

**Numéros
juridiques**

Liaisons sociales

1, rue Eugène et Armand Peugeot
92856 Rueil-Malmaison cedex
Tél : 01 76 73 30 09
Fax : 01 76 73 48 82

www.wk-rh.fr

Président, directeur de la publication
Xavier Langlois

Directeur général du pôle entreprises
Sabille Nisse

RÉDACTION

Directeur de la rédaction
Olivier Brossard

Rédacteur en chef
Marie-Françoise Lavelle-Jacquemot (4156)

Rédactrice en chef adjointe
Nathalie Margnol (3877)

Rédactrice
Frédérique Sagard (4087)

Secrétaire de rédaction
Isabelle Massonvey-Degraix (4011)

Conception graphique
Yvon Langue
(Premier rédacteur graphiste)

PUBLICITÉ

Directrice commerciale
Martine Pirel (4008)

Directrice de publicité
Anne Mallet (3832)

ABONNEMENTS

Service abonnements
0 825 08 08 00 - Fax : 01 44 72 20 27

Service VPC
Sophie Abba (3082)
Eric Haquemin (3044)

Librairie en ligne
www.wk-rh.fr

Service lecteurs
01 76 73 39 75
Vincent Szpyt

FABRICATION

Directeur de production
Jean-Marc Luceteloup

Responsable de fabrication
Christine Buissonnet

Imprimé par
Roto Compagnie - 51 000 Courmoulois

Routage
BRM, Z. des Vignes
61179, rue Saint André - 91000 Brossy

ÉDITEUR

Walters Kluwer France
SAS au capital de 300 000 000 euros
Siège social :
1, rue Eugène et Armand Peugeot
92856 Rueil-Malmaison cedex
RCS Nanterre 480 081 306

Associé unique
Holding Walters Kluwer France

Dépôt légal : janvier 2009

 **Groupe Liaisons**
www.liaisons.fr

Démission Rupture négociée Transaction

Démission

Le guide pratique de ce Numéro juridique est consacré à la démission. Le salarié est en droit, à tout moment, de signifier à son employeur qu'il met fin à son contrat de travail. La démission n'est soumise à aucun formalisme particulier. Elle peut être écrite ou verbale. Toute la difficulté de la démission tient au contexte dans lequel le salarié a pris sa décision. En effet, pour être valable, la démission doit résulter d'une volonté sérieuse, claire et non équivoque du salarié. L'intéressé ne doit pas avoir agi sous la pression de

Pour être valable, la démission doit résulter d'une volonté sérieuse, claire et non équivoque du salarié.

son employeur ou sous le coup d'une émotion ou d'un mouvement d'énerverment. Une démission ne se présume pas. Elle ne peut être déduite du refus du salarié de reprendre le travail après une absence ou un abandon de poste. L'enjeu est important car, en l'absence d'une volonté claire et non équivoque,

la rupture du contrat s'analyse en un licenciement nécessairement sans cause réelle et sérieuse. Une présentation claire d'arrêts significatifs vous permet de savoir :

- **en tant que salarié**, comment démissionner, et le cas échéant que faire si vous estimez avoir été contraint de prendre cette décision, quel préavis respecter, quelles indemnités vous sont dues, vos droits à l'Assedic et à la sécurité sociale ;
- **en tant qu'employeur**, comment apprécier la validité d'une démission, les sommes à verser au salarié, les documents à lui remettre.

Rupture négociée

Depuis la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008, l'employeur et le salarié peuvent convenir d'un commun accord de rompre le contrat de travail à durée indéterminée qui les lie. La rupture résulte d'une convention signée par les parties au contrat au terme d'une procédure en

trois étapes : un entretien, la signature d'une convention qui peut être résiliée dans les 15 jours. L'homologation de la convention par le DDTFP.

Le salarié perçoit une indemnité spécifique et bénéficie de l'assurance chômage.

Le délai de contestation devant le conseil de prud'hommes est limité aux 12 mois suivant la date d'homologation.

La rupture conventionnelle homologuée apparaît comme un moyen simple et avantageux de mettre fin au contrat en l'absence de différend entre les parties. Son homologation par l'administration est une garantie du respect des droits du salarié. Toutefois, avant d'envisager une rupture conventionnelle, il est important de connaître les cas où elle n'est pas possible, les points à envisager, comment la rédiger et la faire homologuer, les formalités à respecter si elle concerne un salarié protégé.

Prise d'acte de la rupture

Lorsque l'employeur ne respecte pas ses obligations, le salarié est en droit de prendre acte de la rupture de son contrat de travail. Son contrat est alors définitivement rompu. Prendre ainsi acte de la rupture de son contrat est une décision risquée pour le salarié. Si le juge estime que les faits reprochés à l'employeur ne sont pas suffisamment graves, cette rupture produit les effets d'une démission. Dans le cas contraire, elle produit ceux d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le «Zoom» de ce Numéro juridique détaille les cas dans lesquels il est possible pour un salarié de mettre ainsi fin à son contrat de travail.

Il précise aussi en cas de pluralité de modes de rupture (prise d'acte/résiliation judiciaire, prise d'acte/licenciement) comment le juge contrôle ces ruptures et détermine laquelle a mis fin au contrat.

Transaction

A l'occasion de la rupture du contrat de travail (licenciement, démission, etc.), certaines difficultés ou contestations peuvent survenir. Signer une transaction est un moyen d'y mettre un terme définitif. Le salarié et l'employeur ne peuvent la remettre en cause, sauf si elle ne remplit pas les conditions de validité. Sa validité suppose, outre l'absence de vice du consentement, l'existence d'un litige et des concessions réciproques qui n'ont pas nécessairement à être d'égale importance. La transaction étant un acte qui règle les conditions d'une rupture, elle ne peut valablement intervenir qu'une fois celle-ci notifiée.

Sommaire

Janvier 2009

Démission Rupture négociée

Marie-Françoise Clavel-Fauquenot, Natacha Marignier, Frédérique Rigaud

1 La démission	7	- période d'essai	19
COMMENT DÉMISSIONNER ?	8	- femme enceinte	19
Définition	8	- démission pour élever un enfant	19
Droit du salarié	8	- congé pour création d'entreprise	19
Conditions cumulatives	8	- journaliste	19
Forme de la démission	9	- faute grave	19
- absence de formalisme légal	9	- convention collective	20
- démission écrite	10	- accord des parties	20
- démission verbale	11	Durée	20
Le salarié peut-il revenir sur sa décision ?	11	- durée légale	20
- en principe, non	11	- durée conventionnelle	20
- exception	12	- usages	20
Contentieux	12	- contrat de travail	21
- contestation de la démission	12	- pluralité des sources	21
- déterminer qui a rompu le contrat	12	- absence de toute référence	21
- rôle du juge	13	- allongement d'un commun accord	21
- requalification	13	- allongement par le salarié	21
Volonté claire et non équivoque	13	Calcul	21
Agir en toute conscience	13	- point de départ	21
- moment d'humeur ou d'encrevement	13	- mode de calcul	22
- émotivité	14	- délai préfix	22
- dépression	14	- congés payés	22
Agir librement et en connaissance de cause	14	Exécution du préavis	22
- erreur : salarié non informé	14	- obligations de l'employeur	23
- violence, dol et contrainte de l'employeur	14	- obligations du salarié	23
Agir de manière explicite	15	- preuve de l'exécution du préavis	23
- pas de démission implicite	15	- absence pour recherche d'emploi	23
- procédure à suivre en cas de non-reprise du travail	15	- droit individuel à la formation	24
Absence de pression	16	Dispense de préavis	24
Pression de l'employeur	16	- inexécution du fait de l'employeur	24
Crainte d'un licenciement	16	- inexécution du fait du salarié	24
- licenciement pour motif personnel	16	Indemnité compensatrice de préavis	25
- licenciement économique	17	- montant	25
Faute de l'employeur	17	- paiement	26
CONSÉQUENCES	19	Sommes à verser au salarié	27
Préavis	19	Droits du salarié	27
Délai de prévenance	19	Prime de fin d'année	27
Caractère obligatoire	19	Indemnités de rupture	27
Exceptions	19	Participation et plan d'épargne d'entreprise	28
		Acompte	28
		Avance	28
		Prêt	28

**RÉFÉRENCES
CLASSEMENT**

22/2009

**RUPTURE
DU CONTRAT**
01/09

Démission - Rupture négociée

HORS-TEXTES

Démissions légitimes ouvrant droit à l'allocation chômage
Page 34

La résiliation judiciaire du contrat de travail à la demande du salarié
Page 37

ABC des mots utiles
Page 59

Mandat des représentants du personnel 29

Das d'autorisation administrative 29

Remplacement d'un titulaire 29

Remplacement d'un suppléant 30

Clause de dédit-formation et de non-concurrence 30

Clause de dédit-formation 30

 - définition et validité 30

 - indemnité 30

Clause et obligation de non-concurrence 30

 - clause de non-concurrence 30

 - actes de concurrence déloyale 32

Documents remis au salarié 33

Reçu pour solde de tout compte 33

Certificat de travail 33

Attestation Assefic 35

Registre unique du personnel 35

Droit au chômage 35

Démissions reconnues légitimes 35

Démissions nécessitant un examen particulier 35

Protection sociale :

Maintien temporaire des droits 36

PRISE D'ACTE DE LA RUPTURE 53

2 La rupture négociée 39

Rupture conventionnelle homologuée 40

Définition 40

Dans quels cas peut-on recourir à la rupture conventionnelle ? 40

Est-elle possible pour un motif économique ? 40

Conditions 40

Procédure 40

Entretien 40

Contenu 41

Délai de rétractation 42

Demande d'homologation 42

Instruction et décision de l'administration 42

Peut-on conclure une transaction après l'homologation ? 43

Demande d'autorisation pour les salariés protégés 43

Rupture du contrat et indemnisation du salarié 44

Contestation devant le juge 45

Conséquences d'une remise en cause 45

Rupture négociée 45

Existe-t-elle toujours ? 45

Accord de GPEC 46

Plan de sauvegarde de l'emploi 46

Conditions générales de validité 46

Force obligatoire 48

Contestation 49

Le point spécial

La transaction

Définition 62

Règles du litige 62

Distinction avec la rupture négociée 62

Conditions de validité 62

Conditions cumulatives 62

Son objet 62

sa date de conclusion 63

Délai de réflexion 63

Concessions réciproques 63

Consentement des parties 66

Salariés protégés 66

Rédaction d'un écrit 68

Écrit comme moyen de preuve 68

Signataires de l'accord 68

Effets 69

Fin du litige sans recours possible devant le juge 69

Effets à l'égard des autres salariés 70

Chômage

Remboursement des allocations chômage 71

Droit aux allocations chômage 71

Contestation 71

Non-respect de la transaction 71

Annulation en cas de vice du consentement 71

INDEX DÉTAILLÉ
page 74

1

La démission

La rupture du contrat de travail par le salarié est une démission. Celle-ci n'est soumise à aucune condition de forme particulière. Écrite ou verbale, pour être valable elle doit résulter d'une volonté sérieuse, claire et non équivoque, d'une décision pleinement consciente du salarié et d'une volonté libre hors de toute contrainte ou pression extérieure.

Si la démission ne remplit pas ces conditions, la rupture du contrat de travail est requalifiée en licenciement nécessairement sans cause réelle et sérieuse.

Sauf exception, le salarié doit respecter un préavis.

A défaut, outre une indemnité compensatrice de préavis, il peut être condamné à verser des dommages-intérêts.

Comment démissionner ?

- ▶ Définition
- ▶ Volonté claire et non équivoque
- ▶ Absence de pression

Conséquences de la démission

- ▶ Préavis
- ▶ Sommes à verser au salarié
- ▶ Mandat des représentants du personnel
- ▶ Clauses de dédit-formation et de non-concurrence
- ▶ Documents remis au salarié
- ▶ Droit au chômage
- ▶ Protection sociale

COMMENT DÉMISSIONNER ?

DÉFINITION

1 DROIT DU SALARIÉ

► Chaque partie liée par un contrat de travail conclu pour une période indéterminée peut à tout moment mettre fin à son engagement : « le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié [...] » (C. trav., art. L. 1231-1).

La démission permet au salarié de « mettre fin à sa collaboration » à tout moment (Cass. soc., 5 novembre 1987, n° 84-45.008P).

ATTENTION ...

Un salarié lié par un contrat à durée déterminée n'a pas la possibilité de démissionner (Cass. soc., 31 mai 2000, n° 98-43.217 ; Cass. soc., 28 mars 2001, n° 99-41.900 ; Cass. soc., 1^{er} décembre 2001, n° 99-45.863) sauf s'il justifie d'une embauche à durée indéterminée (C. trav., art. L. 1243-2).

► Cette rupture peut-elle être abusive ?

« La rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée, à l'initiative du salarié, ouvre droit, si elle est abusive, à des dommages-intérêts pour l'employeur » (C. trav., art. L. 1237-2).

La rupture abusive du contrat de travail par le salarié n'est pas due à :

- l'absence de cause réelle et sérieuse, le salarié étant libre de mettre fin au contrat de travail sans avoir à motiver sa décision ;

- à la seule inexécution du préavis (Cass. soc., 14 octobre 1987, n° 85-41.604).

C'est sur le terrain de l'**abus de droit** que la démission peut être considérée comme abusive et donner lieu à des dommages-intérêts. **Seules les circonstances ayant entouré la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié peuvent caractériser un tel abus.** La jurisprudence prend en

considération le moment auquel a été notifiée la démission et les motifs qui ont animé le salarié.

La plupart des arrêts qui ont qualifié la démission de rupture abusive évoquent une **Brusque rupture accompagnée d'une intention de nuire** ou tout au moins une légère et blâmable, ce qui est très rare en pratique.

Ainsi été reconnue comme démission abusive :

- la cessation brutale d'activité et la création quelques jours plus tard d'une entreprise dont les activités pouvaient constituer des infractions à la clause de non-concurrence stipulée au contrat de travail (Cass. soc., 12 janvier 1972, n° 71-40.025, 026, 027P). Toutefois, selon la jurisprudence, la démission pour exercer une activité concurrente ne constitue pas en soi un abus du droit de démissionner (Cass. soc., 28 juin 2000, n° 98-43.249) ;

- le départ prémédité et sans préavis d'un salarié pour reprendre un travail chez un autre employeur le lendemain (Cass. soc., 12 mars 1980, n° 77-40.599P) ;

- l'exercice de ses fonctions par le salarié au profit d'un concurrent, avant le terme de son contrat (Cass. soc., 1^{er} avril 1992, n° 88-42.056) : un VRP avait cessé de prendre des commandes pour la société, étant passé avant sa démission, à l'insu de son employeur, au service d'une société concurrente pour prospecter la même clientèle sur le même secteur).

En cas de litige, le juge se prononce conformément aux dispositions de l'article L. 1235-1 du Code du travail (C. trav., art. L. 1237-2).

ATTENTION ...

Ce renvoi ne concerne ni la régularité de la procédure puisqu'il n'existe pas en matière de démission de procédure légale particulière, ni l'appréciation des motifs réels et sérieux que le salarié n'a pas à fournir.

Les parties fournissent aux juges, les éléments lui permettant de former sa conviction sur l'existence éventuelle d'un abus de la part du salarié.

L'employeur peut obtenir des dommages-intérêts si la preuve est rapportée de l'existence d'une faute du salarié, d'un préjudice différent de celui résultant du non-respect du préavis et d'un lien de causalité entre la faute et le dommage (Cass. soc., 29 janvier 2002, n° 98-44.430). Si le salarié ne fait qu'user de son droit de démissionner, la demande de l'employeur en paiement de dommages-intérêts pour démission abusive est rejetée (Cass. soc., 12 février 2002, n° 99-43.858P).

La fixation de l'indemnisation relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

2 CONDITIONS CUMULATIVES

En l'absence de définition légale, la jurisprudence définit la démission comme « **l'acte unilatéral par**

Clauses restreignant le droit pour le salarié de démissionner

Deux types de clauses peuvent en pratique restreindre le droit du salarié de rompre son contrat en démissionnant. Il s'agit de la clause :

- de **dédit-formation** par laquelle le salarié s'engage à rester un certain temps au service de son employeur en contrepartie du bénéfice d'une formation professionnelle. En cas de démission avant l'échéance prévue par la clause, le salarié rembourse à son employeur les frais de formation. Cette clause est valable à condition de ne pas avoir pour effet de priver le salarié de sa faculté de démissionner (voir n° 30) ;

- de **non-concurrence** qui interdit au salarié d'exercer certaines activités pouvant porter préjudice à son ancien employeur après la rupture de son contrat de travail. En contrepartie, le salarié perçoit une compensation financière (voir n° 31).

lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de rompre le contrat de travail » (Cass. soc., 9 mai 2007, n° 05-40.315P).

La démission est caractérisée par la manifestation d'une volonté sérieuse et non équivoque du salarié de rompre son contrat de travail (Cass. soc., 12 décembre 1991, n° 88-42.643P ; Cass. soc., 1^{er} mars 2000, n° 98-40.596P).

Elle ne doit laisser place à aucune ambiguïté car elle ne se presume pas (Cass. soc., 4 février 1981, n° 80-60.266P ; Cass. soc., 29 mai 1990, n° 86-44.437) et doit être prouvée. C'est à celui qui invoque la démission, ou la conteste, d'en apporter la preuve. A charge pour les juges du fond d'apprécier s'il y a ou non démission au regard des circonstances de fait.

Manifeste une volonté claire et non équivoque de démissionner, le salarié :

- dont la démission survient le lendemain d'accusations graves (assorties de menaces de poursuites pénales) portées contre lui, après s'être entretenu avec plusieurs personnes et avoir disposé d'un temps de réflexion suffisant (Cass. soc., 17 mars 1994, n° 90-43.181) ;
- qui donne sa démission, la confirme par écrit quelques jours plus tard et constitue une société (Cass. soc., 11 octobre 1995, n° 92-40.410 ; Cass. soc., 8 juillet 1992, n° 89-40.627) ;
- dont la lettre de démission est motivée par son souhait de se rapprocher de sa famille au Brésil et qui a signé un reçu pour solde de tout compte (Cass. soc., 16 juin 1999, n° 97-41.883) ;
- qui rédige une lettre sans contrainte et non rétractée dans laquelle il dit vouloir quitter l'entreprise et demande à être dispensé de préavis dans la perspective d'un nouvel emploi (Cass. soc., 17 mai 2000, n° 98-45.209) ;
- qui ne reprend pas son travail, malgré les demandes répétées de son employeur et sans faire connaître son refus, est embauché par un autre employeur (Cass. soc., 4 mars 2003, n° 00-46.785) ;
- qui s'embarque sur un autre bateau de pêche sans justifier y avoir été contraint par son employeur, faisant l'objet d'un plan de cession proposé par l'administrateur judiciaire ordonnant le licenciement des salariés non repris (Cass. soc., 2 décembre 2003, n° 01-45.551) ;
- qui quitte son chantier pour ne plus y réparaître, malgré l'invitation de l'employeur à reprendre le travail et s'inscrit comme demandeur d'emploi (Cass. soc., 10 mars 2004, n° 02-40.652) ;
- qui a exprimé le souhait de quitter son poste pour un CDD dans l'entreprise, librement en dehors de toute contrainte ou pression exercée par l'employeur et a été informé de la qualification en contrat à durée déterminée du poste demandé et de ses conséquences (Cass. soc., 20 février 2007, n° 05-41.973).

En revanche, en l'absence de démission formelle, **ne constitue pas une volonté claire et non équi-**

Pas de renonciation au droit de démissionner

Le droit de démissionner est un droit d'ordre public. Il ne peut y être fait échec par aucune convention entre les parties.

Le salarié ne peut accepter par avance, lors de la conclusion du contrat de travail ou au cours de son exécution, de se considérer comme démissionnaire si tel ou tel événement survient. Par exemple, ne constitue pas une démission, la rupture du contrat de travail résultant de l'acceptation du salarié d'être considéré comme démissionnaire en cas de retour tardif de congé (Cass. soc., 27 avril 1989, n° 86-42.663P).

En effet :

- **le salarié garde la liberté de rompre son contrat à tout moment et ne peut renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles de rupture du contrat de travail (C. trav., art. L.1231-4) ;**
- **l'employeur ne peut en principe y apporter des restrictions sauf si elles sont justifiées par les intérêts de l'entreprise (voir n° 30 et 31).**

voque de démissionner, le fait pour un salarié :

- d'aviser son employeur de la recherche d'un autre emploi plus proche de son lieu d'habitation (Cass. soc., 28 janvier 1981, n° 79-41.118) ;
- de s'être borné à solliciter pour l'avenir un changement d'emploi à l'intérieur de l'entreprise (Cass. soc., 24 octobre 1983, n° 79-41.118) ;
- de demander à son employeur de fournir des imprimés relatifs à la liquidation de la pension de retraite de la sécurité sociale (Cass. soc., 12 décembre 1983, n° 81-42.094) ;
- d'exprimer à plusieurs reprises à son employeur la décision de démissionner sans toutefois rédiger de lettre et d'adresser par la suite un certificat d'arrêt de travail pour maladie (Cass. soc., 29 mai 1996, n° 93-42.767) ;
- de solliciter dans une lettre soit un licenciement, soit une réintégration dans la plénitude des fonctions (Cass. soc., 23 juin 1998, n° 97-42.016) ;
- de ne pas réintégrer son poste après les vacances et de solliciter un licenciement économique (Cass. soc., 5 février 2003, n° 00-43.763).

3 FORME DE LA DÉMISSION

◆ Absence de formalisme légal

La démission n'est soumise à aucun formalisme légal. Certaines conventions collectives subordonnent la démission au respect d'un écrit. Toutefois, le non-respect de ces dispositions conventionnelles ne suffit pas, à lui seul, à remettre en cause la décision du salarié (Cass. soc., 28 septembre 2004, n° 89-40.264). Le salarié peut seulement être condamné à verser des dommages-intérêts à son employeur.

Cette absence de formalisme, qui se justifie par la volonté de ne pas entraver la liberté du salarié, explique les nombreuses difficultés pour déterminer l'auteur de la rupture et repérer ainsi l'existence d'une vraie démission.

En pratique, une notification écrite de la démission est préférable pour déterminer le point de départ du préavis (voir n° 16).

Modèle de lettre de démission d'un salarié

Monsieur ou Madame ...

Adresse

A ... le ...

Lettre recommandée avec avis de réception

ou

Remise contre récépissé

M ...

Je vous informe de ma décision de démissionner.

Cette démission prend effet le ... (date) et sera effective à l'issue du préavis de ... (durée), auquel je suis tenu.

Éventuellement

Je vous prie de bien vouloir me dispenser d'effectuer mon préavis à compter du ... (date).

Veuillez agréer, M ..., mes sincères salutations.

Signature

Réponse de l'employeur

Entreprise ...

Adresse

A ... le ...

Lettre recommandée avec avis de réception

ou

Remise contre récépissé

M ...

Nous prenons acte de la démission que vous avez présentée par lettre du ...

Nous vous rappelons que vous devez respecter un préavis de ... (durée) qui se terminera le ... (date) à laquelle vous cesserez de faire partie de nos effectifs.

OU

A votre demande, nous acceptons de vous dispenser de l'exécution de votre préavis. En conséquence, vous cesserez de faire partie de nos effectifs à compter du ...

S'agissant d'une dispense de préavis à votre initiative, nous vous rappelons qu'aucune indemnité compensatrice ne vous est due.

OU

Nous vous dispensons d'effectuer votre préavis et vous libérons à réception de la présente de tout engagement.

Votre salaire et autres rémunérations qui vous sont dus seront versés à leur échéance habituelle de paiement. Les rémunérations et indemnités afférentes à la rupture de votre contrat de travail le seront à la fin de votre contrat de travail.

Nous nous tenons à votre disposition pour le règlement définitif de votre compte.

Veuillez agréer, Monsieur ou Madame, nos sincères salutations.

Signature

◆ Démission écrite

▶ Lettre simple ou recommandée ?

La volonté de démissionner peut se concrétiser dans une lettre par laquelle le salarié indique de manière précise son intention de mettre fin au contrat de travail.

Cette lettre peut être rédigée sous la forme de **lettre simple ou lettre recommandée avec avis de réception**. Il est conseillé au salarié de préférer la lettre recommandée pour des raisons évidentes de preuve : en l'absence de précision, la notification de la démission est le point de départ du préavis (voir n° 10).

Certaines conventions collectives ou dispositions contractuelles subordonnent la démission au respect d'un certain formalisme.

▶ Démission manuscrite

La lettre manuscrite est la forme la plus fréquente de la démission.

Elle peut ne pas être rédigée de la main du salarié. Ce fait ne démontre pas à lui seul l'absence de volonté de démissionner (Cass. soc., 22 juillet 1986, n° 80-44.513).

Caractérise une volonté claire et non équivoque de démissionner, la lettre rédigée :

- par un tiers mais traduite au salarié dans sa langue maternelle. Le salarié, avis des conséquences pécuniaires de sa décision, a maintenu sa démission et renouvelé sa volonté d'obtenir immédiatement le paiement de ses salaires et congés payés (Cass. soc., 22 février 2000, n° 96-40.653) ;

- par l'employeur et signée par le salarié qui ne sait ni lire ni écrire, dès lors qu'un collègue a insisté auprès de ce dernier sur la différence entre une démission et un licenciement et qu'il a été en outre informé par le gerant qu'il n'aurait pas droit à l'allocation-chômage (Cass. soc., 5 avril 2006, n° 05-40.768) ;

En revanche, **ne constitue pas une volonté claire et non équivoque de démissionner :**

- la lettre rédigée par l'épouse de l'employeur et postée de son domicile (Cass. soc., 28 février 2001, n° 98-45.238) ;

- l'apposition de la signature du salarié sur une lettre rédigée et dactylographiée par l'employeur (Cass. soc., 26 septembre 2002, n° 00-45.684) ;

- la lettre de démission dictée par l'employeur et dactylographiée par sa secrétaire mais signée par le salarié parallèlement à deux actes de désistement dans le cadre de procédures opposant ce dernier à son épouse (Cass. soc., 28 novembre 2006, n° 05-41.491) ;

▶ Formule pré-imprimée

La démission peut être notifiée par le biais d'une formule pré-imprimée (Cass. soc., 19 mars 1981, n° 78-40.392P), le salarié se bornant à apposer la date et sa signature sur l'imprimé établi par l'employeur.

▶ Destinataire

En l'absence de clause contraire, la lettre de démission remise par le salarié à son supérieur hiérarchique produit ses effets, peu important que ce supérieur ait reçu ou non une délégation de l'employeur (Cass. soc., 15 mars 2006, n° 03-43.102P).

▶ Contenu

La lettre de démission doit faire apparaître la volonté sérieuse et non équivoque du salarié de rompre son contrat de travail.

Le terme de démission n'est pas obligatoire.

La Cour de cassation a ainsi jugé que la déclaration d'un VRP convoqué par son employeur pour un entretien et qui répond par écrit « je n'ai pas besoin d'avoir un entretien avec vous... je désire travailler avec des gens sérieux et non pas avec des rigolos »,

apporter à l'activité particulièrement réduite de l'intéressé rendait vraisemblable sa démission de fait (Cass. soc., 12 décembre 1984, n° 82-42.586).

Dans cet arrêt, la Cour de cassation ne porte pas son jugement sur la forme de la lettre de démission mais sur l'ensemble de l'attitude du salarié, attitude permettant de lui imputer la responsabilité de la rupture.

Au contraire, lorsque le salarié émet des réserves ou justifie d'un litige avec son employeur dans sa lettre de démission, la rupture du contrat est équivoque et doit être requalifiée en prise d'acte de la rupture.

Il en est de même si les circonstances antérieures ou contemporaines de la décision de rompre le contrat révèlent que la volonté du salarié de mettre fin au contrat est équivoque (Cass. soc., 9 mai 2007, n° 05-40.315P).

Pour plus de détails, voir Zoom « La prise d'acte de la rupture », p. 33.

► Circonstances entourant la rédaction de la lettre de démission

Les circonstances entourant la rédaction de la lettre de démission peuvent la rendre inopérante et sans portée juridique.

Il en est ainsi lorsque :

- la démission est écrite sous l'empire de la colère ou de l'émotion (voir n° 6) ;
- le salarié, se voyant reprocher par l'employeur des faits particulièrement graves, signe une lettre de démission par crainte d'un licenciement (voir n° 10) ;
- la lettre est une prise d'acte de la rupture en raison des agissements de l'employeur (voir n° 11) ;
- la volonté du salarié est entachée d'un vice du consentement, violence, dol, contrainte ou pression (voir n° 7).

◆ Démission verbale

► Une possibilité

Aucune disposition légale ou réglementaire ne subordonnant la démission à la nécessité d'un écrit, elle peut être exprimée verbalement (Cass. soc., 20 juillet 1967, n° 66-40.455P).

Cette **déclaration verbale doit cependant exprimer clairement l'intention de démissionner**. Là encore, il doit y avoir manifestation sérieuse et sans équivoque de la volonté du salarié de rompre le contrat de travail.

Dans ce cas, la confirmation par écrit n'est pas nécessaire dès lors que l'on est en présence d'une manifestation de volonté clairement exprimée (Cass. soc., 30 novembre 1977, n° 76-40.741P).

► Circonstances

En pratique, ce sont les faits entourant la déclaration de démission qui confirment la volonté sérieuse et non équivoque de démissionner.

Manifeste sa volonté sérieuse et non équivoque de démissionner, le salarié :

- quitte définitivement l'entreprise et qui y revient pour demander son compte, faits confirmés par te-

Démission donnée par un mineur non émancipé

La démission du mineur non émancipé, juridiquement incapable, peut être juridiquement contestée dès lors qu'elle n'est pas ratifiée par son représentant légal.

L'employeur peut demander au représentant légal du mineur s'il est ou non opposé à la démission, afin de prévenir d'éventuelles difficultés.

inopérante (Cass. soc., 12 juillet 1989, n° 85-44.742) ;

- d'une société de construction qui se présente en tenue de ville et déclare qu'il démissionne (Cass. soc., 10 décembre 1992, n° 89-44.045) ;

- qui, lors d'un entretien avec son employeur, lui demande de le licencier et, devant son refus, lui précise qu'il « prend son compte ». Le salarié s'est rendu peu de temps après dans l'entreprise au jour de repos de sorte qu'il ne peut être reproché à l'employeur de ne pas lui avoir donné du travail ce jour-là (Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 93-44.008) ;

- qui a expressément déclaré ne plus vouloir travailler « dans cette maison de fous » avant de quitter les lieux sur le champ en remettant les clés et ne s'est pas présentée à son travail durant 10 jours à la suite de cette déclaration, et sans fournir d'explication (Cass. soc., 13 juin 2007, n° 06-40.365).

En revanche, ne constitue pas une démission, celle donnée verbalement dans un moment d'impulsion, de colère ou sous la pression de l'employeur (voir n° 6 et s., 9 et s.).

4 LE SALARIÉ PEUT-IL REVENIR SUR SA DÉCISION ?

◆ En principe, non

La rétractation est l'acte par lequel le salarié ayant donné sa démission entend manifester sa volonté de revenir sur sa décision.

En principe, **la rétractation n'a aucun effet dès lors que la volonté de démissionner est clairement établie**.

► **La rétractation n'oblige pas l'employeur** qui, peut l'accepter ou la refuser.

Face à une démission librement consentie, la rétractation n'a de portée que si elle est acceptée par l'employeur.

L'acceptation de la rétractation peut être donnée de manière expresse ou tacite et résulter de l'attitude de l'employeur qui, par exemple :

- conserve le salarié à son service après l'expiration du délai conge (Cass. soc., 6 mars 1996, n° 93-44.201) ;

- n'autorise pas la conclusion d'un nouveau contrat de travail (Cass. soc., 26 janvier 2000, n° 98-40.120).

ATTENTION ...

L'absence de réaction immédiate à la lettre de démission de la démission ne saurait caractériser l'acceptation de la rétractation de la démission du salarié

(Cass. soc., 17 octobre 1974, n° 92-1481) : «... la preuve de l'employeur n'est constituée au stade de l'appréciation de la volonté réelle de l'employeur que par la lettre de démission et la rétractation.

► Une **rétractation dans un très court délai** n'implique pas nécessairement que la volonté du salarié n'a pas été clairement manifestée dès lors que la lettre de démission ne donne lieu à aucune interprétation (Cass. soc., 14 janvier 1988, n° 85-43178P) (Cass. soc., 22 novembre 1995, n° 92-42434).

Ainsi, ne produit aucun effet, la rétractation émise dans le cadre menacé par un licenciement pour faute grave. La lettre de démission, en l'espèce, a été rédigée quatre jours après l'entretien préalable et apparaît ainsi comme l'aboutissement de discussions entre les parties, le salarié ayant pu pendant ce délai réfléchir librement et prendre éventuellement conseil, auprès de personnes compétentes (Cass. soc., 8 juillet 1992, n° 89-40227) ; comme un avocat (Cass. soc., 19 avril 2000, n° 98-40267).

◆ Exception

Dans certains cas, la rétractation peut être retenue comme élément d'appréciation de la volonté réelle du salarié lorsqu'elle s'ajoute à d'autres circonstances soulignant l'absence de volonté réelle et non équivoque de démissionner (*voir* n° 0 et s.).

La rétractation, pour être prise en considération par les juges du fond, n'a pas à obéir aux règles de forme particulières. L'écrit n'est pas nécessaire. Ainsi le fait de refuser le reçu pour solde de tout compte et de recevoir le certificat de travail et le paiement des congés payés permet aux juges d'établir qu'il n'y a pas eu de volonté non équivoque de démissionner (Cass. soc., 7 novembre 1989, n° 86-41233).

Ainsi, la **rétractation a été admise** lorsque la démission est donnée :

- « sans manifestation de volonté réelle et, c'est-à-dire dans un mouvement de colère d'innocence... » (Cass. soc., 9 avril 1974, n° 73-42148P) (Cass. soc., 22 mai 1986, n° 83-42732) ;

- à l'issue d'une entrevue avec l'employeur au cours de laquelle des reproches sont émis sur la qualité du travail du salarié (Cass. soc., 3 octobre 1991, n° 87-43381) ;

- sous la menace d'un licenciement pour faute grave et du dépôt d'une plainte pénale (Cass. soc., 8 décembre 1993, n° 91-44247) (Cass. soc., 24 avril 2001, n° 99-42901) ;

- si l'employeur au domicile du salarié, ce dernier l'ayant rédigée alors qu'il se trouvait dans un état de stress de nature à altérer son jugement (Cass. soc., 17 février 2000, n° 98-40241).

EN RÉSUMÉ ...

Si la rétractation d'une démission négative ne peut produire effet qu'après acceptation, elle constitue, cependant en amont et indépendamment de l'arrivée de l'employeur ou, élément d'appréciation de la réelle volonté du salarié de mettre fin à son contrat de travail.

La portée de la rétractation s'apprécie en fonction des circonstances. Le délai s'écoulant entre la démission et sa rétractation est un élément qui les juges retiennent évidemment afin d'apprécier le caractère équivoque de la démission (à toute logique, lorsque la rétractation est rapide (par exemple : Cass. soc., 10 décembre 1996, n° 95-402399) (Cass. soc., 5 juin 2001, n° 99-42300) ; rétractation le jour même de la remise de la lettre de démission), la volonté du salarié de démissionner est douteuse, et ce, même si la seule rétractation ne saurait suffire à écarter la qualification de démission.

À l'inverse, l'absence de rétractation (ou une rétractation tardive) permet de confirmer la volonté réelle du salarié de démissionner.

5 CONTENTIEUX

◆ Contestation de la démission

La démission peut être contestée par le salarié s'il estime :

- qu'il n'a pas manifesté une volonté claire et non équivoque de démissionner,

- ou que malgré les apparences (lettre de démission ou démission verbale), il a été contraint de démissionner.

Il demande alors au conseil de prud'hommes de requalifier la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

C'est au salarié d'apporter la preuve de l'absence de volonté claire et non équivoque de démissionner ou des circonstances invalidant sa démission.

◆ Déterminer qui a rompu le contrat

Dans certaines situations, il est difficile de déterminer le véritable auteur de la rupture du contrat de travail : l'employeur considère que le salarié a démissionné et le salarié soutient qu'il a été licencié.

La jurisprudence confie aux juges du fond, le conseil de prud'hommes, le soin de déterminer, à la lumière des circonstances et des documents versés par le salarié et l'employeur, à qui la rupture du contrat de travail est imputable.

A NOTER

La **preuve de la démission peut être apportée par tous moyens**, et notamment par témoignages (Cass. soc., 29 mai 1959, n° 5097P, Bull. civ. IV n° 642). Même lorsque la convention collective prévoit expressément l'emploi de la lettre recommandée, l'employeur qui n'a pas exigé cette formalité peut établir par tout autre moyen la réalité de la démission. Encore faut-il que les juges du fond estiment qu'il y

avant bien que volonté sérieuse de l'intéressé de résilier son contrat. (Cass. soc., 17 juin 1988, n° 86-3830P Bull. civ. IV, n° 138.)

◆ **Rôle du juge**

► **Le juge**, saisi d'une demande et paiement d'indemnités de rupture du contrat de travail par un salarié considéré comme démissionnaire par son employeur, ou d'une demande de dommages-intérêts pour rupture abusive de la part de l'employeur (ce qui est moins fréquent) :

- **vérifie et interprète la volonté des parties** et analyse leur comportement respectif en restituant à la rupture sa véritable qualification ;

- **vérifie si la prétendue démission du salarié est réelle et non équivoque** et détermine l'imputabilité de la rupture ;

- **recherche**, en présence d'une démission apparente, **si la volonté du salarié n'a pas été viciée** et si la rupture à l'initiative du salarié lui est également imputable.

L'imputabilité de la rupture doit ainsi être recherchée quelle que soit la partie qui en a eu l'initiative.

Le contrôle du juge porte donc sur l'intégrité de la volonté du salarié.

Afin de procéder à cet examen, les juges du fond peuvent recourir des mesures d'instruction, en particulier en désignant des conseillers rapporteurs dont le rôle est de rapporter les circonstances de fait ayant entouré la rupture du contrat de travail.

► **Les juges du fond retiennent l'existence ou non d'une démission au regard des éléments de l'espece** (Cass. soc., 28 juin 1989, n° 86-43.392). Cette appréciation relève de leur pouvoir souverain (Cass. soc., 17 décembre 1976, n° 75-40.901P).

La **Cour de cassation** n'exerce pas son contrôle de qualification et rejette tout pourvoi qui tend à remettre en cause cette appréciation souveraine.

Elle contrôle que les juges du fond ont bien caractérisé la volonté équivoque ou non équivoque de démissionner ; à défaut, elle casse la décision. Autrement dit, elle se borne à vérifier que les juges du fond ont motivé leur décision.

En réalité, la juridiction suprême se montre exigeante concernant la motivation des juges du fond, tout particulièrement pour les démissions implicites.

Elle a fixé quelques lignes directrices que ces derniers doivent suivre sous peine d'être censurés.

◆ **Requalification**

Dès lors que la démission ne résulte pas d'une volonté claire et non équivoque du salarié de mettre fin à ses relations de travail, la rupture du contrat de travail s'analyse en un **licenciement nécessairement sans cause réelle et sérieuse**.

L'employeur est condamné au paiement de l'indemnité (légale ou conventionnelle) de licenciement et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. (C. trav. art. L. 1235-3 et L. 1235-5.)

VOLONTÉ CLAIRE ET NON ÉQUIVOQUE

6 AGIR EN TOUTE CONSCIENCE

La volonté de démissionner doit procéder d'une décision consciente. Les juges doivent rechercher si la **volonté du salarié n'est pas altérée par son état psychologique ou psychique**.

ATTENTION ...

... l'acceptation abusive de l'employeur d'une démission équivoque peut manifester son intention de rompre lui-même le contrat. (Cass. soc., 24 février 1988, n° 86-41.373.)

◆ Moment d'humeur ou d'énervement

Les propos ou les gestes parfois inconsidérés du salarié dus à un moment d'humeur, d'énervement ou de colère, ne peuvent être considérés comme la manifestation d'une volonté sérieuse et non équivoque de démissionner. La démission ainsi donnée sans réflexion suffisante est inefficace et sans portée juridique.

Ne rempli pas cette condition, la démission remise :

- à la suite d'un changement de poste qui venait d'être notifié au salarié, contredite deux heures plus tard en revenant sur sa décision. (Cass. soc., 30 janvier 1985, n° 82-42.784.)

- dans un mouvement d'humeur lors d'un incident concernant le travail, et contestée le lendemain (Cass. soc., 27 septembre 1989, n° 86-40.802.)

- sous le coup de la colère et clairement contredite par le comportement postérieur du salarié qui s'est absenté pour un congé maladie d'un mois, au terme duquel il a manifesté le désir de reprendre son travail (Cass. soc., 4 mars 1998, n° 95-44.836.)

