en l'absence d'institution représentative du personnel dans l'entreprise, par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative.

Remarque :

Le salarié souhaitant se faire assister doit en informer son employeur (art. L 1237-12 nouveau, al. 4 C. tr.). La loi ne précisant pas sous quel délai ni sous quelle forme le salarié fait part à l'employeur de son intention, il est donc opportun que ce dernier, dans la ou les lettres d'invitation aux entretiens, précise selon quelles modalités (forme et délai) le salarié doit l'avertir de sa volonté ou non d'être assisté.

Uniquement si le salarié en fait lui-même usage, l'employeur peut se faire assister par :

• une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise :

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

S'il en décide ainsi, il en informe à son tour le salarié. Afin de ne pas allonger les délais, il est donc préférable que le salarié soit déjà informé, dans la lettre d'invitation aux différents entretiens :

• non seulement de la faculté qui lui est offerte de se faire assister et de l'obligation qui lui est faite d'en informer son employeur préalablement à la tenue de l'entretien,

• mais également de la possibilité pour l'employeur, si le salarié use de la faculté, de se faire à son tour assister tout en précisant d'ores et déjà, le cas échéant par qui (nom et fonction).

Lorsque le salarié aura informé son employeur de sa décision de se faire assister, à son tour, l'employeur lui confirmera (si tel est son souhait) sa décision de se faire assister afin de permettre un déroulement de la procédure en toute transparence.

Afin de pouvoir respecter ces informations réciproques entre l'envoi de la lettre de convocation et la tenue de l'entretien, il faut donc prévoir un délai suffisant.

3. Le contenu de la convention de rupture conventionnelle

Le formulaire d'homologation issu de l'arrêté du 18 juillet 2008 (ou celui issu de l'arrêté du 28 juillet 2008 pour un salarié protégé) suffit à matérialiser la rupture conventionnelle.

Néanmoins, si les parties souhaitent négocier une convention distincte du formulaire, il conviendra de matérialiser certains points. En effet, selon l'article L. 1237-13 C. tr « la convention de rupture définit les conditions de celle-ci » et précise au minimum :

- Le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle qui ne peut pas être inférieur à l'indemnité de licenciement de l'article L. 1234-9 C. tr.;

Rupture conventionnelle : un formalisme et des étapes à respecter

Présentation générale

- La date de rupture du contrat de travail, qui ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation ;

D'autres points pourront être abordés et notamment :

- Une éventuelle clause de non-concurrence ;
- Le DIF du salarié. Bien que cela ne soit pas précisé par la loi, ce droit peut faire l'objet de la négociation de rupture ;
- Le véhicule de fonction, le téléphone et/ou l'ordinateur portable, etc.

La convention doit être signée par les deux parties. Aucune procédure particulière n'est prévue pour donner date certaine à cette convention. La date de la signature fixe pourtant le départ du délai de rétractation. Il est donc conseillé de procéder à la signature en présence de témoins.

4. Le droit de rétractation des parties

Selon l'art. L. 1237-13 C. tr., à compter de la date de signature par les deux parties, chacune d'entre elles dispose d'un délai de 15 jours calendaires pour exercer un droit de rétractation.

Exemple :

Pour une convention conclue le 12 septembre 2008, les parties ont jusqu'au 27 septembre 2008 pour se rétracter. L'article R 1231-1 C. tr. prévoit que lorsque les délais prévus par les dispositions légales relatives à la rupture du CDI expirent un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, ils sont prorogés jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Le délai de rétractation serait alors prorogé jusqu'au lundi 29 septembre 2008.

Ce droit de rétractation est exercé sous la forme d'une lettre adressée par tout moyen attestant de sa date de réception par l'autre partie.

Il pourra donc s'agir d'une LRAR (à conseiller) ou lettre remise en main propre contre décharge datée.

Remarque :

Une phrase telle que « les parties renoncent à toute action... » est à déconseiller fortement afin d'éviter une requalification en transaction et donc en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Rappelons qu'en aucun cas la rupture conventionnelle ne saurait être assimilée à une transaction. De même la signature d'une rupture conventionnelle n'interdit aucunement le salarié d'intenter une action en contentieux par la suite.

5. L'homologation conventionnelle, étape incontournable

Selon l'article L. 1237-14 C. tr., à l'issue du délai de rétractation, la partie la plus diligente adresse une demande d'homologation à l'autorité administrative, avec un exemplaire de la convention de rupture.

Cette demande ne peut se faire qu'à l'issue du délai de rétractation, c'est-à-dire au lendemain du terme (à compter du mardi 30 septembre 2008 par rapport à l'exemple précédent).

A cette fin, la partie la plus diligente adressera la demande d'homologation à la DDTEFP du lieu où est établi l'employeur.

Cette demande d'homologation est constituée par le formulaire de demande d'homologation (arrêté du 18 juillet 2008 ou arrêté du 28 juillet 2008 pour un salarié protégé cf. 6). Si les parties souhaitent négocier une convention distincte du formulaire, il faudra la joindre au formulaire de demande d'homologation.

