

LA RUPTURE CONVENTIONNELLE EN CONTEXTE DE REDUCTION D'EFFECTIFS OU DE FERMETURE DE SITE

Alexandre Fabre, Maître de conférences en droit privé, Université de Rennes 2, Cress-Lessor

Avertissement : le texte qui suit est la synthèse d'un article plus substantiel paru dans le numéro de novembre 2008 de la Revue de droit du travail : « rupture conventionnelle et champ du licenciement pour motif économique : une exclusion troublante », p. 653.

Comme chacun sait, la rupture conventionnelle a été créée par les partenaires sociaux dans l'ANI du 11 janvier 2008, puis repris par le législateur dans la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008.

Ses principales caractéristiques sont désormais bien connues : phase de négociation préalable, faculté de rétractation offerte à chacune des parties, homologation de la convention par l'administration du travail, bloc de compétence du juge judiciaire...

L'objet de cette intervention n'est pas de revenir en détail sur ce « nouveau » mode de rupture mais plutôt d'étudier les liens, ambiguës, qu'il noue avec le licenciement pour motif économique.

De ce point de vue, il convient de s'arrêter un instant sur le titre que les organisateurs de cette rencontre ont retenu : « la rupture conventionnelle en contexte de réductions d'effectifs ou de fermeture de site ».

Pourquoi ce choix ?

Pourquoi ne pas avoir tout simplement intitulé cette intervention : « la rupture conventionnelle pour motif économique » ? On parle bien de rupture amiable pour motif économique. On parle aussi, et l'actualité récente en donne des exemples nombreux, de plan de départs volontaires pour motif économique. Alors pourquoi

avoir délibérément choisi de ne pas associer rupture conventionnelle et motif économique ?

Il y a, en vérité, deux raisons à cela.

- **La première raison** tient au fait que la rupture conventionnelle a été conçue comme un mode de rupture du contrat de travail, distinct de la démission et du licenciement.

Pour s'en convaincre, il suffit de lire l'article L. 1231-1 du Code du travail, tel qu'il a été modifié par la loi du 25 juin 2008. Cet article dispose que « *Le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié, ou d'un commun accord* ».

La dernière virgule a son importance car elle laisse entendre qu'en matière de rupture conventionnelle, la question de l'initiative ne se pose pas. Savoir qui de l'employeur ou du salarié propose la rupture conventionnelle n'a manifestement aucune espèce d'importance. Ce qui compte, c'est que l'employeur et le salarié aient décidé de rompre le contrat de travail d'un commun accord.

Autre particularité de la rupture conventionnelle par rapport au licenciement, il n'y a pas lieu de s'interroger sur le motif de la rupture. Il suffit de constater qu'il existe un accord de volontés entre l'employeur et le salarié pour que la rupture du contrat de travail soit pleinement acquise. Pour ainsi dire, en matière de rupture conventionnelle, c'est l'accord de volontés entre le salarié et l'employeur qui justifie, à elle seule, la rupture du contrat de travail.

En suivant cette présentation, on voit bien pourquoi il n'est guère pertinent de parler de rupture conventionnelle pour motif économique. La rupture conventionnelle étant exclusive du licenciement, on ne saurait lui transposer son régime. Ce serait en quelque sorte contre-nature de parler d'initiative ou de motif en présence d'une rupture conventionnelle.

Cette présentation est, en vérité, purement théorique. On imagine sans mal que la question de l'initiative ou celle du motif de la rupture conventionnelle referont surface devant les tribunaux. Il y a fort à parier que le salarié souhaitant contester une rupture conventionnelle aura beau jeu de dire que c'est l'employeur qui lui en a fait initialement la proposition ou encore que son motif était illicite.

La deuxième raison pour laquelle il ne paraît pas pertinent de parler de rupture conventionnelle pour motif économique est, en revanche, plus sérieuse. Elle tient précisément dans le fait que le législateur a exclu la rupture conventionnelle du droit du licenciement pour motif économique.