- par un salarié, dans un mouvement d'humeur, en quittant son travail à la suite d'une dispute avec son employeur en précisant qu'il ne reviendrait pas travailler. (Cass. soc., 10 février 1993, n° 90-41.703.)

- le jour même d'une sanction disciplinaire fondée sur des griefs injustifiés. (Cass. soc., 13 mars 1994, n° 90-45.057.)

- par le salarié qui demande son compte dans un mouvement d'humeur après que l'employeur l'ait avisé qu'il allait le licencier. (Cass. soc., 8 novembre 1995, n° 92-40.270.)

- par le salarié qui, sous le coup de la colère, a quitté l'entreprise et déclaré qu'il « en avait marre de travailler dans ce bar... et qu'il ne reviendrait jamais ». (Cass. soc., 7 avril 1999, n° 97-40.689.)

- par le salarié qui, sous l'emprise de l'énervement, quitte précipitamment l'entreprise. (Cass. soc., 19 octobre 2005, n° 04-41.028.)

- concomitamment à la réception d'un courrier refusant au salarié la prime de Noël perçue depuis plus de 10 ans. (Cass. soc., 14 juin 2006, n° 04-48.210.)

◆ Emotivité

La démission donnée par le salarié dans un état d'émotivité anormale n'est pas considérée comme claire et non équivoque.

Ainsi, n'a pas été retenue la démission présentée :

- sous le coup d'une forte émotion, le fils du salarié, également salarié de l'entreprise, venant d'être inculpé de vol et incarcéré (Cass. soc., 24 janvier 1988, n° 86-11.573) ;

- sous l'empire d'un desirai occasionné par un accident provoqué par le salarié (Cass. soc., 10 janvier 1991, n° 87-41.517) ;

- alors que le salarié, arrêté et mis en garde à vue, avait une liberté d'esprit et une maîtrise de son affectivité trop diminuées pour pouvoir prendre librement parti de démissionner (CA Paris, 9 mars 1993, Bardini c/SA Mercier) ;

- sous le coup de l'émotion provoquée par l'imputation d'une faute non justifiée invoquée à son encounter par l'employeur (Cass. soc., 10 novembre 1998, n° 96-44.290) ;

◆ Dépression

Le salarié qui rédige sa lettre de démission alors qu'il est sujet à un état dépressif et psychotique de nature à altérer son consentement ne peut manifester une volonté réelle de démissionner. Les juges du fond examinent en détail les circonstances de la démission afin de s'assurer que le salarié a démissionné de façon claire et non équivoque.

Se trouve dans un état de trouble mental de nature à affecter sa volonté, le salarié :

- en arrêt maladie qui adresse par courrier une lettre de démission dans laquelle il s'épanche sur son état dépressif et prévient qu'il ne reviendra pas au bureau (CA Montpellier, 31 janvier 1996, SARI, Sogecom c/Fernandez) ;

- dépressif, qui, à son domicile, remet à son employeur sa démission et se retracte par lettre recommandée dix jours plus tard (Cass. soc., 1^{er} février 2000, n° 98-40.244) ;

- qui, rédige sa lettre de démission sur son lieu de travail au retour d'un arrêt de travail pour syndrome dépressif, est à nouveau en arrêt maladie pour le même motif après sa démission, est hospitalisé en établissement psychiatrique deux semaines après et se retracte deux mois après avoir remis la lettre à son employeur (Cass. soc., 2 juillet 2008, n° 07-40.942) ;

En revanche, l'existence d'un syndrome dépressif débutant ne suffit pas à démontrer le caractère irréfléchi ou provoqué d'une démission : (A Dijon, 18 janvier 2000, Touraton c/SA Clas ; CA Bordeaux, 9 septembre 1999, Lefebvre c/UD municipales de Dordogne).

7 AGIR LIBREMENT ET EN CONNAISSANCE DE CAUSE

◆ Erreur : salarié non informé

La démission remise alors que son auteur n'a pas conscience de son acte et de ses conséquences, relève

de l'erreur et non d'une volonté claire et non équivoque.

La lettre de démission doit être l'expression d'une volonté sérieuse et non équivoque du salarié de rompre le contrat de travail. Une telle expression suppose que **le salarié ait été informé de ses droits**.

Tel n'est pas le cas du salarié :

- déclare inapte à reprendre son ancienne activité et qui donne immédiatement sa démission, l'employeur lui remettant le jour même les documents de fin de contrat et un reçu pour solde de tout compte (CA Besançon, 8 mars 1994, RJS 7/94, n° 937 ; CA Versailles, 24 janvier 1997, RJS 6/97 n° 681 ; Cass. soc., 10 mars 1998, n° 95-43.871) ;

Pour la cour d'appel, l'employeur, tenu par une obligation de reclassement, ne peut prendre acte de la démission donnée par un salarié non informé des droits qu'il tient de l'article L. 122-24-4 du Code du travail (recod. C. trav. art. L. 1226-2 et s.) relatif à l'aptitude physique et de ses droits au regard des allocations de chômage. En conséquence, l'employeur en considérant le contrat comme rompu a agi avec une précipitation fautive qui lui rend la rupture imputable ;

- qui signe une lettre rédigée brièvement par un autre salarié, l'intéressé ne sachant ni lire ni écrire le français (Cass. soc., 19 décembre 2000, n° 98-46.152 ; Cass. soc., 30 novembre 1994, n° 93-42.770) ;

En revanche, il a été jugé qu'un travailleur étranger, avait « une claire notion de son intérêt, et que des difficultés à lire le français n'avaient pu l'empêcher de comprendre, à la lecture qui lui en avait été faite, un texte court, comportant des termes simples et se rapportant à un objet précis, à savoir la fin de son contrat de travail » (Cass. soc., 2 juin 1977, n° 76-40.195P).

- démissionnaire qui ne connaît pas l'étendue de ses droits au regard des allocations-chômage, erreur entretenue par l'employeur (CA Besançon 8 mars 1994, RJS 7/94 n° 937).

En revanche, en l'absence de tels renseignements de la part de l'employeur, la démission du salarié est valable. Tel est le cas lorsque la lettre de démission a été rédigée du lieu de détention du salarié, sur un formulaire de démission établi par l'employeur après que celui-ci l'ait informé qu'il devait avoir quitté l'entreprise pour bénéficier de déblocage des fonds de participation (Cass. soc., 17 juillet 2004, n° 04-42.223).

◆ Violence, dol et contrainte de l'employeur

La démission doit se fonder sur une volonté libre et ne pas être entachée d'un vice du consentement (violence, dol ou contrainte).

Caractérise l'existence d'une **contrainte morale** génératrice d'un vice du consentement du salarié, la lettre de démission :

- rédigée dans les locaux de la direction, immédiatement après avoir commis des erreurs de facturation et s'être vu imposer un inventaire hebdomadaire et

non plus mensuel - Cette situation était intimidante et comportait un élément émotif de nature à mettre l'employée en position d'infériorité et ces conditions de préemption n'avaient pas été l'expression sereine d'une libre volonté » (Cass. soc., 13 novembre 1986, n° 87-41.213P) ;

- obtenue par l'employeur à l'aide de procédés vexatoires sous la contrainte morale (Cass. soc., 26 septembre 1990, n° 87-41.560 ; Cass. soc., 3 avril 2001, n° 99-42.010) ;

- rédigée par des salariés dont l'employeur, par son attitude constamment incorrecte, a créé dans l'entreprise un climat insupportable ayant des effets néfastes sur la santé de ceux-ci (Cass. soc., 30 janvier 1991, n° 87-45.843) ;

- rédigée dans les locaux de l'entreprise et en présence de sa hiérarchie, après avoir été convoqué à plusieurs entretiens au cours desquels il a été informé de sa mise en cause dans des vols commis au sein de l'entreprise et menacé d'un dépôt de plainte à son encontre (Cass. soc., 2 juillet 2008, n° 07-41.325 ; voir dans le même sens, Cass. soc., 11 octobre 2000, n° 98-44.043) ;

Par ailleurs, la démission d'une salariée est équivoque en raison des **violences physiques** subies du fait de son employeur, de surcroît son concubin, peu important qu'elles ne l'aient pas été sur son lieu de travail. Sa volonté était viciée (Cass. soc., 29 janvier 2003, n° 00-45.476) ;

Enfin, la démission obtenue à la suite de **manoeuvres dolosives** est nulle, la rupture devant être requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 22 mai 2002, n° 00-41.708P) ;

In l'espèce, une société, pour obtenir la démission d'un salarié, demande à une autre société d'engager le salarié par contrat de travail assorti d'une période d'essai. Par la suite, la deuxième société met fin de manière abusive au contrat de travail pendant cette période d'essai. Les juges du fond ont pu, des lors, caractériser l'existence d'un dol emmanant de l'employeur.

8 AGIR DE MANIÈRE EXPLICITE

◆ Pas de démission implicite

L'employeur ne peut se prévaloir de la démission du salarié que si celui-ci en a manifesté la volonté claire et non équivoque. En l'absence de démission écrite ou verbale, l'employeur ne peut ainsi déduire du comportement du salarié, sa démission. A défaut s'il prend acte de la démission du salarié en interprétant les circonstances de fait (**abandon de poste, absence injustifiée, non-reprise du travail après un congé**), la rupture est requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 10 mai 2006, n° 04-44.891) ;

L'employeur ne peut considérer comme démissionnaire, le salarié :

- qui refuse de continuer ou de reprendre son travail (Cass. soc., 10 juin 1997, n° 95-41.178) ;

- abandonne son poste de travail (Cass. soc., 26 sep-

tembre 2002, n° 03-41.823P ; Cass. soc., 9 avril 2006, n° 04-46.427) ;

- en absence injustifiée (Cass. soc., 12 mars 2002, n° 99-43.511P ; salaire en congé parental sans avoir informé son employeur (Cass. soc., 4 octobre 2003, n° 97-43.820 ; salariée en congé sabbatique non accepté par l'employeur) ;

- qui ne reprend pas son travail après un congé (Cass. soc., 20 octobre 1982, n° 80-41.213P ; congé payé (Cass. soc., 22 janvier 1992, n° 89-43.206 ; maladie (Cass. soc., 19 mars 1996, n° 94-43.956 ; accident du travail (Cass. soc., 22 mai 1991, n° 88-41.335 ; maternité) ;

- qui recherche du travail en attendant que son employeur, en liquidation judiciaire, le licencie (Cass. soc., 13 avril 2005, n° 03-42.567) ;

La jurisprudence admet à titre exceptionnel la démission implicite, lorsque les faits ont appaître la volonté sérieuse et non équivoque du salarié de rompre son contrat de travail. La démission implicite doit résulter d'un comportement suffisamment caractérisé du salarié. A titre très exceptionnel, a été reconnu comme avant démissionne, le salarié :

- embauché dans une autre entreprise (Cass. soc., 14 juin 2006, n° 04-43.526) ;

- en congé sans solde qui travaille chez un concurrent et affirme vouloir continuer à y travailler au terme de son congé (Cass. soc., 12 juillet 2006, n° 04-43.062) ;

◆ Procédure à suivre en cas de non-reprise du travail

Lorsqu'un salarié ne reprend pas son travail après une absence ou un congé ou après avoir abandonné son poste de travail, il est essentiel que l'employeur cherche à obtenir des explications ou mette en demeure le salarié de revenir à son poste de travail. La démission ne se présument pas, l'absence du salarié, fût-elle injustifiée, ne caractérise pas une volonté claire et non équivoque de démissionner (Cass. soc., 22 septembre 1993, n° 91-43.380 ; Cass. soc., 1^{er} février 1995, n° 90-43.686) ;

En l'absence de volonté claire et non équivoque du salarié de démissionner, l'employeur doit :

- inviter le salarié à justifier de son absence en lui adressant un courrier en recommandé ;

- en l'absence de réponse, le mettre en demeure de reprendre son poste de travail ;

- et si le salarié ne donne pas suite à cette mise en demeure, mettre en oeuvre la procédure de licenciement pour absence injustifiée (Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-45.060P ; Cass. soc., 19 mars 2002, n° 00-40.378 ; Cass. soc., 29 janvier 2003, n° 01-40.236) ;

Pour plus de détails, voir **Zoom « La prise d'acte de rupture »**, p. 53



Refus d'une modification du contrat de travail ou d'un changement des conditions de travail

Modification du contrat de travail

Le salarié peut refuser d'accepter une modification de son contrat proposée par son employeur. Dans ce cas, l'employeur doit soit renoncer à modifier le contrat, qui est alors maintenu dans ses conditions initiales, soit procéder au licenciement du salarié. L'employeur ne peut pas considérer le salarié qui refuse de travailler aux nouvelles conditions modifiant son contrat comme démissionnaire (Cass. soc., 27 mai 1997, n° 95-40.651 ; Cass. soc., 11 juillet 2000, n° 98-40.146). La manifestation de son refus ne permet pas de relever l'existence d'une volonté claire et non équivoque du salarié de rompre le contrat de travail.

Changement des conditions de travail

Le changement des conditions de travail s'impose au salarié. S'il le refuse, il peut être licencié.

L'employeur ne peut considérer le salarié s'opposant à un tel changement comme démissionnaire (Cass. soc., 24 juin 1992, n° 88-44.805P ; Cass. soc., 3 mai 2000, n° 99-40.545 ; Cass. soc., 28 février 2001, n° 99-40.921).

Attention...

Le salarié qui refuse d'exécuter un travail n'entrant pas dans ses attributions ne commet pas de faute (Cass. soc., 28 mars 1995, n° 91-43.680). Il ne saurait encore moins être considéré par l'employeur comme démissionnaire.

En revanche, le refus de poursuivre son contrat de travail, dans le cadre d'un transfert d'entreprise, avec le nouvel employeur en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail produit les « effets d'une démission » (Cass. soc., 10 octobre 2006, n° 04-40.325P).

ABSENCE DE PRESSION

9 PRESSION DE L'EMPLOYEUR

D'une manière générale, la responsabilité de la rupture n'est pas imputable au salarié chaque fois qu'il fait l'objet de **pressions de la part de l'employeur en vue de l'inciter à démissionner**.

Ainsi, n'est pas démissionnaire, le salarié :

- contraint d'écrire et de signer sa lettre de démission alors que son employeur a reconnu qu'il voulait que le salarié démissionne (Cass. soc., 5 mars 1987, n° 84-43.181) ;
- qui signe une lettre dans des circonstances suffisamment ambiguës pour que l'employeur estime devoir les dissimuler (Cass. soc., 14 octobre 1992, n° 89-40.937) ;
- qui accepte de mettre fin à son contrat dans une lettre de démission rédigée après un entretien avec son employeur sur le lieu du travail (Cass. soc., 11 octobre 2000, n° 98-43.954) ;
- dont la lettre de démission est écrite de la main de l'épouse de l'employeur et postée de la commune où celui-ci a son domicile (Cass. soc., 28 février 2001, n° 98-45.235) ;

- trouvé en possession d'un article non payé du supermarché dans lequel il travaillait et qui redige une lettre de démission dans le bureau du directeur de l'établissement à l'issue d'un entretien avec celui-ci et se rétracte par la suite (Cass. soc., 4 février 2004, n° 01-47.093) ;

- qui envoie sa lettre en raison de pressions excessives et destabilisatrices à la suite de son engagement syndical (Cass. soc., 27 octobre 2004, n° 01-46.413) ;

- dont le départ est provoqué par l'attitude de l'employeur qui a exercé une pression morale de nature à le destabiliser en chargeant notamment un cabinet de reclassement de rechercher un remplaçant pour le cas où le salarié démissionnerait (Cass. soc., 19 octobre 2005, n° 04-42.902).

10 CRAINTE D'UN LICENCIEMENT

La perspective d'un licenciement peut inciter le salarié à devancer la procédure en prenant l'initiative de la rupture.

Bien que la décision de prendre l'initiative de la rupture soit spontanée de la part du salarié, cette réaction peut être **suggérée par l'employeur**.

Dès lors, une telle démission est-elle valable et dans quelles limites est-elle imputable à l'employeur ?

◆ Licenciement pour motif personnel

La démission à l'initiative du salarié peut être destinée à éviter un licenciement pour motif personnel. Les cas couramment rencontrés visent **la faute grave ou la faute lourde**.

Cette dernière est exceptionnelle car elle implique du salarié une intention de nuire à l'employeur ou à l'entreprise.

Face à une telle faute, le salarié peut préférer devancer son licenciement en donnant sa démission.

La démission donnée dans de telles circonstances est valide dès lors que l'employeur n'a pas exercé sur le salarié de pression de nature à influencer sur sa décision et que cette dernière a été prise en connaissance de cause.

Il revient aux juges du fond d'analyser la situation au vu des éléments fournis par les parties et d'apprécier, à cet égard, l'autonomie de la volonté du salarié.

Est compatible avec une volonté claire et non équivoque, la démission :

- d'un magasinier menacé de licenciement pour faute lourde pour avoir laissé opérer des prélèvements d'argent sur les fonds de l'entreprise et qui, placé face à l'alternative entre licenciement ou démission a librement opté pour cette dernière (Cass. soc., 27 juin 1984, n° 82-41.642) ;
- d'un cadre de haut niveau menacé d'un licenciement pour faute grave (Cass. soc., 25 avril 1984, n° 82-41.725P ; Cass. soc., 8 janvier 1985, n° 82-43.376).

A l'inverse, un salarié doté d'une faible qualification sera considéré comme davantage « influençable ». C'est également le cas de celui qui est très jeune.

Est ainsi annulée la démission d'une salariée « des lors que son jeune âge et son inexpérience ne lui ont pas

peut résister aux pressions de l'employeur et des autres salariés - (CA Paris, 18^e ch., 21 mars 1989, Jurisdata n° 221309).

En revanche, ne peut être considérée comme une manifestation claire et non équivoque de démissionner, la démission rédigée par le salarié :

- le jour même de son entretien préalable à un licenciement, et immédiatement acceptée par l'employeur (Cass. soc., 7 décembre 1994, n° 91-43.238) ;

ATTENTION ...

La lettre signée le jour de la tenue d'un entretien préalable au licenciement est souvent empreinte de suspicion, contribuant à démontrer que le salarié n'avait pas vraiment l'intention de démissionner, même s'il n'est pas démontré que l'employeur fait réellement « contourner »

- dans les locaux de la direction, immédiatement après les faits qui lui sont reprochés (Cass. soc., 4 janvier 1995, n° 91-44.217) ;

- à l'issue d'une entrevue avec l'employeur, suivie le lendemain d'une rétractation (Cass. soc., 6 novembre 1996, n° 93-45.150) ;

- à qui il est reproché des vols avérés, qui se rétracte, après avoir pris conseil auprès d'un avocat, en arguant de pressions et de la menace d'une plainte pénale lors d'un entretien avec son employeur (Cass. soc., 19 avril 2000, n° 98-40.067).

◆ **Licenciement économique**

Lorsque le licenciement pour motif économique est une simple éventualité, qu'il y a incertitude sur le sort du salarié, le départ de l'entreprise à son initiative s'analyse en une démission.

Il en a ainsi été jugé du départ d'un salarié alors que l'entreprise l'a informé qu'elle entreprenait une relance des fabrications (réalisée par la suite) qui impliquait le maintien de son emploi (Cass. soc., 20 novembre 1980, n° 79-40.367P).

En revanche, la démission s'analyse comme une rupture du contrat de travail imputable à l'employeur lorsqu'elle est provoquée par la mise en œuvre d'une procédure de licenciement collectif. A condition, toutefois que ce licenciement collectif concerne le salarié et qu'il n'y ait ni ambiguïté, ni incertitude sur son sort.

Dans ce cas, la Cour de cassation considère que l'employeur a d'ores et déjà décidé le congédiement du salarié lorsque celui-ci prend l'initiative de quitter l'entreprise (48 salariés sur 53 ont été effectivement licenciés par la suite) (Cass. soc., 8 juillet 1975, n° 74-40.541P).

Poursuivre le travail après la démission

Lorsque le salarié, qui a démissionné, continue à travailler pendant plusieurs mois avec l'assentiment de son employeur, jusqu'à ce que ce dernier lui retire tout travail, la démission est privée d'effet (Cass. soc., 28 mars 2006, n° 04-42.228).

11 FAUTE DE L'EMPLOYEUR

Dans certains cas, bien que l'initiative de la rupture soit prise par le salarié, il peut y avoir été amené du fait de la **non-exécution par l'employeur de ses obligations**.

L'employeur est tenu, en vertu du contrat de travail liant à son salarié, de respecter les prescriptions légales, les dispositions conventionnelles applicables dans l'entreprise et ses engagements contractuels.

La violation de ces différentes obligations peut conduire le salarié à rompre le contrat de travail. Il peut énoncer ses griefs dans la lettre de démission elle-même. On parle alors de **démission « motivée »**. Mais il peut également adresser à son employeur une lettre sans réserves et la remettre en cause ultérieurement.

Dans ces deux hypothèses, la rupture, qui a l'apparence d'une démission, doit s'analyser en une **prise d'acte de la rupture**. En effet, lorsque le salarié sans invoquer un vice du consentement de nature à entraîner l'annulation de sa démission, la remet en cause en raison de faits ou manquements imputables à son employeur, le juge doit l'analyser en une prise d'acte de la rupture s'il résulte de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission qu'à la date à laquelle elle a été donnée, elle était équivoque (Cass. soc., 9 mai 2007, n° 05-41.324 ; Cass. soc., 9 mai 2007, n° 05-40.315 ; Cass. soc., 9 mai 2007, n° 05-40.518).

Dès lors que le salarié a pris acte de la rupture de son contrat en raison des faits qu'il reproche à son employeur, le contrat de travail est **effectivement et définitivement rompu** (Cass. soc., 25 juin 2003, n° 01-43.578P ; Cass. soc., 8 juin 2005, n° 03-43.321P). L'employeur ne peut plus agir sur la qualification de la rupture qui produit les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit dans le cas contraire, d'une démission (Cass. soc., 25 juin 2003, n° 01-42.679P).

Pour plus de détails, voir Zoom « La prise d'acte de la rupture », p. 53.

CONSEILS

PRÉAVIS

12 DÉLAI DE PRÉVENANCE

Le préavis est un délai de prévenance que le démissionnaire doit respecter avant de mettre fin à son contrat de travail.

À l'expiration du délai de préavis, les relations contractuelles prennent fin de plein droit.

Le préavis de démission est expressément prévu à l'article L. 1237-1 du Code du travail. Les règles relatives au préavis de démission sont, sous réserve de certaines conditions particulières, les mêmes que celles qui régissent le préavis de licenciement.

13 CARACTÈRE OBLIGATOIRE

Quels que soient l'auteur de la rupture, la source ou la durée du préavis, celui-ci **s'impose aux deux parties**. Les parties au contrat ne peuvent renoncer par avance au droit de s'en prévaloir (C. trav., art. L. 1231-4). Cependant une telle renonciation est possible après la rupture en application du principe selon lequel il est toujours possible de renoncer à un droit acquis.

En présence d'une démission, le préavis s'impose à l'employeur qui ne saurait dispenser de manière unilatérale le salarié de l'exécuter. À défaut, il est redevable d'une indemnité compensatrice de préavis (Cass. soc., 5 décembre 1974, n° 73-40.376P). Il s'impose également au salarié qui ne saurait donc se dispenser de l'exécuter (Cass. soc., 26 avril 1979, n° 78-40.435P), et ce même s'il bénéficie d'une nouvelle embauche (Cass. soc., 28 janvier 1979, n° 78-40.233).

14 EXCEPTIONS

◆ Période d'essai

Un délai de prévenance minimal doit être respecté par la partie qui met fin à la période d'essai.

Si le salarié rompt sa période d'essai, il doit respecter un délai de prévenance de 48 heures, ramené à 24 heures en deca de huit jours de présence dans l'entreprise (C. trav., art. L. 1221-26).

La période d'essai, renouvellement inclus, ne peut être prolongée du fait de la durée du délai de prévenance (C. trav., art. L. 1221-25).

Des délais de cette nature sont parfois prévus par les conventions collectives.

◆ Femme enceinte

La salariée en état de grossesse médicalement constatée peut rompre son contrat de travail sans préavis et sans devoir d'indemnité de rupture (C. trav., art. L. 1225-34).

◆ Démission pour élever un enfant

Cette démission pour élever un enfant est assortie d'une dispense d'exécution du préavis et d'une priorité de reclassement pour l'année suivant la rupture du contrat de travail.

Pour élever son enfant, le salarié peut, sous réserve d'en informer son employeur au moins quinze jours à l'avance, rompre son contrat de travail à l'issue du congé de maternité ou d'adoption ou, le cas échéant, deux mois après la naissance ou l'arrivée au foyer de l'enfant, sans être tenu de respecter le délai de préavis, ni de devoir de ce fait d'indemnité de rupture (C. trav., art. L. 1225-06).

Le salarié informe son employeur de sa démission par lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé (C. trav., art. R. 1225-18).

Dans l'année suivant la rupture de son contrat, le salarié peut solliciter sa reconquête (C. trav., art. L. 1225-07).

Sous réserve de respecter le délai de quinze jours, le salarié est dispensé d'exécuter son préavis et ne peut être condamné à payer une indemnité compensatrice. Lorsque le salarié démissionnaire use de cette faculté, l'employeur n'est tenu à aucune indemnité de préavis (Cass. soc., 18 juin 1997, n° 94-41.466P).

Voir Numéro juridique « Autre congés et absences »

◆ Congé pour création d'entreprise

Le salarié informe son employeur par lettre recommandée avec avis de réception au moins trois mois avant la fin du congé pour création d'entreprise de son intention, soit d'être reconvoqué, soit de rompre son contrat. Dans ce dernier cas, les conditions de la rupture sont celles prévues par le contrat de travail, à l'exception de celles relatives au préavis. Le salarié est, de ce fait, dispensé de payer une indemnité de rupture (C. trav., art. L. 3142-85 et D. 3142-43).

◆ Journaliste

Lorsqu'un changement notable dans le caractère ou l'orientation du journal ou périodique crée, pour la personne employée, une situation de nature à porter atteinte à son honneur, à sa réputation ou d'une manière générale à ses intérêts moraux, le salarié qui rompt le contrat de travail n'est pas tenu d'observer la durée du préavis prévue à l'article L. 7112-2 du Code du travail (C. trav., art. L. 7112-5).

◆ Faute grave

▶ De l'employeur

Le salarié démissionnaire n'effectue pas de préavis si sa démission est rendue inévitable par l'attitude fautive de l'employeur (n° 11).

Il en est ainsi en cas de : procédés vexatoires, non-paiement des salaires aux échéances normales, violences, injures, etc.

◆ Du salarié démissionnaire

Le salarié démissionnaire peut commettre au cours de son préavis une faute grave, voire lourde, justifiant la rupture immédiate des relations contractuelles. La faute grave rend en effet impossible le maintien du salarié dans l'entreprise (*Cass. soc.*, 3 octobre 2007, n° 06-42.320P).

Il en est ainsi lorsque le salarié :

- directeur régional, refuse de participer à une réunion de cadres (*Cass. soc.*, 1^{er} février 1983, n° 80-40.286) ;
- met à profit son préavis pour créer une entreprise concurrente et incite des salariés à démissionner (*Cass. soc.*, 14 mars 1984, n° 81-42.643).

Cependant, dès lors que la faute n'est pas reconnue comme suffisamment grave par les juges du fond, le préavis reste dû par l'employeur (*Cass. soc.*, 11 mars 1976, n° 74-40.775 ; *Cass. soc.*, 29 janvier 2003, n° 01-40.036).

◆ Convention collective

Des dispositions conventionnelles peuvent également dispenser le salarié d'observer tout ou partie de son préavis notamment lorsqu'il a trouvé un nouvel employeur.

◆ Accord des parties

Les parties peuvent convenir de mettre fin au contrat de travail sans préavis ou d'anticiper le terme du préavis (*Cass. soc.*, 7 janvier 1979, D 1979, IR 298).

En application de l'article 1134 du Code civil, l'employeur et le salarié perdent leur droit à réclamer l'indemnité compensatrice (*Cass. soc.*, 15 avril 1992, n° 89-40.850P).

La renonciation de l'employeur au préavis doit résulter d'une « manifestation de volonté non équivoque ». A défaut, le salarié est débiteur de l'indemnité compensatrice de préavis (*Cass. soc.*, 3 décembre 1987, n° 85-41.211P).

15 DURÉE

La durée du préavis de démission est différente de celle imposée en cas de licenciement.

Pour la déterminer, il convient de se référer successivement en application de l'article L. 1237-1 du Code du travail : à la loi, à la convention ou l'accord collectif de travail, et à défaut aux usages pratiqués dans la région et la profession.

◆ Durée légale

Il n'existe pas, contrairement à ce qui se passe en matière de licenciement (*C. trav.*, art. L. 1234-1) de dispositions légales régissant la durée du préavis en cas de démission à l'exception toutefois de dispositions particulières propres à certaines catégories de salariés.

Le législateur n'est intervenu que pour les journalistes professionnels et les VRP statutaires.

◆ Journaliste

En cas de rupture par l'une ou l'autre des parties du contrat de travail à durée indéterminée d'un journaliste professionnel, la durée du préavis est fixée à :

- un mois pour une ancienneté inférieure ou égale à trois ans ;
- deux mois pour une ancienneté supérieure à trois ans (*C. trav.*, art. L. 7112-2).

La convention collective nationale des journalistes ne prévoyant cependant qu'un délai d'un mois de préavis quelle que soit l'ancienneté du journaliste, elle doit s'appliquer en raison de son caractère plus favorable.

◆ VRP

Pour le VRP statutaire, la durée de préavis ne peut être inférieure à :

- un mois durant la 1^{re} année d'application du contrat ;
- deux mois durant la 2^e année d'application du contrat ;
- trois mois au-delà (*C. trav.*, art. L. 7313-9).

La durée du préavis des VRP employés hors de France est augmentée de la durée normale du voyage de retour lorsque la résiliation de leur contrat entraîne leur retour en France (*C. trav.*, art. L. 7313-10).

◆ Durée conventionnelle

A défaut de dispositions légales, il convient de se référer à la convention collective applicable et de rechercher si elle traite de la durée du préavis (*Cass. soc.*, 7 avril 1999, n° 97-41.000).

Dans les conventions collectives de branche susceptibles d'être étendues, les conditions de la rupture du contrat doivent être expressément mentionnées (*C. trav.*, art. L. 2261-22). Cependant, rares sont les conventions collectives qui consacrent un chapitre particulier à la démission. Le plus souvent les deux modes de rupture du contrat de travail sont confondus. Les juges ne peuvent alors réduire la durée du préavis en cas de démission, en invoquant le peu d'ancienneté du salarié (*Cass. soc.*, 2 avril 1984, n° 82-40.348P).

◆ Usages

A défaut de dispositions légales ou conventionnelles, il faut se référer aux usages pratiqués dans la localité ou la profession. En l'absence de dispositions légales ou conventionnelles, et faute de constater un tel usage dans la localité, il n'y a pas de préavis à respecter (*Cass. soc.*, 28 octobre 1992, n° 89-45.034P).

Par ailleurs, il est impossible, en l'absence de dispositions conventionnelles, d'appliquer par analogie une convention collective intéressant une branche d'activité voisine ou une catégorie professionnelle similaire afin d'imposer au salarié démissionnaire un préavis (*Cass. soc.*, 10 février 1993, n° 91-41.161). Lorsque plusieurs sources fixent une durée diffé-

rente de préavis, la convention collective a toujours prééminence sur les usages, même si ces derniers sont plus favorables en prévoyant un préavis inférieur au délai conventionnel (*Cass. soc.*, 11 juin 1970, n° 69-40.122P ; *Cass. soc.*, 28 octobre 1992, n° 89-45.034P ; *Cass. soc.*, 10 fev. 1998, n° 95-41.630). Ajoutons enfin, qu'un certain nombre de conventions collectives se contentent de renvoyer purement et simplement aux usages.

◆ **Contrat de travail**

Selon l'article L. 1237-1 du Code du travail la durée du préavis est fixée par la loi, la convention collective, ou un usage.

Il n'est pas fait mention parmi les sources du préavis du contrat de travail. Il ne peut donc fixer la durée du préavis de démission en l'absence de tout autre fondement, sans méconnaître le mécanisme de l'ordre public social.

L'existence et la durée du préavis, en cas de rupture du contrat à l'initiative du salarié, ne peuvent résulter du seul contrat de travail (*Cass. soc.*, 3 fevrier 1998, n° 94-44.503P).

En présence d'une disposition légale, conventionnelle ou d'un usage, le contrat de travail peut prévoir une durée de préavis de démission plus courte en application de la règle de l'article L. 135-2 du Code du travail (*art. L. 2254-1*), selon laquelle le contrat de travail peut comporter pour le salarié des clauses plus favorables que les dispositions conventionnelles (*Cass. soc.*, 19 juin 1996, n° 93-44.728).

En revanche, il ne peut prévoir un allongement de la durée du préavis de démission (*Cass. soc.*, 1^{er} avril 1992, n° 90-43.999P).

Cela étant, si le salarié ne peut se voir imposer un préavis contractuel plus long que celui fixé par la convention collective applicable, l'employeur ne peut à l'inverse l'écartier si le salarié entend l'exécuter (*Cass. soc.*, 11 avril 1996, n° 93-40.789P) : « l'employeur est irrecevable à se plaindre de ce que son salarié respecte le préavis contractuel prévu en cas de démission, même si celui-ci est plus long que celui prévu par la convention collective ».

◆ **Pluralité de sources**

Dans l'hypothèse de pluralité de sources du préavis, il faut privilégier la convention collective par rapport à la loi si elle est plus favorable au salarié, l'usage par rapport à la loi s'il est plus favorable au salarié, la convention collective par rapport à l'usage qu'elle soit ou non plus favorable au salarié, et le cas échéant le contrat de travail s'il est plus favorable au salarié que la loi, la convention collective ou l'usage.

◆ **Absence de toute référence**

Lorsqu'il n'existe aucune source de préavis de démission, ni dans la loi, ni dans la convention collective, ni d'usage, le salarié n'est pas tenu de respecter un préavis (*Cass. soc.*, 9 mars 1999, n° 96-43.718P ; *Cass. soc.*, 28 octobre 1992, n° 89-45.034P).

◆ **Allongement d'un commun accord**

L'employeur ne peut exiger l'exécution d'un préavis plus court ou plus long que celui prévu par la loi, le contrat, la convention collective ou les usages. En revanche, une fois la démission notifiée, les parties peuvent décider d'un commun accord de prolonger la durée du préavis.

Cette prolongation doit pouvoir être prouvée. A défaut de preuve, elle pourrait s'analyser comme la poursuite du contrat ou l'existence d'un nouveau contrat.

A été condamné au versement des indemnités de préavis et de rupture abusive un employeur dont le salarié devait démissionner le 3 juillet 1980 et qu'il a gardé à son service jusqu'au 7 novembre de la même année. « Le contrat de travail s'étant poursuivi au-delà de la durée cumulée de préavis et des congés payés la démission était devenue caduque » (*Cass. soc.*, 20 novembre 1985, n° 83-41.783 ; *Cass. soc.*, 28 mars 2006, n° 04-42.228).

Pour éviter tout contentieux, il est conseillé de formaliser l'accord écrit des parties pour allonger le préavis.

◆ **Allongement par le salarié**

En cas de démission du salarié, aucune des deux parties n'est fondée à imposer à l'autre un préavis différent de celui prévu par la loi, le contrat, la convention collective ou les usages (*Cass. soc.*, 1^{er} juillet 2008, n° 07-40.109). Un salarié ne peut donner sa démission en imposant à son employeur l'exécution d'un préavis plus long que celui fixé par la convention collective.

16 CALCUL

Le préavis de démission est calculé selon les mêmes modalités que le préavis de licenciement.

Voir **Numéro juridique « Licenciement pour motif personnel »**.

◆ **Point de départ**

Aucune disposition légale ne précise les modalités du point de départ du préavis en cas de démission. Le préavis commence en principe à courir à compter de la notification à l'employeur de la démission (*Cass. soc.*, 5 décembre 1974, n° 73-40.376P).

C'est-à-dire, selon le cas, à partir du jour où :

- la démission est donnée verbalement ou remise en main propre contre décharge à l'employeur ;
- la lettre de démission est reçue par l'employeur si elle est envoyée.

Si la démission est donnée en cours de congés payés, le préavis débute à la date où le congé prend fin (*Cass. soc.*, 8 novembre 1995, n° 92-40.186).

La convention (ou l'usage) peut prévoir que le préavis débute à une date postérieure, par exemple le premier jour du mois suivant la notification. De telles dispositions s'imposent aux parties.

Le report du point de départ du préavis entraîne

un allongement de sa durée, ce qui constitue une disposition défavorable pour le salarié emendant se libérer au plus vite de ses liens contractuels. La jurisprudence, à notre connaissance, n'a pas encore statué sur cette question. On peut penser qu'elle écartera la disposition contractuelle dans la mesure où l'article L. 1237-1 du Code du travail n'envisage pas la possibilité de fixer un préavis par la voie du contrat de travail.

En revanche le salarié qui donne sa démission peut différer le point de départ de son préavis, s'il l'a mentionné précisément dans sa lettre (Cass. soc., 16 décembre 1997, n° 95-42.000P).

ATTENTION ...

Une telle pratique aboutit à imposer à l'employeur un préavis plus long que celui prévu par la loi, ou convention collective ou les usages, ce qui n'est pas possible (Cass. soc., 1^{er} juillet 2008, n° 07-43.109).

◆ Mode de calcul

En principe, sauf disposition expresse contraire, le préavis se calcule de date à date.

Exemple :

Le préavis d'un mois dont le point de départ est le 7 janvier prend fin le 6 février au soir et le préavis d'un mois qui débute le 10 février se termine le 9 mars au soir bien que le mois de janvier ait 31 jours et février 28 jours au plus.

◆ Délai préfix

Le préavis a un caractère préfix, il ne peut être interrompu ou suspendu par des circonstances même indépendantes de la volonté du salarié, ne lui permettant pas de l'exécuter (Cass. soc., 16 juin 2004, n° 02-40.620).

Ainsi la **maladie**, ne suspendant pas le préavis, il prend fin au terme prévu et ne se trouve pas prolongé d'une durée équivalente aux absences couvertes par l'arrêt de travail (Cass. soc., 14 décembre 2005, n° 03-45.558). Si l'arrêt de travail dure plus de 8 jours, le salarié subit une visite de reprise. S'il est déclaré inapte, la démission n'est pas remise en cause et prend effet à l'issue du préavis (Cass. soc., 15 février 2006, n° 04-42.822). L'employeur doit tenir au cours du préavis de le reclasser sur un poste adapté sur lequel il poursuit son exécution.

L'employeur ne peut exiger le report du préavis et prétendre à une quelconque indemnité pour inobservation du préavis (Cass. soc., 28 juin 1989, n° 86-42.931P; Cass. soc., 11 juillet 2000, n° 98-45.471). Le salarié ne peut de son côté exiger une prolongation de son préavis.

La seule exception à ce principe est l'**absence en raison d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle**. Le préavis est suspendu pendant la durée de l'arrêt de travail provoqué par un accident d'origine professionnelle au-delà de l'expiration du préavis et se prolonge en conséquence (Cass. soc., 18 juillet 1996, n° 93-43.581P; Cass. soc., 15 février 2006, n° 04-42.822P).

◆ Congés payés

Le salarié ne peut prendre ses congés payés au cours du préavis. En principe, il bénéficie de son droit acquis aux congés payés sous la forme d'une indemnité compensatrice de congés payés.

« Sauf accord des parties, l'existence d'un reliquat de congés à prendre non encore fixe n'a pas pour effet de retarder l'expiration du contrat de travail mais ouvre droit à une indemnité compensatrice [...] » (Cass. soc., 20 février 1986, n° 83-41.400P).

Les parties peuvent toutefois convenir d'un commun accord que le salarié partira en conge pendant la durée du préavis, sans pour autant heurter l'ordre public (Cass. soc., Ass. plén., 5 mars 1993, n° 88-45.233P).

La fermeture d'une entreprise pour conge annuel n'a pas pour effet de suspendre, pour la durée de cette fermeture, le préavis du salarié. L'impossibilité pour lui d'exécuter son préavis ne saurait le priver de la rémunération qu'il aurait perdue s'il avait accompli son travail (Cass. soc., 21 novembre 2001, n° 99-45.421P).

Il convient de distinguer cependant deux situations :

◆ Congés payés fixés avant la démission

Si le départ en congés payés a été décidé avant l'annonce de la démission, le salarié :

- soit maintient son départ en congés payés et termine son préavis au retour,

EXEMPLE

La démission est donnée le 1^{er} juin avec un préavis de deux mois. Le salarié devait prendre ses congés payés du 1^{er} juillet au 31 juillet. Le préavis se déroulera du 1^{er} au 30 juin et du 1^{er} août au 31 août.

- soit ne prend plus les congés initialement fixés.