La DDTEFP dispose d'un délai d'instruction de 15 jours ouvrables, à compter de la réception de la demande, pour s'assurer du respect des conditions posées par la loi et de la liberté de consentement des parties. A défaut de notification dans ce délai, l'homologation est réputée acquise et l'autorité administrative est dessaisie.

(Source : Infodoc-experts)

« Le Plus de l'expert »

Exemple

Si la demande d'homologation, envoyée à l'administration le 20 octobre 2008 est reçue par elle le 23 octobre 2008, le délai d'examen imparti à l'administration commence à courir le vendredi 24 octobre 2008 et expire le 12 novembre 2008 à minuit.

Dans ce cas (en l'absence de réponse de la DDTEFP, l'homologation étant réputée acquise), la rupture du contrat de travail ne sera effective qu'à compter du 13 novembre 2008.

Remarque :

La réception de la demande d'homologation faisant courir le délai de réponse de l'administration, il est vivement recommandé d'adresser cette demande par remise directe (gain de temps + preuve de dépôt) ou, de manière préférable (assurance d'une preuve de dépôt), par LRAR pour se ménager un mode de preuve.

Le contrôle de la DDTEFP porte sur les points permettant de vérifier le libre consentement des parties et les éléments fondant l'accord du salarié et notamment :

- L'ancienneté du salarié ;
- Les éléments de rémunération
- La tenue d'au moins un entretien : les parties doivent avoir procédé à au moins 1 un entretien ;
- Le ou les assistants des parties à l'entretien ;
- La signature de la convention de rupture : la volonté de chaque partie doit se concrétiser par la signature de la convention de rupture ; - La vérification de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle : la base de calcul et le mode de calcul de l'indemnité sont vérifiés par la DDTEFP à l'aide d'un tableau de calcul ;
- Le droit de rétractation : la durée du délai de rétractation de 15 jours calendaires doit être respectée ;
- etc.

La décision du DDTEFP pourra revêtir 2 formes :

- Décision explicite d'acceptation ou de rejet de l'homolo-

gation : le cas échéant, la rupture interviendra le lendemain de la notification d'acceptation de l'homologation ;

- Décision implicite d'acceptation (après 15 jours ouvrables), si l'autorité administrative ne notifie rien aux parties avant le terme du délai d'instruction (art. L. 1237-14 C. tr.).

6. Les spécificités de la procédure conventionnelle appliquée aux salariés protégés

Un procédé de rupture conventionnelle d'un contrat de travail d'un salarié protégé connaît des spécificités posées par l'art. L. 1237-15 C. tr. : par dérogation, l'homologation de la rupture est soumise à l'autorisation de l'inspecteur du travail et non à celle de

la DDTEFP.

La rupture ne pourra être effective que le lendemain du jour de cette autorisation.

Un arrêté en date du 28 juillet 2008 et publié le 6 août 2008 a modifié l'arrêté du 18 juillet 2008 fixant les modèles de demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un salarié protégé. Cet arrêté modifie le formulaire initial et ne fait plus référence à la DDTEFP comme autorité administrative compétente pour les demandes concernant les salariés protégés mais à l'inspecteur du travail.

Les salariés concernés sont notamment :

- le DS, le DP, le membre élu du CE, et le représentant syndical au CE ;
- le représentant du personnel au CHSCT, et celui du personnel d'une entreprise extérieure désigné au CHSCT d'un établissement comprenant au moins une installation classée figurant sur la liste prévue au IV de l'art. L. 515-8 du code de l'environnement ou mentionnée à l'article 3-1 du code minier ;
- le membre d'une commission paritaire d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en agriculture ;
- le salarié mandaté dans les entreprises dépourvues de DS ;

Rupture conventionnelle : un formalisme et des étapes à respecter

Présentation générale

- le représentant des salariés mentionné à l'art. L. 662-4 du code de commerce lors d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire ;
- le conseiller du salarié chargé d'assister les salariés lors de l'entretien préalable au licenciement ;
- le conseiller prud'homme ;
- etc.

La circulaire DGT n°2008-11 du 22 juillet /2008 relative à l'examen de la demande d'homologation expose la procédure à suivre quand le salarié est protégé : pour l'entretien, l'assistance et le contenu de la convention, les dispositions sont strictement identiques à celles relatives au salarié non protégé.

En revanche, comme dans le cadre du licenciement d'un salarié protégé, la demande d'autorisation à l'inspecteur du travail (qui vaut homologation de la convention) présuppose le recueil de l'avis du CE (art.

L. 1237-15 du C. tr.).

En outre, la circulaire DGT du 22 juillet 2008 rappelle que « dans le cadre d'une consultation du comité d'entreprise, l'avis de ce dernier devra précéder la signature de la convention de rupture ».

Remarque :

Le CE ne devra être consulté que lorsqu'il s'agit d'un salarié protégé élu. A ce titre, il n'aura pas à se prononcer concernant le sort d'un DS, l'inspecteur du travail devra se prononcer directement.