Le problème, c'est que cette exclusion est le fruit de deux textes dont la conciliation n'est pas évidente :

- l'article L. 1233-3 (ancien L. 321-1), qui détermine le champ d'application du droit du licenciement pour motif économique)
- et l'article L. 1237-16 (pure création de la loi de modernisation du marché du travail), qui précise les domaines dans lesquels la rupture conventionnelle n'est pas possible).

I. La modification de l'article L. 1233-3, alinéa 2.

Il n'a échappé à personne que la loi de modernisation du marché du travail a modifié l'ancien article L. 321-1 du Code du travail, aujourd'hui codifié à l'article L. 1233-3.

Cet article indique désormais que les règles de licenciement pour motif économique s'appliquent à toute rupture du contrat de travail, à l'exclusion de la rupture conventionnelle, répondant à une cause économique.

C'est dans cette exclusion que consiste la modification apportée par la loi de modernisation du marché du travail.

A. Sens et portée de cette modification

1. – Pour prendre toute la mesure de ce qu'implique cette modification, il convient de rappeler très brièvement le sens et la portée de l'article L. 1233-3 avant qu'il ne soit modifié.

L'article L. 1233-3, al. 2 (ancien L. 321-1 al. 2) a été manifestement inspiré par un arrêt bien connu de la Cour de cassation, l'arrêt *CEPME* du 10 avril 1991.

L'évocation d'un arrêt aussi ancien peut sembler *a priori* inutile. A bien y regarder pourtant, cet arrêt conserve une grande actualité, les circonstances de l'espèce ressemblant étonnamment à ce qui se fait aujourd'hui dans un grand nombre d'entreprises....

Dans cette affaire, un employeur avait prévu de supprimer quatre cents emplois en recourant, jusqu'à une certaine date, à des départs volontaires, et, au-delà de cette date, à des licenciements pour les suppressions d'emplois restantes.

L'employeur avait repoussé la procédure prévue dans l'ancien livre III à l'issue de la phase de départs volontaires. Saisis par le comité d'entreprise qui se plaignait de ne pas avoir été régulièrement consulté, les juges du fond avaient condamné l'employeur pour non-respect des anciens articles L. 321-2 et L. 321-3 du Code du travail.

La Cour de cassation avait confirmé cette décision au motif que le projet de l'employeur s'analysait en un projet de licenciement collectif, même s'il privilégiait à l'origine les départs volontaires.

C'est la première fois que la Cour de cassation se prononçait, semble-t-il, sur le critère d'application de la procédure de licenciement collectif : l'employeur devant mettre en œuvre cette procédure lorsqu'il « envisage » des licenciements, la Cour de cassation en a déduit que cette condition s'apprécie au regard du nombre de suppressions d'emplois initialement projeté et non au regard du nombre de licenciements définitivement prononcés.

Le Parlement a consacré ce raisonnement dans la loi du 29 juillet 1992 en votant le célèbre amendement Mandon. Cet amendement a inséré un deuxième alinéa à l'article L. 321-1 indiquant que les règles relatives au licenciement pour motif économique s'appliquent à « *toute rupture du contrat de travail* » répondant à un motif économique.

Depuis lors, la Cour de cassation a réaffirmé sa position à plusieurs reprises¹, parfois même en l'explicitant : « *l'employeur qui envisage de supprimer des emplois pour motif économique est tenu de respecter les dispositions d'ordre public des articles L. 321-1 et suivants du Code du travail, peu important que ces emplois ne soient supprimés que par voie de départs volontaires* »².

Cette règle ne conduit pas, on le sait, à appliquer toutes les règles de licenciement pour motif économique aux départs volontaires. Certaines sont par principe inapplicables aux conventions de ruptures ; il s'agit de toutes les règles de nature individuelle comme celles relatives à l'entretien préalable, à la notification du licenciement, aux indemnités de licenciement, à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse. D'autres ont vocation à s'appliquer aux ruptures amiables comme c'est le cas des règles de nature collective. L'employeur qui envisage des ruptures amiables ou des départs volontaires pour motif économique est ainsi tenu de respecter la procédure de l'ancien livre III : cela signifie qu'il doit intégrer ces modes de ruptures dans le projet de suppressions d'emplois et, le cas échéant, dans le plan de sauvegarde de l'emploi soumis au comité d'entreprise.