La démission étant donnée le 1^{er} juin, le préavis se déroule de 1^{er} juin au 31 juillet.

Le salarié perçoit une indemnité compensatrice de congés payés couvrant l'intégralité des droits non utilisés.

◆ Démission pendant les congés payés

Si le salarié notifie sa démission au cours de ses congés payés, sa décision ne prend effet qu'à son retour de conge, point de départ du préavis.

La démission pendant une période de suspension du contrat (en l'espèce conge de maternité) ne saurait priver le salarié des droits acquis au cours de cette période ni anéantir les effets légalement produits par le maintien du lien contractuel jusqu'à la date de résiliation (Cass. soc., 27 février 1986, n° 84-43.444).

17 EXÉCUTION DU PRÉAVIS

Les rapports entre les parties ne sont pas modifiés pendant la durée du préavis, chacune continue d'assumer ses obligations et bénéficie des mêmes droits.

◆ **Obligations de l'employeur**

▶ **Conditions de travail**

L'employeur maintient le salarié dans ses fonctions antérieures et lui fournit normalement du travail. Le salarié doit pouvoir travailler dans les mêmes conditions que précédemment, c'est-à-dire en effectuant le même travail, dans les mêmes conditions de temps et de lieu.

Bien entendu, cette remarque concerne en particulier l'hypothèse où le salarié a donné sa démission parce qu'il refuse une modification de son contrat de travail.

Si l'employeur impose au salarié des conditions différentes constituant des modifications du contrat de travail, l'intéressé peut interrompre l'exécution de son préavis et réclamer à l'employeur une indemnité compensatrice.

▶ **Rémunération**

L'employeur rémunère le salarié dans les conditions habituelles. Durant le préavis, le salarié perçoit son salaire, et le cas échéant, les différentes indemnités auxquelles son contrat lui donne droit (primes, modification de la valeur du point ou du coefficient, etc.). L'employeur qui, durant le préavis, modifie les conditions de rémunération rompt le contrat de travail. Il doit l'indemnité compensatrice de préavis mais également tous les avantages que le salarié aurait reçus s'il avait travaillé (Cass. soc., 10 décembre 1987, n° 86-41.405P).

◆ **Obligations du salarié**

Le salarié exécute normalement son contrat de travail. Il ne peut notamment, s'opposer à un changement de ses conditions de travail décidé par l'employeur sous peine de perdre ses droits à l'indemnité compensatrice.

Que se passe-t-il si le salarié commet une **faute grave pendant l'exécution du préavis** ?

La faute grave est celle qui revêt une telle gravité qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise et justifie, en application de l'article L. 122-8 du Code du travail (recod. art. L. 1234-5), une brusque rupture des relations de travail (Cass. soc., 3 octobre 2007, n° 06-42.320). Il en est de même lorsque cette faute grave est commise pendant l'exécution du préavis.

Bien que cette brusque rupture soit à l'initiative de l'employeur, il n'est pas tenu de :

- respecter la procédure de licenciement. En revanche s'agissant d'une sanction disciplinaire, il doit respecter la procédure disciplinaire (entretien et notification) ;

- verser une indemnité compensatrice de préavis pour la fraction du préavis restant à couvrir ;

- verser une indemnité de licenciement (Cass. soc., 1^{er} février 1983, n° 80-40.286 ; Cass. soc., 15 janvier 2002, n° 00-48.167-93).

Mais, s'il n'a rien prévu au préalable du préavis ne saurait rendre le salarié débiteur d'une indemnité com-

pensatrice pour couvrir la période qu'il n'a pas eue le temps d'accomplir. - L'exécution du préavis ayant été interrompue du fait de la société, le salarié ne pouvait de ce chef être déclaré débiteur d'une indemnité, fût-elle en raison de sa faute lourde. - (Cass. soc., 14 mars 1984, n° 81-42.539).

A NOTER

Si le salarié démissionnaire est représentant du personnel, il poursuit l'exercice de son mandat jusqu'au terme de son contrat de travail. Il en est de même en cas d'exécution du préavis, la dispense n'a pas pour effet d'avancer la date de fin de contrat. (Cass. soc., 27 janvier 1983, n° 82-60.327). Il peut également être élu membre du comité d'entreprise, ou délégué du personnel ou être désigné comme représentant syndical au comité d'entreprise, pendant son préavis effectué ou non. (Cass. soc., 29 octobre 2003, n° 02-40.637).

◆ **Preuve de l'exécution du préavis**

En cas de doute sur l'exécution du préavis, c'est au salarié démissionnaire, débiteur du préavis, auquel est réclamé le paiement d'une indemnité forfaitaire, de prouver l'exécution intégrale du travail dû à son employeur pendant le temps du préavis (Cass. soc., 26 janvier 1989, n° 86-42.861P).

◆ **Absence pour recherche d'emploi**

Si le droit à des heures payées en vue de rechercher un emploi est consacré par l'usage en matière de licenciement, la solution est moins évidente en matière de démission. Il convient de se référer aux **conventions collectives ou, à défaut, à l'usage local ou professionnel**. Si la convention collective ne fait pas référence à la nature de la rupture donnant lieu à une autorisation d'absence pour recherche d'emploi, le salarié démissionnaire en bénéficie (Cass. soc., 26 avril 2000, n° 97-43.362).

Le temps libre communément admis est de deux heures par jour ou un jour par semaine.

S'agissant des modalités d'utilisation, la plupart des conventions collectives prévoient deux heures par jour réparties par accord entre les parties. A défaut d'accord : un jour à la convenance du salarié, un jour à la convenance de l'employeur.

Les usages ou conventions collectives admettent dans certains cas le regroupement des heures de recherche d'emploi en cours ou en fin de préavis. L'employeur et le salarié peuvent se mettre d'accord pour un tel regroupement (Cass. soc., 4 avril 1979, n° 78-40.340P) et, dans certains cas, le refus de l'employeur d'accorder le regroupement des heures peut être abusif (Cass. soc., 14 mai 1985, n° 83-42.926) ; employeur refusant un regroupement d'heures à un salarié devant passer un concours administratif).

Sans tenir cet usage comme absolument consacré, il est d'usage répandu que ces deux heures d'absence pour recherche d'emploi soient payées à tout salaire. Dans ce cas, elles sont payées comme temps de travail et ne donnent lieu à aucune réduction de salaire.

Routelias certaines conventions collectives prévoient que le salarié démissionnaire ne peut prétendre à la rémunération des heures pour recherche d'emploi (Cass. soc., 11 décembre 1986, n° 84-42.096).

Ce droit cesse dès que le salarié a trouvé un nouvel emploi (Cass. soc., 8 janvier 1964, n° 68-40.246P; Cass. soc., 1^{er} mars 1965, n° 41-40.244). Dans ce cas, c'est à l'employeur de prouver que le salarié a effectivement trouvé un emploi. Cette preuve est dans la pratique difficile à réaliser puisque le salarié n'est tenu quant à lui à aucune justification à ce sujet.

Le caractère préfix du préavis s'oppose à ce que l'employeur qui a donné son accord pour que les heures pour recherche d'emploi dont bénéficiait le salarié soient cumulées et regroupées en fin de préavis, mette fin à celui-ci au motif que le salarié a retrouvé un emploi au cours du préavis (Cass. soc., 21 janvier 2003, n° 01-40.529P).

Le salarié qui, sauf hypothèse de refus de l'employeur, n'utilise pas ce temps de recherche d'emploi, ne peut réclamer le paiement d'une indemnité compensatrice ou d'heures supplémentaires (Cass. soc., 13 novembre 1975, n° 74-40.522P; Cass. soc., 23 juin 1983, n° 80-42.114).

Certaines conventions collectives le précisent.

◆ Droit individuel à la formation

En cas de démission, le salarié peut demander à bénéficier de son droit individuel à la formation sous réserve que l'action de bilan de compétences, de validation des acquis de l'expérience ou de formation soit engagée avant la fin du préavis (C. trav., art. L. 6323-19).

18 DISPENSE DE PRÉAVIS

◆ Inexécution du fait de l'employeur

L'inexécution du préavis résulte soit de la violation par l'employeur de ses obligations, soit de sa volonté de dispenser le salarié du respect du préavis.

◆ Non-respect par l'employeur de ses obligations

Si les agissements fautifs de l'employeur (voir n° 17) ne permettent pas au salarié d'exécuter normalement ses fonctions durant le préavis, l'employeur responsable de l'inexécution du préavis, doit au salarié l'indemnité compensatrice correspondante (Cass. soc., 10 décembre 1987, n° 86-41.408P). De même, l'employeur doit verser au salarié l'indemnité de préavis lorsque l'inexécution du préavis résulte d'une cessation de fonctions consecutive :

- au défaut de paiement des salaires (Cass. soc., 18 octobre 1989, n° 88-43.277; Cass. soc., 6 mai 2002, n° 00-40.371);

- à une altercation violente avec coups et blessures entre le salarié et son employeur (Cass. soc., 28 septembre 2005, n° 04-42.230; Cass. soc., 20 septembre 2006, n° 05-41.385P).

◆ Dispense d'exécution

L'employeur par décision unilatérale, peut dispenser de travail pendant le préavis un salarié qui a ce pendant exprimé son intention d'exécuter ses obligations jusqu'à leur terme. Le salarié a alors droit à une indemnité compensatrice.

L'employeur ne saurait, à bon droit, lui refuser l'indemnité compensatrice de préavis au motif qu'il a appris que le salarié travaillait pendant cette période pour une autre société. En effet, le salarié dispense par l'employeur d'exécuter son préavis à la possibilité, pendant sa durée, d'entrer au service d'une autre entreprise, fût-elle concurrente (Cass. soc., 1^{er} octobre 1996, n° 93-47.978).

L'employeur est souverain dans sa décision de dispenser le salarié d'exécuter le préavis, décision qui doit être sans équivoque. En conséquence, elle ne saurait résulter du seul silence de l'employeur (Cass. soc., 10 décembre 1985, n° 82-43.682P), ni de la remise avant l'expiration du préavis d'un certificat de travail comportant la mention « libre de tout engagement » (Cass. soc., 3 décembre 1987, n° 85-41.564P). En revanche, la dispense d'exécuter le préavis peut se déduire de la signature du reçu pour solde de tout compte par le salarié démissionnaire à une date antérieure à l'expiration du préavis (Cass. soc., 28 janvier 1998, n° 95-44.822P; il en résulte que la date de rupture du contrat est la date de signature du reçu et que l'indemnité pour non-respect de préavis ne peut être réclamée par l'employeur).

Il appartient, en principe, au salarié qui réclame devant le Conseil de prud'hommes l'indemnité compensatrice, d'administrer la preuve que l'employeur l'a dispensé d'exécuter le préavis. La dispense d'exécution du préavis ne doit entraîner aucun désavantage d'ordre pécuniaire pour le salarié, aucune diminution des salaires et avantages qu'il aurait perçus si le préavis avait été travaillé (Cass. soc., 15 avril 1992, n° 89-40.850P).

L'indemnité compensatrice n'est en revanche pas due en cas d'accord des parties ou en cas de dispense légale (v. n° 14 et s.).

◆ Inexécution du fait du salarié

◆ Non-respect par le salarié

Bien qu'aucune disposition du Code du travail ne le prévoit, l'employeur a droit à une indemnité compensatrice lorsque son salarié n'exécute pas, de sa propre initiative, le préavis auquel il est tenu en vertu de la loi, de la convention collective ou d'un usage (Cass. soc., 22 juillet 1982, n° 80-41.254P; Cass. soc., 26 mars 2002, n° 00-40.321; Cass. soc., 18 juin 2008, n° 07-42.161).

Cette indemnité ne doit pas être confondue avec l'indemnité réparatrice versée à l'employeur en cas de démission abusive (v. n° 1).

L'employeur peut demander au salarié une indemnité pour brusque rupture uniquement en cas d'abus ou d'intention de nuire du salarié (Cass. soc., 16 novembre 2004, n° 02-46.139).

L'indemnité compensatrice de préavis est une indemnité forfaitaire, en principe indépendante du préjudice réellement subi par l'employeur (Cass. soc., 17 décembre 1987, n° 85-42.089P ; Cass. soc., 21 mai 2005, n° 03-43.037P). Elle est égale à la rémunération que le salarié aurait perçue s'il avait travaillé pendant la durée du préavis (Cass. soc., 9 mai 1990, n° 88-40.044P). L'indemnité qui est due s'entend du salaire de base sans déduction des cotisations de sécurité sociale versées du chef du salaire (Cass. soc., 18 décembre 1986, n° 83-41.747P).

Cette indemnité constitue un droit pour l'employeur. Il ne peut en être privé au motif qu'il n'a pas fait la preuve d'un préjudice particulier (Cass. soc., 28 janvier 1995, n° 91-42.379). L'employeur auquel un salarié démissionnaire n'ayant pas exécuté son préavis doit l'indemnité correspondante ne peut invoquer la compensation pour ne pas régler à l'intéressé un reliquat de salaires pour un montant correspondant (Cass. soc., 27 février 2001, n° 99-40.774).

En revanche, l'employeur qui ne permet pas au salarié démissionnaire d'exécuter son préavis, n'a pas droit à une indemnité compensatrice. Il appartient au salarié de prouver qu'effectivement son employeur l'a empêché d'assurer ses anciennes fonctions (Cass. soc., 10 décembre 1985, *Cah. prud'h.* 1986, p. 49).

Enfin, lorsque le salarié commet une faute grave en cours du préavis, justifiant la rupture immédiate des relations contractuelles, il n'a pas à indemniser l'employeur : « l'exécution du préavis ayant été interrompue du fait de la société, le salarié ne pouvait donc être déclaré débiteur d'une indemnité, fût-ce en raison de sa faute lourde » (Cass. soc., 14 mars 1984, n° 81-42.643).

► Demande de dispense de préavis

Le salarié peut demander à être dispensé d'exécuter son préavis. L'employeur peut refuser cette demande du salarié, sans commettre de faute ou d'abus de droit (Cass. soc., 17 janvier 2006, n° 03-48.262).

Si l'employeur accepte, le salarié ne peut prétendre à une indemnité compensatrice de préavis (Cass. soc., 15 avril 1992, n° 89-40.850P ; Cass. soc., 28 janvier 2005, n° 03-47.403P).

L'autorisation donnée au salarié de ne pas exécuter son préavis ne doit pas être confondue avec la dispense de préavis : si cette dernière implique le maintien des avantages liés au contrat de travail, l'autorisation de ne pas l'effectuer ne permet pas au salarié de se prévaloir de ces dispositions pour obtenir, par exemple, le paiement d'une prime de fin d'année (Cass. soc., 15 avril 1992, n° 89-40.850P).

19 INDEMNITÉ COMPENSATRICE DE PRÉAVIS

Lorsque le salarié n'exécute pas le préavis, il a droit, [...] à une indemnité compensatrice (C. trav., art. L. 1234-5).

L'indemnité compensatrice de préavis est due lorsque

l'employeur dispense le salarié d'exécuter son préavis ou lorsque son inexécution lui est imputable. En revanche, elle n'a pas à être versée lorsque c'est le salarié qui demande à ne pas travailler pendant son préavis.

◆ Montant

► Caractère forfaitaire

L'indemnité compensatrice de préavis a un caractère forfaitaire. Elle est égale à la rémunération, y compris les congés payés, qu'aurait perçue le salarié s'il avait travaillé.

Elle ne peut jamais être réduite pour des raisons d'équité (Cass. soc., 2 avril 1981, n° 82-40.348) ou du fait que le salarié ait trouvé un autre emploi (Cass. soc., 10 octobre 1990, n° 88-43.556 ; Cass. soc., 10 novembre 1998, n° 96-41.308P). L'employeur ne peut assortir une dispense de préavis d'une interdiction de concurrence jusqu'à la fin du préavis (Cass. soc., 28 mars 2007, n° 05-45.423).

Elle est définitivement acquise au salarié :

- une faute de sa part n'a pas d'incidence sur celle-ci, qu'elle soit antérieure ou postérieure à la notification de la démission (Cass. soc., 9 mai 2000, n° 97-45.294P) ;

- même s'il décède en cours de préavis (Cass. soc., 26 novembre 2002, n° 00-41.764) ;

- même si le salarié ne se présente plus à son travail avant le début de la dispense partielle de préavis (Cass. soc., 7 décembre 2005, n° 03-47.890).

► Salaire et avantages pris en compte

- Salaire réel brut

L'inexécution du préavis en cas de dispense par l'employeur, n'entraîne aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis, indemnité de congés payés comprise (C. trav., art. L. 1234-5).

Le montant de l'indemnité est calculé sur la base du salaire tel qu'il résulte de la dernière fiche de paie et en fonction de l'horaire contractuel du salarié (Cass. soc., 16 février 1999, n° 96-45.594P).

Lorsque la rémunération est composée d'une partie fixe et d'une partie proportionnelle aux résultats, en l'absence de précision conventionnelle ou contractuelle, il faut se référer à la moyenne annuelle de la rémunération du salarié (Cass. soc., 7 février 1990, n° 86-43.413P ; Cass. soc., 28 mars 2001, n° 90-41.545).

Le montant de l'indemnité compensatrice de préavis doit donc inclure, tout comme la rémunération d'activité, le salaire de base et les compléments de salaire. Le montant à prendre en compte « ne peut s'entendre que du salaire de base sans déduction des cotisations de sécurité sociale versées du chef du salarié » (Cass. soc., 15 novembre 1990, n° 89-41.746P ; Cass. soc., 12 janvier 1994, n° 92-40.472).

- Primes et avantages

Le montant de l'indemnité compensatrice de préavis prend en compte :

- les augmentations de salaires (Cass. soc., 31 mai 2000, n° 98-42.948) ;

- la prime d'intéressement (Cass. soc., 28 janvier 1998, n° 95-42.250P) ;

- les primes de fin d'année (Cass. soc., 3 juillet 1995, n° 93-46.722) ;

- une prime exceptionnelle d'objectif versée en cours d'année (Cass. soc., 28 novembre 2000, n° 04-48.798P) ;

- les primes d'assiduité (Cass. soc., 27 juin 2001, n° 98-45.711) ;

- les primes d'objectif (Cass. soc., 14 novembre 1990, n° 87-41.134) ;

- les primes de rendement ou de productivité (Cass. soc., 7 mai 1986, n° 83-42.943) ;

- l'indemnité de congés payés (Cass. soc., 4 juin 1987, n° 84-41.839) ;

Pour les avantages en nature, le salarié « dispense de l'exécution de son préavis n'est pas tenu de restituer l'avantage en nature constitué par la mise à sa disposition d'un véhicule de fonction pour un usage professionnel et personnel, qui correspond à l'application normale de son contrat de travail » (Cass. soc., 8 mars 2000, n° 99-43.091P) ;

En revanche, n'a pas à être versée, l'indemnité :

- de repas versée au salarié et destinée à compenser les frais entraînés par la prise de repas à l'extérieur de son domicile (Cass. soc., 17 janvier 1980, n° 78-41.785) ;

- de déplacement, qui compense des frais professionnels (Cass. soc., 9 juin 1983, n° 81-40.891P) ;

- forfaitaire de 30 % correspondant aux frais professionnels (Cass. soc., 12 mai 2006, n° 04-47.730) ;

► **Prise en compte de l'horaire de travail**

- **Heures supplémentaires**

Le calcul de l'indemnité est fait selon l'horaire de travail que l'intéressé aurait observé conformément à ses fonctions s'il avait effectué son préavis.

Il y a lieu de tenir compte des heures supplémentaires que le salarié aurait accomplies s'il avait travaillé et si elles se présentent comme un élément stable et constant de la rémunération sur lequel le salarié était en droit de compter (Cass. soc., 28 février 1973, n° 72-40.025P ; Cass. soc., 20 avril 2005, n° 04-45.683P) ;

- **Chômage partiel**

« En cas d'inexécution totale ou partielle du préavis résultant soit de la fermeture temporaire ou définitive de l'établissement, soit de la réduction de l'horaire de travail habituellement pratiqué dans l'établissement en deçà de la durée légale de travail, le salaire à prendre en considération est calculé sur la base de la durée légale ou conventionnelle de travail applicable à l'entreprise, lorsque le salarié travaillait à temps plein, ou de la durée du travail fixée dans son contrat de travail lorsqu'il travaillait à temps partiel » (C. trav., art. L. 1234-6) ;

En cas de chômage partiel, le salaire à prendre en compte est donc celui que le salarié aurait perçu sur la base de la durée légale ou conventionnelle de travail applicable à l'entreprise (Cass. soc., 26 novembre

1997, n° 95-40.993) ;

- **Activité saisonnière**

Si le préavis a lieu à une période où le salarié, dont l'activité est saisonnière, n'aurait pas travaillé, aucune indemnité n'est due (Cass. soc., 8 octobre 1987, n° 84-42.890) ;

◆ **Païement**

Aucune disposition légale ne fixe les modalités de versement de l'indemnité compensatrice de préavis. Elle n'est exigible qu'à la date d'expiration du contrat de travail (Cass. soc., 7 mars 1990, n° 86-43.406P). En cas de litige, la preuve du paiement est rapportée par le débiteur (Cass. soc., 17 avril 1986, n° 84-46.108) ;

Elle doit donc avoir été versée en totalité à la date d'expiration du contrat de travail. L'employeur a la possibilité de la verser en plusieurs fois selon la périodicité des salaires qu'elle remplace ou de procéder au versement en une seule fois. Pour cette dernière solution, l'administration admet que l'employeur puisse régler l'indemnité compensatrice de préavis au moment de la cessation effective du travail. Ce qui suppose qu'il ne serait pas tenu compte des événements susceptibles d'intervenir durant le préavis (hausse de salaires par exemple) ;

Toutefois, il paraît souhaitable de régler cette indemnité à l'échéance normale de la paie (à la même date et selon la même périodicité) pour des raisons pratiques évidentes, telle notamment l'informatisation quasi généralisée des bulletins de paie ;

► **Nature juridique**

L'indemnité compensatrice a le caractère d'un substitut de salaire. Elle ne se cumule pas avec le salaire ou d'autres substituts ;

Même si le salarié exécute une prestation de travail pendant la période où il a été dispense du préavis, l'employeur n'a pas à lui verser le salaire correspondant au travail effectué, car le salaire et l'indemnité compensatrice ont le même objet (Cass. soc., 23 juin 1983, n° 80-42.114) ;

Elle ne se cumule pas avec :

- les indemnités complémentaires versées par un régime de prévoyance auquel l'employeur a adhéré (Cass. soc., 3 mars 1994, n° 90-43.023) ;

- les allocations de chômage (Cass. soc., 16 mai 2000, n° 98-12.571P) ;

En revanche, elle peut être cumulée avec la rémunération tirée d'un nouvel emploi occupé pendant la période de préavis (Cass. soc., 8 juillet 1985, n° 84-44.656) ou avec les indemnités journalières versées par la sécurité sociale (Cass. soc., 9 juillet 2008, n° 06-44.240P) ;

► **Régime juridique**

Représentant la rémunération qui aurait été perçue pendant le préavis, l'indemnité compensatrice de préavis a le même régime juridique que le salaire :

- sa prescription court à compter de la date à laquelle

le contrat a pris fin (Cass. soc., 3 mars 1987, n° 84-43.37P). L'action en paiement de l'indemnité se prescrit par cinq ans (Cass. soc., 7 mars 1990, n° 80-43.426P).

- elle est insaisissable et incessible dans la même mesure que le salaire (C. trav., art. L. 3252-2 et s. et R. 3253-2 et s.).

- elle bénéficie en totalité du privilège général sur les biens meubles et immeubles de l'employeur ;

- elle bénéficie du superprivilège jusqu'à concurrence d'un montant égal à deux fois le plafond retenu, par mois, pour le calcul des cotisations de sécurité sociale (C. trav., art. D. 3253-1) ;

- elle est assimilée à un salaire au regard de l'administration fiscale et de la sécurité sociale ;

- la compensation avec les prêts et avances consentis par l'entreprise au salarié ne peut s'effectuer que dans la limite du dixième du montant des sommes dues au salarié (C. trav., art. L. 3251-3) (Cass. soc., 21 novembre 1984, n° 82-43.380).

SOMMES À VERSER AU SALARIÉ

20 DROITS DU SALARIÉ

Toute rupture de contrat ouvre droit pour le salarié au versement, à la date de la rupture, des sommes qui lui sont dues en vertu de son contrat de travail : rémunération et autres éléments de salaire, indemnité compensatrice de congés payés et éventuellement indemnités de rupture.

La démission ne vaut pas renonciation aux droits nés de l'exécution du contrat de travail. Le salarié peut, dans la limite de la prescription salariale de cinq ans (C. trav., art. L. 3245-1 et C. civ., art. 2224) se prévaloir d'avantages acquis à l'occasion de son contrat de travail et non fournis par l'employeur.

Un employeur a ainsi été condamné à payer à sa salariée un rappel pour non-respect du minimum catégoriel garanti par la convention collective. L'absence de réclamation par la salariée au cours du contrat ne lui interdit pas de se prévaloir après sa démission des avantages de cette convention (Cass. soc., 9 octobre 1986, n° 84-41.119P).

21 PRIME DE FIN D'ANNÉE

En principe pour avoir droit à la prime de fin d'année, le salarié doit être présent dans l'entreprise au moment de son versement.

Le salarié qui démissionne avant la fin de l'année n'y a normalement pas droit, sauf disposition conventionnelle ou usage prévoyant un paiement proportionnel au temps de présence.

Il appartient au salarié d'apporter la preuve de l'existence d'un tel usage ou d'une telle disposition (Cass. ass. plén., 3 mars 1993, n° 89-43.464P ; Cass. soc., 31 mars 1998, n° 95-42.086P).

Si l'employeur peut assortir la prime qu'il institue de conditions, encore faut-il que celles-ci ne portent pas atteinte aux libertés et droits fondamentaux du salarié.

Un employeur ne peut, sans porter atteinte à la liberté de travail du salarié (et, par extension, à la liberté de démissionner), subordonner le maintien du droit à une prime de fin d'année à la condition de la présence du salarié dans l'entreprise au 30 juin de l'année suivant son versement et déduire le montant de la prime du solde de tout compte du salarié qui a démissionné avant cette date, sauf à pratiquer une sanction pécuniaire illicite (Cass. soc., 18 avril 2000, n° 97-44.233P).

22 INDEMNITÉS DE RUPTURE

L'employeur doit verser au salarié démissionnaire :

► **L'indemnité de préavis** s'il a demandé au salarié de ne pas l'exécuter (voir n° 18 et s.) ;

► **une indemnité égale à l'indemnité de congédiement** prévue par les articles L. 7112-3 et L. 7112-4 du Code du travail lorsque le salarié est **journaliste** et que la résiliation est motivée par l'une des circonstances ci-après (C. trav., art. L. 7112-3) :

- cession du journal ou du périodique ;
- cessation de la publication du journal ou du périodique pour quelque cause que ce soit ;
- changement notable dans le caractère ou l'orientation du journal ou périodique, si le changement crée pour la personne employée, une situation de nature à porter atteinte à son honneur, à sa réputation ou, d'une manière générale, à ses intérêts moraux (« clause de conscience » destinée à garantir l'indépendance morale du journaliste) ;

► **L'indemnité compensatrice de congés payés** n'est due que si l'intéressé n'a pas épuisé ses droits à congés payés : elle s'applique à la fraction de conge dont il n'a pas bénéficié au titre de la période de référence en cours et des périodes de référence écoulées (C. trav., art. L. 3141-26 ; Cass. soc., 9 juillet 1991, n° 89-44.242).

La période de préavis non effectuée à l'initiative de l'employeur doit être considérée comme temps de travail effectif pour le décompte des droits à congés payés (Cass. soc., 24 novembre 1992, n° 90-42.764P). Au contraire, celle non effectuée à l'initiative du salarié n'est pas prise en compte pour le calcul des droits à congés payés (Cass. soc., 21 mars 1991, n° 89-42.761).

Pour une étude détaillée, voir **Numéro juridique « Les congés payés »**.



♦ **une indemnité contractuelle de rupture** L'employeur peut verser au salarié une indemnité de rupture. « La clause contractuelle prévoyant le versement d'une indemnité au salarié démissionnaire n'est pas illicite » (Cass. soc., 19 juillet 1995, n° 92-41.678). En l'espèce, un contrat de travail redéfinissant les rapports entre les parties prévoyait que « toute rupture, qu'elle soit due à un licenciement, départ ou retraite, entraîne un préavis de trois mois... ainsi qu'une indemnité calculée sur la base de la moyenne des salaires bruts des trois dernières années ». C'est à juste titre que le salarié, ayant démissionné, a demandé à percevoir cette indemnité.

Il faut caractériser la nature d'une éventuelle indemnité afin de savoir si elle est assujettie à cotisations de sécurité sociale. Selon la Cour de cassation, « les sommes versées par l'employeur lors de la démission n'ont pas, en principe, la nature de dommages-intérêts, mais constituent des éléments de rémunération soumis à cotisations de sécurité sociale ». Elles peuvent être qualifiées de dommages-intérêts « s'il est établi qu'en réalité, la rupture du contrat de travail a été provoquée par l'employeur, notamment pour l'une des causes énoncées à l'article L. 321-1 du Code du travail (recod. art. L. 1233-3 définissant le motif économique) et que les sommes versées repèrent le préjudice né de la perte de l'emploi » (Cass. soc., 6 janvier 1998, n° 94-21.159P).

23 PARTICIPATION ET PLAN D'ÉPARGNE D'ENTREPRISE

♦ Principe : déblocage anticipé

Le salarié démissionnaire peut demander le déblocage anticipé de ses droits à participation et au plan d'épargne d'entreprise (C. trav., art. L. 3324-10, L. 3332-25, R. 3324-22 et s. ; Cass. soc., 10 janvier 2001, n° 98-44.909).

Voir Numéro juridique « Epargne salariale ».

♦ Modalités

À son départ, le salarié peut obtenir le paiement des droits à participation déjà connus. Quant aux droits relatifs à l'exercice en cours, non encore connus par définition au moment du départ, ils ne pourront être versés qu'après la clôture de l'exercice, une fois déterminé le montant de la réserve de participation.

Démission le 1^{er} juillet 2008 : paiement immédiat des droits correspondant aux exercices de 2003 à 2007.

Paiement au 1^{er} avril 2009 des droits se rapportant à 2008.

♦ Caractère facultatif

Le déblocage anticipé n'est ni obligatoire ni automatique pour le salarié démissionnaire.

Il doit en faire la demande, laquelle peut porter selon les cas, et au choix du salarié, sur la totalité ou sur une partie de ses droits.

Le même fait générateur ne peut donner lieu à des déblocages successifs.

Si les textes ne fixent aucun délai pour la présentation de cette demande, il est préférable, quelle soit formulée à une date la plus proche possible de la survenance du fait générateur.

♦ Obligations de l'employeur

Lorsque le salarié quitte l'entreprise sans demander le déblocage immédiat de ses droits, ou avant que l'entreprise ait été en mesure de liquider à la date de son départ la totalité des droits dont il est titulaire, l'employeur (C. trav., art. D. 3324-36) :

- lui remet une attestation indiquant la nature et (s'il est connu) le montant de ses droits ainsi que leurs dates de disponibilité ;

- lui demande l'adresse à laquelle lui seront envoyés tous les documents et paiements concernant sa participation ;

- l'informe qu'il l'aviserà des éventuels changements d'adresse de l'entreprise ou à l'organisme gestionnaire.

24 ACOMPTE

L'acompte est le paiement anticipé de tout ou partie de la rémunération due pour un travail en cours ou déjà accompli. L'employeur verse un acompte de la moitié du salaire à la fin de chaque quinzaine aux salariés qui en font la demande (C. trav., art. L. 3242-1).

Le montant de l'acompte étant déduit du salaire à payer lors de l'échéance normale de la paye, la résiliation du contrat de travail n'a aucune incidence particulière. Les retenues du précompte seront déduites du salaire à verser au salarié démissionnaire.

25 AVANCE

À la différence de l'acompte, l'avance est un prêt gratuit pour lequel l'employeur bénéficie d'une garantie sur les salaires des mois à venir.

S'agissant d'un prêt, l'employeur n'est nullement tenu de l'accorder mais, s'il l'accorde, il ne peut se rembourser qu'au moyen de retenues successives ne dépassant pas le dixième du montant des salaires exigibles (C. trav., art. L. 3251-3).

Dans l'hypothèse d'un départ de l'entreprise, en cas de difficultés à se faire rembourser, l'employeur peut appliquer les règles générales de la compensation. En conséquence, il peut se rembourser dans la limite de 1/10^e sur l'indemnité de préavis et l'indemnité compensatrice de congés payés qui ont la nature d'un salaire.

Si la compensation ainsi pratiquée ne couvre pas l'intégralité de l'avance ou si le salarié la conteste, l'employeur doit saisir le conseil de prud'hommes compétent.

26 PRÊT

Aucune disposition propre au droit du travail ne fixe de règle en matière de prêt.

Au moment de l'attribution du prêt, une clause prévoyant l'exigibilité immédiate des sommes prêtées, en cas de départ de l'entreprise, peut avoir été prévue dans l'acte constatant le prêt. Ceci est fréquent, en particulier lorsque le prêt se rattache à l'exécution du contrat de travail (exemples : prêt pour l'achat d'une voiture, d'une garde-robe, etc.).

La compensation est admise sur toutes les créances du salarié dans la limite, conformément aux dispositions de l'article L. 3251-3 du Code du travail, du dixième du montant du salaire exigible. Le prêt est assimilé à une avance sur salaire (Cass. soc., 21 novembre 1984, n° 82-43.380).

MANDAT DES REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL

27 PAS D'AUTORISATION ADMINISTRATIVE

Lorsque le salarié protège démissionne de son emploi, l'employeur n'est pas tenu de respecter la procédure protectrice statutaire (Cass. soc., 8 janvier 1981, n° 79-41.102P ; Cass. soc., 19 décembre 1990, n° 89-43.856P). Encore faut-il que la démission émane d'une « manifestation sérieuse et non équivoque de la volonté » du salarié protégé, qu'elle n'ait pas été obtenue par des pressions exercées par l'employeur (Cass. soc., 22 juin 1993, n° 91-41.983P).

Si l'employeur ne peut considérer comme démissionnaire un salarié protégé en l'absence d'une volonté claire et non équivoque exprimée en ce sens (Cass. soc., 10 octobre 1982, n° 80-41.215), ce salarié ne peut accepter d'être déclaré démissionnaire et ainsi renoncer à sa protection statutaire (Cass. soc., 10 octobre 1984, n° 82-42.694). Ainsi, le salarié qui estime que sa démission lui a été extorquée, doit saisir le conseil de prud'hommes qui recherchera si la démission n'a pas été obtenue à l'aide de pressions exercées par l'employeur.

Si tel est le cas, la démission devra être requalifiée en licenciement. Ce dernier sera nul car effectuée en violation des formalités protectrices. Dès lors que la rupture est requalifiée en licenciement, l'autorisation de l'inspecteur du travail est obligatoire, excepté en cas de fraude du salarié.

Par ailleurs, l'employeur peut être condamné au pénal pour délit d'entrave (Cass. crim., 9 mai 1970, n° 78-92.076P).

28 REMPLACEMENT D'UN TITULAIRE

Lorsqu'un délégué du personnel titulaire ou un membre élu du comité d'entreprise titulaire cesse ses fonctions en cours de mandat pour cause de démission, il convient de procéder de la manière suivante pour remplacer l'intéressé (C. trav., art. L. 2314-30 et L. 2324-28).

Voir **Numéro juridique « Elections des représentants du personnel »**.

► Suppléant élu sur la même liste

Le remplacement du représentant du personnel de missionnaire est d'abord assuré par un suppléant appartenant à la liste présentée par l'organisation syndicale sur laquelle le titulaire a été élu.

Sur cette liste, de même enquête syndicale que celle du représentant du personnel démissionnaire, priorité sera donnée au suppléant de même catégorie professionnelle.

Il importe peu que le suppléant n'ait pas été élu au même rang que le titulaire qu'il remplace, en l'absence d'une telle exigence de la loi (Cass. soc., 8 juin 1983, n° 79-41.512).

► Absence de suppléant

A défaut de suppléant de même catégorie professionnelle, le remplaçant sera, par ordre de priorité, un suppléant d'une autre catégorie professionnelle mais appartenant au même collège ou, à défaut, un suppléant d'un collège différent, mais toujours de même appartenance syndicale.

- Pour les **délégués du personnel**, s'il n'existe pas de suppléant élu sur une liste présentée par l'organisation syndicale qui a présenté le titulaire, le remplacement est assuré par un candidat non élu présenté par la même organisation.

Dans ce cas, le candidat retenu est celui qui vient sur la liste immédiatement après le dernier élu titulaire ou, à défaut, le dernier élu suppléant.

A défaut, le remplacement est assuré par le suppléant élu n'appartenant pas à l'organisation du titulaire à remplacer, mais appartenant à la même catégorie et ayant obtenu le plus grand nombre de voix (C. trav., art. L. 2314-30).

Selon la circulaire DRT n° 13 du 25 octobre 1983 : lorsqu'il doit être fait appel au premier candidat non élu de la liste sur laquelle figurait le titulaire à remplacer, celui-ci est donc membre du même collège et peut avoir été présenté en qualité de titulaire ou de suppléant, la priorité étant donnée au titulaire.

Si, du fait des ratés, un salarié est retrogradé et que le nombre de voix qu'il a obtenu le place en tête des non-élus, c'est lui qui assurera en premier lieu le remplacement.

D'autre part, il est conforme à l'esprit de la loi que si on fait appel au candidat venant sur la liste immédiatement après le dernier candidat élu, le mécanisme puisse jouer, le cas échéant, à plusieurs reprises.

Ce n'est que si le remplacement du titulaire n'a pu être assuré par application de ces mécanismes, qu'il est fait appel au suppléant de la même catégorie présente sur une autre liste et ayant obtenu le plus grand nombre de voix.

- Pour le **comité d'entreprise**, s'il n'existe pas de suppléant élu sur une liste proposée par l'organisation syndicale qui a présenté le titulaire, le remplacement est assuré par le suppléant de la même catégorie qui a obtenu le plus grand nombre de voix.

L'appel à un candidat non élu n'est pas prévu en ce qui concerne le remplacement d'un membre élu du

comité d'entreprise (*Chac. 1981, n° 83-13 du 23 octobre 1983*).

Dans tous les cas, le suppléant devient titulaire jusqu'au renouvellement de l'institution.

Les règles de remplacement en cours de mandat prévues par le Code du travail sont impératives (*Cass. soc., 5 mai 1983, n° 82-60.418P*).

Elles sont également d'ordre public. Une convention ou un accord collectif ne peut y faire échec en prévoyant une autre procédure de remplacement que la procédure légale (*Cass. soc., 17 mai 1984, n° 83-61.123P*).

29 REMPLACEMENT D'UN SUPPLÉANT

Le Code du travail ne prévoit pas le remplacement des suppléants. La Cour de cassation a toutefois jugé (*Cass. soc., 11 octobre 1978, n° 77-41.367P*), que ne sont pas en opposition avec la loi les dispositions d'une convention collective en vertu desquelles lorsqu'un poste de suppléant devient vacant, le premier candidat non élu de la liste à laquelle appartenait ce suppléant le remplace. Ces dispositions augmentent les avantages résultant pour les salariés des dispositions légales et ne sont contraires à aucune règle d'ordre public.

CLAUSES DE DÉBIT-FORMATION ET DE NON-CONCURRENCE

30 CLAUSE DE DÉBIT-FORMATION

◆ Définition et validité

Quelquefois, en contrepartie de la formation donnée par l'employeur au moment de l'embauche du salarié, ce dernier prend l'engagement de rester un certain temps à son service, sous peine de devoir rembourser les frais ou une partie des frais de formation. Dans certains contrats elle est interdite, notamment les contrats de professionnalisation (*C. trav., art. L. 6325-15*).

Une telle clause doit être expressément stipulée par écrit, c'est-à-dire insérée au contrat de travail ou dans une lettre d'engagement contresignée par le salarié. En outre, indépendamment de toute clause de dédit-formation figurant dans le contrat de travail, la Cour de cassation exige, sous peine de nullité (*Cass. soc., 16 mai 2007, n° 05-16.047*) que cet engagement fasse l'objet d'une convention particulière :

- conclue avant le début de la formation ;
- précisant la date, la nature, la durée de la formation et son coût réel pour l'employeur, ainsi que le montant et les modalités du remboursement à la charge du salarié (*Cass. soc., 4 février 2004, n° 01-43.651P*).

Outre cette condition d'accord préalable, une clause de dédit-formation ne peut être conclue que si :

- la formation assurée par l'employeur entraîne des frais réels au-delà des dépenses imposées par la loi

ou la convention collective ;

- le montant de l'indemnité due par le salarié est proportionnée aux dépenses engagées par l'employeur et au plus égal au montant des sommes effectivement engagées par l'entreprise (*Cass. soc., 5 janvier 1995, n° 90-45.374*) ;

- le salarié conserve la possibilité de démissionner (*Cass. soc., 5 juin 2002, n° 00-41.327P* ; *Cass. soc., 21 mai 2002, n° 00-42.909P* ; *Cass. soc., 17 juillet 1991, n° 88-43.201P*).