7. Indemnisation et droits du salarié

Le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ne peut pas être inférieur à l'indemnité de licenciement désormais codifiée à l'article R.1234-2 C. tr. : 1/5ème de mois par année d'ancienneté + 2/15ème de mois au-delà de 10 ans (décret n° 2008-715 du 18 juillet 2008 (JO 19 juillet 2008)).

L'indemnité minimale due au salarié correspond à un montant équivalent à l'indemnité légale de licenciement.

Le salarié ne peut se prévaloir d'une indemnité de licenciement plus favorable, prévue par la convention collective notamment.

L'indemnité spécifique de rupture conventionnelle est soumise au même régime social et fiscal que celui applicable à l'indemnité de licenciement, à savoir exonération de cotisations sociales à hauteur de :

- Soit 2 fois le montant de la rémunération annuelle brute perçue par le salarié au cours de l'année civile précédant la rupture de son contrat de travail, ou 50 % du montant de l'indemnité si ce seuil est supérieur, dans la limite de 6 fois le PASS en vigueur à la date de versement des indemnités (soit 199 656 € pour les indemnités perçues en 2008) ;
- Soit le montant de l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective de branche, par l'accord professionnel ou interprofessionnel ou, à défaut, par la loi.

Par dérogation l'exonération ne joue pas lorsque le salarié est en mesure de bénéficier d'une pension de retraite d'un régime légalement obligatoire (soit, en principe, à partir de 60 ans ou plus tôt dans le cadre des départs anticipés). Le législateur entend maintenir dans l'emploi les salariés âgés et éviter le contournement des règles strictes de la mise à la retraite.

Enfin, le salarié dont le CDI a été rompu conventionnellement, peut bénéficier de l'allocation d'aide au retour à l'emploi. Ainsi, le règlement de l'assurance chômage a été modifié pour intégrer cette nouvelle catégorie de bénéficiaires potentiels. L'avenant au règlement est en attente d'agrément ministériel.

8. Opportunité de la rupture conventionnelle

Avant l'entrée en vigueur de la rupture conventionnelle, quand le salarié faisait part à l'employeur de son souhait de quitter la société, deux solutions trouvaient à s'appliquer :

- soit il présentait sa démission, ce qui avait pour effet de le priver de ses droits à l'assurance chômage ;

(Source : Infodoc-experts)

« Le Plus de l'expert »

- soit l'employeur le licencier le salarié pour qu'il puisse bénéficier des prestations de l'ASSEDIC. Cette solution n'était pas plus appropriée puisque coûteuse pour l'entreprise (coût des indemnités de licenciement et parfois du préavis).

S'était alors développée la pratique du « licenciement arrangé » consistant à licencier le salarié (parfois pour faute grave pour éviter à l'entreprise de payer l'indemnité de licenciement et le préavis) afin qu'il puisse bénéficier de l'assurance chômage. Le salarié, convenant avec son employeur de ne plus se présenter à son poste, le motif du licenciement pour absence injustifiée était tout trouvé.

La rupture conventionnelle n'est cependant satisfaisante qu'en apparence puisque, si la procédure de rupture conventionnelle est assez simple, elle reste somme toute très longue (procédure d'homologation) et coûteuse (indemnité au moins égale à l'indemnité de licenciement).

***En conclusion,** ce nouveau dispositif de rupture du contrat de travail nécessite le respect de nombreuses conditions de fonds et de forme. Ces obligations sont là pour rappeler qu'une rupture d'un contrat de travail, fut-elle conventionnelle, nécessite, la plus grande prudence.*

Enfin, il est important de rappeler que ce nouveau mode de rupture ne saurait se substituer à d'autres dispositifs de rupture du contrat de travail.

En outre ce dispositif ne devrait pas éteindre le phénomène des « licenciements arrangés » (motivés souvent par des « absences du salarié ») le coût pour l'employeur étant bien moindre en raison du motif de faute grave ne donnant droit à aucune indemnité. Il est important de rappeler que cette rupture conventionnelle ne vaut pas transaction, une action contentieuse par la suite est toujours possible.

Enfin, la rupture conventionnelle ne mettra pas de coup d'arrêt aux transactions dont l'objet est différent puisque la transaction a pour effet de régler les conséquences financières de la rupture et notamment d'éviter une action en justice.

En revanche, elle devrait toutefois être utilisée pour éviter les procédures de licenciement pour motif économique dans les PME et TPE.

ANNEXES

Références législatives

- Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail (JO 26 juin 2008) : voir version PDF
- Décret n° 2008-715 du 18 juillet 2008 portant diverses mesures relatives à la modernisation du marché du travail (JO 19 juillet 2008) : voir version PDF
- Arrêté du 18 juillet 2008 fixant les modèles de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle de contrat de travail à durée indéterminée (JO 19 juillet 2008) : voir version PDF
- Arrêté du 28 juillet 2008 portant modification de l'arrêté du 18 juillet 2008 fixant les modèles de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle de contrat de travail à durée indéterminée (salarié protégé) - JO du 6 août 2008. : voir version PDF