2. – Rappeler l'histoire et le sens de l'article 1233-3 était indispensable pour qui veut saisir la portée de la modification apportée par le législateur en 2008.

D'une façon générale, en excluant expressément la rupture conventionnelle du champ du licenciement pour motif économique, le législateur va à rebours de la construction jurisprudentielle des quinze dernières années. Après avoir connu une

¹ V. par ex. Soc. 29 novembre 1994, *RJS* 2/95, n° 117 ; Soc. 22 février 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 390, obs. J.-E. Ray ; Soc. 4 avril 2006, *RJS* 6/06, n°709.

² V. par ex. Soc. 5 mai 2004, *RJS* 7/04, n°802.

longue phase d'expansion, le champ d'application du droit du licenciement pour motif économique marquerait ici un premier mouvement de recul.

Plus directement, la nouvelle mouture de l'article L. 1233-3 revient à exclure du droit du licenciement pour motif économique les ruptures conventionnelles qui interviendraient dans un contexte de réduction d'effectifs ou de fermeture de site. Pour ainsi dire, cette disposition semble permettre la mise en place de véritables plans de ruptures conventionnelles en dehors de toute procédure de licenciement collectif³.

Alors que sous l'empire de l'ancien texte, l'employeur qui projetait de supprimer des emplois pour motif économique devait, quel que soit le mode de rupture choisi (licenciement, départ amiable, mise à la retraite, départ à la retraite), saisir le comité d'entreprise et, éventuellement, établir un plan de sauvegarde de l'emploi, le nouveau texte l'affranchit de ces obligations s'il décide de recourir à des ruptures conventionnelles.

B. Une modification contestable

Cette modification est doublement contestable

1. – Il est permis de penser d'abord que la nouvelle rédaction de l'article L. 1233-3 du Code du travail place la France en contradiction avec le droit communautaire et notamment avec la directive 98/59/CE du 20 juillet 1998 qui assimile aux licenciements les cessations du contrat de travail intervenues *à l'initiative de l'employeur* (art. 1^{er}, b, alinéa 2, dir. 20 juillet 1998). Le droit français contrevient manifestement au droit communautaire puisqu'il exclut de cette assimilation une forme de cessation du contrat de travail, la rupture conventionnelle, même semble-t-il lorsqu'elle intervient à l'initiative de l'employeur.

³ La modification de l'article L. 1233-3, alinéa 2, du Code du travail revient donc à consacrer la pratique que la Cour de cassation avait précisément voulu condamner dans l'arrêt *CEPME* : celle des plans de départs volontaires antérieurs à la mise en œuvre d'une procédure de licenciement collectif pour motif économique.

2. – La modification apportée par le législateur est d'autant plus critiquable qu'elle n'était manifestement pas souhaitée par les partenaires sociaux. Ces derniers avaient pris soin, en effet, d'indiquer que la rupture conventionnelle ne doit pas « *porter atteinte aux procédures de licenciements collectifs pour cause économique engagées par l'entreprise* » (art. 12, a). A travers cette formule, ils semblaient donc se prononcer en faveur de l'application du droit du licenciement pour motif économique à la rupture conventionnelle. De leur point de vue, un employeur ne pouvait supprimer des emplois pour motif économique par la voie de ruptures conventionnelles qu'en respectant la procédure de licenciement pour motif économique.

La modification de l'article L. 1233-3, qui n'était pas prévue dans le projet de loi initial, a finalement été intégrée par le biais d'un amendement déposé devant la commission mixte paritaire par les rapporteurs du texte à l'Assemblée nationale et au Sénat.

Pour les auteurs de l'amendement, il s'agissait de « *sécuriser la rupture conventionnelle par rapport au droit du licenciement économique* ». Que l'on ne s'y trompe pas. Le souci des auteurs de l'amendement n'est pas de permettre une meilleure sécurité juridique des citoyens, principe général de droit communautaire mais aussi de droit interne. Ils recherchent plutôt à limiter les risques de contestation judiciaire que permet le droit du licenciement.