◆ Indemnité

En présence d'une clause « de dédit-formation », le salarié démissionnaire avant l'échéance prévue par la clause rembourse à l'employeur les frais de formation stipulés.

Il s'agit du seul coût réel de la formation. Ainsi, lorsque la convention collective applicable met à la charge de l'employeur, l'obligation de rémunérer les salariés durant le stage de formation, la clause de dédit-formation figurant dans les contrats de travail des salariés ne peut pas prévoir qu'en cas de départ prématuré, ils devront rembourser les rémunérations perçues (*Cass. soc., 5 janvier 1995, n° 90-45.374*). Si le montant du dédit est manifestement excessif les juges ont la faculté de le réduire conformément à l'article 1152 du Code civil (*Cass. soc., 23 janvier 1985, n° 82-42.992P*).

Le juge peut même écarter l'application de la clause, si l'employeur fait un usage abusif des clauses de dédit-formation dans le seul but de stabiliser le personnel, dont les conditions de travail sont difficiles (*Cass. soc., 4 juin 1987, n° 84-43.639*).

L'employeur peut renoncer à l'application d'une telle clause.

Cependant cette renonciation ne saurait résulter de la mention « libre de tout engagement » apposée sur un certificat de travail (*Cass. soc., 4 juillet 2001, n° 99-43.520*).

31 CLAUSE ET OBLIGATION DE NON-CONCURRENCE

◆ Clause de non-concurrence

Afin de limiter l'exercice par le salarié d'activités concurrentes susceptibles de porter atteinte aux intérêts de l'entreprise, le contrat de travail peut comporter une clause de non-concurrence. Sa validité est subordonnée à une triple condition. La clause doit :

- être justifiée par l'intérêt légitime de l'entreprise ;
- laisser au salarié la possibilité de continuer à exercer normalement une activité professionnelle conforme à sa formation et à ses connaissances. Elle doit donc être limitée dans le temps et dans l'espace, et tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié ;
- comporter l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière (*Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 99-43.334P*).

Dans la mesure où l'obligation de non-concurrence déroge au principe de liberté du travail, elle ne se présume pas et doit donc nécessairement être d'origine contractuelle ou conventionnelle.

Voir **Numéro juridique « Les clauses du contrat de travail »**

► Application de la clause

La clause de non-concurrence joue dans les seuls cas de rupture envisagés par les parties. En conséquence, sa mise en œuvre dépend de sa rédaction. En principe, si la clause est rédigée en termes généraux, sauf dispositions contraires de la convention collective, la clause de non-concurrence entre en application, quels que soient les circonstances et l'auteur de la rupture du contrat de travail, notamment en cas de démission (Cass. soc., 10 mars 2004, n° 01-47.350). Cependant les conventions collectives prévoient fréquemment que le montant de l'indemnité compensatrice sera moins élevée lorsque la rupture résulte de la démission du salarié.

► Renonciation à la clause

La clause de non-concurrence, comportant une contrepartie financière, est instituée dans l'intérêt de l'entreprise et du salarié. La possibilité pour l'employeur de renoncer à la clause doit être expressément prévue dans le contrat de travail (Cass. soc., 4 juin 1998, n° 95-41.832 ; Cass. soc., 28 novembre 2001, n° 99-42.030). L'employeur est alors dispensé de payer la contrepartie pécuniaire prévue par les parties. À défaut, il doit obtenir l'accord du salarié.

Généralement, la convention conclue entre les parties définit les conditions dans lesquelles la renonciation doit avoir lieu et en particulier le moment où elle peut légitimement être effectuée et ainsi dispenser l'employeur de la contrepartie financière. Dans ce cas, il appartient à ce dernier de respecter strictement les dispositions conventionnelles. Le point de départ du délai de renonciation, est la date de réception de la démission, ou du moins la date à laquelle le destinataire en a pris connaissance (Cass. soc., 27 février 2001, n° 99-40.430). À défaut, la renonciation n'est pas valable, et ce, même si le salarié ne peut faire état d'aucun préjudice (Cass. soc., 10 février 1998, n° 94-45.279P ; Cass. soc., 14 octobre 1998, n° 96-40.638P). Le salarié peut réclamer l'indemnité de non-concurrence, sans avoir à établir un préjudice particulier (Cass. soc., 24 janvier 2007, n° 04-47.864 ; Cass. soc., 27 mars 2008, n° 07-40.195). Si au contraire l'employeur renonce à se prévaloir de la clause de non-concurrence dans les formes prescrites, le démissionnaire n'a pas de droit à recevoir l'indemnité fixée à titre de contrepartie, devenue sans cause (Cass. soc., 20 juin 1979, n° 77-40.495P).

Il arrive que les parties n'aient pas prévu les conditions de la renonciation et surtout le moment où elle peut intervenir pour produire tous ses effets. Dans ce cas, la renonciation doit être effectuée soit au moment de la dispense de préavis si celui-ci n'est pas exécuté

(Cass. soc., 13 octobre 1997, n° 95-41.168) soit au terme du préavis s'il est exécuté (Cass. soc., 4 décembre 1991, n° 90-42.399). La renonciation à la clause de non-concurrence doit donc intervenir lors de la rupture du contrat de travail (Cass. soc., 20 février 1997, n° 94-41.012).

Dans tous les cas, cette renonciation ne se présument pas, elle doit être formelle et résulter d'un acte clair et non équivoque.

Ne vaut pas renonciation :

- la signature d'un accord transactionnel (Cass. soc., 6 mai 1998, n° 96-42.234 ; Cass. soc., 10 mai 2006, n° 04-43.837 ; Cass. soc., 5 avr. 2006, n° 03-47.802) ;
- la signature d'un reçu pour solde de tout compte (Cass. soc., 14 février 1996, n° 93-42.035P) ;
- l'inscription de la mention « libre de tout engagement » portée sur un certificat de travail (Cass. soc., 11 juin 1998, n° 96-42.262) ;

► Non-respect de la clause

Le salarié qui ne respecte pas son obligation est sanctionné par :

- **le non-versement de l'indemnité compensatrice** (Cass. soc., 22 octobre 1997, n° 94-45.186P ; Cass. soc., 5 mai 2004, n° 01-40.261P ; Cass. soc., 28 mars 2006, n° 04-44.832P) même si la violation a cessé (Cass. soc., 31 mars 1993, n° 88-43.820P).

La violation de la clause de non-concurrence fait perdre au salarié le droit de prétendre au versement de l'indemnité compensatrice pour toute la période d'interdiction restant à courir à compter du jour où la clause a été violée.

Ainsi, si le salarié respecte son obligation pendant un certain temps, il peut prétendre à la contrepartie pécuniaire pour cette période seulement (Cass. soc., 27 mars 1996, n° 92-41.942P ; Cass. soc., 23 février 2003, n° 00-46.263P ; Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-43.775).

Si l'indemnité de non-concurrence a été versée indûment, le salarié peut être condamné à son remboursement (Cass. soc., 6 décembre 1995, n° 92-41.812) ;

- **le paiement de dommages-intérêts** à l'employeur lorsque les faits reprochés correspondent bien à une violation des dispositions de la clause (Cass. soc., 10 février 1998, n° 95-44.747P).

À l'inverse, un employeur ne saurait prétendre à une indemnité pour non-respect de la clause de non-concurrence lorsque son ancienne salariée n'a exercé aucun des emplois énumérés dans la clause chez son nouvel employeur (Cass. soc., 4 juin 1987, n° 84-43.954P).

Le contrat de travail peut, le cas échéant, fixer le montant des dommages-intérêts dus par le salarié dans l'hypothèse où il violerait son obligation de non-concurrence. Il s'agit alors d'une clause pénale de caractère forfaitaire, que le juge peut modérer si l'indemnité convenue est manifestement excessive (C. civ., art. 1152 al. 2) ou l'augmenter si elle est dérisoire (Cass. soc., 5 juin 1996, n° 92-42.298P).

Certaines conventions collectives plafonnent le montant de ces pénalités ;

- **la cessation de l'activité concurrentielle** : une telle interdiction peut être demandée en refore (Cass.

soit, 13 février 1995, n° 95-42.793, et ordonnance sous astreinte (Cass. soc., 13 janvier 1998, n° 95-43.732P). Si la clause de non-concurrence n'est pas valable et que le salarié est licencié par son nouvel employeur en raison de la demande de cessation de l'activité concurrentielle, l'ancien employeur peut être condamné à réparer le préjudice subi par le salarié (Cass. soc., 13 janvier 1998, n° 95-41-480P).

► Responsabilité du nouvel employeur

Le nouvel employeur peut voir sa responsabilité engagée si :

- malgré sa connaissance de la clause de non-concurrence, il a embauché le salarié (Cass. soc., 14 mars 1995, n° 91-45.281) ;

- par négligence, il a permis la violation de la clause, alors même qu'il n'en connaissait pas l'existence (Cass. com., 11 juillet 2000, n° 95-21.888).

Il peut être condamné à des dommages-intérêts au profit de l'ancien employeur.

Cette action en responsabilité à l'encontre du nouvel employeur doit être portée devant la juridiction de droit commun ou le tribunal de commerce.

◆ Actes de concurrence déloyale

► Limites de la liberté de travail

et d'entreprendre du salarié

En l'absence de clause de non-concurrence, le salarié, une fois son contrat de travail rompu, dispose d'une entière liberté de concurrence par rapport à son ancien employeur. La Cour de cassation fait une stricte application de ce principe, étroitement lié à la liberté du travail et à la liberté d'établissement qui sont naturellement reconnues au salarié libre de son engagement.

Il doit démissionner pour entrer au service d'une entreprise concurrente. Avant même son départ, il lui est possible de préparer une future activité concurrente, à condition de commencer à l'exercer effectivement après la rupture du lien contractuel.

Il ne saurait donc être reproché au nouvel employeur de discuter et d'arrêter les clauses d'un contrat de travail et de s'engager à embaucher le salarié d'une entreprise concurrente avant même que ce salarié ait manifesté à cette dernière son intention de la quitter (CA Paris, 17 avril 1996, D. 1997, som. com. p. 99). De la même façon, le salarié peut quitter son employeur, seul ou avec d'autres, pour créer sa propre entreprise, fût-elle concurrente.

Ces libertés de travailler et d'entreprendre s'arrêtent là où commencent des actes de concurrence déloyale. Le salarié verra alors, s'ils sont établis, sa responsabilité engagée, comme pourra être déclarée responsable l'entreprise concurrente qui y a participé ou les a orchestrés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

Ainsi, la création par un salarié, dont le contrat de travail n'est pas encore rompu, d'une société qui a commencé son activité concurrente de celle de son employeur, constitue un acte de concurrence déloyale (Cass. soc., 26 mai 1998, n° 96-42.592).

Les actes de concurrence déloyale peuvent se manifester notamment par :

- des débauchages de personnel ;
- des détournements de clientèle ;
- le dénigrement de l'entreprise ou travaillant jusqu'alors le salarié ;
- la divulgation d'informations.

Certains de ces actes sont pénalement sanctionnés, il en est ainsi de la violation du secret professionnel (C. pénal, art. 226-13) et de la divulgation de secrets de fabrication (C. trav. art. L. 1227-1).

Le simple démarchage auprès de clients de l'ancien employeur ne suffit pas à établir à l'encontre du salarié qui y procède un acte de concurrence déloyale préjudiciable. Le principe de la liberté du commerce et celui de la libre concurrence ne permettent pas de se prévaloir d'un droit privatif sur ses clients, sous réserve que soient respectés les usages loyaux du commerce (CA Paris, 27 mars 1996, D. 1997, som. com. p. 99, note Y. Serra).

La mise en cause d'un salarié, qui a démarché des clients de son ancien employeur auprès desquels il était déjà introduit en travaillant pour lui, implique qu'il soit établi à son encontre soit :

- la soustraction de documents appartenant à l'employeur ;
- qu'il ait fourni en connaissance de cause des devis comportant des prix légèrement inférieurs à ceux de cet employeur ;
- qu'il lui ait arraché, en abusant de sa situation d'ancien salarié, des contrats ;
- qu'il ait employé pour parvenir à ses fins des moyens critiquables tels que le dénigrement ou l'utilisation d'informations inexacts ou mensongères (Cass. com., 27 février 1996, n° 93-20.691).

La reconnaissance d'un acte de concurrence déloyale, comme le cas échéant l'évaluation du préjudice subi par l'ancien employeur, relève du pouvoir souverain des juges du fond, rendant vain tout pourvoi en cassation (Cass. soc., 29 avril 1997, n° 95-14.923).

► Responsabilité du nouvel employeur

Un acte de concurrence déloyale peut aussi être reproché au nouvel employeur et par conséquent engager sa responsabilité.

La nouvelle société, qui laisse son preposé se servir de renseignements obtenus auprès de son ancien employeur pour prospecter des clients à son profit (en l'espèce, plusieurs milliers de fiches contenant des données sur la clientèle de ce dernier, les types de matériel acquis par les clients, leurs besoins et leurs moyens) commet une faute lui permettant d'obtenir un avantage anormal pour entrer en concurrence. L'ancien employeur a donc subi un préjudice en étant placé, par ces agissements furtifs, dans une situation d'infériorité sur un marché où la concurrence est sévère (Cass. com., 18 février 1997, n° 94-18.367).

Sa responsabilité peut également être mise en oeuvre pour des faits de débauchage de personnel caractérisant une faute de concurrence déloyale. Mais celle-

et ne saurait être automatique et résulter de la seule embauche de salariés liés auparavant à l'employeur avant une activité concurrente.

Ainsi le recrutement de 22 représentants d'une société, comptant un effectif total de 370, qui ont quitté leur employeur dans des conditions régulières ne caractérise pas un acte de concurrence déloyale dès lors que ce recrutement par la seconde société n'a pas eu pour effet de désorganiser l'entreprise de l'ancien employeur, que la meilleure rémunération obtenue par les représentants correspond à leur réelle qualification et que leur affectation au même secteur s'est fait dans le cadre de la libre concurrence (Cass. com., 21 janvier 1997, n° 94-17.800 ; Cass. com., 23 février 1999, n° 96-20.075 ; en l'espèce, aucun fait de débauchage n'est retenu dans la mesure où les salariés ayant démissionné étaient à l'origine de la constitution de la nouvelle entreprise et que le recrutement ultérieur de deux autres salariés de l'ancien employeur n'avait pas donné lieu à une action concertée destinée à le déstabiliser).

Le débauchage, pour être constitutif d'un acte de concurrence déloyale, suppose en particulier qu'il ait été effectué dans le but d'obtenir des secrets de l'entreprise abandonnée ou que le départ massif d'employés qualifiés ayant une certaine ancienneté compromette gravement l'organisation de celle-ci.

DOCUMENTS REMIS AU SALARIÉ

L'employeur est tenu de délivrer au salarié démissionnaire les mêmes documents qu'à tout salarié qui cesse de faire partie de l'effectif de l'entreprise, quel qu'en soit le motif (démission, licenciement, fin de contrat à durée déterminée, départ à la retraite, etc.).

32 REÇU POUR SOLDE DE TOUT COMPTE

Le solde de tout compte, établi par l'employeur et dont le salarié lui donne reçu, fait l'inventaire des sommes versées au salarié lors de la rupture du contrat de travail.

Il peut être déposé dans les six mois qui suivent sa signature, délai au-delà duquel il devient libératoire pour l'employeur pour les sommes qui y sont mentionnées (C. trav., art. L. 1234-20).

Il a un effet libératoire :

- si le salarié ne l'a pas déposé ;
- au terme du délai de 6 mois ;
- pour les seules sommes mentionnées.

Pour conférer une valeur libératoire au reçu pour solde de tout compte, il convient donc de détailler les sommes versées, salaire, heures supplémentaires, indemnité de préavis, de congés payés, etc.

La mention d'une somme globale est insuffisante. Le solde de tout compte dans ce cas doit être consi-

déré comme un seul reçu qui n'a pas d'effet libératoire.

Du 17 janvier 2002 au 21 juin 2008, le reçu pour solde de tout compte n'avait aucun effet libératoire et était un simple reçu.

33 CERTIFICAT DE TRAVAIL

L'employeur remet au salarié un certificat de travail (C. trav., art. L. 1234-19).

◆ Mentions

Le certificat de travail mentionne exclusivement (C. trav., art. D. 1234-0) :

- les nom et prénoms du salarié ;
- le nom de l'employeur et sa domiciliation ;
- le lieu et la date de sa délivrance ;
- la date d'entrée du salarié dans l'entreprise. Lorsqu'il y a modification dans la situation juridique de l'employeur, entraînant l'application de l'article L. 1224-1, le nouvel employeur indique la date d'embauche par l'employeur initial (Cass. soc., 24 novembre 1993, n° 89-42.648P) ;
- la date de sortie du salarié, c'est-à-dire la date à laquelle son contrat de travail prend fin, peu important qu'il ait ou non effectué son préavis (Cass. soc., 14 janvier 1998, n° 95-41.262) ;
- la nature de l'emploi ou des emplois successivement occupés et les périodes pendant lesquelles ces emplois ont été tenus.

Il peut également contenir la formule « libre de tout engagement » qui indique l'expiration régulière du contrat de travail. Elle ne vaut pas renonciation au paiement de l'indemnité compensatrice de préavis ou à la clause de non-concurrence (Cass. soc., 10 novembre 1993, n° 90-40.008 ; Cass. soc., 19 juin 1991, n° 86-45.504P), ni ne prive d'effet la clause de dédit-formation (Cass. soc., 9 juillet 2001, n° 99-43.520).

Attention...

La jurisprudence interdit les appréciations défavorables au salarié ou les appréciations tendancieuses. Il n'a pas à indiquer les motifs de la rupture du contrat de travail (démission ou licenciement).

◆ Conditions de délivrance

Le certificat de travail est **quéérable** et non portable, la seule obligation de l'employeur étant d'établir ce document et de le tenir à la disposition du salarié (Cass. soc., 5 février 1992, n° 88-40.322). S'agissant d'une obligation légale, la demande de remise du certificat de travail n'a pas à être motivée (Cass. soc., 29 janvier 1997, n° 94-41.000).

La date de la remise est, selon la loi, celle de l'expiration du contrat de travail.

Le certificat de travail est toutefois portable si l'employeur a été condamné sous astreinte à le remettre au salarié, la notification de la décision valant mise en demeure (Cass. soc., 26 mars 1981, n° 80-40.710P ; Cass. soc., 21 juillet 1993, n° 89-41.818 ; Cass. soc., 12 nov. 2002, n° 01-40.561).

Démissions légitimes ouvrant droit à l'allocation chômage

Cas de démissions	Conditions exigées
Changement de domicile pour suivre ses ascendants	Etre âgé de moins de 18 ans.
Changement de domicile pour suivre son conjoint ou son concubin (si concubinage antérieur à la rupture du contrat)	Le conjoint doit déménager pour exercer un nouvel emploi par mutation, changement d'employeur, nouvelle embauche après inactivité, création d'entreprise.
Changement de domicile pour se marier ou conclure un Pacs	Moins de 2 mois doivent s'écouler entre la date de la fin de l'emploi et la date du mariage ou de la conclusion du Pacs, quel que soit l'ordre dans lequel sont intervenus les événements.
Rupture d'un CIE, Cirma, CAE, contrat d'avenir, contrat jeune en entreprise	La rupture du contrat ne peut intervenir que pour exercer un nouvel emploi ou pour suivre une action de formation.
Départ volontaire de la dernière activité professionnelle salariée et reprise de droits antérieurs	La reprise de droit doit intervenir dans le cadre de l'article 10 § 2 du règlement Unédic.
Pour non-paiement des salaires	L'intéressé doit produire soit ordonnance de référé lui allouant une provision de sommes correspondant à des arriérés de salaires, soit ordonnance provisoire rendue par le Bureau de conciliation du Conseil de prud'hommes.
A la suite d'un acte de son employeur susceptible d'être délictueux, dont le salarié déclare avoir été victime	L'acte (vol, violences, discrimination raciale, harcèlement) doit avoir été commis à l'occasion du contrat de travail, et le salarié doit avoir déposé plainte auprès du Procureur de la République (sont également recevables : citation directe et plainte avec constitution de partie civile).
Changement de résidence justifié par une situation où le salarié a été victime de violences conjugales	Le salarié doit justifier avoir déposé plainte auprès du Procureur de la République.
Pendant ou au terme de la période d'essai d'un emploi faisant suite à un licenciement ou à une fin de contrat à durée déterminée	La démission doit intervenir pendant ou au terme de la période d'essai n'excédant pas 91 jours. Le licenciement précédent ne doit pas avoir donné lieu à inscription à l'ANPE.
Pour une autre activité salariée à durée indéterminée (mais dont le nouvel employeur met fin à la période d'essai)	L'employeur doit mettre fin à la période d'essai avant un délai de 91 jours et le salarié doit justifier de 3 ans d'affiliation continue au régime d'assurance-chômage.
Mise en oeuvre d'une clause de résiliation dite de « couple ou indivisible » en raison de la cessation du contrat de son conjoint (licenciement, mise à la retraite)	Le contrat de travail doit être indivisible, à savoir que l'employeur ne peut se séparer de l'un sans l'autre. Ne peut être mis en oeuvre si la cessation du contrat de l'un des conjoints résulte de la démission de l'autre.
Pour un journaliste à la suite de la mise en oeuvre de la clause de conscience ou d'une clause de cession	L'indemnité de licenciement doit avoir été versée par l'employeur au démissionnaire.
Pour effectuer une mission de solidarité internationale	Cette mission doit avoir une durée minimale d'un an, mais peut être interrompue avant son expiration pour cas de force majeure ou fait du prince.
Pour créer ou reprendre une entreprise dont l'activité cesse pour des raisons indépendantes de la volonté du créateur ou du repreneur dans un délai de 36 mois	La création ou la reprise doit avoir donné lieu aux formalités de publicité requises par la loi.

L'employeur doit pouvoir apporter la preuve qu'il a exécuté son obligation (Cass. soc., 14 décembre 2005, n° 04-40.563).

◆ Sanctions

L'employeur peut être condamné à des dommages-intérêts si la non-délivrance du certificat de travail,

sa délivrance tardive ou l'omission d'une mention obligatoire (ou encore le refus de renthier d'une mention facultative) ont porté préjudice au salarié (Cass. soc., 11 janvier 2006, n° 03-460.030). Ainsi, en cas de remise tardive du certificat de travail, la salariée, restée sans emploi et n'ayant pu s'inscrire au chômage du fait de ce retard, peut obtenir des dommages-in-

terêts en réparation du préjudice subi (Cass. soc., 18 décembre 1978, n° 77-40672).

La preuve est à la charge du salarié. Le montant des dommages-intérêts est laissé à l'appréciation des tribunaux.

L'employeur peut être condamné à la délivrance du certificat de travail sous peine d'astreinte. L'astreinte ayant un caractère comminatoire, les juges du fond peuvent décider souverainement de la prescrire même en l'absence de toute demande du salarié (Cass. soc., 7 mars 1962, n° 62-42613P).

Toute contravention aux prescriptions légales relatives au certificat de travail est passible de l'amende prévue pour les contraventions de la 4^e classe (750 € au plus) (C. trav., art. R. 1238-3).

34 ATTESTATION ASSÉDIC

L'employeur remet à tout salarié au moment où il quitte l'entreprise et ce, quelle que soit la cause de son départ (licenciement, démission, arrivée du terme d'un contrat à durée déterminée, etc.) une attestation lui permettant d'exercer ses droits aux prestations d'assurance-chômage. Ce document est remis en même temps que le reçu pour solde de tout compte et le certificat de travail. L'employeur transmet à l'Assedic un exemplaire de l'attestation remise au salarié (C. trav., art. R. 1234-9).

Si l'employeur doit mentionner sur l'attestation Assedic le motif exact de la rupture du contrat (Cass. soc., 27 septembre 2006, n° 05-42414P), il ne doit pas préciser les motifs d'ordre personnel à l'origine de la rupture du contrat de travail. A défaut, l'employeur pourrait être condamné à verser des dommages-intérêts au salarié (Cass. soc., 8 octobre 1992, n° 91-43638 ; Cass. soc., 14 novembre 2001, n° 99-41457).

L'employeur qui contrevient aux dispositions de l'article R. 1234-9 à R. 1234-12 du Code du travail est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe, soit 1 500 € au plus (C. trav., art. R. 1238-7). Par ailleurs, sous réserve de la constitution éventuelle du délit d'escroquerie défini et sanctionné aux articles 313-1 et 313-3 du Code pénal, le fait de bénéficier ou de tenter de bénéficier frauduleusement des allocations d'aide aux travailleurs privés d'emploi [...] est puni d'une amende de 4 000 €.

Le fait de faire obtenir frauduleusement ou de tenter de faire obtenir frauduleusement des allocations [...] est puni de la même peine (C. trav., art. L. 5429-1).

L'employeur qui n'indiquerait pas le bon mode de rupture permettant au salarié d'obtenir automatiquement des allocations-chômage (« licenciement » au lieu de « démission ») pourrait tomber sous le coup de cette incrimination.

La non-remise à un salarié des documents Assedic lui permettant de s'inscrire au chômage entraîne pour lui nécessairement un préjudice qui doit être réparé par les juges du fond (Cass. soc., 19 mai 1998, n° 97-41814P ; Cass. soc., 19 avril 2000, n° 98-41205). Il en est de même de la remise tardive de l'attestation

(Cass. soc., 6 mai 2001, n° 99-43024 ; Cass. soc., 13 juin 2007, n° 06-41789).

Le salarié justifiant d'une créance non sérieusement contestable peut demander réparation de son préjudice en refère (Cass. soc., 4 juin 1998, n° 97-44159).

35 REGISTRE UNIQUE DU PERSONNEL

L'employeur mentionne le départ du salarié sur le registre unique du personnel, exige dans tout établissement employant du personnel (C. trav., art. L. 1221-13 et D. 1221-23).

Ce registre est tenu à la disposition des délégués du personnel et des fonctionnaires et agents chargés de veiller à l'application du Code du travail et du Code de la sécurité sociale (C. trav., art. L. 1221-15). A défaut, il s'expose à la peine d'amende prévue pour les contraventions de la 4^e classe (soit 750 € au plus ; C. trav., art. R. 1227-7).

DROIT AU CHÔMAGE

36 INDEMNISATION PARFOIS POSSIBLE

Les allocations du régime d'assurance chômage sont versées aux salariés involontairement privés d'emploi : tel n'est pas le cas du salarié démissionnaire. Toutefois, certains cas de démission sont considérés comme automatiquement légitimes et ouvrent droit aux allocations.

D'autres cas doivent être soumis à un examen particulier de l'Assedic.

◆ Démissions reconnues légitimes

Le tableau page 34 résume les cas de démissions ouvrant droit à l'allocation d'assurance chômage (Accord d'application n° 15).

◆ Démissions soumises à un examen

Les situations de chômage volontaire, c'est-à-dire toutes celles qui ne sont pas visées par l'article 2 du règlement, font l'objet d'un refus d'attribution de l'allocation de chômage.

C'est notamment le cas du salarié qui quitte son emploi pour suivre son conjoint changeant de résidence, à la suite de sa :

- mise à la retraite ;
 - participation à des mesures de préretraite ;
- ou, parce que déjà sans activité (retraite ou chômeur dispensé de la recherche d'emploi), il entend modifier ses conditions d'existence.

Il en est ainsi également du salarié qui démissionne pour un motif personnel ou de celui qui rompt avant terme un contrat à durée déterminée.

Si le chômeur n'est pas réclassé après au moins 121 jours de chômage, il peut demander l'examen de son dossier par la commission paritaire de l'Assedic (Accord d'application n° 13 ; Circ. Unedic n° 2006-14).

21 juillet 2006

Pour bénéficier des allocations de chômage, il doit :

- demander expressément le **reexamen de ses droits** ;

- avoir quitté l'emploi, pour lequel les allocations de chômage lui ont été refusées, **depuis au moins 121 jours** ;
- remplir toutes les **conditions** auxquelles le règlement subordonne l'ouverture d'une période d'indemnisation pour bénéficier des allocations de chômage à l'exception de celle relative à la perte involontaire d'emploi.

Il doit, en outre, apporter des éléments attestant ses recherches actives d'emploi, ainsi que ses éventuelles reprises d'emploi de courte durée et ses démarches pour entreprendre des actions de formation.

L'intéressé doit présenter une demande de reexamen de ses droits à la commission paritaire de l'Assédic. Le point de départ du versement des allocations accordées est fixé au 122^e jour suivant la fin de contrat de travail au titre de laquelle les allocations ont été refusées et ne peut être antérieur à l'inscription comme demandeur d'emploi.

Le délai de 121 jours est allongé des périodes indemnisées au titre des indemnités journalières de sécurité sociale d'une durée au moins égale à 21 jours consécutifs. Le point de départ du versement des allocations est décalé du nombre de jours correspondant et ne peut être antérieur à l'inscription comme demandeur d'emploi.

Seuls les salariés sans emploi qui ont manifesté, au cours du délai de 121 jours, une volonté claire de se réinsérer professionnellement peuvent être pris en charge. C'est uniquement sur la constatation de cette réalité que doit porter l'enquête de l'Assédic et l'appréciation de la commission paritaire. Les motifs de départ volontaire ne sont plus à apprécier à ce stade. L'intéressé doit apporter des éléments attestant ses recherches actives d'emploi, ses éventuelles reprises d'emploi de courte durée et ses démarches pour entreprendre des actions de formation, de réinsertion ou de requalification.

La décision de la commission portant sur le caractère légitime de la démission ne peut pas pouvoir être contestée devant les tribunaux judiciaires.

La Cour de cassation a approuvé un tribunal d'instance qui a considéré « qu'il ne pouvait substituer son appréciation de la légitimité du motif à celle de la commission à laquelle le règlement confère ce pouvoir sans qu'aucun recours ait été prévu de ce chef » (Cass. soc., 22 mars 1990, n° 88-14.287).

PROTECTION SOCIALE

37 MAINTIEN TEMPORAIRE DES DROITS

La démission, comme toute rupture du contrat de travail peut avoir à plus ou moins long terme, une incidence sur la **couverture sociale** de l'intéressé.

► Reprise immédiate d'activité

Si l'intéressé reprend une activité salariée immédiatement après la fin de son contrat de travail, il conserve sa qualité de bénéficiaire de l'assurance et le maintien de ses droits aux prestations.

► Recherche d'emploi

Si le démissionnaire ne reprend pas immédiatement une activité salariée à l'issue de sa démission, il convient de distinguer deux situations :

- soit la **démission est considérée comme légitime** par la Commission paritaire de l'Assédic. Le salarié, qui bénéficie alors des prestations de chômage, conserve la qualité d'assuré et le maintien de ses droits aux prestations du régime général (CSS, art. L. 311-5). Il peut même bénéficier de ces prestations s'il reprend une activité pourtant insuffisante pour justifier des conditions d'ouverture du droit à prestations, mais pour trois mois seulement (CSS, art. R. 311-1). Les chômeurs qui ont épuisé leurs droits à indemnisation mais qui restent à la recherche d'un emploi, bénéficient :

- pendant les 12 mois qui suivent la fin de l'indemnisation, du maintien des droits qui leur étaient ouverts en tant que chômeurs indemnisés (CSS, art. L. 161-8 et R. 161-3) ;

- au-delà de ces 12 mois, des prestations en nature des assurances maladie et maternité du régime général, pendant quatre ans, tant qu'ils restent à la recherche d'un emploi ;

- soit le **motif de la démission n'a pas été reconnu légitime**. Le démissionnaire ne peut donc pas prétendre à une indemnisation au titre du chômage. Dans ce cas, il y a lieu d'appliquer à l'intéressé la règle générale de l'article L. 161-8 du Code de la sécurité sociale.

Il bénéficie du maintien de ses droits aux prestations en espèce des assurances maladie, maternité, invalidité et décès pendant une période fixée à 12 mois et quatre ans pour les prestations en nature par l'article R. 161-3 du Code de la sécurité sociale.

La couverture sociale reste donc acquise aux chômeurs non indemnisés pendant les 12 mois qui suivent la rupture de leur contrat de travail.

Au-delà, les personnes privées d'emploi et de ressources doivent pouvoir prétendre à la couverture maladie universelle (CSS, art. L. 380-1).

wk-rh.fr

La résiliation judiciaire du contrat de travail à la demande du salarié

L'article 1184 du Code civil permet à l'une ou l'autre des parties à un contrat d'en demander la résiliation judiciaire, en cas d'exécution des obligations découlant de ce contrat. La résiliation judiciaire ne peut être demandée que par la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été respecté (Cass. soc., 23 octobre 1991, n° 88-43.797). En droit du travail, la résiliation judiciaire constitue un mode de rupture du contrat de travail expressément prévu par les textes ou admis par la jurisprudence en application de l'article 1184 du Code civil.

L'action en résiliation judiciaire du contrat de travail relève de la compétence du conseil de prud'hommes dont les juges apprécient souverainement le caractère de *grave* suffisant pour justifier la résiliation (Cass. soc., 11 décembre 1996, n° 93-45.901).

A ce titre, la jurisprudence en matière sociale présente une autonomie par rapport au droit civil dans l'appréciation des possibilités de résiliation du contrat de travail. En effet, s'agissant d'une demande de résiliation judiciaire présentée par :

- l'employeur, la jurisprudence en limite les possibilités aux seuls cas prévus par la loi (CID) et contrat d'apprentissage), considérant que l'employeur dispose de la voie du licenciement pour rompre le contrat de travail ;
- le salarié, la jurisprudence retient une appréciation plus large, notamment du fait des évolutions relatives à la modification du contrat de travail et à la notion de harcèlement moral.

Situation du salarié

Quelle que soit la nature du contrat de travail (CID) ou (CDD), la jurisprudence reconnaît au salarié le droit de demander la résiliation de son contrat de travail en cas d'inexécution par l'employeur de ses obligations. La demande du salarié ne constitue pas, par elle-même une cause de licenciement (Cass. soc., 21 mars 2007, n° 05-43.392P). Dans l'attente du jugement, le salarié poursuit l'exécution de son contrat.

Les salariés protégés peuvent également demander la résiliation judiciaire de leur contrat (Cass. soc., 16 mars 2005, n° 03-46.253P ; Cass. soc., 15 novembre 2006, n° 04-47.129). En re-

vanche, la demande de résiliation judiciaire du contrat d'un salarié protégé n'est pas ouverte à l'employeur (Cass. Ch. mixte, 21 août 1974, n° 71-91.225P).

Cas de résiliation

Inexécution de ses obligations par l'employeur

La jurisprudence n'exige pas que l'inexécution des obligations de l'employeur soit fautive. En application de l'article 1184 du Code civil, un salarié peut demander la résiliation judiciaire de son contrat de travail :

- en l'absence de la fourniture d'un travail et de la rémunération convenue (Cass. soc., 12 juillet 1999, n° 97-43.103), même en cas de difficultés économiques (Cass. soc., 20 juin 2006, n° 05-40.662P) ;
- en cas de manquement de l'employeur à l'exécution de bonne foi du contrat de travail (Cass. soc., 10 mai 2006, n° 005-42.210P) ;
- à défaut de réintégration dans son emploi précédent ou un emploi équivalent au terme de son congé pour création d'entreprise (Cass. soc., 5 avril 2006, n° 04-43.594) ;
- en l'absence de poursuite du contrat de travail après transfert d'un marché, malgré les dispositions de la convention collective nationale des entreprises de restauration (Cass. soc., 9 juin 1999, n° 97-45.018).

Modification du contrat de travail

Voici retenus comme cause de résiliation judiciaire du contrat de travail :

- le retrait du véhicule de fonction du salarié (Cass. soc., 7 mars 1996, n° 93-41.127) ;
- le retrait d'exclusivité consentie contractuellement à un VRP (Cass. soc., 19 janvier 1983, n° 80-41.675) ;
- la modification du lieu de travail du salarié (Cass. soc., 27 janvier 1972, n° 71-40.900).

Harcèlement

La jurisprudence a retenu le harcèlement moral comme une cause de résiliation judiciaire du contrat de travail à la demande du salarié. Il en est ainsi d'un comportement violent occasionnant au salarié un état d'anxiété aigu rendant impossible le maintien du contrat de travail (Cass. soc., 10 janvier 2001,

n° 98-40.813). La législation du harcèlement contribue à augmenter le nombre de demandes de résiliation judiciaire aux torts de l'employeur (sans harcèlement moral).

L'état de psychesse de l'employeur, s'il n'est pas constitutif de harcèlement moral, peut être une cause de harcèlement moral, permettant la poursuite de la résiliation de travail. La résiliation judiciaire du contrat est prononcée et produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 8 janvier 2005, n° 02-46.137).

Effets de la résiliation judiciaire aux torts de l'employeur

La résiliation judiciaire du contrat de travail prononcée à l'initiative du salarié et aux torts de l'employeur produit les mêmes effets qu'un licenciement de pourvu de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 20 janvier 1998, n° 95-43.350P ; Cass. soc., 26 octobre 1999, n° 97-43.710). Le salarié bénéficie de dommages-intérêts (Cass. soc., 7 juillet 2004, n° 02-43.088) ainsi que des indemnités compensatrice de congés payés et de préavis (Cass. soc., 28 sept. 2005, n° 04-42.230). Elle prend effet le jour où la décision judiciaire est prononcée, si le salarié est toujours au service de l'entreprise (Cass. soc., 21 mars 2007, n° 05-45.392P).

Si le salarié est licencié dans l'attente de la décision des juges, le juge doit rechercher si la demande de résiliation judiciaire du salarié était justifiée. Si tel est le cas, il fixe la date de la rupture à la date d'envoi de la lettre de licenciement (Cass. soc., 15 mai 2007, n° 04-43.663P). A défaut il se prononce sur le licenciement notifié par l'employeur (Cass. soc., 7 février 2007, n° 06-43.250P). Si le salarié prend acte de la rupture de son contrat après avoir demandé la résiliation judiciaire de celui-ci, le juge n'a pas à se prononcer sur cette dernière, mais doit fonder sa décision sur les manquements de l'employeur invoqués par le salarié tant à l'appui de la demande de résiliation judiciaire devenue sans objet, qu'à l'appui de la prise d'acte (Cass. soc., 31 octobre 2006, n° 05-42.158P).

La résiliation judiciaire du contrat d'un salarié protégé produit les effets d'un licenciement nul pour violation du statut protecteur (Cass. soc., 26 septembre 2006, n° 05-41.890).

Ouvrez WK-RH.fr

le portail **Lamy - Liaisons Sociales** dédié
aux professionnels des Ressources Humaines

www.WK-RH.fr

Éditions Lamy - Liaisons Sociales : association de compétences !

- Un accès immédiat à une base d'informations Lamy et Liaisons Sociales sans équivalent pour gagner du temps
- Un système de recherche simple et puissant pour trouver la bonne information
- Un système de veille permanente pour ne rien laisser passer
- Une information en continu pour une meilleure réactivité
- Des outils métiers interactifs pour plus de sécurité : outils de calcul, calendriers personnalisés, modules d'autoformation, modèles de contrats et lettres, accords collectifs...


Pour en savoir plus ou pour un essai gratuit

► N° Indigo 0 825 800 929

0,15 € TTC / MN

WK · RH

Lamy - Liaisons Sociales : information et solutions pour les professionnels des ressources humaines

 Wolters Kluwer
Team®

Lamy
Liaisons Sociales

2

La rupture négociée

L'employeur et le salarié peuvent convenir d'un commun accord de rompre le contrat de travail qui les lie.

Deux types de rupture négociée coexistent :

- **la rupture conventionnelle homologuée**, ouverte à tous les salariés, y compris protégés. Elle résulte d'une convention dont la validité est subordonnée à son homologation par le DDTEFP. Le salarié perçoit une indemnité spécifique et bénéficie des allocations chômage ;
- **la rupture de droit commun** qui ne semble subsister que lorsque la rupture conventionnelle homologuée ne s'applique pas, c'est-à-dire lorsque le départ résulte d'un accord de GPEC ou d'un PSE.

En cas de contestation, le litige est porté devant le conseil de prud'hommes.

Rupture conventionnelle homologuée

- ▶ Signature de la convention
- ▶ Homologation de la convention
- ▶ Indemnisation du salarié

Rupture négociée

- ▶ Champ d'application restreint
- ▶ Validité et force obligatoire

RUPTURE CONVENTIONNELLE HOMOLOGUÉE

38 DÉFINITION

L'employeur et le salarié peuvent convenir d'un commun accord de rompre le contrat de travail à durée indéterminée qui les lie. Cette rupture résulte de la signature d'une convention par les deux parties. La validité de la rupture conventionnelle est soumise à des dispositions légales impératives, dont une homologation par l'administration (C. trav., art. L. 1237-11 et s., art. R. 1237-3).