La charge contre le droit du licenciement est bien connu : ce dernier est considéré comme une source d'incertitudes pour les justiciables, en raison notamment des trop nombreux aléas que génère l'intervention du juge. Pour limiter ce facteur de risque, il convient donc de placer la rupture du contrat de travail le plus possible en dehors du droit du licenciement.

Même si ce n'était pas le seul objectif poursuivi, il faut bien admettre que c'est dans cet objectif d'évitement du droit du licenciement (et du contrôle judiciaire correspondant) que la rupture conventionnelle a été conçue. Dans cette optique, le projet des auteurs de l'amendement se comprend mieux : pour que la rupture conventionnelle constitue véritablement un mode de rupture alternatif au

licenciement, il fallait nécessairement l'affranchir de toutes les règles de licenciement, y compris des règles de licenciement pour motif économique.

Ce projet aurait pu sembler cohérent si ne figurait pas dans la loi de modernisation du marché du travail une autre disposition allant manifestement dans le sens contraire.

Cette disposition, c'est celle de l'article L. 1237-16 du Code du travail.

II. La limite posée dans l'article L. 1237-16 du Code du travail

A. L'interdiction de recourir à la rupture conventionnelle en cas de PSE...

Cet article prévoit que les règles 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 (GPEC) et des plans de sauvegarde de l'emploi (PSE).

1. – La première exception – pas de rupture conventionnelle dans les accords de GPEC – se comprend assez bien. Les départs volontaires décidés dans le cadre d'un accord de GPEC relèvent d'un régime spécifique depuis la loi du 21 décembre 2006. Il pouvait donc paraître souhaitable de ne pas concurrencer ce régime en permettant également le départ des salariés par le biais de rupture conventionnelle.

Cette exception suscite néanmoins quelques interrogations. S'applique-t-elle seulement aux accords de GPEC conclus dans le cadre de l'obligation légale ? Est-ce qu'un accord de GPEC conclu dans une entreprise de moins de 300 salariés, pourrait valablement prévoir des ruptures conventionnelles ? Ou est-ce que l'impossibilité de recourir à des ruptures conventionnelles s'impose à tous les accords qui, au-delà du seuil et de la fréquence fixés par la loi, participent à une gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ?

2. – La seconde exception – pas de rupture conventionnelle dans le cadre d'un PSE – paraît contredire le principe posé à l'article L. 1233-3 du Code du travail. Cette disposition semble indiquer qu'il est impossible de recourir à des ruptures conventionnelles lorsque les conditions d'un PSE sont réunies, c'est à dire lors d'un grand licenciement pour motif économique.

A supposer que cette interprétation soit exacte, l'article L. 1237-16 apporte donc une sérieuse limite à l'article L. 1233-3, alinéa 2.

Alors que l'article L. 1233-3 semble autoriser les ruptures conventionnelles dans un contexte de réduction d'effectifs tout en les affranchissant du droit du licenciement pour motif économique, l'article L. 1237-16 semble interdire, au contraire, le recours à des ruptures conventionnelles dans le cadre d'un grand licenciement pour motif économique.

Si l'on poursuit le raisonnement jusqu'au bout, cela voudrait dire qu'un employeur ne peut pas supprimer plus de 10 emplois au moyen de ruptures conventionnelles mais qu'il peut au contraire recourir à des ruptures conventionnelles pour supprimer moins de 10 emplois, étant précisé que dans cette dernière hypothèse il est dispensé d'appliquer les règles de licenciement pour motif économique.

B. ...risque de favoriser des pratiques de contournement du licenciement pour motif économique

On voit bien les montages que la lecture combinée de ces deux dispositions peut favoriser.

Une entreprise connaissant des difficultés économiques pourrait chercher à échapper à l'obligation de mettre en place une procédure de grand licenciement pour motif économique en proposant aux salariés qui le souhaitent de quitter l'entreprise par la voie de rupture conventionnelle.

Elle pourrait même prévoir ce dispositif dans un accord collectif comme l'accord conclu le 10 décembre 2008 au sein de l'UES LOXAM. Cet accord toute une série de mesures sociales pour faire face à la dégradation de la conjoncture économique et ses effets sur le marché de la location. Parmi ces mesures, on trouve principalement des dispositifs de réduction du temps de travail. Mais on trouve aussi un dispositif d'indemnisation au profit des salariés qui souhaiteraient quitter l'entreprise dans le cadre d'une rupture conventionnelle.

Ce genre de pratique n'est cependant pas sans risques. On peut en identifier principalement deux types :

1. – Le premier risque est que l'administration du travail n'homologue pas ces ruptures conventionnelles. On sait que la circulaire DGT n°2008-11 du 22 juillet 2008 invite les services déconcentrés à rejeter la demande d'homologation lorsqu'il apparaît que la rupture conventionnelle s'inscrit « *dans une démarche visant à contourner des procédures et des garanties légales* ». N'y a-t-il pas contournement de la procédure de licenciement pour motif économique, donc motif à rejeter la demande d'homologation, lorsque des ruptures conventionnelles interviennent dans un contexte de réduction d'effectifs ou de fermeture de site ?

Une nouvelle circulaire sur la loi de modernisation du marché du travail est actuellement en cours de discussion. Dans sa dernière version, cette circulaire fournit sur ce point quelques précisions supplémentaires.

« 1.4 – Enfin, il convient d'être particulièrement vigilant sur les ruptures conventionnelles qui seraient conclues en vue de contourner les garanties en matière de licenciements économiques et collectifs.

Un contexte économique difficile pour l'entreprise, voire un PSE circonscrit à d'autres emplois, ne sont pas à eux seuls suffisants pour exclure l'application de la rupture conventionnelle. Le caractère coordonné et organisé des ruptures conventionnelles peut constituer en revanche un indice additionnel ».

Une simple coïncidence des dates ne suffirait donc pas à présumer un contournement de la procédure de licenciement pour motif économique.

Il faudrait démontrer que les salariés ayant quitté l'entreprise dans le cadre de rupture conventionnelle occupaient les mêmes emplois que ceux qui ont fait l'objet d'un licenciement.

2. – A supposer que les ruptures conventionnelles soient homologuées, il y a également un risque que le juge judiciaire – dont on sait qu'il est seul compétent pour apprécier la validité de l'homologation comme de la rupture conventionnelle – condamne ces pratiques.

On pourrait ainsi voir refluer dans ce domaine l'exception de fraude à la loi, qui avait été utilisée par la Chambre criminelle dans les années 80 pour condamner les départs volontaires (pour motif économique) décidés en violation de l'autorisation administrative de licenciement.

Une hésitation existe en revanche quant à la sanction applicable en cas détournement de procédure : nullité de la rupture conventionnelle ? requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse ? nullité du licenciement ?

Cette dernière sanction n'est pas inimaginable si l'on parvient à démontrer que les ruptures conventionnelles ont été conclues à la place de licenciements et que, grâce à ce procédé, l'employeur a pu se soustraire à ses obligations en cas de grand licenciement pour motif économique, notamment celle d'établir un PSE.

Pour parvenir à ce résultat, on pourrait d'ailleurs s'inspirer des règles qui prévoient l'application de la procédure de grand licenciement pour motif économique si le nombre de suppression d'emplois est supérieur à 10 sur le trimestre (L. 1233-26 C. trav.) et à 18 sur l'année (L. 1233-67 C. trav.). Il suffirait de démontrer que le nombre de suppression d'emplois, ruptures conventionnelles comprises, est supérieur à 10 sur le trimestre et à 18 sur l'année.

* * *

Le moins que l'on puisse dire c'est que les rapports entre rupture conventionnelle et droit du licenciement pour motif économique ne sont pas très clairs. D'un côté, on a un *principe d'autonomie de la rupture conventionnelle par rapport au droit du licenciement*. Et de l'autre, on a un *principe d'interdiction de la rupture conventionnelle en cas de grand licenciement pour motif économique*. Ces deux principes d'apparence contraire connaissent toutefois un point de rencontre en permettant la réalisation de moins de dix ruptures conventionnelles en dehors du droit du licenciement pour motif économique.

Le procédé n'étant cependant pas sans risques, la prudence ne va-t-elle pas conduire les entreprises à se tourner vers des dispositifs moins exposés comme les ruptures amiables ou les plans de départs volontaires ?