La rupture conventionnelle est exclusive du licenciement ou de la démission. Elle ne peut être imposée par l'une ou l'autre partie (C. trav., art. L. 1237-11).

39 DANS QUELS CAS PEUT-ON RECOURIR À LA RUPTURE CONVENTIONNELLE ?

Ce mode de rupture concerne uniquement le contrat à durée indéterminée. Il est ouvert à tous les employeurs et à tous les salariés, y compris ceux qui bénéficient d'une protection contre le licenciement (C. trav., art. L. 1237-15).

Les salariés protégés sont les membres élus du comité d'entreprise, les délégués du personnel, les délégués syndicaux, etc. (C. trav., art. L. 2411-1 et L. 2411-2).

La rupture conventionnelle ne concerne pas le **contrat à durée déterminée** ni le **contrat d'apprentissage**.

Ces contrats peuvent être rompus d'un commun accord par les parties en vertu de dispositions spécifiques (C. trav., art. L. 1243-1 et L. 6222-18).

Même s'il n'est pas formellement interdit, le recours à la rupture conventionnelle n'est pas possible :

- si l'employeur a déjà engagé une procédure de licenciement (par exemple pour faute) ;
- avec une salariée enceinte, à la suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle ou si le salarié est déclaré inapte par le médecin du travail. La loi limite en effet les possibilités de rupture du contrat de travail de ces salariés.

- La procédure de rupture conventionnelle ne vise pas les ruptures amiables auxquelles s'appliquent d'autres garanties prévues par la loi et le droit conventionnel - (Circ. DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008).

40 EST-ELLE POSSIBLE POUR UN MOTIF ÉCONOMIQUE ?

Oui, une rupture conventionnelle pour un motif économique est envisageable, sauf si le départ résulte :

- d'un accord de GPEC conclu dans une entreprise de 300 salariés et plus ;
- d'un plan de sauvegarde de l'emploi (C. trav., art. L. 1237-16).

La rupture conventionnelle est exclue du champ du licenciement pour motif économique (C. trav., art. L. 1233-3). L'employeur n'a donc pas à en tenir

compte pour déterminer la procédure de licenciement pour motif économique à mettre en œuvre (licenciement individuel, licenciement de 2 à moins de 10 salariés, licenciement de 10 salariés ou plus).

ATTENTION ...

Ceci est valable à la condition qu'une faute à la loi ne soit commise. Ainsi, la multiplication des ruptures conventionnelles (par exemple : répétition de ruptures conventionnelles de 8 salariés dans une période de 30 jours) ne doit pas faire apparaître la volonté de l'employeur de détourner les règles du licenciement économique.

41 CONDITIONS

Trois conditions s'imposent à l'employeur et au salarié :

- le consentement des parties doit être libre, qu'il s'agisse du principe de la rupture ou de ses conditions ;
- les règles de forme fixées par la loi doivent être respectées ;
- la convention de rupture signée doit être homologuée par le directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (DDTEFP) (C. trav., art. L. 1237-11 ; Circ. DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008).

42 PROCÉDURE

La rupture résulte d'une convention signée par les parties au contrat au terme d'une procédure en trois étapes : un entretien, la signature de la convention suivie d'un délai de rétractation de 15 jours, l'homologation de la convention par le DDTEFP.

Cette procédure a pour but de garantir la liberté du consentement.

ATTENTION ...

Pendant toute la durée de la procédure d'élaboration et d'homologation de la convention, et jusqu'à la date fixée pour la rupture, le contrat de travail continue de s'exécuter, sauf accord exprès des parties.

43 ENTRETIEN

► **L'employeur qui souhaite engager des discussions en vue de rompre conventionnellement le contrat de l'un de ses salariés**, doit lui proposer, à cette fin, au moins un entretien (C. trav., art. L. 1237-12). Toutefois, il est conseillé d'en prévoir au moins deux. En effet, un seul entretien pourrait être interprété par l'administration comme un signe de l'absence de réelles négociations au détriment du salarié et déboucher sur un refus d'homologation.

Le déclenchement de cette négociation et son déroulement ne sont soumis à aucun formalisme particulier. Il est cependant prudent, pour des raisons de preuve, de convier le salarié à l'entretien par écrit. La date de l'entretien doit permettre au salarié et à l'employeur de se faire assister. Le courrier de convocation informe le salarié de son droit d'être assisté par un salarié de l'entreprise ou, en l'absence d'institu-

tion représentative du personnel, par un conseiller du salarié inscrit sur le liste dressée par l'autorité administrative (C. trav., art. L. 1237-12). Rien ne semble s'opposer à ce que la date et l'heure de l'entretien soient fixées en dehors du temps de travail. Toutefois, en matière de licenciement, si l'organisation de l'entretien préalable en dehors du temps de travail ne constitue pas une irrégularité de procédure, le salarié peut prétendre à la réparation du préjudice subi (Cass. soc., 7 avril 2004, n° 02-40.359). Par ailleurs, il semble préférable d'organiser les entretiens sur le lieu de travail. En matière de licenciement, l'entretien préalable doit en effet se tenir 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 (Cass. soc., 9 mai 2000, n° 97-45.294).

► **Un salarié peut également solliciter une entrevue en vue de négocier une rupture conventionnelle de son contrat**, sous n'importe quelle forme. Il est souhaitable qu'il formalise sa demande par écrit et que son employeur lui réponde. Si l'employeur donne suite à sa demande, il doit préciser au salarié dans son courrier qu'il a la possibilité de se faire assister.

► **Si salarié décide de se faire assister, il en informe son employeur.**

La loi ne précise pas dans quel délai ni sous quelle forme. Au vu de la jurisprudence, on peut penser que cette information doit être transmise dans un délai raisonnable, c'est-à-dire un délai qui permet à l'employeur de prendre ses dispositions. Par ailleurs, rien n'est prévu sur le statut de l'assistant.

En ce qui concerne l'entretien préalable au licenciement, l'assistant ne subit aucune perte de rémunération du fait de l'assistance (Cass. soc., 12 février 1991, n° 87-45.259) et est remboursé des frais de transport exposés pour assister à l'entretien (Cass. soc., 3 mars 2004, n° 01-43.579).

Dès lors que le salarié est assisté, **l'employeur peut se faire assister**. Il en informe alors le salarié. Aucune forme n'est imposée mais un écrit paraît indispensable pour établir que cette information a bien eu lieu. L'employeur peut choisir une personne de l'entreprise, ou si l'entreprise a moins de 50 salariés, une personne appartenant à son organisation syndicale d'employeurs ou un employeur relevant de la même branche. Il ne peut, en revanche, se faire assister par son avocat (C. trav., art. L. 1237-12).

► **Quels points négocier ?**

Au cours des entretiens, l'employeur et le salarié se mettent d'accord sur :

- la date de la rupture (qui ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation) ;

Cette date peut n'être qu'indicative compte tenu des délais de rétractation et d'homologation (Circ. DGI n° 2008-11 du 22 juillet 2008).

- le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle (au moins égal à l'indemnité légale

de licenciement) ;

Ils peuvent, le cas échéant, négocier le sort :

- de certaines clauses contractuelles comme la clause de non-concurrence ou la clause de dédit formation ;

- du DIF qui n'est pas mobilisable en dehors du licenciement et de la démission (adhésion avant la rupture du contrat ou portabilité) ;

- de certains avantages dont bénéficie le salarié (véhicule de fonction, matériels informatique etc.) ;

Il est indispensable d'informer le salarié :

- qu'il peut recueillir les informations et avis nécessaires à sa décision, notamment auprès du Pôle emploi ;

- qu'il bénéficiera de l'assurance chômage ;

- du régime social et fiscal de l'indemnité de rupture (exonérations de charges sociales et fiscales identiques à celles de l'indemnité de rupture versée en dehors d'un plan de sauvegarde de l'emploi, sauf si le salarié est en droit de bénéficier d'une pension de retraite) (Circ. précitée).

Pour garder une trace de cette information, le mieux est de la faire figurer dans la convention de rupture.

44 CONTENU

La convention définit les conditions de cette rupture, notamment le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle (voir n° 50), la date de rupture du contrat (voir n° 50) (C. trav., art. L. 1237-13).

Un modèle officiel de convention de rupture peut être téléchargé sur le site :

www.travail.gouv.fr

(rubrique informations pratiques, formulaires).

La convention est datée et signée, après la mention manuscrite « lu et approuvé » par chacune des parties.

La rédaction d'un avenant au formulaire administratif permet de régler l'ensemble des points traités dans le cadre de la négociation (clause de non-concurrence, restitution de matériel de fonction, paiement d'autres indemnités ou primes versées habituellement lors de la rupture, un éventuel engagement de confidentialité, etc.). Cet avenant peut préciser l'identité de la personne à qui adresser l'éventuelle lettre de rétractation du salarié de sorte que l'on ne puisse pas considérer qu'il n'a pas été parfaitement informé de ses droits.

Un espace au point 3 du formulaire permet aux parties de renvoyer certaines dispositions à un avenant plus détaillé.

Plus généralement, les parties peuvent **compléter le formulaire d'informations ou de commentaires** permettant d'apprécier la liberté de consentement de chacun.

Dans ce cas, la date, le nom et la signature de l'auteur de ces commentaires sont mentionnés.

ATTENTION ...

Le contrat conventionnel n'est pas une **transaction** (il n'y a donc pas lieu de faire état d'un acte volontairement accompli par les parties de la rupture conventionnelle).

45 DÉLAI DE RÉTRACTATION

À compter de la date de signature de la convention, l'employeur et le salarié disposent de **15 jours calendaires** pour se rétracter par courrier, de préférence sous forme de lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé mentionnant la date de remise. Cette décision n'a pas à être motivée.

Le droit de rétractation s'exerce, selon la loi, « sous la forme d'une lettre adressée par tout moyen, à partir de sa date de réception par l'autre partie » (C. trav., art. L. 1237-13).

Ce délai qui comptabilise tous les jours de la semaine (y compris le samedi et le dimanche), démarre au lendemain de la date de signature de la convention et se termine au 15^e jour à 24 heures. Ainsi, pour une convention signée le 1^{er} août, le délai expire le 16 août à 24 heures (Circ. précitée).

Lorsque les délais prévus par des dispositions légales relatives à la rupture du contrat à durée indéterminée expirent un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, ils sont prorogés jusqu'au premier jour ouvrable suivant (C. trav., art. R. 1231-1).

Il ressort de la rédaction du texte que c'est la date de réception de la rétractation qui compte et non celle de son expedition.

Dès lors que l'une des parties s'est rétractée dans le délai imparti, le contrat de travail se poursuit.

Attention ...

Même si les parties ne souhaitent pas se rétracter, elles doivent respecter ce délai de rétractation et attendre son expiration pour poursuivre la procédure, et demander l'homologation de la convention.

46 DEMANDE D'HOMOLOGATION

La validité de la convention est subordonnée à son homologation par le DDTEFP.

Des le lendemain de la fin du délai de rétractation, **l'employeur ou le salarié peut adresser le formulaire de demande d'homologation** accompagné d'un exemplaire de la convention au **DDTEFP** dont relève l'établissement où est employé le salarié.

Le DDTEFP est compétent pour toutes les entreprises, quel que soit le secteur d'activité, à l'exception des professions, juridiques et judiciaires.

Si le DDTEFP reçoit la demande n'est pas territorialement compétent, il la fait suivre au directeur compétent - sans que le délai d'instruction ne commence à courir - et en informe les parties.

L'envoi peut être effectué par lettre recommandée avec avis de réception, ce qui est le moyen le plus efficace pour apporter la preuve de la date de réception par l'administration. Cependant, une remise directe à l'administration est possible (Circ. min. préc.).

Cette demande est formulée au moyen d'un formulaire officiel qui peut être téléchargé sur le site :

www.travail.gouv.fr

(voir page Informations pratiques - formulaires)

47 INSTRUCTION ET DÉCISION DE L'ADMINISTRATION

Le DDTEFP a 15 jours ouvrables, à compter de la réception de la demande, pour s'assurer du respect des règles relatives à la rupture conventionnelle, de la liberté de consentement des parties, et décider ou non d'homologuer la rupture. Il notifie aux parties sa décision dans ce délai. À défaut, l'homologation est réputée acquise (C. trav., art. L. 1237-14).

La validité de la convention étant subordonnée à son homologation, elle n'est pas valable et n'a aucun effet sur le contrat de travail si :

- l'administration n'est pas saisie d'une demande d'homologation ;

- l'homologation est refusée par l'administration.

► Réception du dossier

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

Si le dossier est incomplet en raison de l'omission d'une des informations nécessaires à l'instruction de la demande, le DDTEFP en informe les parties. Une notification d'irrecevabilité de la demande, et non un avis de réception, est adressé aux parties. Le DDTEFP doit motiver sa décision. Les parties ne peuvent se prévaloir d'une homologation implicite, le délai d'instruction ne commençant pas à courir (Circ. précitée).

Si le dossier est incomplet, non n'empêche les parties d'envoyer une **nouvelle demande d'homologation complète**.

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

- la date d'arrivée de la demande ;

- la date à laquelle le délai d'instruction expire ;

- la mention qu'à défaut de décision dans le délai d'instruction, l'homologation est réputée acquise.

► 15 jours d'instruction

Lorsque le dossier est complet, le DDTEFP dispose de **15 jours ouvrables à compter de la réception de la demande** pour instruire le dossier.

Ce délai inclut tous les jours de la semaine (excepté le jour de repos hebdomadaire, le dimanche) et les jours reconnus fériés par la loi et habituellement chômés dans la DDTEFP.

Le caractère ouvrable ou non d'un jour s'apprécie dans la DDTEFP et non dans l'entreprise.

En pratique, ce délai commence à courir le lendemain du jour ouvrable de réception de la demande d'homologation par le DDTEFP et expire au dernier jour ouvrable d'instruction, à 24 heures.

Par exemple, pour une demande parvenue le vendredi 1^{er} août 2008, le délai d'instruction débute le samedi 2 août et expire le samedi 20 août à 23 heures (Circ. DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008).

Ce n'est donc pas la date d'envoi mais celle de réception de la demande par la DDTEFP qui fait courir le délai accordé à l'administration pour homologuer la demande.

Si l'employeur et le salarié transmettent chacun une demande d'homologation pour la même convention de rupture, le délai d'instruction court à compter de l'arrivée de la demande parvenue en premier (Circ. DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008).

► Points contrôlés par le DDTEFP

Le DDTEFP vérifie les points permettant d'apprécier la validité du consentement des parties, et les éléments fondant l'accord du salarié.

La circulaire liste les éléments qui devront être considérés comme « substantiels » :

- les informations relatives aux parties : identité et adresses des parties à la convention ;
- l'ancienneté du salarié calculée, en années et en mois, à la date prescrite de la rupture du contrat de travail ;
- les éléments de rémunération, en particulier les 12 derniers salaires bruts versés au salarié, afin de pouvoir déterminer la base de calcul de l'indemnité ;
- la tenue d'un mois ou entretien ;
- le ou les assistants sociaux des parties à l'entretien : les conditions d'assistance et la qualité des assistants doivent être conformes aux dispositions légales ;
- la signature de la convention de rupture ;
- la vérification de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ;
- la date envisagée de rupture du contrat, qui doit être cohérente au regard des délais de rétractation et d'instruction ;
- le respect du droit de rétractation.

L'homologation ne doit pas être assimilée à une autorisation de licenciement. Il s'agit seulement de vérifier que les garanties prévues par la loi ont été respectées, que le consentement des parties est libre et que la rupture conventionnelle ne s'inscrit pas dans une démarche visant à contourner des procédures et des garanties légales (période de protection de l'emploi en cas d'accident du travail, maladie professionnelle, maternité, procédure de licenciement engagé, etc.). Le contrôle de l'administration doit être « tout à la fois mesure et vigilance quant aux abus éventuels » (Circ. précitée).

► Décision du DDTEFP

Le DDTEFP indique les raisons de fait et/ou de droit le conduisant à **refuser l'homologation** et à estimer que la rupture ne repose pas sur le libre consentement des parties, notamment celui du salarié.

Le DDTEFP peut ainsi refuser pour : non-respect des règles de l'assistance, indemnité de rupture conventionnelle inférieure au minimum, non-respect du délai de rétractation, erreur de procédure, absence de liberté de consentement, etc.

Lorsque l'homologation est refusée, les parties restent liées par le contrat de travail, qui continue à s'exécuter dans les conditions habituelles. L'une ou l'autre (ou les deux) des parties peut former un recours contre ce refus.

La décision accordant l'homologation peut être :

- explicite, ce qui valide automatiquement la convention ;

- implicite, l'homologation étant réputée acquise à défaut de réponse du DDTEFP dans le délai imparti. Celui-ci est alors dessaisi : il ne peut ni prendre d'acte d'instruction, ni retirer l'homologation, quel que soit le motif d'illegalité ou d'opportunité.

Dans tous les cas, le DDTEFP remplit le formulaire et le conserve pour le tenir à la disposition éventuelle du juge prud'homal.

48 PEUT-ON CONCLURE UNE TRANSACTION APRÈS L'HOMOLOGATION ?

La réponse est pour l'instant incertaine. La transaction ayant pour objet de mettre fin à un litige, elle risque d'exposer la rupture conventionnelle à une décision d'annulation pour vice ou absence de consentement. Pour certains, elle est possible à condition de porter sur autre chose que la contestation de la rupture.

49 DEMANDE D'AUTORISATION POUR LES SALARIÉS PROTÉGÉS

La rupture conventionnelle du contrat de travail d'un salarié protégé est soumise à l'autorisation de l'inspecteur du travail dans les conditions applicables en cas de licenciement et non à une homologation de la DDTEFP.

L'inspecteur du travail n'a pas à apprécier l'existence de la validité d'un motif qui justifierait la rupture conventionnelle. Il s'assure seulement de la liberté du consentement du salarié et de l'absence de toute pression de l'employeur en lien notamment avec le mandat (Circ. précitée).

En pratique, si la rupture concerne un membre élu du comité d'entreprise, un délégué du personnel, ou un membre du CHSCT, l'employeur doit d'abord **consulter le comité d'entreprise**.

Puis, il transmet une demande d'autorisation à l'inspecteur du travail en utilisant le formulaire réglementaire d'autorisation spécifique aux salariés protégés. Il y joint un exemplaire de la convention et le procès-verbal de consultation du comité d'entreprise.

La demande est adressée au plus tôt à l'expiration du délai de rétractation de 15 jours (Circ. DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008).

La rupture du contrat de travail ne peut alors intervenir que le lendemain du jour de l'autorisation donnée par l'inspecteur du travail (C. trav., art. L. 1237-15).

La décision de l'inspecteur du travail, autorisant ou refusant la rupture conventionnelle, peut faire l'ob-

Ruptures négociées prévues par le Code du travail

Outre la rupture conventionnelle homologuée du contrat à durée indéterminée, le Code du travail prévoit d'autres cas de rupture du contrat de travail par accord entre l'employeur et le salarié.

Contrat à durée déterminée

L'employeur et le salarié peuvent d'un commun accord rompre amiablement le contrat à durée déterminée avant son terme (C. trav., art. L. 1243-1). Cette rupture anticipée résulte d'un simple écrit mentionnant l'accord exprès des parties et la date de rupture anticipée du contrat (voir Numéro juridique «*Contrat à durée déterminée*»).

Contrat d'apprentissage

Au-delà des deux premiers mois d'apprentissage, le contrat d'apprentissage peut être rompu sur accord écrit signé des deux parties (C. trav., art. L. 6222-18).

Convention de reclassement personnalisée

Dans les entreprises de moins de 1000 salariés, l'employeur propose cette convention à chaque salarié dont il envisage de prononcer le licenciement pour motif économique. Si le salarié accepte la convention, le contrat de travail est réputé rompu d'un commun accord des parties (C. trav., art. L. 1233-67, voir Numéro juridique «*Licenciement économique : mesures d'accompagnement*»).

Congé de mobilité

Dans les entreprises de 1000 salariés et plus, l'employeur ayant conclu un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, peut proposer au salarié un congé de mobilité. L'acceptation par le salarié de la proposition de congé de mobilité emporte rupture du contrat de travail d'un commun accord des parties à l'issue du congé (C. trav., art. L. 1233-80, voir Numéro juridique «*Licenciement économique : mesures d'accompagnement*»).

Contrat de transition professionnelle

A titre expérimental, dans certains bassins d'emploi, l'employeur propose à chaque salarié dont il envisage de prononcer le licenciement pour motif économique de conclure un contrat de transition professionnelle. Si le salarié accepte, son contrat de travail est réputé rompu du commun accord des parties (Ord. n° 2006-433 du 13 avril 2006, art. 3).

jet d'un **recours** devant le ministre et/ou devant le tribunal administratif selon les règles de droit commun (C. tr., précitée).

50 RUPTURE DU CONTRAT ET INDEMNISATION DU SALARIÉ

► La date de rupture du contrat figure dans la convention. Elle est libre, sous réserve qu'elle soit fixée à partir du lendemain du jour de l'homologation par la DDTTEP (voir n° 47) ou, en cas de décision impéchie de la DDTTEP, après l'expiration du délai d'instruction (voir n° 47).

Aucun préavis n'est à respecter. La rupture conventionnelle est exclusive du licenciement et de la démission.

► A l'occasion de la rupture conventionnelle, le salarié perçoit une « **indemnité spécifique de rupture conventionnelle** » dont le montant, éventuellement négocié avec l'employeur, ne peut être inférieur au montant de l'indemnité légale de licenciement (C. trav., art. L. 1237-13).

Le montant de l'indemnité figure en toutes lettres dans la convention conclue avec l'employeur.

Attention ...

Le Code du travail fait uniquement référence à l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9. Il ne semble donc pas que le montant des indemnités de licenciement prévu par d'autres textes soit un minimum obligatoire. Autrement dit, les VRP et les journalistes ne peuvent prétendre, à minima, à leurs indemnités légales particulières mais à l'indemnité de droit commun (C. trav., art. L. 7313-13, L. 7412-2).

L'indemnité de licenciement ne peut être inférieure à 1/5 de mois de salaire par année d'ancienneté, auquel s'ajoutent 2/15 de mois par année au-delà de dix ans d'ancienneté (C. trav., art. R. 1239-2).

Le salarié ne peut pas non plus exiger le versement de l'indemnité conventionnelle de licenciement.

Cette indemnité, dès lors qu'elle est versée à un salarié ne pouvant pas encore bénéficier d'une pension de retraite d'un régime légalement obligatoire, **est exonérée** de cotisations de sécurité sociale et d'impôt sur le revenu dans les mêmes limites que l'indemnité de licenciement (CGI, art. 80 duodecimies, CSS, art. L. 242-1).

Les indemnités de licenciement versées à l'occasion d'une rupture du contrat de travail sont exonérées de cotisations de sécurité sociale dans la limite du montant prévu par la convention collective ou à défaut la loi.

Lorsque l'indemnité versée au salarié dépasse ce montant, elle demeure exonérée des cotisations de sécurité sociale à hauteur du plus élevé des deux montants suivants :

- soit deux 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 dans la limite de 6 fois le plafond annuel de la sécurité sociale ;
- soit la moitié du montant de l'indemnité versée dans la limite de 6 fois le plafond annuel de la sécurité sociale.

Les indemnités de licenciement demeurent soumises à CSG et CRDS pour leur part excédant le montant de l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective ou à défaut par la loi (www.nrssaf.fr).

La loi ne précise pas le régime fiscal et social de l'indemnité versée au **salarié ayant atteint l'âge de la retraite**.

Il s'agit du même que celui applicable à l'indemnité de départ à la retraite. Lorsque le salarié quitte volontairement l'entreprise pour bénéficier d'une pension de retraite, l'indemnité de départ est exonérée d'impôt dans la limite de 3 050 € (CGI, art. 81, 2°). Elle est assujettie aux cotisations sociales et à la CSG et la CRDS.

► Par ailleurs, si le salarié quitte l'entreprise avant d'avoir pu prendre la totalité des congés payés qu'il a acquis, il a droit à une **indemnité compensatrice de congés payés**, ainsi qu'à l'ensemble des éléments de rémunération dus par l'employeur à la date de la rupture du contrat de travail.

► Au moment du départ de l'entreprise, l'employeur remet au salarié un **certificat de travail** et un exemplaire de l'**attestation Assédic**. Il établit un **solde de tout compte** (dont il demande au salarié de lui donner reçu).

► Le salarié dont le contrat fait l'objet d'une rupture conventionnelle a droit aux **allocations de chômage** dans les conditions de droit commun (C. trav., art. L. 521-1, L. 5422-1).

Voir : www.assedic.fr

51 CONTESTATION DEVANT LE JUGE

La rupture conventionnelle ne peut être remise en cause qu'en cas de vice du consentement (erreur, dol, violence). Chaque partie peut également contester le refus d'homologation.

► **Le conseil de prud'hommes** est seul compétent pour connaître des litiges concernant la convention de rupture d'un salarié non protégé, l'homologation ou le refus d'homologation. La décision d'homologation ne peut pas faire l'objet d'un recours hiérarchique devant le ministre, ni d'un recours contentieux devant le tribunal administratif.

Le recours devant le juge prud'homal doit être formé, à peine d'irrecevabilité, dans les 12 mois qui suivent la date d'homologation de la convention (C. trav., art. L. 1237-14). Si la rupture conventionnelle est remise en cause, le salarié est réintégré dans l'entreprise. Le juge ne peut homologuer la convention.

► S'agissant de la rupture conventionnelle du contrat de travail d'un **salarié protégé**, le recours forme contre la décision de l'inspecteur du travail autorisant ou refusant l'autorisation de rupture conventionnelle est formé devant le ministre (C. trav., art. L. 2422-1) et/ou devant le tribunal administratif selon la règle de droit commun (C. trav., art. L. 1237-14).

Par exception aux règles qui précèdent, les litiges nés à l'occasion d'une rupture conventionnelle d'un **avocat salarié** sont soumis à l'arbitrage du bâtonnier, à charge d'appel devant la cour d'appel siégeant en chambre de conseil.

52 CONSÉQUENCES D'UNE REMISE EN CAUSE

Si la convention est remise en cause pour vice du consentement, elle est déclarée nulle par le juge avec toutes les conséquences de droit en découlant, notamment la réintégration du salarié. En revanche le

juge ne peut homologuer la convention. Ce pouvoir relevant de la seule compétence de l'administration, la nullité de la rupture conventionnelle ne devrait pas être accompagnée d'une obligation de remboursement des allocations de chômage à l'Assédic, les dispositions de l'article L. 1235-4 du Code du travail n'ayant pas été modifiées pour autoriser un tel remboursement.

RUPTURE NÉGOCIÉE

53 EXISTE-T-ELLE TOUJOURS ?

La rupture négociée du contrat de travail consiste en la volonté commune de l'employeur et du salarié de mettre fin au contrat de travail.

Ce mode autonome de rupture est l'application de l'article 1134 du Code civil qui dispose que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ».

Le contrat de travail étant soumis aux règles du droit commun (C. trav., art. L. 1221-1), la jurisprudence admet depuis longtemps que l'employeur et le salarié puissent mettre fin au contrat de travail d'un commun accord.

La rupture négociée de droit commun, telle que l'a consacrée la jurisprudence, a un champ d'application beaucoup plus large que la rupture conventionnelle homologuée prévue par le Code du travail. Elle seule peut, en effet, être utilisée en cas de plan de sauvegarde de l'emploi ou d'un accord de GPEC.

Les avis sont toutefois partagés sur sa survivance. En effet, dans le Code du travail le régime de la rupture conventionnelle est présenté comme aussi général que celui de la démission dans un chapitre VII «Autres cas de rupture» du contrat à durée indéterminée.

Selon Gerard Couturier : « l'article L. 1237-11 ne peut guère être lu que comme disposant que « l'employeur et le salarié » ne « peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie » qu'en concluant une convention « soumise aux dispositions de la présente section ». Une convention dont « la validité est subordonnée à son homologation » (Dr. social 2008, p. 928).

La rupture de droit commun ne semble subsister que lorsque la rupture conventionnelle homologuée ne s'applique pas (C. trav., art. L. 1237-16), c'est-à-dire dans le cas où le départ résulte d'un :

- accord de GPEC conclu dans une entreprise de 300 salariés et plus (C. trav., art. L. 2242-15) ;

- plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) (C. trav., art. L. 1237-16) ;

Ces ruptures sont alors soumises à des règles particulières.

Dans l'exercice de la faculté de démission volontaire prévue par l'article L. 1226-1 du Code du travail, l'employeur ne peut imposer au salarié de quitter l'entreprise pour les motifs énumérés à l'article L. 1226-2 du Code du travail, sous peine de nullité de la démission. Toutefois, si le salarié a été informé par l'employeur de la possibilité de bénéficier d'un reclassement personnalisé, le salarié ne peut invoquer la démission volontaire si le reclassement personnalisé est proposé.

54 ACCORD DE GPEC

La négociation sur la GPEC peut porter sur la détermination de catégories d'emplois menacés par les évolutions économiques ou technologiques (C. trav., art. L. 2242-10). La liste de ces emplois sensibles est fixée par un accord collectif. Cet accord est transmis au préfet afin qu'il vérifie le bien-fondé de la qualification d'emploi menacé.

Un salarié occupant l'un de ces emplois peut quitter volontairement l'entreprise dans le cadre d'une résiliation conventionnelle pour accéder à un emploi reconnu comme stable. Il perçoit une indemnité de départ volontaire soumise à un régime social et fiscal favorable (C. trav., art. L. 2242-17).

Pour plus de détails, voir **Numéro juridique « La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences »**.

55 PLAN DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

Les ruptures négociées prévues par un PSE entraînent le respect de la procédure de licenciement collectif pour motif économique (C. trav., art. L. 1133-3, consultation du comité d'entreprise, mesures de reclassement, etc.).

Pour plus de détails, voir **Numéro juridique « Licenciement économique : définition, prévention, procédure »**.

Le salarié peut invoquer la **priorité de réembauchage** (Cass. soc., 13 septembre 2005, n° 04-40.133P).

Toutefois, aucune sanction indemnitaire n'est encourue par l'employeur qui ne mentionne pas l'existence et les modalités d'exercice de la priorité de réembauchage à défaut de lettre de licenciement (Cass. soc., 2 novembre 2009, n° 08-46.721).

Dans le cadre d'un plan de départ volontaire, l'employeur n'a pas à mettre en œuvre les **critères de l'ordre des licenciements**, faute de licenciement effectivement prononcé, sauf disposition conventionnelle contraire (Cass. soc., 12 mai 1999, n° 96-19.828 ; Cass. soc., 12 mai 2005, n° 02-43.207).

Il convient toutefois de rester prudent lorsque l'employeur opère un véritable choix quant aux salariés bénéficiant effectivement du plan de départ volontaire. Il en est ainsi lorsque le nombre de ces départs au départ est supérieur au nombre d'emplois supprimés. En cas de contestation, l'employeur doit justifier que sa décision repose sur des éléments objectifs, reportant au plan de départs volontaires, sous peine de devoir indemniser le salarié dont la candidature aura été repoussée sans motif légitime (Cass. soc., 30 novembre 2009, n° 02-43.126 ; Cass. soc., 11 octobre 2005, n° 03-44.980 ; Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-11.850).

La **convention de reclassement personnalisée** est applicable au départ volontaire (Cass. 1^{re} éd., n° 2006-20 du 13 avril 2006 ; Cass. soc., 10 décembre 2008, n° 07-13.019P). Il en est vraisemblablement de même du congé de reclassement (C. trav., art. L. 1233-71 et s.).

Les indemnités versées au salarié dans le cadre d'un départ négocié pour motif économique doivent être aussi importantes que celles résultant d'un licenciement économique (Cass. soc., 2 décembre 2003, n° 01-46.176).

Ainsi, une cour d'appel ne saurait dévaloriser au salarié le salaire demandé en nullité de la convention de résiliation amiable sans rechercher si cette convention préserve les droits de l'intéressé aux indemnités de rupture (Cass. soc., 21 février 2006, n° 04-41.366).

L'indemnité versée en cas de départ volontaire pour motif économique dans le cadre d'un PSE est exonérée : - d'impôt sur le revenu (CGI, art. 80 duodécies) ; - d'aucun plafond n'étant mentionné pour le cas précis des indemnités versées à l'occasion de départs volontaires, on peut en déduire que ces indemnités sont exonérées dans leur intégralité de l'impôt sur le revenu (CGI, art. 80 duodécies) ;

- de cotisations de sécurité sociale (Lettre-circ. A.oss n° 2006-073, 24 mai 2006). Néanmoins, elles sont soumises à CSG et CRDS, pour leurs fractions excédant les montants légaux ou conventionnels (Lettre-circ. A.oss n° 2001-022, 25 janvier 2001).

Tous les éléments de salaires, préavis et congés payés versés à l'occasion de la rupture amiable du contrat de travail demeurent assujettis à l'ensemble des charges sociales, salariales et patronales. Ils sont assujettis à l'impôt sur le revenu.

56 CONDITIONS GÉNÉRALES DE VALIDITÉ

► Salariés exclus

La résiliation amiable du contrat de travail d'un **représentant du personnel** n'est possible que si la rupture de son contrat a été autorisée par l'inspecteur du travail (Cass. soc., 22 février 2006, n° 04-42.461).

Des lors que l'inspecteur du travail autorise la rupture pour motif économique, le contrat de travail d'un salarié investi d'un mandat représentant peut être résilié amiablement dans le cadre d'un accord collectif mis en œuvre après consultation du comité d'entreprise (Cass. soc., 22 mars 2007, n° 05-43.312P).

Il n'est pas possible de rompre d'un commun accord le contrat de travail d'un **salarié** :

- **déclaré inapte par le médecin du travail** (Cass. soc., 29 juin 1999, n° 96-44.162P ; Cass. soc., 12 janvier 2002, n° 99-41.698P) ; voir **Numéro juridique « Maladie et inaptitude »**. Cette rupture est considérée comme illégale ;

- **victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle** durant la période de suspension de son contrat de travail. À défaut, cette rupture est nulle (Cass. soc., 4 janvier 2000, n° 97-44.566P) ; voir **Numéro juridique « Accidents du travail et maladies professionnelles »**.

REMARQUE

La rupture négociée ne peut cacher la **renonciation anticipée du salarié à un droit** ne de l'exécution de son contrat de travail, tels une indemnité de congés payés ou des droits que le salarié tient d'une convention collective (Cass. soc., 10^e mai 2002, n° 98-42.238F, 11^e cass. soc., 1^{er} mai 1993, n° 96-44.935).

► **Écrit**

Un accord de rupture ne se présume pas. Il n'existe aucune disposition légale réglementant les conditions de forme des accords de rupture amiable. Ceux-ci sont soumis au droit commun des contrats. En conséquence, la rédaction d'un écrit n'est pas obligatoire. Toutefois, **un écrit paraît indispensable** pour des raisons évidentes de preuve. En effet, celui qui se prévaut de l'existence d'un accord de résiliation amiable doit en apporter la preuve. A défaut d'écrit, il peut prouver son existence par un autre moyen — serment ou aveu — ou par témoignage, à condition de disposer d'un commencement de preuve par écrit, en application de l'article 1341 du Code civil. Elaborer un écrit contribue à faire apparaître la volonté des parties de mettre fin à leur relation de travail par consentement mutuel.

Un échange de correspondance peut consacrer l'existence d'un accord de rupture (CA Aix-en-Provence, 3^e décembre 1985, JCP, éd. G 1986, p. 285). Dans ce cas, l'employeur fait une proposition de résiliation amiable et l'accord est conclu par l'acceptation du salarié, ou inversement. Lorsque la première lettre est envoyée par le salarié, il existe des risques de confusion entre démission et rupture amiable. Il appartient alors au juge du fond d'interpréter l'intention du salarié en recherchant la rupture sa véritable nature juridique (CA Versailles, 2^e octobre 1995, RIS 296, n° 128).

L'écrit permet aussi de déterminer avec précision **les conditions et les modalités de la rupture** : date de cessation des relations contractuelles, montant des éléments de salaire et indemnités versés aux salariés, et sort des obligations issues du contrat de travail, telles que clause de non-concurrence ou clause de confidentialité. L'accord doit impérativement comporter une clause faisant apparaître clairement la volonté commune des parties de rompre le contrat les unissant. En l'absence d'écrit, la rupture amiable doit résulter d'une **volonté claire et non équivoque** du salarié de voir rompre son contrat de travail.

Le seul fait que le salarié ait contracté un engagement auprès d'un nouvel employeur ou encore signé un solde de tout compte ne constitue pas sa volonté de rompre amiablement son contrat de travail (Cass. soc., 10^e avril 2002, n° 00-43.046). De même, le salarié annonçant son départ de l'entreprise sans toutefois le formaliser par écrit ne peut valoir rupture d'un commun accord du contrat de travail (Cass. soc., 10^e mai 2001, n° 99-43.129).

Les vices du consentement

Erreur

L'erreur consiste en une représentation inexacte de la réalité (C. civ., art. 1110). Il pourrait ainsi y avoir erreur sur l'objet de l'accord, le salarié se méprenant sur les conséquences de son acceptation. Tel est le cas lorsqu'il ignorait, contrairement à son employeur, qu'il ne pouvait automatiquement bénéficier des allocations chômage et que, s'il l'avait su, il n'aurait pas accepté la résiliation amiable. Une telle erreur déterminante est de nature à vicier la convention. L'employeur qui assure sans réserve à des salariés, acceptant de rompre leur contrat de travail dans le cadre d'un départ négocié, que la prime versée à cette occasion n'est pas imposable commet une faute engageant sa responsabilité. Il s'ensuit que les salariés ont droit à obtenir réparation du préjudice subi, résultant de l'erreur commise du fait de l'employeur (Cass. soc., 19 décembre 1990, n° 88-41.363). Une telle erreur aurait pu être retenue comme cause de nullité des conventions, entraînant une requalification de la rupture. La Cour de cassation a annulé un acte de résiliation conventionnelle pour erreur portant sur la cause de la résiliation qui doit être réelle. En l'espèce, la convention mentionnait, comme cause de la rupture, la suppression du poste de la salariée alors que la cause réelle résultait de ses absences pour maladie. En conséquence, la salariée a été induite en erreur puisqu'elle s'était déterminée sur le fondement de la cause invoquée et non sur la cause déterminante de la convention (Cass. soc., 27 janvier 1998, n° 94-44.951).

Dol

Le dol consiste en des manœuvres frauduleuses opérées sur une des parties en vue d'obtenir son consentement (C. civ., art. 1116). Pratiquées par l'autre contractant, ces manœuvres constituent un vice du consentement si, en leur absence, la partie lésée n'avait pas donné son consentement. La jurisprudence assimile au dol le mensonge et la réticence (le fait de se taire) lorsque l'un et l'autre ont été déterminants.

Violence

La violence est la cause de nullité de la convention lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent (C. civ., art. 1111 à 1115). Ainsi, constitue une violence entraînant la nullité de l'accord de résiliation conventionnelle, une pression psychologique et la crainte de représailles ayant conduit un salarié à quitter son emploi et son domicile (Cass. soc., 20 mai 1998, n° 96-41.314).

► **Absence de litige**

En présence d'un différend, les parties ne peuvent en principe rompre le contrat d'un commun accord mais doivent conclure une transaction consecutive, selon le cas, à un licenciement ou à une démission.

Ainsi, la convention

ne peut valablement constituer une rupture d'un commun accord en l'état d'un litige existant entre les parties (Cass. soc., 31 octobre 2001, n° 98-43.086, Cass. soc., 31 octobre 2001, n° 00-93.072).

qui mentionne qu'elle est conclue pour éviter ou mettre fin aux discussions opposant les parties ne peut valablement constituer une rupture d'un commun accord en l'état d'un litige existant entre les parties (Cass.



seuls les mandats (C. civ., art. 416). Dans ce dernier cas, il faut en outre que le litige et sa signature par le salarié ex-stipendiarius résultent d'un entretien préalable et d'une mise en cause disciplinaire.

► Capacité de contracter

Les règles du Code civil relatives à la capacité des personnes s'appliquent naturellement à la rupture conventionnelle.

Ainsi, un mineur ne saurait valablement signer un accord de rupture. Frappé d'une incapacité d'exercice, il doit en principe être représenté par ses parents ou, à défaut, un tuteur.

► Consentement exempt de tout vice

Les juges doivent s'assurer de l'existence du consentement des parties.

Ainsi, à l'occasion de la rupture anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée, par accord de l'employeur et du salarié, la Cour de cassation a exigé des juges du fond qu'ils caractérisent une volonté claire et non équivoque des parties de mettre fin par commun accord à leurs relations contractuelles (Cass. soc., 21 mars 1996, n° 93-40.192). La même solution vaut pour la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée.

L'accord de rupture doit ensuite être **exempt de tout vice du consentement**. Les vices du consentement sont, en application de l'article 1109 du Code civil, **l'erreur, le dol et la violence** (voir encadré page précédente). Il appartient au juge prud'homal, conformément à l'article L. 1411-1 du Code du travail, de vérifier que le consentement de l'une et l'autre des parties n'a pas été vicié (Cass. soc., 5 mars 1986, n° 83-40.233).

Ainsi, l'objet de la convention conclue entre les parties par l'intermédiaire de leur avocat respectif, dûment mandaté à cet effet, et à la suite de pourparlers minutieux et précis, est de mettre fin d'un commun accord à leurs relations contractuelles dans le cadre d'un départ négocié à l'initiative du salarié (Cass. soc., 21 janvier 2003, n° 02-43.568P).

57 FORCE OBLIGATOIRE

Lorsque la rupture négociée est établie et que ses conditions de validité sont satisfaites, elle est dotée d'une force obligatoire et s'impose non seulement aux parties, mais également aux juges. Cette force obligatoire résulte de l'article 1134 du Code civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

► Entre les parties

Les obligations issues de l'accord de rupture sont aussi impératives que si elles étaient édictées par la loi. **Employeur et le salarié sont tenus de les respecter** scrupuleusement. La rupture ayant un caractère irrévocable, elle ne saurait être remise en cause, sauf preuve de l'existence d'un vice du consentement ou en cas d'inexécution par une des parties

de ses obligations (Cass. soc., 3 mars 1986, n° 83-40.233).

La rupture amiable est opposable au salarié, ce qui exclut tout contrôle judiciaire sur les circonstances à l'origine de la rupture (Cass. soc., 3 mars 1993, n° 91-45.276).

Toutefois, l'accord conclu entre les parties vise à déterminer la rupture du contrat de travail sans que le salarié renonce nécessairement aux droits dont il peut se prévaloir au titre de l'exécution du contrat de travail ou au titre de clauses postcontractuelles. Dans ces conditions, le salarié ayant signé une rupture amiable de son contrat de travail peut valablement réclamer le paiement de salaires dus sur la période antérieure à la rupture du contrat de travail ou, le cas échéant, le paiement d'une contrepartie pécuniaire au titre d'une clause de non-concurrence non dénoncée et alors applicable après rupture du contrat.

Les seuls cas de remise en cause de la convention signée entre les parties sont ceux prévus :

- à l'article 1134 du Code civil, à savoir le vice du consentement, l'inexécution des obligations résultant de l'accord ou l'absence de consentement mutuel ;

- ou résultant d'une protection particulière prévue par la jurisprudence : cas des salariés protégés exerçant un mandat (représentants du personnel, délégués syndicaux et conseillers prud'homaux), des salariés en arrêt de travail après un accident du travail ou une maladie professionnelle, ou encore des salariés déclarés inaptes par le médecin du travail.

► A l'égard du juge

Le juge ne saurait porter atteinte à la force obligatoire des conventions de rupture. Il est tenu par les clauses claires et précises des lors qu'elles ne sont pas contraires à la loi. Il lui appartient d'interpréter les dispositions contractuelles obscures en recherchant la commune intention des parties, conformément aux règles de droit commun des contrats. « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes » (C. civ., art. 1156).

La résiliation conventionnelle ne tombe pas dans le champ d'application de l'article L. 1235-1 du Code du travail. Dès lors, le juge ne peut pas :

- examiner le caractère réel et sérieux du motif allégué pour rompre le contrat de travail ;
- rechercher si l'employeur, avant de conclure avec le salarié un accord de départ volontaire, a satisfait à l'obligation de reclassement mise à sa charge en cas de licenciement pour motif économique (CA Lyon, 16 février 2006, JSL n° 155, p. 29).

Une telle recherche reviendrait à examiner l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement qui ne relève pas de la compétence du juge saisi d'un conflit relatif à un départ volontaire.

Les parties ne sont toutefois pas entièrement libres du contenu de l'accord mettant fin au contrat de tra-

vail. En effet, en présence d'une rupture liée à la situation économique de l'entreprise, les dispositions d'ordre public prévues en matière de licenciement sont opposables à l'employeur et les juges doivent en vérifier la bonne et stricte application.

► **A l'égard du régime d'assurance chômage**

Les périodes de chômage consécutives à des ruptures négociées de contrat de travail pour motif économique ouvrent droit aux allocations de chômage (Circ. Unedif n° 2006-14, 21 juillet 2006, fiche 1, point 5.1.1-1.).

Il ne s'agit en fait que de la simple application du règlement annexé à la convention du 18 janvier 2006, lequel décide que « sont involontairement privés d'emploi ou assimilés les salariés dont la cessation du contrat de travail résulte de l'une des causes énoncées à l'article L. 321-1 (prevod. L. 1233-3) du Code du travail » (Circ., 18 janvier 2006, Regl. ann., art. 2).

En outre, la même circulaire indique qu'« il n'appartient pas au régime d'assurance chômage de rechercher si une rupture de contrat, quelle que soit sa nature (rupture négociée notamment), est soumise à l'ensemble des procédures de licenciement pour motif économique prévu par le Code du travail. L'Assedic doit simplement se référer à la déclaration de l'employeur sur l'attestation qui lui est destinée. Ainsi, dès lors que l'employeur a rempli la rubrique 25 de l'attestation d'employeur « Autre rupture du contrat de travail pour motif économique », le salarié est en situation de chômage involontaire ». Ainsi, toute rupture amiable du contrat de travail intervenant dans un tel cadre économique ouvre droit au versement des allocations d'aide au retour à l'emploi (ARE).

Il devrait en être de même dans le cadre de la convention d'assurance chômage actuellement en cours de négociation.

58 CONTESTATION

► **Conseil de prud'hommes**

La rupture amiable ayant pour objet de mettre fin au contrat de travail par consentement mutuel de l'employeur et du salarié, tout litige portant tant sur son exécution que sur sa validité relève de la compétence du conseil de prud'hommes qui bénéficie d'une compétence exclusive pour connaître de tout litige pouvant « s'élever à l'occasion de tout contrat de travail » (C. trav., art. L. 1411-1).

L'action en nullité de la rupture amiable doit être exercée dans le délai de cinq ans de l'article 1304 du Code civil (Cass. soc., 28 janvier 2004, n° 01-47.335 ; Cass. soc., 23 février 2005, n° 02-47.010).

► **Illégalité de la rupture amiable**

L'accord amiable est illégal dès lors qu'il ne satisfait pas aux conditions de validité. Les deux cas les plus fréquents où le salarié peut être amené à saisir la ju-

ridiction prud'homale en vue de juger l'illégalité de la rupture amiable sont les hypothèses :

- où il peut démontrer l'absence de volonté certaine et non équivoque de voir son contrat de travail effectivement rompu ;

- de rupture amiable intervenant à l'occasion d'un conflit portant sur la rupture du contrat de travail. Il convient d'ajouter le cas de salariés déclarés inaptes par le médecin du travail et non reclassés dans l'entreprise (Cass. soc., 29 juin 1999, n° 96-44.100 ; Cass. soc., 12 février 2002, n° 99-41.698P).

L'illégalité de la rupture amiable du contrat de travail entraîne la requalification de la rupture du contrat de travail en licenciement abusif ou dépourvu de cause réelle et sérieuse. La conséquence est alors essentiellement indemnitaire pour l'entreprise qui est amenée à servir des dommages-intérêts au salarié.

En effet, dans la mesure où, par nature, aucune procédure de licenciement n'a été régulièrement mise en œuvre et aucune lettre de licenciement n'a été notifiée au salarié, il est en droit d'obtenir paiement de dommages-intérêts au titre de l'irrégularité de procédure de licenciement, et au titre de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement intervenu. Concernant ce dernier point, il est de jurisprudence constante que l'absence d'insuffisance de motif mentionné dans la lettre de licenciement équivaut à une absence de motif rendant le licenciement nécessairement dépourvu de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 20 janvier 1998, n° 95-11.575P).

Le montant des dommages-intérêts est fixé avant tout en fonction de l'ancienneté du salarié et de la dimension de l'entreprise. Ainsi, le montant des dommages-intérêts :

- est soumis à un minimum de six mois de salaire lorsque le salarié justifie d'une ancienneté de deux années et que l'entreprise emploie au moins 11 salariés (C. trav., art. L. 1235-3) ;

- n'est soumis à aucun minimum et est apprécié en fonction du préjudice subi dans les autres cas (C. trav., art. L. 1235-5).

Cette condamnation est accompagnée d'une obligation de rembourser à l'Assedic le montant des allocations chômage servies aux salariés dans la limite de six mois (C. trav., art. L. 1235-4).

► **Nullité de la résiliation amiable**

La résiliation amiable est nulle lorsque l'employeur viole les dispositions d'ordre public assurant une protection particulière :

- aux **représentants du personnel**. En effet, la rupture de leur contrat est subordonnée à une autorisation de l'inspection du travail ;

- au salarié dont le contrat de travail est suspendu à la suite d'un **accident du travail ou d'une maladie professionnelle**.

Une solution identique serait probablement adoptée par la Cour de cassation dans l'hypothèse d'une **femme enceinte ou en cours de congé maternité**.

L'article L. 1223-70 du Code du travail dispose d'ailleurs explicitement que toute convention contraire aux dispositions des articles L. 1223-1 à L. 1223-28 ou L. 1223-35 à L. 1223-69 du Code du travail est nulle de plein droit, sachant que l'article L. 1223-4 du Code du travail interdit à tout employeur de résilier le contrat de travail d'une salariée en état de grossesse médicalement constatée et pendant l'intégralité des périodes de suspension de son contrat de travail, sauf cas de faute grave non liée à l'état de grossesse ou d'impossibilité pour un motif étranger à la grossesse, à l'accouchement ou à l'adoption de maintenir le contrat de travail.

Les conséquences de la nullité de la rupture amiable sont plus lourdes que celles de la seule illégalité de l'accord.

En effet, le salarié peut :

- obtenir le paiement de dommages-intérêts du fait de la nullité de la rupture ;
- ou imposer à l'employeur de le réintégrer à son poste ou à un poste équivalent, ainsi que le versement des salaires dus de la date de rupture amiable à celle du jugement prononçant la réintégration.

► **Inexécution de l'accord entraînant la rupture amiable**

Tant l'employeur que le salarié sont tenus d'exécuter scrupuleusement les obligations issues de l'accord de résiliation amiable, notamment verser l'indemnité de rupture.

Des lors que l'une des parties ne s'exécute pas, l'autre peut demander au juge d'obliger le cocontractant à respecter ses propres engagements ou, à défaut, prononcer la résolution de l'accord pour inexécution, en obligation de l'article 1184 du Code civil.

Toutefois, l'action en résolution de l'accord amiable n'entraîne pas la nullité de la rupture du contrat de travail.

En stricte application de l'article 1184 du Code civil, le salarié est alors en droit d'obtenir le versement de dommages-intérêts en se prévalant, le cas échéant, des articles L. 1233-3 et L. 1233-5 du Code du travail relatifs à la rupture abusive ou sans cause réelle et sérieuse du contrat de travail.

Les cotisations de sécurité sociale

AUSSI DANS CE NUMÉRO

Les contributions versées à l'Urssaf

Le financement des organismes de sécurité sociale est assuré par des cotisations assises sur les sommes versées aux salariés en contrepartie ou à l'occasion de leur travail.

Ce guide pratique permet de savoir :

- quels sont les éléments de la rémunération soumis à cotisation ;
- les taux des cotisations ;
- les exonérations ;
- quand, où et comment verser les cotisations.

Le Point spécial traite des contributions versées à l'Urssaf. Deux nouveautés sont à signaler : le forfait social et la contribution sur les indemnités de mise à la retraite.

Enfin, un « Zoom » détaille le dispositif du rescrit social.

Cotisations de sécurité sociale

AU SOMMAIRE DE CE NUMÉRO :

■ Éléments de rémunération soumis à cotisations

- Rémunération en espèces
- Avantages en nature
- Frais professionnels
- Frais d'entreprise
- Indemnités de rupture du contrat de travail

■ Calcul des cotisations

- Limites d'assiette
- Taux de cotisations

■ Exonérations de cotisations

- Apprentissage - Contrat de professionnalisation - Contrat unique d'insertion - Réduction de cotisations Fillon - Exonérations sociales heures supplémentaires et RTT - Zones de redynamisation urbaine et de revitalisation rurale - Zones franches urbaines - Jeunes entreprises innovantes

■ Versement de cotisations

- Responsable du versement
- A qui verser les cotisations ?
- Date de versement
- Modalités de paiement
- Formalités
- Sanctions en cas de non-paiement

■ Contrôle de l'employeur et contentieux

- Prévention des redressements et du contentieux
- Procédure de vérification et d'échange d'informations
- Contrôle sur place
- Recouvrement des cotisations
- Tribunal des Affaires de sécurité sociale

ZOOM : Le rescrit social

LE POINT SPÉCIAL : Contributions versées à l'Urssaf

21 X 29,7 - 132 pages - Décembre 2008

Bulletin de commande

À retourner accompagné de votre règlement à : **Wolters Kluwer France**, VPC (case 701) - 1, rue Eugène et Armand Peugeot - 92856 Rueil-Malmaison Cedex

Nom/Prénom
 Entreprise
 Service
 Adresse de livraison
 Code postal [] [] [] [] [] Ville
 Adresse de facturation
 Code postal [] [] [] [] [] Ville
 Règlement par : chèque bancaire chèque postal joint à la commande

Je désire commander exemplaire(s) du numéro Liaisons sociales:

« LES COTISATIONS DE SÉCURITÉ SOCIALE » (n° 60024)

au prix unitaire de 35 €

Montant de ma commande x 35 € = €

Participation aux frais d'envoi + 5 €

*TVA 5,5 %

Total €

Groupement

Les congés payés

AUSI DANS CE NUMÉRO

Les jours fériés

D'une situation collective et saisonnière, le départ en congés payés des salariés est désormais un événement plus individualisé et qui s'étale tout au long de l'année.

Ce Numéro juridique propose une étude d'ensemble qui répond aux multiples interrogations relatives au départ et à l'indemnisation des salariés en vacances. Pour vous y aider, ce guide comprend :

- un résumé de ce que vous devez savoir pour comprendre les règles concernant les congés payés ;
- un ABC des mots utiles proposant une définition des termes techniques relatifs aux congés ;
- un « Questions-Réponses » pour trouver rapidement une solution aux interrogations les plus fréquentes.

Le Point spécial est consacré aux jours fériés.

Les congés payés

Au sommaire de ce numéro :

■ Droit au congé

- Bénéficiaires
- Conditions d'ouverture du droit à congé
- Obligation de prendre les congés
- Congé acquis par anticipation

■ Durée du congé

- Congé payé annuel (appréciation du temps de travail de référence, nombre de jours acquis, décompte du nombre de jours pris)
- Congé fractionné
- Congés conventionnels

■ Départ en congé

- Période de prise des congés (fixation de la période et information des salariés)
- Dates de départ en congé et fractionnement du congé
- Fermeture d'établissement

■ Suspension du contrat

- Maladie (droit à congé, maladie avant et pendant les congés)
- Grève
- Événements familiaux

■ Indemnité de congés payés

- Modalités de calcul (règles du 1/10^e et du maintien du salaire, VRRP)
- Paiement

■ Rupture du contrat

- Indemnité compensatrice de congés payés
- Préavis

■ Avantages divers

- Billet SNCF de congés payés
- Chèques-vacances

LE POINT SPÉCIAL : Les jours fériés

21 X 29,7 - 84 pages - mars 2008

Bulletin de commande

À retourner accompagné de votre règlement à : **Wolters Kluwer France, VPC (case 701) - 1, rue Eugène et Armand Peugeot - 92856 Rueil-Malmaison Cedex**

Nom/Prénom

Entreprise

Service

Adresse de livraison

Code postal [] [] [] [] [] Ville

Adresse de facturation

Code postal [] [] [] [] [] Ville

Règlement par chèque bancaire chèque postal joint à la commande

Je désire commander [] [] exemplaire(s) du numéro Liaisons sociales:


«LES CONGÉS PAYÉS» (Réf. 60019)

au prix unitaire de 35 €

Montant de ma commande [] [] x 35 € = €

Participation aux frais d'envoi + 5 €

*TVA 5,5 %


 Groupe Liaisons
 une des Wolters Kluwer

Total €

PRISE D'ACTE DE LA RUPTURE

QU'EST-CE QUE LA PRISE D'ACTE DE LA RUPTURE DU CONTRAT ?

La prise d'acte de la rupture du contrat de travail se définit comme la situation dans laquelle l'une des parties au contrat considère que le comportement de l'autre rend impossible le maintien du contrat de travail.

Il s'agit d'un mode de rupture autonome, distinct de la démission ou du licenciement. Non prévue par le Code du travail, la jurisprudence a élaboré le régime juridique de la prise d'acte de la rupture.

◆ Rupture réservée au salarié

Seul le salarié, et non l'employeur, peut prendre acte de la rupture du contrat de travail (Cass. soc., 25 juin 2003, n° 01-40.235).

Le **salarié protégé** peut lui aussi prendre acte de la rupture de son contrat (Cass. soc., 25 janvier 2006, n° 01-41.205 ; Cass. soc., 5 juillet 2006, n° 04-46.009P).

Le salarié en contrat à durée déterminée ne peut prendre acte de la rupture de son contrat. En effet, en cas de faute grave de son employeur, il peut mettre fin à son contrat avant son terme en vertu de dispositions spécifiques du Code de travail (C. trav., art. L. 1243-1 ; voir Numéro juridique «Le contrat à durée déterminée», et article de JY Fournier «Un salarié en CDD peut-il prendre acte de la rupture de son contrat de travail ?», RJS 12007).

◆ Rupture interdite à l'employeur

Lorsque le salarié n'exécute pas normalement son contrat (abandon de poste, absence injustifiée, etc.), l'employeur ne peut prendre acte de la rupture du contrat de travail.

S'il souhaite que le contrat soit rompu, sa seule solution est de licencier le salarié.

En pratique, l'employeur qui prend l'initiative de rompre le contrat de travail ou qui le considère comme rompu du fait du salarié doit mettre en oeuvre la procédure de licenciement. A défaut, la rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 7 avril 2004, n° 02-41.951 ; Cass. soc., 20 avril 2005, n° 03-42.436 ; Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-40.484). En effet, la lettre par laquelle l'employeur prend acte de la rupture du contrat de travail du fait du salarié ne constitue pas une lettre de licenciement (Cass. soc., 28 mai 2003, n° 01-41.350).

Ainsi, l'employeur ne peut prendre acte de la rupture du contrat du salarié en lui remettant un certificat de travail (Cass. soc., 5 avril 2006, n° 03-48.223), un reçu pour solde de tout compte et une attestation Assedic mentionnant la démission (Cass. soc., 7 avril 2004, n° 02-41.951).

Il ne peut pas non plus considérer le salarié comme démissionnaire, en l'absence de volonté claire et non équivoque de sa part.

Chaque fois que l'employeur se prévaut de la démission du salarié, en raison d'un abandon de poste ou d'une absence injustifiée du salarié, la rupture du contrat de travail est requalifiée nécessairement en licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 11 février 2004, n° 01-43.220 ; voir n° 8).

REMARQUE

Lorsque l'employeur et le salarié sont d'accord pour admettre que le contrat a été rompu, chacune des parties imputant à l'autre la responsabilité de cette rupture, il incombe aux juges de trancher ce litige en décidant quelle est la partie qui l'a rompu (Cass. soc., 14 novembre 2000, n° 98-42.849 ; Cass. soc., 3 novembre 2005, n° 03-43.437).

QUAND PRENDRE ACTE DE LA RUPTURE DE SON CONTRAT ?

◆ Grievs à l'encontre de l'employeur

L'employeur est tenu, en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, de respecter les prescriptions légales, les dispositions conventionnelles applicables dans l'entreprise et ses engagements contractuels. Si l'employeur ne respecte pas ses obligations, le salarié est en droit de prendre acte de la rupture de son contrat de travail. Son contrat de travail est alors définitivement rompu (Cass. soc., 8 juin 2005, n° 03-43.321P ; Cass. soc., 19 janvier 2005, n° 02-41.113).

Si les faits reprochés à l'employeur justifient que le salarié ait pris acte de la rupture de son contrat, cette rupture produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. **Dans le cas contraire, la rupture produit les effets d'une démission** (Cass. soc., 25 juin 2003, n° 01-42.679P ; Juris. Hebdo. n° 824, 7 juillet 2003 ; Cass. soc., 17 février 2004, n° 01-42.427 ; Cass. soc., 12 octobre 2004, n° 02-44.883P).

La prise d'acte de la rupture du contrat par le salarié n'est pas un acte anodin. **Le salarié prend l'initiative de rompre le contrat en laissant au juge le soin de décider des conséquences de la rupture qui est effective et définitive.** Le risque est qu'il ne bénéficie pas de l'assurance chômage, si les griefs allégués à l'encontre de son employeur ne sont pas retenus par le juge comme suffisamment graves pour donner à la rupture les conséquences d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le salarié se retrouve alors dans une position identique à celle d'un salarié démissionnaire.

ATTENTION ...

L'écrit par lequel le salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison des faits qu'il reproche à son employeur **ne fixe pas les limites du litige**. Le juge est tenu d'examiner les manquements de l'employeur invoqués devant lui par le salarié, même si celui-ci ne les a pas mentionnés dans cet écrit. (Cass. soc., 5 juillet 2006, n° 04-40.134P ; Cass. soc., 24 janvier 2007, n° 05-41.670 ; Cass. soc., 9 avril 2008, n° 07-43.668).

◆ Exemples

Les faits invoqués par le salarié doivent constituer des « manquements suffisamment graves » pour caractériser une rupture imputable à l'employeur (Cass. soc., 19 janvier 2005, n° 03-45.018P ; Cass. soc., 27 septembre 2006, n° 04-40.786).

► Faute suffisamment grave

La prise d'acte de la rupture du contrat emporte les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, si elle est motivée par :

- la non-fourniture de travail (Cass. soc., 31 octobre 2006, n° 05-41.773) ;
- le non-respect par l'employeur du droit au repos hebdomadaire (Cass. soc., 7 octobre 2003, n° 01-41.635) ;
- le non-paiement de tout ou partie de la rémunération (Cass. soc., 9 avril 2008, n° 07-43.668) ;
- le refus de communiquer des éléments de calcul de la rémunération (Cass. soc., 18 juin 2008, n° 07-41.910) ;
- le non-respect par l'employeur de l'exclusivité du secteur de son salarié (Cass. soc., 25 janvier 2006, n° 04-41.205P) ;
- le non-respect d'une clause conventionnelle obligeant l'employeur à maintenir la rémunération du salarié pendant un arrêt maladie (Cass. soc., 10 mai 2006, n° 04-45.319) ;
- l'obligation faite au salarié en arrêt de maladie de restituer son véhicule de fonction et de resilier la ligne « fax » mise à disposition à son domicile (Cass. soc., 8 mars 2006, n° 04-40.259) ;
- le laxisme de l'employeur en matière de lutte contre le tabagisme. L'employeur n'avait pas prescrit d'interdiction générale et absolue de fumer dans le bureau à usage collectif que la salariée occupait (Cass. soc., 29 juin 2005, n° 03-44.712P) ;
- l'attitude répétitive de l'employeur constitutive de violences morales et psychologiques (Cass. soc., 26 janvier 2005, n° 02-47.096P) ;
- les violences physiques de l'employeur (Cass. soc., 30 octobre 2007, n° 06-43.327P) ;
- la modification unilatérale du contrat de travail (Cass. soc., 13 juillet 2005, n° 03-45.247 ; modification de la rémunération ; Cass. soc., 9 avril 2008, n° 06-41.724 ; reclassement d'un salarié inapte sur un poste modifiant son contrat) ;

► Faute insuffisamment grave

En revanche, la prise d'acte de la rupture du contrat emporte les effets d'une démission, si elle est motivée par :

- le non-paiement des salaires à leur échéance, alors que la situation devait se débloquer en raison de l'élection

d'un nouveau élu (Cass. soc., 4 novembre 2003, n° 02-47.740) ; et que le retard s'explique par l'incidence des fêtes de fin d'année (Cass. soc., 19 janvier 2005, n° 03-43.788P) ;

- le non-paiement de la rémunération, alors que les faits n'ont pas été établis (Cass. soc., 17 décembre 2003, n° 02-43.280) ;

- une proposition de modification du contrat de travail (Cass. soc., 2 juillet 2008, n° 07-42.990) ;

- dans le contexte de la négociation de la rémunération de son directeur, le fait pour l'employeur d'avoir notifié à l'intéressé la modification de son mode de rémunération, ce qui n'a été la cause d'aucun préjudice pour le salarié (Cass. soc., 9 avril 2008, n° 06-46.523) ;

- le retrait de fonctions de direction et le refus de paiement d'arrêts d'heures supplémentaires alors qu'aucune attente n'ayant été portée au rattachement hiérarchique, à la rémunération ou à la classification du salarié, son contrat n'a pas été modifié (Cass. soc., 7 avril 2006, n° 02-30.764) ;

- la seule volonté du salarié d'entrer au service d'un concurrent, en l'absence de griefs à l'encontre de l'employeur (Cass. soc., 17 février 2004, n° 01-42.427) ;

- la demande de l'employeur d'effectuer des tâches supplémentaires et ponctuelles, correspondant à la qualification du salarié, pour pallier la compression des effectifs (Cass. soc., 7 février 2007, n° 05-43.680).

◆ Incidence de l'attitude de l'employeur après la démission

Lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, le contrat de travail est rompu par cette prise d'acte de la rupture.

L'attitude de l'employeur, postérieure à la prise d'acte de la rupture du contrat par son salarié, n'a aucune incidence sur la qualification de la rupture. Il revient au seul juge de déterminer si cette rupture a les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ou a défaut d'une démission.

Ainsi, est inopérante :

- la lettre envoyée par l'employeur, à la suite de la prise d'acte de la rupture par le salarié, pour imputer la rupture du contrat au salarié (Cass. soc., 19 janvier 2005, n° 02-41.113P ; Cass. soc., 8 février 2005, n° 03-40.683). L'employeur ne peut prendre acte de la démission du salarié car la Cour de cassation, soucieuse d'en conserver la définition jurisprudentielle, a précisé que cette rupture constitue non une démission mais une rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié produisant les effets d'une démission ;
- la procédure de licenciement enclenchée postérieurement à la prise d'acte de la rupture par le salarié (Cass. soc., 19 janvier 2005, n° 03-45.018P ; Cass. soc., 8 février 2005, n° 03-40.683).

En l'espèce, l'employeur, après avoir mis en demeure le salarié de reprendre son emploi, a procédé à son licenciement en raison de son refus.

En revanche, l'employeur peut contester par écrit les griefs invoqués par le salarié et, le cas échéant, donner les explications nécessaires.

◆ **Preuve**

C'est au **salarié d'apporter la preuve** de faits réels et suffisamment graves à l'encontre de l'employeur (Cass. soc., 28 novembre 2006, n° 03-43.9011). S'il subsiste un doute, il profite à l'employeur.

La prise d'acte produit alors les effets d'une démission (Cass. soc., 19 décembre 2007, n° 06-44.754P).

ATTENTION ...

Compte tenu des risques, il peut être préférable pour le salarié de demander une **résiliation judiciaire** du contrat, qui emporte rupture du contrat de travail à la condition que les faits allégués à l'encontre de l'employeur soient suffisamment graves. Dans le cas contraire, le contrat se poursuit *voir encadré p. 37*.

EFFETS DE LA PRISE D'ACTE

Dès lors que le salarié a pris acte de la rupture de son contrat, **le juge détermine si les effets de cette rupture sont ceux d'une démission ou d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse**. A cette fin, il recherche si les faits invoqués justifient ou non la rupture du contrat de travail.

Le juge qui constate la rupture du contrat statue sur l'imputabilité de la rupture et sur ses conséquences juridiques à l'égard du salarié (Cass. soc., 8 février 2005, n° 03-40.385P). Il vérifie la réalité des faits mais aussi s'ils sont suffisamment graves pour justifier la rupture.

Ainsi, a été censurée la cour d'appel qui :

- a qualifié la prise d'acte par le salarié de licenciement sans cause réelle et sérieuse, sans avoir caractérisé un manquement de l'employeur à ses obligations, propre à justifier la décision du salarié de mettre fin au contrat (Cass. soc., 16 décembre 2003, n° 01-43.9160) ;

- énonce qu'à défaut de démission réelle, il est impossible d'imputer la responsabilité de la rupture du contrat au salarié et que la rupture doit en conséquence s'analyser comme un licenciement, sans qu'il y ait lieu de rechercher si les faits dénoncés par le salarié sont ou non motivés (Cass. soc., 14 janvier 2004, n° 01-47.0260) ;

- relève par substitution de motifs que la rupture du contrat de travail motivée par des fautes que la salariée impute à l'employeur ne procède pas d'une volonté claire et sans équivoque de démissionner, peu important le caractère réel ou non des fautes alléguées et ne peut donc s'analyser qu'en un licenciement réputé sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 19 octobre 2004, n° 02-45.742P).

Le contrôle de la gravité suffisante des manquements de l'employeur relève de l'**appréciation souveraine des juges du fond** (Cass. soc., 16 novembre 2004, n° 02-46.048P ; Cass. soc., 9 mai 2007, n° 05-45.613P).

La **Cour de cassation** se borne à vérifier que les juges du fond ont motivé leur décision. Elle peut, le cas échéant, casser pour violation de la loi les décisions qui ont opéré à tort un renversement de la charge de la preuve.

Le **juge des référés** n'a pas le pouvoir de se prononcer sur l'imputabilité de la rupture d'un contrat de travail (Cass. soc., 11 mai 2005, n° 03-45.228P ; Cass. soc., 25 octobre 2007, n° 06-43.790).

FORME DE LA PRISE D'ACTE

La prise d'acte de la rupture du contrat de travail, n'étant soumise à aucun formalisme, peut valablement être présentée par le conseil d'un salarié en son nom (Cass. soc., 4 avril 2007, n° 05-42.847).

La lettre par laquelle le salarié impute la rupture de son contrat de travail à son employeur ne fixe pas les limites du litige.

Le juge est tenu d'examiner les manquements de l'employeur invoqués devant lui par le salarié, même si celui-ci ne les a pas mentionnés dans son écrit (Cass. soc., 15 février 2006, n° 03-47.363 ; Cass. soc., 5 juillet 2006, n° 04-40.134P ; Cass. soc., 24 janvier 2007, n° 05-41.670).

Neanmoins, il est soutenable que le salarié notifie par écrit à son employeur sa prise d'acte de la rupture, en la motivant. Les griefs allégués à l'encontre de l'employeur doivent être précis et circonstanciés.

DÉCISION DU SALARIÉ REQUALIFIÉE OU NON EN PRISE D'ACTE DE LA RUPTURE

◆ **Démission**

Lorsqu'un salarié démissionne en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture constitue une prise d'acte et produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient soit, dans le cas contraire, d'une démission.

Si le salarié émet des réserves ou justifie d'un litige avec son employeur dans sa lettre de démission, la rupture du contrat est équivoque et doit être requalifiée en prise d'acte de la rupture (Cass. soc., 29 juin 2005, n° 03-42.804 ; Cass. soc., 15 mars 2006, n° 03-45.031 ; Cass. soc., 13 décembre 2006, n° 04-40.527).

Il en est de même si les circonstances antérieures ou contemporaines de la décision de rompre le contrat révèlent que la volonté du salarié de mettre fin au contrat est équivoque (Cass. soc., 9 mai 2007, n° 05-40.315) ou si la démission est motivée par des griefs invoqués à l'encontre de l'employeur (Cass. soc., 15 mars 2006, n° 03-45.031P ; Cass. soc., 9 mai 2007, n° 05-40.315P ; Cass. soc., 30 mai 2007, n° 05-45.583 ; voir n° 9 et 11).

◆ **Résiliation judiciaire**

La résiliation judiciaire permet au salarié de demander aux juges de prononcer la rupture du contrat de travail, si les manquements allégués à l'encontre de son employeur sont avérés.

A défaut, le contrat n'est pas rompu.

Une action en résiliation judiciaire n'est pas assimilable à une prise d'acte. Le seul fait que le salarié ait

exerce une action en justice contre son employeur tendant à la rupture de son contrat de travail ne peut pas constituer une cause de licenciement. (Cass. soc., 21 mars 2007, n° 05-43.392)

◆ **Demande en exécution du contrat**

Un salarié qui agit en justice contre son employeur en exécution d'une obligation née du contrat de travail peut toujours prendre acte de la rupture du contrat, que ce soit en raison des faits dont il a saisi le conseil de prud'hommes ou pour d'autres. (Cass. soc., 21 décembre 2006, n° 04-43.880P ; Cass. soc., 25 juin 2007, n° 06-40.667)

RUPTURES EN CASCADE

En cas de pluralité de modes de rupture, le juge doit :
 - soit contrôler les ruptures en respectant leur ordre chronologique ;
 - soit rechercher le fait générateur de la rupture du contrat.

Les juges appliquent le principe suivant : la prise d'acte rompt le contrat de travail à la date à laquelle elle est notifiée à l'employeur, privant ainsi d'effet tout événement postérieur à cette rupture. (Cass. soc., 19 janvier 2005, n° 02-41.113P)

Ainsi dès lors que les reproches faits à son employeur sont justifiés, la prise d'acte de la rupture par un salarié produit les effets d'un licenciement, peu importe que l'intéressé ait **solicité son départ à la retraite** après avoir pris acte de la rupture. (Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-40.667)

◆ **Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire**

En cas de demande de résiliation judiciaire suivie d'une prise d'acte de la rupture par le salarié en raison de faits qu'il reproche à son employeur entraînant la cessation immédiate du contrat, le juge n'a pas à statuer sur la demande de résiliation judiciaire.

Toutefois, le juge doit fonder sa décision sur les manquements de l'employeur invoqués par le salarié tant à l'appui de la demande de résiliation judiciaire devenue sans objet qu'à l'appui de la prise d'acte. (Cass. soc., 31 octobre 2006, n° 04-48.231P ; n° 04-46.280P et n° 05-42.158P). Le juge doit donc centrer son analyse sur l'acte qui rompt le contrat.

À l'inverse, si le salarié inerte une action en résiliation judiciaire de son contrat après avoir pris acte de la rupture de son contrat de travail, la demande de résiliation judiciaire est sans objet, le contrat étant rompu par la prise d'acte de la rupture.

◆ **Prise d'acte de la rupture et licenciement**

Lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, le contrat de travail est rompu par cette prise d'acte de la rupture.

La lettre de licenciement, ou celle imputant la rupture au salarié, n'a pas d'effet sur la prise d'acte de la

rupture. (Cass. soc., 15 janvier 2007, n° 02-41.113P ; Cass. soc., 21 janvier 2007, n° 03-46.318P ; Cass. soc., 8 octobre 2006, n° 03-46.680)

Si le salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail entre la date de sa convocation à un entretien préalable et la notification de son licenciement, le juge doit retenir si les griefs allégués contre son employeur par le salarié dans la lettre de rupture sont fondés, peu importe la conversation du salarié au cours de l'entretien préalable à un éventuel licenciement. (Cass. soc., 16 novembre 2005, n° 03-45.392P ; Cass. soc., 28 mai 2006, n° 04-43.131P)

C'est la prise d'acte de la rupture qui met fin au contrat. Elle prime sur un licenciement qui n'est qu'éventuel au stade de la conversation.

En revanche, un salarié ne peut prendre acte de la rupture de son contrat alors même qu'il vient d'être licencié. Dans cette hypothèse, il doit contester son licenciement devant la juridiction prud'homale, la prise d'acte de la rupture étant inopérante à ce stade.

SALARIÉ PROTÉGÉ

Le salarié protégé peut prendre acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à l'employeur. (Cass. soc., 25 janvier 2006, n° 04-41.205 ; Cass. soc., 3 juillet 2006, n° 04-46.000P)

Le salarié doit justifier sa prise d'acte par des faits matériellement exacts et suffisamment graves. Comme pour le salarié ordinaire, l'écrit par lequel le salarié protégé prend acte de la rupture de son contrat, ne lise pas les limites du juge. (Cass. soc., 5 juillet 2006, n° 03-40.130)

Acte reconnu comme suffisamment grave pour justifier la prise d'acte de la rupture :

- la discrimination fondée sur l'appartenance syndicale du salarié, et avee par les conclusions de l'inspecteur du travail qui avait précédemment refusé d'autoriser le licenciement. (Cass. soc., 13 juillet 2004, n° 02-42.001)

- le refus de l'employeur de reintégrer le salarié licencié illégalement, malgré plusieurs injonctions judiciaires. Dans ce cas, la prise d'acte équivaut à la réintégration du salarié à la réintégration. (Cass. soc., 23 février 2006, n° 04-40.789P)

La prise d'acte ayant pour effet de rompre le contrat :

- l'inspecteur du travail doit refuser la demande postérieure d'autorisation de licenciement. (CE, 15 décembre 2004, n° 23290)

- le juge judiciaire peut statuer sur les effets de cette rupture qui rend sans objet la demande d'autorisation, sans reconnaître le principe de la séparation des pouvoirs. (Cass. soc., 25 janvier 2006, n° 04-41.205)

Si les griefs invoqués par le salarié protégé à l'appui de la prise d'acte :

- ne sont pas justifiés, la rupture produit les effets d'une démission ;

- sont justifiés, cette rupture produit les effets d'un

licenciement n'a d'effet immédiat dès que le préavis n'est pas respecté (Cass. soc., 21 juin 2005, n° 03-41.819P ; Cass. soc., 5 juillet 2005, n° 03-41.819P ; Cass. soc., 25 juin 2005, n° 03-41.819P).

PRÉAVIS

La prise d'acte de la rupture par le salarié entraîne la cessation immédiate du contrat de travail (Cass. soc., 4 juin 2008, n° 06-43.777P). Le salarié n'a donc pas à respecter de préavis.

Toutefois, lorsque la prise d'acte de la rupture produit les effets :

- d'une démission, le salarié est tenu d'indemniser l'employeur pour non-respect du préavis (Cass. soc., 2 juillet 2008, n° 07-42.299) ;
- d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'employeur doit verser au salarié une indemnité compensatrice de préavis (Cass. soc., 19 décembre 2007, n° 05-41.554).

INDEMNITÉS CONSÉCUTIVES À LA RUPTURE

◆ **Prise d'acte assimilée à un licenciement sans cause réelle et sérieuse**

Si les effets de la prise d'acte de la rupture sont ceux d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'employeur est condamné au versement :

- de **l'indemnité compensatrice de préavis** (Cass. soc., 19 décembre 2007, n° 05-41.554) ;
- de **l'indemnité légale** (C. trav. art. L. 1234-9 ou conventionnelle **de licenciement**. Cette dernière est due même lorsque la convention collective n'en prévoit l'octroi que dans des cas limites (Cass. soc., 28 juin 2005, n° 03-41.819P) ;
- des **indemnités pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse** (C. trav. art. L. 1235-3 ; Cass. soc., 25 juin 2003, n° 01-42.079P ; Cass. soc., 13 juillet 2005, n° 03-45.247) ;
- de **dommages-intérêts** supplémentaires pour préjudice distinct si les circonstances qui ont contraint le salarié à la prise d'acte ont retenu un abus (mesures vexatoires, actes de harcèlement moral, etc.). En revanche, le salarié ne peut prétendre à l'indemnité pour **non-respect de la procédure de licenciement**, car cette rupture n'est pas un licenciement (Cass. soc., 4 avril 2007, n° 05-42.594).

Le juge peut également condamner l'employeur à **rembourser à l'Assedic les indemnités de chômage** versées au salarié (Cass. soc., 19 décembre 2007, n° 05-41.694).

◆ **Prise d'acte assimilée à une démission**

Si les effets de la prise d'acte de la rupture sont ceux d'une démission, le salarié est redevable de l'indemnité correspondant au préavis non exécuté (Cass. soc., 17 février 2004, n° 01-42.127 ; Cass. soc., 15 mars 2005, n° 03-40.178 ; Cass. soc., 2 juillet 2008, n° 07-42.299).

Si la prise d'acte s'est accompagnée d'un comporte-

ment caractéristique de la rupture abusive par le salarié, le salarié peut être condamné à des dommages-intérêts (Cass. soc., 17 février 2004, n° 01-42.127).

◆ **Indemnité de congés payés**

Les juges limitent le paiement de l'indemnité de congés payés de congés payés acquis jusqu'à la date effective de l'indemnité jusqu'à la date à laquelle le salarié a pris acte de la rupture de son contrat (Cass. soc., 4 avril 2007, n° 05-43.406P) qui met fin ainsi à la relation contractuelle.

Peu importe que le salarié ait continué à travailler pendant près d'un an après la date de prise d'acte de la rupture du contrat de travail. Il convient néanmoins d'être prudent en la matière. En effet toute période de travail effectif ouvre des droits à congés payés.

CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

Si un employeur veut délivrer un salaire après la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail de son obligation de non-concurrence, il doit respecter les formalités requises à compter de la date de réception de la prise d'acte de la rupture qui met fin au contrat. Un licenciement ultérieur ne reporte pas le délai de renonciation à la clause de non-concurrence (Cass. soc., 8 mai 2005, n° 03-43.311P).

Toutefois, en l'absence de fixation par le contrat de travail ou la convention collective des modalités de renonciation au bénéfice de la clause de non-concurrence, l'employeur doit notifier dans un délai raisonnable qui n'excède pas trois mois en l'espèce, son renoncement à l'application de cette clause. Ce délai court à compter de la date à laquelle l'employeur a connaissance de la prise d'acte de la rupture par le salarié (Cass. soc., 13 juin 2007, n° 04-42.740P). La Cour de cassation opte pour une solution spécifique à la prise d'acte de la rupture. En effet, la prise d'acte de la rupture mettant fin immédiatement au contrat, il est nécessaire de laisser à l'employeur un délai lui permettant de savoir s'il renonce ou non à la clause de non-concurrence.

DOCUMENTS REMIS LORS DE LA RUPTURE

La prise d'acte de la rupture par le salarié entraîne la cessation immédiate du contrat de travail. L'employeur doit remettre tout de suite au salarié le **certificat de travail** et l'**attestation Assedic** (Cass. soc., 4 juin 2008, n° 05-42.141P).

wk-rh.fr

Pour en savoir plus ou pour un essai gratuit :

0 825 08 08 00 N° Indigo

CHÔMAGE

L'employeur fait figurer sur l'attestation Assedic le motif exact de la rupture du contrat de travail tel qu'il ressort de la prise d'acte. Faute de quoi, il s'expose à une condamnation à des dommages-intérêts en fonction du préjudice subi par le salarié (Cass. soc., 27 septembre 2006, n° 05-40.208P).

Concrètement, la prise d'acte ne constituant ni un licenciement, ni une démission, il y a lieu de la faire figurer sur la ligne « Autre motif ».

La prise d'acte est traitée par l'assurance chômage

comme une « démission » qui, pour ouvrir droit à prise en charge, doit entrer dans l'un des cas de démissions considérées comme légitimes par l'accord n° 15 du 18 janvier 2006 portant application du règlement d'assurance chômage.

Si la prise d'acte repose sur des griefs fondés, elle emporte toutes les conséquences d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, y compris le remboursement à l'Assedic des allocations de chômage tel que prévu à l'article L.1235-4 du Code du travail (Cass. soc., 3 mai 2007, n° 05-44.694).

ABC DES MOTS UTILES

Consentement

Un accord est valablement conclu si les parties se sont engagées librement en l'absence de tout vice de leur consentement. Les vices du consentement sont, en application de l'article 1109 du Code civil, l'erreur, le dol et la violence : « il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ». A défaut, l'accord conclu est alors annulé.

Démission

La démission est l'acte par lequel le salarié signifie à son employeur qu'il met fin à sa collaboration. Le contrat de travail prend fin à l'issue du préavis dont la durée varie selon les dispositions conventionnelles ou les usages. Un salarié en contrat à durée déterminée n'a pas la possibilité de démissionner.

Dol

Le dol, vice du consentement, consiste en des manoeuvres frauduleuses opérées sur une des parties en vue d'obtenir son consentement (C. civ., art. 1136). La jurisprudence assimile au dol le mensonge et la reticence (de fait de se taire) lorsque l'un ou l'autre a été déterminant.

Erreur

L'erreur consiste en une représentation inexacte de la réalité (C. civ., art. 1110). Il peut ainsi y avoir erreur sur l'objet de l'accord si le salarié se reprend sur les conséquences de son acceptation. Une telle erreur déterminante est de nature à vicier la convention.

Prise d'acte de la rupture

Un salarié peut prendre acte de la rupture de son contrat de travail en présence d'un fait qui représente une violation grave de l'acte produit par l'employeur. L'acte est pris sans cause, c'est-à-dire sans motifs invoqués à partir de la date de la rupture et d'une démission.

Résiliation judiciaire

Le salarié peut demander en justice la résiliation de son contrat de travail en cas d'inexécution par l'employeur de ses obligations. Cette possibilité est ouverte aux représentants du personnel. Si la demande

de résiliation judiciaire est justifiée, elle produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dans le cas contraire, la relation contractuelle se poursuit.

Rupture amiable

La rupture amiable (on parle aussi de rupture négociée) correspond à la faculté pour l'employeur et le salarié de mettre fin par consentement mutuel au contrat de travail les unissant (C. civ., art. 1134). Le Code du travail prévoyant depuis la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008 une rupture conventionnelle spécifique, les avis sont partagés sur la survivance de la rupture amiable. Elle semble subsister seulement lorsque la rupture conventionnelle homologuée ne s'applique pas (C. trav., art. L. 2237-16), c'est-à-dire lorsque le départ résulte d'un accord de GPEC ou d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

Rupture conventionnelle homologuée

L'employeur et le salarié peuvent convenir d'un commun accord de rompre le contrat de travail à durée indéterminée qui les lie (C. trav., art. L. 1237-11). La rupture résulte d'une convention signée par les parties au contrat au terme d'une procédure en trois étapes : un entretien, la signature d'une convention qui peut être résiliée dans les 15 jours, l'homologation de la convention par le DDTEFP. Le salarié perçoit une indemnité spécifique et bénéficie de l'assurance chômage. Cette rupture est ouverte aux salariés protégés dans des conditions particulières.

Rupture négociée

La rupture négociée (on parle aussi de rupture amiable) correspond à la faculté pour l'employeur et le salarié de mettre fin par consentement mutuel au contrat de travail les unissant. C'est un véritable mode de rupture au contrat de travail emprunté au droit civil. L'acte est pris, dans le cas contraire, en application de la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008 une rupture conventionnelle spécifique. Les avis sont partagés sur la survivance de la rupture négociée de droit commun. Elle semble subsister seulement lorsque la rupture conventionnelle homo-

loguée ne s'applique pas (C. trav., art. L. 2237-16), c'est-à-dire lorsque le départ résulte d'un accord de GPEC ou d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

Transaction

La transaction n'est pas un mode de rupture du contrat de travail, c'est un contrat par lequel l'employeur et le salarié terminent ou préviennent une contestation (C. civ., art. 2044 à 2058). Certaines difficultés ou contestations peuvent survenir à l'occasion de la rupture du contrat de travail (licenciement, démission, mise à la retraite). Transiger est un moyen de les régler et d'y mettre un terme définitif.

En présence d'un différend, les parties ne peuvent rompre le contrat d'un commun accord mais doivent conclure une transaction consécutive, selon les cas, à un licenciement ou à une démission. En effet, une transaction, si elle implique un désaccord entre les parties, ne peut avoir pour objet la rupture du contrat de travail et ne peut être valablement conclue qu'une fois la rupture devenue définitive. La transaction produit à l'égard de ceux qui l'ont signée les mêmes effets qu'un jugement devenu irrévocable. Elle n'emporte pas des effets similaires sur les tiers, en particulier l'administration fiscale et le conseil qui peuvent requérir les sommes visées à titre transactionnel.

Vice du consentement

Un accord est valablement conclu si les parties se sont engagées librement en l'absence de tout vice de leur consentement. Les vices du consentement sont, en application de l'article 1109 du Code civil, l'erreur, le dol et la violence : « il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ». A défaut, l'accord conclu est alors annulé.

Violence

La violence, vice du consentement, consiste en une contrainte physique ou morale exercée sur l'une des parties pour la mener à s'engager (C. civ., art. 1114 à 1117). Elle correspond le plus souvent à des menaces ou à des contraintes morales provoquées par des pressions.

Nouveau
Code du travail



Formation professionnelle

Participation financière des employeurs

AUSSI DANS CE NUMÉRO

Les représentants du personnel et la formation

Toutes les entreprises doivent participer au développement de la formation professionnelle, le taux légal de la participation variant en fonction de leur taille. Ce Numéro juridique permet, avant tout, à chaque entreprise de :

- déterminer son effectif afin de connaître le taux de sa participation,
- savoir calculer cette participation et à qui la verser,
- remplir la déclaration annuelle adressée à la recette des impôts.

Ce guide juridique détaille aussi les modalités d'utilisation de cette participation (plan de formation de l'entreprise, CIF, professionnalisation et DIF).

Le Point spécial revient en détail sur le rôle important des représentants du personnel en matière de formation professionnelle, notamment lors des deux réunions annuelles d'information et de consultation du comité d'entreprise.

Formation professionnelle

Participation financière des employeurs

Au sommaire de ce numéro :

■ OBLIGATION LÉGALE DE FINANCEMENT

Entreprises assujetties
Montant de la participation

■ FINANCEMENT DU PLAN

Utilisation du 0,9% «Plan de formation»
Dépenses imputables
Excédents reportables

■ CIF ET AUTRES CONGÉS

Utilisation du 0,2 % «CIF»
Contrat à durée déterminée

■ FINANCEMENT DU DIF

Financement à la charge de l'entreprise
Imputation des dépenses sur la participation formation

■ 0,5 % ALTERNANCE «DIF» ET PRIORITÉS DE LA BRANCHE

Financement des priorités de la branche
Contrat de professionnalisation
Périodes de professionnalisation
DIF

■ AIDES PUBLIQUES

Aide au développement de l'emploi et de la compétence
Fonds social européen
Convention de formation et d'adaptation
Crédit d'impôt formation

■ OPCA ET ORGANISMES DE FORMATION

■ CONTRÔLE DE LA FORMATION

Entreprises assujetties

QUESTION D'ACTUALITÉ : Participation financière des entreprises de moins de 20 salariés.

POINT SPECIAL : Les représentants du personnel et la formation.

21 x 29,7 - 116 pages - Juillet 2008

Bulletin de commande

À retourner accompagné de votre règlement à : **Wolters Kluwer France, VPC (case 701) - 1, rue Eugène et Armand Peugeot - 92856 Rueil-Malmaison Cedex**

Nom/Prénom

Entreprise

Service

Adresse de livraison

Code postal [] [] [] [] [] Ville

Adresse de facturation

Code postal [] [] [] [] [] Ville

Règlement par chèque bancaire chèque postal joint à la commande

Je désire commander [] [] [] exemplaire(s) du numéro Liaisons sociales:

«FORMATION PROFESSIONNELLE :

Participation financière des employeurs» (n° 60019)

au prix unitaire de 35 €

Montant de ma commande [] [] [] x 35 € = €

Participation aux frais d'envoi + 5 €

*TVA 5,5 %

Total €

Logo Groupe Liaisons

La transaction

La transaction est un contrat par lequel les parties terminent ou préviennent une contestation à naître en faisant des concessions réciproques.

Son objet est de régler les conséquences de la rupture du contrat de travail ou de régler un différend lié à son exécution.

Elle n'est pas un mode de rupture du contrat de travail.

Pour être valable, la transaction suppose un litige et des concessions réciproques. Elle ne peut être conclue qu'une fois la rupture du contrat devenue définitive.

Le salarié et l'employeur ne peuvent pas remettre en cause la transaction, sauf si elle n'est pas valide.

62 Définition

62 Conditions de validité

68 Rédaction d'un écrit

69 Effets

71 Chômage

71 Contestation

Définition

1 RÉGLER UN LITIGE

La transaction n'est pas un mode de rupture du contrat de travail.

C'est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou prévenant une contestation à venir (C. civ., art. 2044 à 2058).

A l'occasion de la rupture du contrat de travail (licenciement, démission, mise à la retraite, etc.), peuvent survenir certaines difficultés ou contestations. Transiger est un moyen de les régler et d'y mettre un terme définitif.

La contestation peut porter sur :

- **les conséquences pécuniaires de la rupture** (salaires restant dus, heures supplémentaires, congés payés, calcul de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, etc.) ;

- **la contrepartie financière de la clause de non-concurrence** (Cass. soc., 24 janvier 2007, n° 04-13.131).

- **la légitimité du licenciement.**

En revanche, elle ne peut porter sur l'imputabilité de la rupture du contrat ou sur la cause de la rupture (Cass. soc., 16 juillet 1997, n° 94-42.283P ; Cass. soc., 14 juin 2000, n° 98-41.712).

En effet, une transaction ne pouvant être conclue qu'une fois la rupture devenue définitive par la réception, par le salarié, de la lettre de licenciement, elle ne peut porter sur l'imputabilité de la rupture, laquelle conditionne l'existence de concessions réciproques (Cass. soc., 21 mars 2000, n° 97-43.245).

Attention à la transaction signée à la suite d'une démission

En l'absence de disposition légale sur la forme de la notification de la démission, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que le juge du fond estime que la transaction a été conclue postérieurement à la remise de la lettre de démission (Cass. soc., 11 décembre 2004, n° 01-96-341P). Pour être valable, elle ne doit pas édicter d'une façon claire et non équivoque, à défaut elle est nulle (Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-43.878P). La rupture ainsi soustraite à l'appréciation du juge doit respecter des éléments légaux de la transaction conclue postérieurement, sans, nécessairement, l'être.

Le salarié et l'employeur ne peuvent remettre en cause la transaction, sauf si elle ne remplit pas les conditions de validité.

2 DISTINCTION AVEC LA RUPTURE NÉGOCIÉE

La rupture négociée et la transaction sont deux actes juridiques qui se distinguent clairement.

La **rupture négociée** correspond à la faculté pour l'employeur et le salarié de mettre fin par consentement mutuel au contrat de travail les unissant. La validité d'une rupture conventionnelle homologuée (C. trav., art. L. 1231-1) ou de droit commun (C. civ., art. 1134) suppose une volonté claire et non équivoque des parties de mettre fin d'un commun accord au contrat, mais également l'absence de litige ou de contestation entre les parties.

La **transaction** est un contrat par lequel les parties terminent ou préviennent une contestation en se faisant des concessions.

En présence d'un différend, les parties ne peuvent pas rompre le contrat d'un commun accord, mais peuvent conclure une transaction successive, selon les cas, à un licenciement ou à une démission. En effet, une transaction, si elle implique un désaccord entre les parties, ne peut avoir pour objet la rupture du contrat de travail et ne peut être valablement conclue qu'une fois la rupture devenue définitive (Cass. soc., 5 octobre 1999, n° 97-43.561 ; Cass. soc., 31 octobre 2000, n° 98-43.086).

Une convention qui a pour objet, à la fois, de rompre le contrat et d'en régler les conséquences litigieuses ne constitue ni une rupture d'un commun accord en l'état d'un litige opposant les parties, ni une transaction, qui ne peut intervenir qu'une fois le licenciement prononcé dans les conditions requises (Cass. soc., 26 octobre 1999, n° 97-42.846P ; Cass. soc., 9 mai 2001, n° 98-42.645).

Il est préférable de ne pas substituer à la qualification de transaction, celle de départ négocié. En effet, les juges recherchent si le départ négocié réunit tous les éléments caractéristiques de la transaction, à savoir l'existence de concessions réciproques afin de prévenir toute contestation pouvant s'élever à l'avenir sur la cessation des contrats de travail. Dans deux espèces, les juges ont requalifié des départs négociés en transaction. Après avoir redonné leur qualification, ils les ont annulés car les transactions ont été signées avant une démission (Cass. soc.,

31 octobre 2001, n° 98-41.406) ou une préterite (Cass. soc., 23 septembre 2008, n° 05-47.504).

Conditions de validité

3 CONDITIONS CUMULATIVES

La transaction, est valable, en l'absence de vice du consentement, si :

- il existe un litige ;
- elle est conclue une fois que la rupture du contrat de travail est définitive ;
- elle comporte des concessions réciproques.

4 SON OBJET

L'objet de la transaction est de **régler les conséquences de la rupture ou de régler un différend lié à l'exécution du contrat de travail**. Elle induit l'existence d'un litige effectif ou potentiel, trouvant son origine dans la cessation des relations de travail ou l'exécution du contrat, auquel les parties conviennent d'apporter un règlement dans le but d'éviter une procédure contentieuse.

Conséquences de la rupture

Un acte, pour être qualifié de transaction, ne doit pas avoir pour objet de rompre le contrat. L'accord qui a pour objet de mettre fin au contrat de travail et de régler les contestations nées de cette rupture n'est pas valable (Cass. ch. mixte, 12 février 1999, n° 96-17.468). La transaction est successive à la rupture du contrat de travail et ne saurait porter sur la question de son imputabilité. Il s'agit de s'accorder sur les incidences financières de la cessation des relations contractuelles (Cass. soc., 16 juillet 1997, n° 94-42.283P).

Cette règle jurisprudentielle est logique : seule la détermination préalable de l'imputabilité de la rupture permet d'apprécier l'existence de concessions réciproques. C'est en effet sur la base de cette imputabilité que se construisent les prétentions des parties. Cela ne signifie pas que le salarié et l'employeur soient d'accord sur la responsabilité de la rupture. Il existe généralement une contestation sur le motif invoqué par l'employeur, la qualification juridique de la rupture définissant l'imputabilité.

Existence d'un litige

Il faut pouvoir relever l'existence d'un litige pour pouvoir transiger dans la me-

sure ou la transaction constitue un mode de règlement de ce litige. À défaut, elle est sans cause. Le juge vérifie la présence d'une contestation ou son éventualité. Ainsi, la mention « bon pour accord » portée par un salarié sur une lettre de l'employeur lui offrant la résiliation de son contrat, moyennant un règlement forfaitaire, ne constitue pas une transaction. En l'absence de désaccord sur les droits respectifs des parties, il est impossible de trouver dans cette lettre la contrepartie des concessions acceptées par le salarié (Cass. soc., 19 juin 1968, n° 67-13269P).

► **Absence de fraude à la loi**

Une transaction encourt la **nullité** lorsqu'elle est destinée à réaliser une fraude à la loi.

Tel est le cas lorsque :

- elle accompagne un licenciement économique, permettant au salarié de bénéficier d'une convention du FNE, le salarié renonçant de son côté à percevoir l'indemnité conventionnelle de licenciement, alors que les conditions d'un licenciement économique ne sont pas réunies (Cass. soc., 15 juillet 1998, n° 96-43878P) ;
- la transaction est signée par un salarié licencié pour motif personnel, alors que le réel motif est économique, pour éviter à son employeur de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi (Cass. soc., 13 décembre 2006, n° 05-43092) ;
- la transaction a pour objet de renoncer au bénéfice d'un plan de sauvegarde de l'emploi (Cass. soc., 20 novembre 2007, n° 06-41313).

5 **SA DATE DE CONCLUSION**

► La transaction ayant pour objet de mettre fin au litige résultant d'un licenciement ne peut valablement être conclue **qu'une fois la rupture intervenue et définitive** (Cass. soc., 29 mai 1996, n° 92-43115P ; Cass. soc., 13 janvier 1998, n° 95-41592). **Elle ne peut être signée, ni même négociée avant que la rupture ne soit intervenue** (Cass. soc., 4 avril 2007, n° 05-42856 ; Cass. soc., 17 octobre 2007, n° 06-41846).

Le salarié doit connaître avec précision les motifs à l'origine de la rupture de son contrat de travail pour définir ses prétentions et pouvoir transiger. L'employeur qui entend conclure une transaction avec son salarié, doit **attendre la fin de la procédure de licenciement**.

Une transaction ne peut valablement in-

tervenir qu'une fois la rupture devenue définitive, par **la réception par le salarié de la lettre de licenciement** dans les conditions requises par le Code du travail (Cass. soc., 28 janvier 1998, n° 95-41369P ; Cass. soc., 5 octobre 1999, n° 97-43364).

Est ainsi nulle la transaction :

- conclue en l'absence de notification préalable du licenciement par lettre recommandée avec avis de réception (Cass. soc., 18 novembre 2003, n° 02-42089) ;
- qui porte la même date que la lettre de licenciement, laquelle est remise en main propre au salarié (Cass. soc., 16 mai 1991, n° 87-42686) ;
- signée le jour de la remise de la lettre de licenciement, dont la notification ne respecte pas les formes légales (Cass. soc., 21 mars 2003, n° 91-44310 ; Cass. soc., 25 avril 2003, n° 96-41460) ;
- signée le jour de la remise en main propre au salarié de sa lettre recommandée avec avis de réception, bien que le salarié ait reçu préalablement une lettre recommandée avec avis de réception contenant une page blanche. En effet, ne constitue pas le notification d'un licenciement l'envoi d'une feuille blanche, auquel il ne peut être suppléé par la remise au salarié en main propre d'une lettre (Cass. soc., 24 janvier 2002, n° 01-42135P) ;
- signée après l'envoi de la notification de licenciement par lettre recommandée avec avis de réception, mais avant que le salarié l'ait reçue (Cass. soc., 14 juin 2006, n° 04-43123P).

► **Une transaction conclue au mépris de ces règles est nulle** et ne produit aucun effet libératoire. Il n'est toutefois pas nécessaire d'attendre l'expiration du préavis pour transiger.

La nullité de la transaction conclue avant la notification du licenciement est inscrite dans l'intérêt du salarié, qui se présente par emprise (Cass. soc., 6 avril 2009, n° 07-41007 ; Cass. soc., 4 juillet 2007, n° 06-41709). Elle ne peut être invoquée par l'employeur.

L'employeur reste recevable à invoquer la nullité d'une transaction pour d'autres causes que celle invoquée au moment de la conclusion de l'accord (Cass. soc., 28 mai 2002, n° 99-43860).

Attention ...

Ces exigences quant au moment où peut être valablement conclue une transaction ne valent que lorsqu'elle a vocation à régler les conséquences de la rupture du contrat de travail. L'acte transactionnel faisant suite à un différend relatif à

l'exécution du contrat relève par conséquent des règles particulières.

6 **DÉLAI DE RÉFLEXION**

Une convention ne peut être qualifiée de transaction en l'absence notamment de « **discussions préalables** » (CA Metz, 17 janvier 1989, Société d'activité *Blancsturmier*). Un véritable dialogue doit s'instaurer entre l'employeur et le salarié, afin d'apprécier, en particulier, la mesure des concessions consenties. Ce dialogue implique qu'il soit **accordé au salarié un délai de réflexion**.

La Cour de cassation a récemment autorisé le salarié de se réserver expressément à ce délai, et les autres, le mentionnant se voient finalement peu exigeants. Ils se contentent de relever que les juges du fond l'ont oublié (Cass. soc., 27 mars 1991, n° 87-44470).

En pratique, **l'importance du délai de réflexion varie selon la gravité des faits reprochés au salarié et son niveau de qualification**.

La précipitation de l'employeur pour conclure un acte transactionnel avec son salarié peut générer un doute sur la réalité du consentement de ce dernier.

Ainsi, la simultanéité des deux actes, lettre de licenciement remise en main propre et transaction, permet d'envisager que l'accord a été signé par le salarié dans des conditions de pression morale et sans que lui soit laissé le moindre délai de réflexion (CA Paris, 5 février 1997, *Dequincier* 1997, p. 421).

7 **CONCESSIONS RÉCIPROQUES**

◆ **Ce qui est exigé**

« La transaction est un contrat par lequel les parties mettent fin à une contestation en se consentant des concessions réciproques, quelle que soit leur importance relative » (Cass. soc., 27 novembre 1988, n° 87-41522P). Cette condition de validité ne résulte pas de l'article 2044 du Code civil, mais d'une construction jurisprudentielle.

Par « concession », il faut entendre renonciation à un droit ou à une demande, les parties mettant en balance les avantages et les inconvénients des propositions.

Même si la Cour de cassation n'exige pas que les concessions consenties soient d'égale importance, elle exclut l'existence de concessions réciproques lorsqu'elles

sont de la part d'un des parties, en pratique l'employeur, juges-donataires.

◆ Contrôle de la réalité des concessions

Les concessions doivent être réciproques. A défaut, la transaction est nulle. Il faut pouvoir relever de la part de l'employeur et du salarié **la renonciation à un droit ou à un avantage dont l'un et l'autre auraient pu bénéficier.**

Les juges du fond contrôlent l'existence de concessions réciproques. Ainsi, ne donne pas de base légale à sa décision, une cour d'appel qui se borne à énoncer qu'une transaction est régulière en la forme et n'est entachée au fond d'aucun vice du consentement sans rechercher l'existence de concessions réciproques (Cass. soc., 23 octobre 1992, n° 87-40.407P).

Si une convention a été faussement qualifiée par les parties d'acte de résiliation amiable du contrat, alors qu'il s'agit d'une transaction consécutive à un licenciement, les juges sont tenus de caractériser la réciprocité des concessions. A défaut, l'acte encourt la nullité (Cass. soc., 22 juin 1995, n° 92-40.194P). La question, dans une telle hypothèse, ne sera pertinente que si la transaction a été conclue après la notification du licenciement dans les formes légales.

Dans le cas contraire, elle est nulle. L'employeur pense parfois, à tort, échapper à l'exigence des concessions réciproques en qualifiant l'acte de résiliation amiable, alors que l'existence d'une procédure de licenciement en cours traduit l'absence de volonté de rompre d'un commun accord le contrat. Il n'y a alors place que pour une transaction devant répondre à l'ensemble des conditions de forme et de fond requises par la jurisprudence.

Les parties doivent abandonner une part de leurs prétentions pour que l'acte soit qualifié de transaction. S'il est établi que l'employeur n'a fait aucune concession, l'acte est frappé de nullité. En conséquence, le juge recouvre sa faculté d'apprécier la légitimité du licenciement en le condamnant à verser au salarié les indemnités dues au titre de la rupture, y compris le cas échéant des dommages-intérêts pour licenciement infondé (Cass. soc., 9 janvier 1996, n° 92-41.021).

Les juges du fond doivent préciser dans leur décision la nature des concessions consenties par l'employeur et le salarié afin que la Cour de cassation puisse exercer son contrôle sur leur réalité (Cass. soc., 19 décembre 1990, n° 88-44.087 ; Cass. soc., 3 janvier 1994, n° 89-40.961P).

◆ Nature des concessions

Les concessions consenties par les parties peuvent porter sur tous les droits ou prétentions qu'ils pourraient revendiquer et auxquels ils renoncent afin de mettre un terme au différend qui les oppose.

Il peut y avoir concession sur :

► Des prétentions

Dans le cadre d'un licenciement, le salarié abandonne son droit de contester le bien-fondé de son licenciement. En contrepartie de la renonciation à son droit de contestation, il perçoit une indemnisation. L'employeur peut renoncer à se prévaloir de la faute grave reprochée au salarié, faute en principe privative des indemnités de rupture, mais qu'il va verser, généralement pour partie, à titre transactionnel. Le salarié accepte alors de ne pas contester la qualification de faute grave retenue à son encontre et plus largement la légitimité de la rupture de son contrat de travail devant le juge prud'homal.

Constitue la base d'une transaction valable :

- « l'abandon par le salarié d'un droit éventuel à des dommages-intérêts contre la renonciation par l'employeur à se prévaloir de la faute grave reprochée au salarié » (Cass. soc., 10 novembre 1992, n° 89-43.892 ; Cass. soc., 5 février 1992, n° 88-41.777) ;

- la renonciation par l'employeur à l'exercice d'une action civile en réparation des agissements délictueux commis par le salarié (Cass. soc., 22 juin 1998, n° 96-41.246).

► Des droits

En principe, les parties ne peuvent par avance renoncer au droit de se prévaloir des règles d'ordre public relatives à la rupture du contrat (C. trav., art. L. 1231-7). Toutefois, cette disposition ne les empêche pas de renoncer à des droits déjà nés (la rupture du lien contractuel les ayant fait naître). Le salarié peut abandonner son **indemnité de congés payés ou de licenciement** (Cass. soc., 20 mai

1988, n° 83-40.951P) ; une partie de son **indemnité compensatrice de préavis** (Cass. soc., 13 novembre 1984, Clab, pour l'II, 1986, n° 10) ; ainsi que tous les droits prononcés, renoncer au **bénéfice de la convention collective.**

Enfin, **toutes les concessions sont envisageables, sous réserve de ne pas heurter les dispositions d'ordre public.** (exemple : renoncer à se prévaloir du Snde en acceptant une rémunération inférieure).

◆ Réciprocité des concessions

Le juge se place à la date de la signature de la transaction pour se livrer à cet examen. **L'exigence de concessions réciproques s'apprécie en fonction des prétentions respectives** exprimées lors de la conclusion de la transaction et non en fonction de la réalité des droits de l'employeur et du salarié (Cass. soc., 27 mars 1996, n° 93-40.710P) ; Cass. soc., 29 novembre 2006, n° 05-43.114).

En pratique, le juge doit oublier la compétence qu'il tient de l'art. L. 1235-1 du Code du travail.

Le juge du fond ne peut pas apprécier le bien-fondé des prétentions des parties, ce qui l'amenait à examiner la légitimité du licenciement ou la gravité des faits allégués par l'employeur.

Le juge ne peut, sans heurter l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction, trancher le litige que cette dernière avait pour objet de clore en se livrant à un examen des éléments de fait et de preuve pour déterminer le bien-fondé du motif du licenciement, reconnu ou non (Cass. soc., 19 juin 2002, n° 99-45.069P).

Il n'a pas non plus la possibilité de se prononcer sur la validité de l'acte transactionnel en recherchant, par l'examen des preuves, si les prétentions sont justifiées.

► Qualification des faits

Pour déterminer le caractère réel ou non des concessions contenues dans la transaction, **le juge donne leur exacte qualification aux faits et actes litigieux.** Il peut se saisir des faits invoqués lors de la signature de la transaction, et justifiant la rupture, en leur restituant, le cas échéant, leur véritable qualification juridique. C'est sur la base de cette qualification que le juge apprécie la réalité des concessions consenties.

Une transaction est nulle si la faute reprochée au salarié ne constitue pas une faute

grâce comme le prétendant l'inversement (Cass. soc., 27 mai 1999, n° 95-42146P). En effet, il n'y a pas de concession de la part de l'employeur ayant eu lieu, car les motifs énoncés de la rupture pouvaient relever de la qualification de faute grave et donc avaient pour effet de priver le salarié de ses indemnités de rupture. Il n'y avait pas eu, au fil de la transaction, si avant accord du salaire à titre transactionnel des indemnités d'un montant supérieur aux traditionnelles indemnités de rupture, indemnités auxquelles il avait droit en l'absence de faute grave.

A l'inverse, c'est à tort qu'une cour d'appel estime que l'employeur n'a pas consenti une concession suffisante (indemnité de trois mois de salaire) au motif que le salarié, compte tenu de l'irrégularité de son licenciement économique, avait droit à au moins 6 mois de salaire. La cour d'appel a postulé le caractère irrégulier du licenciement, alors que la lettre de rupture visait l'autorisation administrative de licenciement et que cette autorisation n'était pas contestée (Cass. soc., 7 décembre 2005, n° 03-42.876).

► **Motivation de la lettre de licenciement**

Si la juridiction appelée à statuer sur la validité d'une transaction réglant les conséquences d'un licenciement n'a pas à se prononcer sur la réalité et le sérieux du ou des motifs énoncés ou la gravité de la faute dans la lettre de licenciement, elle doit, pour apprécier si des concessions réciproques ont été faites et si celles de l'employeur ne sont pas dérisoires, vérifier que la lettre de licenciement est motivée conformément aux exigences légales (Cass. soc., 23 janvier 2004, n° 98-41.921P; *Juris. Actus*, n° 704, 12 février 2004; Cass. soc., 23 mai 2007, n° 98-40.035P; Cass. soc., 7 février 2007, n° 05-41.023). En effet, la lettre de licenciement fixe les limites du litige (Cass. soc., 21 février 1996, n° 92-44.907).

Si l'employeur invoque dans la lettre de licenciement des faits constitutifs, selon lui, d'une faute grave, c'est en fonction de cette qualification que seront appréciés les prétentions des parties. Mais, les juges exercent aussi un contrôle de la qualification juridique des faits mentionnés dans la lettre de licenciement, celle retenue par l'employeur peut être remise en cause à la lumière de la définition jurisprudentielle de la faute grave. Etant en

tendu que la question de la réalité des faits figurant dans la lettre de rupture et celle de leur gravité ne relèvent pas de la compétence du juge saisi d'une demande de nullité de la transaction (Cass. soc., 24 février 2004, n° 01-46.897; Cass. soc., 29 novembre 2006, n° 05-43.414).

En pratique, le juge peut requalifier les motifs de licenciement, et :

- **écarter l'existence d'une faute grave** si l'employeur a laissé le salarié exécuter son préavis ou si les faits allégués à l'encontre du salarié ne sont pas constitutifs d'une faute. Ainsi, le licenciement fondé sur une insuffisance professionnelle ne peut caractériser la faute grave du salarié. A défaut de faute grave, l'employeur, en versant uniquement une indemnité forfaitaire, n'a pas consenti une véritable concession dans la mesure où le salarié pouvait prétendre aux indemnités de rupture d'un montant supérieur à l'indemnité transactionnelle (Cass. soc., 6 avril 1999, n° 96-43.467P). De même ne peut constituer une faute grave ou une cause réelle et sérieuse, les absences injustifiées d'une salariée en congé parental d'éducation (Cass. soc., 13 décembre 2007, n° 06-46.302) ;

- relever que la lettre de licenciement ne contient **aucun motif** : ne fait aucune concession l'employeur qui verse une indemnité correspondant à trois mois de salaire alors qu'en l'absence de motifs énoncés dans la lettre de licenciement, le salarié peut prétendre à une indemnisation minimale de six mois de salaire (Cass. soc., 13 octobre 1999, n° 97-42.027P). Il n'y a pas non plus de concession de la part de l'employeur lorsqu'il verse une indemnité globale au salarié sans tenir compte des sommes dues au titre de l'intéressement alors qu'il n'y a eu ni faute grave ni démission (Cass. soc., 6 mars 1996, n° 93-45.719) ;

- retenir que la lettre de licenciement **n'est pas suffisamment motivée** : un motif imprécis équivalant à un défaut de motif, le licenciement est considéré comme sans cause réelle et sérieuse. Ainsi, la transaction réglant les conséquences d'un licenciement motivé par « un problème de collaboration avec le supérieur hiérarchique » n'est pas valide. Si les juges n'ont pas à se prononcer sur la réalité et le sérieux du ou des motifs énoncés dans la lettre de licenciement ils doivent, pour apprécier si des concessions réciproques ont été faites

et si celles de l'employeur ne sont pas dérisoires, vérifier que la lettre est motivée conformément aux exigences légales, faute de quoi le licenciement est sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 23 janvier 2004, n° 98-41.921P) ;

- relever que le licenciement prononcé pour motif économique durant une période de suspension du contrat de travail **consécutive à un accident du travail** est nul à défaut de mention dans la lettre de licenciement de l'impossibilité pour l'employeur de maintenir le contrat de travail pour un motif non lié à l'accident. L'octroi au salarié d'une indemnité équivalente à quatre mois ne pouvait être regardée comme une concession véritable de la part de l'employeur (Cass. soc., 26 avril 2007, n° 06-40.718).

En d'autres termes, si le juge du fond ne peut, en présence d'une transaction, vérifier le bien-fondé du licenciement, se livrer à l'examen des éléments de fait et de preuves (Cass. soc., 24 février 2004, n° 01-46.897; Cass. soc., 29 novembre 2006, n° 05-43.414). Il peut, en revanche, restituer aux faits énoncés dans la lettre de licenciement leur véritable qualification (Cass. soc., 6 avril 1999, n° 96-43.467P). Admettre le contraire reviendrait à permettre au juge de connaître fictivement d'un contentieux auquel les parties ont entendu mettre fin en concluant une transaction, ce qui porterait atteinte à l'autorité de la chose jugée.

EN RÉSUMÉ

Le juge s'assure que les faits contenus dans la lettre de licenciement sont susceptibles d'être qualifiés de faute grave ou de fonder une cause réelle et sérieuse de licenciement. Pour cela, le juge :

- contrôle d'abord l'existence même des motifs dans la lettre de licenciement et leur identité avec ceux invoqués par l'employeur au cours de la procédure ;
- puis s'assure que les faits contenus dans la lettre de licenciement sont susceptibles de caractériser une faute grave ou une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Son contrôle s'arrête là. Il ne peut examiner les faits reprochés pour apprécier le bien-fondé du licenciement (Cass. soc., 15 novembre 2007, n° 06-42.305; Cass. soc., 15 novembre 2007, n° 06-41.224; Cass. soc., 15 novembre 2007, n° 06-42.991).

◆ Inégalité des concessions

Si l'existence de concessions réciproques constitue une condition de validité de la transaction, c'est à l'implique pas que les salariés, consentis par l'employeur et le salarié, soient d'égale importance :

« constitue une transaction au sens de l'article 2044 du Code civil un accord qui a pour objet de mettre fin à un différend. Celui-ci s'élève entre les parties et qui comporte des concessions réciproques, quelle que soit leur importance relative » (Cass. soc., 13 mai 1992, n° 89-40.844P).

Cette jurisprudence, en pratique défavorable aux salariés, trouve son fondement dans l'article 2052 du Code civil selon lequel les transactions ne peuvent pas être attaquées pour lésion, la lésion consistant en un déséquilibre des prestations dans les contrats synallagmatiques. Toutefois, **les concessions inconsistantes ou dérisoires sont rejetées.**

La Cour de cassation exige que la concession soit « appréciable ».

Ne consent pas de concessions, l'employeur qui :

verse une somme transactionnelle de 15 000 F à un salarié négligeant ses notes de travail (Cass. soc., 19 janvier 1997, n° 95-41.271P ; Cass. soc., 23 avril 1997, n° 94-42.499P) ;

accepte de financer une opération d'outillage à hauteur de 20 000 F alors qu'elle est financée pour la plus grande partie par la réduction du préavis et vise à le dispenser de son obligation de reclasser (Cass. soc., 27 janvier 1998, n° 95-43.235P) ;

verse une indemnité conventionnelle d'un montant dérisoire de 6 000 F contre l'engagement du salarié de ne pas contester l'entreprise et de ne pas contester la rupture du contrat (Cass. soc., 18 mai 1999, n° 96-41.628P) ;

verse une indemnité forfaitaire transactionnelle présentant un caractère dérisoire (Cass. soc., 28 novembre 2000, n° 98-33.531P).

8 CONSENTEMENT DES PARTIES

◆ Absence de vice du consentement

Conformément au droit commun des contrats, la transaction suppose l'existence d'un consentement non vicié (C. civ., art. 1103). Il appartient au salarié d'apporter la preuve qu'un vice a été de nature à affecter son consentement (Cass. soc., 14 mars 2001, n° 99-40.925P).

En cas de vice du consentement, la transaction est nulle (voir n° 17).

◆ Dol ou violence

Les juges vérifient :

- **l'existence même du consentement des parties à la transaction.** Ainsi, n'a pas donné son consentement, le salarié, qui ne sachant pas lire le français, n'a pas compris la signification et la portée du document signé. L'absence de consentement rend nulle la transaction (Cass. soc., 14 janvier 1997, n° 95-42.363P) ;

- **que le consentement est intégrè.** Ce n'est pas le cas de celui obtenu par dol ou violence. Pour emporter la nullité de la transaction, le dol doit être déterminant. Ainsi, les mensonges reprochés à un salarié qui ont amené l'employeur à lui consentir des concessions plus avantageuses ne sont pas de nature à affecter la validité de la transaction, si, en l'absence de mensonges, l'employeur avait tout de même signé la transaction (Cass. soc., 12 février 1997, n° 95-44.242P).

La Cour de cassation retient la stricte définition de droit commun du dol pour écarter l'action en nullité formée par l'employeur. Elle est plus souple lorsque les manœuvres dolosives sont invoquées par le salarié, prenant acte sans le dire de l'inégalité de fait entre les parties.

◆ Erreur de droit ou lésion

Dans le domaine des vices du consentement, la transaction obéit à quelques règles particulières. Elle ne peut être attaquée pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion (C. civ., art. 2052). On entend par « **erreur de droit** » une erreur portant sur l'existence et le sens d'une norme ou sur la qualification juridique d'un fait ou d'un acte. Est valable la transaction, malgré l'erreur :

- des parties sur l'interprétation d'une convention collective, prévoyant dans la transaction le versement d'une indemnité inférieure à celle conventionnellement prévue (Cass. soc., 18 mars 1986, n° 83-41.846P) ;

- d'un salarié sur ses droits à repos hebdomadaire (CA Dijon, 16 janvier 1997, Michel / SA Biscot).

Cependant, **lorsque l'erreur porte sur l'objet même de la contestation**, la validité de la transaction s'en trouve affectée (Cass. soc., 24 novembre 1998, n° 95-43.323P).

En l'espèce, les parties qui avaient conclu une transaction n'avaient à tort que suivi l'indemnité légale de licenciement et non due au salarié. Elles ignoraient l'une et l'autre que l'indemnité conventionnelle de licenciement était due au salarié le cas échéant pour incapacité physique, depuis le revirement jurisprudentiel intervenu en 1984. La cour d'appel n'avait pas accueilli la demande de nullité en salaire au motif que la méconnaissance d'une jurisprudence constituait une erreur de droit et n'est donc pas recevable pour une transaction. Mais la Cour de cassation a pris le parti de parler d'une erreur sur l'objet même de la contestation pour, au contraire, juger nul l'acte transactionnel. Toutefois, il demeure assez difficile de déterminer la réelle qualification de l'erreur dans le cas présent et de mesurer la portée de cette décision (voir A. Jeammaud, « Retour sur une transaction en quête de stabilité », *Dr. soc.*, 1999, p. 351).

La **lésion**, qui correspond au préjudice résultant pour l'une des parties de la différence de valeur entre les concessions et prestations réciproques, n'est pas non plus cause de nullité de la transaction. C'est pourquoi est valable la transaction comportant des concessions réciproques, quelle que soit leur importance relative (Cass. soc., 13 mai 1992, n° 89-40.844P). Reste que la Cour de cassation conclut à l'absence de concession lorsque l'engagement financier est dérisoire.

9 SALARIÉS PROTÉGÉS

◆ Transaction après le licenciement

Un salarié protégé peut signer avec son employeur une transaction destinée à régler les conséquences pécuniaires d'une démission ou d'un licenciement (Cass. crim., 4 février 1992, n° 90-82.330P ; Cass. soc., 10 janvier 1995, n° 90-42.943P).

Pour être valable, **la transaction doit être conclue une fois la notification de licenciement reçue, après obtention de l'autorisation administrative** (Cass. soc., 16 mars 2005, n° 03-40.251P).

Est également valable, la transaction par laquelle l'ancien salarié, dont l'autorisation de licenciement a été annulée, renonce à demander sa réintégration, moyennant le versement d'une somme par l'employeur. L'action en annulation de la transaction est irrecevable en raison de l'existence d'une fin de non-recevoir tirée du principe de l'autorité de la chose jugée, qui s'applique à la transaction

Indemnité transactionnelle

Cotisations de sécurité sociale

► L'indemnité transactionnelle

représente un montant supérieur aux avantages légaux ou conventionnels attribués en cas de licenciement. Elle peut être globale et intégrer l'indemnité compensatrice de préavis ou de congés payés.

Elle ne peut être exonérée de cotisations que « pour sa fraction représentative d'une indemnité susceptible d'être exonérée » (Circ. Acoss n° 2001-022, 25 janvier 2001, Légis. soc. -F2- n° 8157, 20 février 2001), c'est-à-dire pour le montant correspondant aux indemnités de licenciement, dans les limites d'exonération applicables à celles-ci.

Le cas échéant, il appartient au juge de distinguer les éléments à caractère indemnitaire échappant aux cotisations, des éléments ayant un caractère de salaire et soumis comme tels à cotisations (indemnités compensatrices de préavis et de congés payés : Cass. soc., 30 juin 1994, n° 92-14.952P).

► Lorsque le salarié est licencié pour une faute grave ou lourde,

privative d'indemnité de licenciement et qu'une transaction est conclue avec l'employeur prévoyant le versement d'une indemnité, l'Acoss admet l'exonération de l'indemnité transactionnelle versée au salarié licencié, dans les conditions et limites applicables aux indemnités de licenciement (Lettre-circ. Acoss n° 2001-022, 25 janvier 2001, Légis. soc. -F2- n° 8157, 20 février 2001). Cette position de l'Acoss ne lie évidemment pas les juges.

Or, les juges du fond, constatant que la révocation d'un président de conseil d'administration ne résultait pas d'un comportement vexatoire ou malveillant, ont pu décider que l'indemnité a le caractère de salaire et est donc soumise à cotisation (Cass. 2^e civ., 2 mars 2004, n° 03-30.364P).

Seul le Tribunal des Affaires de sécurité sociale est compétent pour analyser la nature juridique des sommes versées à titre

transactionnel (Cass. 2^e civ., 2 mars 2004, n° 02-31.155).

► S'agissant des indemnités visant à éviter tout contentieux versées dans le cadre d'une transaction,

leur régime social suit celui des indemnités de licenciement (Circ. Acoss n° 2001-022, 25 janvier 2001, Légis. soc. -F2- n° 8157, 20 février 2001).

Les indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur sont prises en compte dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale à hauteur de la fraction de ces indemnités qui est assujettie à l'impôt sur le revenu, en application de l'article 80 duodecies du Code général des impôts (C.S.S., art. L. 242-1).

L'indemnité transactionnelle est exonérée à hauteur du 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.

Si le montant total de l'indemnité transactionnelle est supérieur au montant de l'indemnité légale ou conventionnelle, l'exonération porte :

- sur le double de la rémunération brute perçue par le salarié au cours de l'année civile précédant la rupture du contrat de travail ;
- ou, si ce seuil est supérieur, sur la moitié de l'indemnité totale perçue ;
- et dans la limite de six fois le plafond de sécurité sociale.

Des lors qu'une partie des sommes versées à l'occasion d'une transaction a la nature de salaire, l'employeur a l'obligation d'établir un bulletin de paie faisant apparaître le détail de ces sommes (Cass. soc., 10 juin 1998, n° 96-11.768).

CSG et CRDS

Sont incluses dans l'assiette de la contribution les indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail pour la fraction qui excède le

montant prévu par la convention collective de branche, l'accord professionnel ou interprofessionnel ou, à défaut, par la loi (C.S.S., art. L. 136-2).

Seul le montant correspondant à l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement est exonéré de CSG et de CRDS. Les limites applicables aux cotisations de sécurité sociale ne sont pas transposables à la CSG et à la CRDS.

Ainsi, si l'indemnité transactionnelle est :

- versée à l'issue d'une procédure de licenciement, il convient de rechercher si elle contient des éléments susceptibles d'être exonérés. Si elle comprend l'indemnité légale de licenciement,

l'indemnité compensatrice de préavis et des dommages-intérêts, seule la fraction correspondant à l'indemnité légale de licenciement est exonérée ;

- allouée en dehors d'une procédure de licenciement (la rupture du contrat résulte par exemple de l'initiative du salarié), la somme versée doit être soumise en totalité à la CSG et à la CRDS, peu importe qu'elle soit qualifiée de dommages-intérêts (Circ. Acoss n° 97-7, 17 janvier 1997, Légis. soc. -F2- n° 7603, 6 février 1997).

Fiscalité

Les sommes représentatives d'indemnité de licenciement ne sont pas imposables pour la fraction égale au montant légal ou conventionnel. La fraction excédentaire est non imposable dans la limite la plus élevée des sommes suivantes :

- la moitié du total de l'indemnité versée ;
- ou le double de la rémunération annuelle brute perçue par le salarié au cours de l'année civile précédant la rupture du contrat de travail.

La fraction des indemnités exonérée en application de ces deux dernières limites ne peut en tout état de cause excéder la moitié de la première branche du barème de l'impôt de solidarité sur la fortune (C.G.I., art. 80 duodecies).

(Cass. soc., 3 février 2000, n° 99-45.861). Si les salariés investis de fonctions représentatives bénéficient d'une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun, elle ne s'applique que lors de la rupture du contrat.

Une fois le licenciement notifié, ils peuvent, comme tout salarié, conclure avec l'employeur une transaction pour régler les conséquences pécuniaires de la rupture de leur contrat.

En revanche, si le salarié protège qui a demandé sa réintégration après annulation de son autorisation de licenciement, n'a pas été réintégré malgré sa demande, la transaction « portant sur son futur licenciement après prochaine réintégration » est nulle.

En effet, le salarié protège et l'employeur ne peuvent renoncer à la procédure particulière qui impose pour le licenciement, l'autorisation préalable de l'ins-

pecteur du travail (Cass. civ., 11 janvier 2006, n° 05-83.880).

Si la période de protection doit venir en sus d'une période de sécurité dans le cas d'extinction des fonctions, le personnel est amovible si son contrat n'est pas indéfini et si son licenciement peut avoir pour conséquence de le transformer subrogué en raison de la méconnaissance du statut protecteur (Cass. soc., 23 septembre 2003, n° 01-41.000P).

◆ Transaction avant le licenciement

Est nulle la transaction conclue entre l'employeur et le salarié prévoyant la notification de son licenciement prononcée après autorisation de l'autorité administrative (Cass. soc., 12 juillet 2002, n° 23-42.3011, *Juris. Hebdo* n° 781, 10 septembre 2002).

En effet, la protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun de ces salariés investis de fonctions représentatives a été instituée, non dans le seul intérêt de ces derniers, mais dans celui de l'ensemble des salariés.

Le salarié protégé, tout comme l'employeur, ne peut prendre l'engagement, dans une transaction, de ne pas contester la décision administrative autorisant son licenciement (CE, 2 décembre 1996, n° 152-406). L'employeur peut invoquer la nullité de la transaction signée avec le salarié protégé avant la notification de son licenciement et obtenir la restitution de l'indemnité transactionnelle (Cass. soc., 16 mars 2005, n° 02-43.293P).

◆ Effet de la transaction à l'égard de l'administration

Si la conclusion d'une transaction empêche le **salarié protégé** de réclamer sa réintégration dans l'entreprise, elle ne lie pas l'administration qui peut poursuivre l'employeur pour **délit d'entrave**. Elle ne constitue pas une cause justificative de l'infraction constituée par le **défait d'autorisation préalable** à la rupture du contrat de travail (Cass. crim., 19 octobre 1993, n° 91-85.1795 ; CE, 2 février 1996, n° 152406).

Rédaction d'un écrit

10 ECRIT COMME MOYEN DE PREUVE

◆ Preuve de la transaction

En application de l'article 2044 du Code civil, la transaction est un contrat écrit et signé par les parties. Toutefois, les juges ne considèrent pas l'écrit comme une condition de validité de la transaction, mais juste comme un moyen de preuve (Cass. soc., 18 mars 1980, n° 83-41.870P ; Cass. soc., 9 avril 1990, n° 93-42.254).

L'absence d'écrit n'affectant pas la validité d'une transaction, les moyens de preuve admis afin d'en établir l'existence sont déterminés par les articles 1347 et suivants du Code civil relatifs aux modes de preuve.

La preuve d'un acte juridique appelée en principe par écrit, un acte sous-seing privé comportant les signatures des parties s'engageant. Cependant, la preuve par témoins ou par présomption est admise s'il existe un commencement de preuve par écrit. L'article 1347 du Code civil le définit comme un acte écrit, émanant de celui contre lequel la demande est formée, et qui rend vraisemblable le fait allégué.

Il appartient à celui qui se prévaut de la transaction d'en rapporter la preuve.

Ainsi, l'employeur, qui ne peut produire un contrat écrit de transaction, mais qui entend se prévaloir de l'existence d'un tel acte, doit verser aux débats un commencement de preuve par écrit. Le juge peut former sa conviction au vu d'un écrit émanant du salarié et de l'ensemble des éléments de preuve, en particulier des témoignages (CA Paris, 22^e ch., 5 mai 1989, *Nanjod c/SA Signalisation*). A défaut de commencement de preuve par écrit, les autres moyens de preuve, fussent-ils pertinents, ne sont pas admissibles et ne sont donc pas examinés par le juge.

Les juges ont, par exemple, admis l'existence d'une transaction en cas d'acceptation sans réserve d'un chèque par le salarié, confirmée par des attestations établissant l'existence de pourparlers (Cass. soc., 9 mars 1978, n° 76-40.308 ; Cass. soc., 8 juin 1979, n° 77-41.474). En revanche, l'encaissement de l'indemnité transactionnelle n'est pas de nature, à lui seul, à caractériser de la part du salarié une volonté claire et non équivoque de renoncer à contester la validité de la transaction (Cass. soc., 9 mai 2001, n° 98-44.379P).

◆ Ecrit conseillé

En pratique la rédaction d'un écrit est conseillée. Eu égard à la gravité de ce contrat qui emporte l'abandon définitif de certains droits, il paraît normal et souhaitable que le salarié connaisse avec précision les termes de son engagement et l'ampleur des concessions accordées par l'employeur.

L'acte doit alors être établi « en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct » et « chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui ont été faits » (C. civ., art. 1325).

Toutefois, la transaction rédigée par écrit est valable bien que ne figurent ni la mention « lu et approuvé », ni la mention « bon pour accord », ni l'indication du nombre d'exemplaires signés (Cass. soc., 19 mars 1991, n° 87-44.470).

L'acte doit cependant être signé par l'employeur et le salarié, ce qui constitue la preuve de leur consentement (CA Paris, 22^e ch., 25 septembre 1991, *Société Pijaj c/De Vautibault*).

La transaction, intervenue au cours de la phase contentieuse d'un procès prud'homal est constatée dans un procès-verbal de conciliation, revêtu de la force probante, même s'il n'est pas signé par les parties. La transaction intervenant pendant la conciliation, sans la présence du juge cette fois, entraîne le désistement de l'affaire (Cass. soc., 4 mars 1992, n° 88-44.543). Le juge se borne alors à la constater dans un procès-verbal de conciliation en exigeant seulement la signature de l'employeur et du salarié.

Il semble que la Cour de cassation ait estimé que **lorsque l'accord est passé devant le juge et que celui-ci intervient pour signaler aux parties quels sont leurs droits, celles-ci peuvent alors conclure un accord qui échappe aux règles de la transaction**, les concessions pouvant notamment être absentes de l'accord (Cass. soc., 28 mars 2000, n° 97-42.419P). En effet, selon cet arrêt du 28 mars, en cas de conciliation prévue par l'article R. 516-41 du Code du travail (*recod. C. trav., art. R. 1454-11*), des extraits du procès-verbal, qui mentionnent, s'il y a lieu, l'exécution immédiate totale ou partielle de l'accord intervenu, peuvent être délivrés. Ils valent titre exécutoire. Il en résulte que la conciliation préliminaire obligatoire de l'instance prud'homale, est un acte judiciaire qui implique une participation active du bureau de conciliation à la recherche d'un accord des parties préservant les droits de chacune d'elles. En conséquence, cet acte ne peut être valable que si le bureau a rempli son office en ayant, notamment, vérifié que les parties étaient informées de leurs droits respectifs. En l'espèce, il n'en allait pas ainsi, le salarié n'ayant obtenu en contrepartie de son désistement que des sommes qui lui étaient dues, les juges conciliateurs n'avaient donc pas rempli leur office, en sorte que l'accord constaté par le procès-verbal de conciliation était nul.

Le rapport de la Cour de cassation de l'année 2000 signalait que l'accord n'a pas été annulé pour défaut de concessions réciproques, mais parce que les juges n'ont pas exécuté leurs obligations (*Juris. Actua*, n° 723, 12 juin 2001).

11 SIGNATAIRES DE L'ACCORD

La transaction est signée par **l'employeur et le salarié**. Des tiers ayant participé à son élaboration peuvent éga-

lement la signer, par exemple en qualité de médiateurs (Cass. soc., 8 décembre 1976, Cah. prud'h., 1977, p. 182).

L'employeur peut se faire représenter pour la conclusion d'une transaction (Cass. soc., 1^{er} décembre 1982, n° 82-41.399).

En l'espèce, la représentation ainsi que l'habilitation à signer étaient mentionnées dans le procès-verbal de transaction. La représentation des deux parties, salarié et employeur, par un avocat mandataire a également été jugée valable (CA Douai, 25 juillet 1987, S.A.R.L. CHRISS, e/Six).

En principe, c'est le dirigeant de la société qui signe la transaction en qualité d'« employeur ». Mais le directeur des ressources humaines peut signer valablement un tel contrat en engageant la société (Cass. soc., 12 juillet 1995, n° 93-46.734). Peu importe que le directeur n'ait pas eu mandat exprès pour signer un tel acte et ait excédé ses pouvoirs.

Le salarié peut aussi se faire représenter par toute personne munie d'un mandat exprès (Cass. soc., 13 janvier 1997, n° 94-40.955).

ATTENTION

La transmission au salarié pour acception au nom de l'employeur d'un acte de transaction « précis et complet » constitue une offre engageant l'employeur (Cass. soc., 14 décembre 1992, n° 92-44.496).

Effets

12 FIN DU LITIGE SANS RECOURS POSSIBLE DEVANT LE JUGE

« Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort » (C. civ., art. 2052). Une transaction produirait à l'égard de ceux qui l'ont signée les mêmes effets qu'un jugement devenu irrévocable.

◆ Effet libératoire

Le salarié et l'employeur ne peuvent remettre en cause la transaction les unissant. Elle constitue une fin de non-recevoir d'une action en justice (Cass. soc., 9 mars 1978, n° 76-40.308). Les éventuelles demandes d'indemnités ou de dommages-intérêts du salarié qui conteste le bien-fondé de la rupture de son contrat de travail sont inévitablement déclarées irrecevables (Cass. soc., 6 décembre 1994, n° 91-42.160P).

Il n'entre pas dans les pouvoirs du **juge des référés** de prononcer, sans dispositions expresses l'y autorisant, la nullité d'un contrat. Le juge en référé ne peut donc prononcer la nullité d'une transaction (Cass. soc., 19 mars 2006, n° 04-48.322P).

En revanche, si la transaction ne satisfait pas aux conditions de validité requises par la loi et la jurisprudence, sa nullité peut être invoquée (Cass. soc., 24 octobre 2000, n° 98-41.192P).

Le paiement d'une prime d'objets et d'une indemnité de rupture prévues par la transaction sont garantis par l'AVIS. Ces sommes ne constituent pas un nouvel engagement de l'employeur se substituant à ses obligations anciennes mais résultent, tant dans leur principe que dans leur montant, des stipulations du contrat de travail, en sorte que les créances en cause gardent leur nature de créances dues en exécution du contrat de travail (Cass. soc., 3 avril 2001, n° 99-42.183P) ; si l'accord transactionnel homologué par le juge prud'homal ne procède pas d'une fraude, l'AGIS est tenue de le garantir (Cass. soc., 25 janvier 2006, n° 03-45.144P).

◆ Limité au différend réglé par la transaction

▶ Action prud'homale possible

La transaction n'entraîne pas renonciation à toute action prud'homale. **Le salarié peut intenter une action qui n'a pas de lien direct avec la rupture proprement dite du contrat de travail** à l'origine du différend. En effet, les transactions :

- « se renferment dans leur objet : la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions se entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu » (C. civ., art. 2048) ;

- « ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé » (C. civ., art. 2049).

La transaction ne porte que sur les éléments qui ont fait l'objet d'un différend entre l'employeur et le salarié (Cass. soc., 30 janvier 1996, n° 92-45.226). La renonciation à toutes actions ou réclamations qu'elle emporte ne concerne que ce qui est relatif au différend. Ces éléments sont mentionnés soit explicitement, soit implicitement dans l'acte transactionnel. **En cas de doute**

sur la portée de la transaction, il appartient aux juges de voir en lien ou non les deux parties.

Des lors, qu'il s'agit entre eux dans l'objet de la transaction, est valable la demande de salaire :

- en paiement de rappels de salaires, de charges pécuniaires et de dommages-intérêts pour privation de temps de repos à ass. sociale (Cass. soc., 18 octobre 1991, n° 88-44.194P) ;

- de dommages-intérêts pour rupture abusive (Cass. soc., 16 janvier 1978, n° 76-42.884) ;

- en paiement de l'indemnité compensatrice de non-concurrence prévue par le contrat de travail. En effet, les clauses contractuelles destinées à trouver application postérieurement à la rupture du contrat ne sont pas, sans dispositions expresses contraires, affectées par la transaction intervenant entre les parties pour régler les conséquences d'un licenciement (Cass. soc., 5 avril 2006, n° 03-47.802 ; Cass. soc., 9 janvier 2008, n° 06-45.984).

▶ Volonté des parties

Tout dépend de la volonté des parties, exprimée avec plus ou moins de précision et de transparence.

- Objet général

Il est assez fréquent que les parties usent, dans l'acte transactionnel, de formules larges comme « tout litige susceptible de découler de l'exécution et de la rupture du contrat de travail » (Cass. soc., 10 juin 1976, n° 75-40.313), ou évoquent le versement d'une somme globale « à titre de transaction » (Cass. soc., 29 mai 1986, n° 83-47.746), ou émettent leur volonté de régler « définitivement tous les comptes sans exception ni réserve pouvant exister entre elles » (Cass. soc., 25 septembre 1990, n° 88-12.942). Dans de telles hypothèses, **toute demande du salarié apparaît vouée à l'échec.** Aute de tout des termes clairs et précis de la transaction « le salarié renonce à toutes les réclamations de quelque nature qu'elles soient à l'encontre de la partie défenderesse relatives tant à l'exécution qu'à la rupture de son contrat de travail », que la prime d'intéressement et/ou incluse dans la transaction, peu importe tant qu'elle ait été conclue à l'occasion



d'un autre point, et se réfère à la clause de non-concurrence. (Cass. soc., 1^{er} juil. 1999, n° 97-10.134P).

De termes généraux et indéterminés

Les clauses compromissoires conclues en fin de contrat de travail ont, aux résultats de la transaction, un caractère licite, même si elles ont trait à la relation relative à l'exercice de l'activité professionnelle. Toutefois, si la transaction est, en fait, un acte de médiation, elle est comprise dans l'objet de la transaction (Cass. soc., 9 mars 2006, n° 05-41.940).

« L'ajout de la clause « tous les comptes sans exception » est signé par le salarié, en fin de contrat, et ne peut pas réclamer la levée des comptes sur titre qu'il détenait (Cass. soc., 1^{er} juil. 1999, n° 97-10.134P).

Rédigée en termes généraux, la **transaction constitue une fin de non-recevoir pour toute action prud'homale** trouvant sa cause dans le contrat de travail, même si le salarié, en réalité, n'a pas pensé renoncer à l'ensemble de ses droits en prenant sa décision.

ATTENTION

Clauses de non-concurrence et de confidentialité

Les clauses contractuelles destinées à trouver application postérieurement à la rupture du contrat de travail ne sont pas affectées, sauf dispositions expresses contraires, par la transaction intervenue entre les parties pour régler les seules conséquences du licenciement (Cass. soc., 23 décembre 2006, n° 05-41.940). Le fait que dans la transaction, l'employeur renonce « à toutes actions, droits et prétentions, nés, ou naitre des liens contractuels... » ne vaut pas renonciation à se prévaloir d'une clause de non-concurrence et d'une clause de confidentialité prévues dans le contrat de travail (Cass. soc., 30 janvier 1990, n° 92-42.984; Cass. soc., 9 janvier 2008, n° 06-43.084).

- Objet précis

Il en va différemment lorsque la transaction n'use pas d'une formule générale mais définit son objet.

Il en est ainsi du salarié qui règle le différend avec son employeur par une transaction quant à :

- l'attribution d'une **prime** d'ancienneté, de fin d'année et au paiement de communications téléphoniques contre le versement d'une somme de 21 000 €. Il peut demander le versement des **sommes à titre de salaires, de congés payés et de privation de temps de repos**, bien que l'acte ou l'indigé « est aucune réclamation de part et d'autre ne pouvant être élevée par l'une des parties... ». Un tel accord est-il limité en son objet, et par voie de

conséquence ne s'agit-il pas d'un acte qui est, en fait, un acte de médiation, par lequel les parties conviennent de régler les litiges du salarié étrangers à l'objet de la transaction (Cass. soc., 9 mars 2006, n° 05-41.940).

- l'acte de **dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse**, précisant que le salarié se considère comme licencié avec toutes les conséquences en résultant. Le salarié est en droit de réclamer les **indemnités légales de licenciement** dont la somme ne s'est pas acquittée (Cass. soc., 11 mai 1999, n° 97-12.688).

Enfin, lorsqu'une transaction n'exclut, dans aucune de ses dispositions, le droit du salarié à un **intéressement et à une participation** aux résultats de l'entreprise et que, lors de la transaction, son montant n'était pas déterminé ni déterminable pour l'exercice en cours, ce droit ne peut être compris dans l'objet de la transaction (Cass. soc., 9 mars 1999, n° 96-43.602P).

Par ailleurs, si le droit de percevoir une **prime** est acquis pour le salarié, mais que **son montant n'est pas connu au moment où il a accepté de transiger**, il n'a pas pu la prendre en compte pour arrêter ses concessions et définir ses prétentions.

Il en est de même de la créance des salariés au titre de comptes compensateurs d'actions prévus dans le cadre d'un protocole d'accord constituant un avantage salarial acquis après vingt ans d'activité au service de l'employeur, dont le versement est différé jusqu'au départ de l'entreprise. Elle n'est donc pas comprise dans la transaction qui, conclue dans le cadre d'un **plan de sauvegarde de l'emploi**, excluait les **créances salariales** de son objet (Cass. soc., 21 mars 2000, n° 97-44.103P).

En l'absence de mention expresse dans la transaction, le salarié ne peut être considéré comme ayant renoncé à la **priorité de réembauchage**, celle-ci constituant la date de la signature de la transaction, un droit dont l'exercice est éventuel, ce dont il résulte qu'il n'est pas compris dans l'objet de la transaction (Cass. soc., 8 juin 2005, n° 03-42.419; Cass. soc., 28 février 2006, n° 03-47.862).

- Objet ambigu

Quand les termes de la transaction sont ambigus ou considérés comme tels, les **juges du fond interprètent souverainement la transaction**. Dans une telle hypothèse, la Cour de cassation se retranche

de son rôle pour se soumettre à l'interprétation des juges du fond en cause. Il convient à cet égard que la Cour admette le caractère obscur ou ambigu de la transaction. Elle peut, en revanche, estimer que l'acte est clair et que l'arrêt de décision pour erreur de droit, en ce qui concerne la jurisprudence, elle ne devrait pas pouvoir considérer une transaction rédigée en termes généraux comme empreinte d'ambiguïté, sauf si l'acte transactionnel contient des dispositions contradictoires et précise expressément les éléments pris en compte par les parties dans la définition de leurs prétentions.

Si deux dispositions de la transaction sont contradictoires, il en résulte une absence d'objet certain entraînant sa nullité (Cass. soc., 18 mai 1999, n° 97-40.430P).

13 EFFETS À L'ÉGARD DES AUTRES SALARIÉS

« La transaction faite par l'un des intéressés ne lie point les autres intéressés et ne peut être opposée par eux » (C. civ., art. 2051). En pratique, **lorsque l'employeur conclut avec un salarié une transaction** et qu'il a le même litige avec plusieurs de ses **anciens salariés**, ces derniers **ne sauraient exiger la conclusion d'une transaction au contenu similaire**, ni même l'invoquer à titre de moyen de défense. L'employeur ne peut exiger d'eux la conclusion d'une transaction, ce qui heurterait le principe de l'autonomie de la volonté et ses corollaires, et ne peut invoquer le contenu de la transaction dans ses conclusions à l'occasion d'un litige les opposant.

Si l'effet relatif des contrats interdit aux tiers de se prévaloir de l'autorité d'une transaction à laquelle ils ne sont pas intervenus, ces mêmes tiers peuvent néanmoins invoquer la renonciation à un droit que renferme la transaction (Cass. soc., 14 mai 2008, n° 07-40.946). En l'espèce, des salariés ont renoncé expressément, dans la transaction conclue avec la société cedante, à toute demande indemnitaire relative à leur licenciement. Plus tard, ils ont engagé une action contre le cessionnaire pour être reconnus créanciers de cette société en liquidation au titre de licenciements sans cause réelle et sérieuse. Cette action ne peut aboutir en présence de la renonciation à leurs droits dont le liquidateur judiciaire du cessionnaire (non signataire de la transaction) et, ni fonde à se prévaloir.

Chômage

14 REMBOURSEMENT DES ALLOCATIONS CHÔMAGE

L'employeur peut être condamné à rembourser à l'Assedic les allocations chômage payées au salarié dans la limite de six mois si le licenciement est jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse (C. trav., art. L. 1235-4). « Il résulte de l'article L. 122-14-4 du Code du travail (recod. art. L. 1235-4) que l'Assedic ne peut obtenir le remboursement des indemnités de chômage qu'elle a versées, qu'à la condition que l'employeur ait été condamné par le même juge à payer au salarié une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse » (Cass. soc., 14 janvier 1982, n° 79-42.492P).

Dès lors, si le salarié se désiste :

- de l'instance à la suite d'une transaction conclue avec l'employeur, l'Assedic ne peut obtenir la condamnation de l'employeur à lui rembourser les allocations chômage, quand bien même l'absence de cause réelle et sérieuse résulterait des termes mêmes de la transaction (Cass. soc., 14 janvier 1982, n° 79-42.492P) ;
- en appel, la cour d'appel ne se trouve pas dessaisie du litige opposant l'employeur à l'Assedic. Elle peut donc condamner l'employeur au remboursement des prestations de chômage versées au salarié licencié (Cass. soc., 18 juillet 2001, n° 99-45.534).

En outre, peu importe que l'employeur se soit désisté de son appel du fait de la transaction, la décision prud'homale ayant ordonné le remboursement à l'Assedic des allocations de chômage versées au salarié a acquis l'autorité de chose jugée à l'égard de cet organisme et la transaction ne lui est pas opposable. Ce jugement permet à l'Assedic d'obtenir le remboursement des indemnités versées, indépendamment du desistement de l'employeur (Cass. soc., 7 juin 1995, n° 91-43.234P ; Cass. soc., 4 octobre 1995, n° 93-16.370P).

L'accord conclu entre l'employeur et le salarié en appel n'est donc pas opposable à l'Assedic, mais attention : la cour d'appel n'est dessaisie du litige que dans la mesure où la transaction en vertu de laquelle le desistement est intervenu n'est pas frauduleuse (Cass. soc., 25 octobre 1995, n° 91-45.186P).

15 DROIT AUX ALLOCATIONS CHÔMAGE

La transaction ne constitue pas un mode de rupture du contrat de travail mais vise à régler les différends s'élevant à l'occasion de cette rupture, prenant la forme d'un licenciement, d'une démission ou encore d'une résiliation amiable (dans cette hypothèse, le différend auquel il est mis fin par transaction ne doit pas porter sur la légitimité de la rupture proprement dite). C'est la forme prise par la rupture qui décide de la situation du salarié face à l'assurance chômage.

Si la transaction est consécutive à un licenciement, le salarié, involontairement privé d'emploi, a droit aux prestations de chômage. Toutefois, le versement d'indemnités ou de toute autre somme inhérente à cette rupture, quelle que soit leur nature, dès lors que leur montant ou leurs modalités de calcul ne résultent pas directement de l'application d'une disposition législative entraîne un différé d'indemnisation. Ce différé spécifique correspond à un nombre de jours égal au nombre entier obtenu en divisant le montant total de ces indemnités et sommes versées à l'occasion de la fin du contrat de travail, diminué du montant éventuel de celles-ci résultant directement de l'application d'une disposition législative, par le salaire journalier de référence. Ce différé spécifique est limité à 75 jours (Regl. ass. chô., 18 janvier 2006, art. 29).

Il appartient au juge du fond de ne pas prendre en considération le caractère global d'une indemnité transactionnelle, il doit rechercher si elle inclut des sommes inhérentes à la rupture du contrat de travail, quelle que soit leur nature, excédant les indemnités légalement obligatoires (Cass. soc., 21 décembre 2006, n° 04-16.680).

Contestation

16 NON-RESPECT DE LA TRANSACTION

Les litiges relatifs à la transaction sont portés devant le conseil de prud'hommes, dans la mesure où la transaction se rattache au contrat de travail (Cass. soc., 13 mars 2007, n° 05-13.169).

Si l'une des parties à la transaction n'exécute pas les obligations en découlant, l'autre contractant peut demander son exécution forcée en application de l'ar-

ticle 1189 du Code civil. Il peut également demander au juge qu'il prononce sa résolution.

La résolution de la transaction a pour effet :

- de **restituer au créancier, en principe le salarié, ses droits primitifs**.

Des lors que la cour d'appel a constaté que l'employeur a contraint le salarié à cesser ses fonctions, c'est à bon droit qu'elle a décidé que la rupture du contrat résulte d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, l'employeur n'ayant justifié d'autre grief que celui qui a déjà donné lieu à une mise à pied (Cass. soc., 7 juin 1989, n° 86-43.012) ;

- le **versement des dommages-intérêts au salarié sur le fondement** de l'article 1142 du Code civil selon lequel « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur » ;

- le **versement d'une somme contractuellement prévue au titre d'une clause pénale**. Les parties ont la faculté d'inclure dans la transaction une clause pénale : « on peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter » (C. civ., art. 2047). Une telle clause incite les parties à s'exécuter, puisqu'à défaut, celle qui manque à son obligation est tenue de verser à l'autre la somme contractuellement arrêtée. Le juge a la possibilité de modérer la somme constitutive d'une peine privée dès lors qu'elle apparaît comme excessive (C. civ., art. 1152) ;

- la **restitution de l'indemnité transactionnelle** consécutive à l'annulation de la transaction (Cass. soc., 25 avril 2001, n° 99-41.409 ; Cass. soc., 23 mai 2001, n° 99-43.140 ; Cass. soc., 6 décembre 2007, n° 06-42.756).

17 ANNULATION EN CAS DE VICE DU CONSENTEMENT

L'existence d'un vice du consentement entraîne l'annulation de la transaction, à supposer qu'il soit établi par la partie qui s'en prévaut. Il existe trois vices du consentement susceptibles de produire un tel effet : l'erreur sur la personne ou sur l'objet, le dol et la violence.

► Erreur sur la personne ou sur l'objet

Les décisions annulant une transaction pour erreur sur la **personne** sont rares,

mer, après avoir été saisi de la copie d'un des articles publiés dans le *Journal de l'employeur*, n'a pu être causé par les gendarmes de son état.

L'erreur sur l'objet a été posée par les tribunaux par procuration des conséquences de la rupture du contrat de travail. Le salarié a été mis en demeure de la condamnation de son ancien employeur à payer l'Assedi le montant des sommes réclamées par cette dernière avant d'avoir procédé à tort au versement de allocations chômage prévues en cas de licenciement économique. Selon la Cour de cassation, le juge prud'homal aurait dû « rechercher si le salarié n'avait pas été victime d'une erreur sur l'objet même de la contestation, consistant à ne pas avoir prévu le revirement de l'Assedi devant à nouveau le caractère économique du licenciement » (Cass. soc., 17 décembre 1986, n° 85-10.341). Cette erreur sur l'objet ne saurait être confondue avec l'erreur portant sur l'étendue de la contestation. C'est vainement qu'un salarié prétendrait « être mépris sur la gravité des faits qui lui sont reprochés ».

► Dol

Le dol, s'il est établi, entraîne l'annulation de la transaction. Il consiste le plus souvent en des informations erronées fournies par l'employeur, sur la base desquelles le salarié a donné son consentement. Afin de retenir l'existence d'un dol, les juges tiennent généralement compte de la place du salarié dans la hiérarchie de l'entreprise (un ouvrier face à un dirigeant entouré de nombreux conseils). À l'inverse, un employeur peut plus difficilement se prévaloir d'une manœuvre dolosive en vue d'obtenir la nullité de la transaction.

Ainsi, a été jugé que l'engagement contractuel du salarié de renoncer à titre transactionnel à tort et contre son employeur, ne peut avoir pour effet de le

priver de la possibilité d'invoquer, en matière de licenciement, le fait de se plaindre d'avoir été victime de torts des autres participants à la transaction (retranscription). En l'espèce, l'employeur avait affirmé que la majorité de l'indemnité conventionnelle de licenciement n'était pas imposable, et était compte tenu de cette information erronée que le salarié avait signé la transaction (Cass. soc., 7 mai 1993, n° 91-44.296P).

Plus exactement manœuvre dolosive de la part de l'employeur lorsqu'il laisse espérer à un salarié un règlement très rapide de ses indemnités en cas de transaction, alors qu'il n'a cessé, en réalité, de multiplier les atermoiements, présente des défauts connus et exige un accord immédiat pour lui faire un versement. Le salarié, au chômage depuis plusieurs mois, a, face à une telle attitude, été contraint à renoncer sans contrepartie à une fraction de ses demandes (Cass. soc., 19 mars 1982, n° 78-42.213P).

Les tribunaux s'appuient parfois sur l'existence de manœuvres dolosives ou de pressions morales exercées par l'employeur pour en déduire l'absence de concessions réciproques et ainsi conclure à la nullité de la transaction (pour un exemple : Cass. soc., 11 octobre 1992, n° 87-42.949P).

Le fait pour un salarié, lors de la signature d'une transaction, d'avoir caché les agissements de l'employeur n'étant rendus connus qu'après son licenciement (faux et usage de fausse abus de confiance) n'entraîne pas pour autant la nullité de la transaction. En effet, il apparaît dans cette affaire que la retenue dolosive imputée à l'intéressé n'était pas de nature à avoir une incidence sur la rupture et, par conséquent, sur la validité de la transaction (Cass. soc., 9 octobre 2003, n° 01-42.500).

► Violence

La violence, vice du consentement, consiste en une crainte qu'inspire une

contrainte physique ou morale, exercée sur la volonté d'une des parties pour la porter à transiger.

La violence ne se présument pas, il appartient au salarié, le cas échéant, de rapporter la preuve qu'il a subi des pressions importantes l'ayant conduit à transiger (Cass. soc., 4 mai 1992, n° 88-44.543P) (Cass. soc., 8 mars 1995, n° 93-43.609).

La violence doit être illicégitime, ce qui est porte comme conséquence en pratique que la seule menace d'un licenciement ne saurait entraîner l'annulation de la transaction. Les tribunaux refusent d'examiner le caractère réel et sérieux de la rupture du contrat de travail, la transaction n'est pas nulle au motif que l'employeur aurait exercé une pression morale illicégitime sur le salarié en lui reprochant à tort la commission d'actes fautive graves. Toutefois, l'acte transactionnel pourrait être annulé sur le terrain de l'absence de concessions réciproques, à l'occasion de l'examen des prétentions respectives des parties.

Si la jurisprudence, par ailleurs, prend assez facilement en compte l'état de subordination du salarié pour requalifier en licenciement une démission donnée sous la pression de l'employeur, elle se montre beaucoup plus réticente pour remettre en cause à partir des mêmes motifs une transaction en se retranchant derrière une conception « civiliste » des vices du consentement.

Les exemples jurisprudentiels d'annulation pour violence restent peu nombreux : exerce une violence morale illicégitime l'employeur qui menace de porter plainte contre un salarié pour un vol qu'il aurait commis, avec l'intention de le contraindre à conclure une transaction désavantageuse (CA Paris, 18^e ch., 10 septembre 1991, *filet c/Société nouvelle Maures Charbon*).



Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC)

AUSSI DANS CE NUMÉRO

Les obligations de négocier

Les entreprises d'au moins 300 salariés ont l'obligation de négocier tous les trois ans sur la GPEC. Si le principe paraît simple, sa mise en oeuvre se révèle particulièrement difficile du fait de la multiplicité des thèmes pouvant être abordés, la complexité des règles juridiques, l'articulation particulièrement ardue avec les autres dispositifs, notamment en matière de licenciement économique.

Ce Numéro juridique permet de :

- connaître ce qu'est la GPEC,
- définir le cadre et les thèmes de la négociation,
- concevoir l'architecture d'un accord à partir d'une présentation et d'une analyse des accords existants,
- prévenir les difficultés de mise en oeuvre des accords,
- comprendre l'articulation entre GPEC et licenciement économique.

La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences

Au sommaire de ce numéro :

■ Histoire et actualité de la GPEC

■ GPEC et droit du travail

- Dispositions légales antérieures à la loi du 18 janvier 2005
- Loi du 18 janvier 2005 et autres textes

■ Périmètre de la négociation

- Les branches
- Les entreprises

■ Contenu de la négociation

→ *Thèmes obligatoires*

- Information-consultation du comité d'entreprise sur la stratégie
- Mise en place d'un dispositif GPEC
- Mesures d'accompagnement susceptibles d'être associées à la GPEC
- Accès et maintien dans l'emploi des salariés âgés

→ *Thèmes non obligatoires*

- Accord de méthode
- Mesures de reclassement externe
- Autres thèmes

■ Négocier la GPEC

- Préparation de la négociation
- Négociation

■ GPEC et licenciement économique

- Problématiques : thèses en présence
- Jurisprudence
- Eléments de réponse

LE POINT SPÉCIAL :

Les obligations de négocier

21 x 29,7 - 92 pages - juin 2008

Bulletin de commande

À retourner accompagné de votre règlement à : **Wolters Kluwer France**, VPC (case 701) - 1, rue Eugène et Armand Peugeot - 92856 Rueil-Malmaison Cedex

Nom/Prénom
 Entreprise
 Service
 Adresse de livraison
 Code postal [] [] [] [] [] Ville
 Adresse de facturation
 Code postal [] [] [] [] [] Ville
 Règlement par chèque bancaire chèque postal joint à la commande

Je désire commander exemplaire(s) du numéro Liaisons sociales:

**«GESTION PRÉVISIONNELLE DES EMPLOIS
ET DES COMPÉTENCES» (n° 60016)**

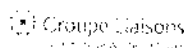
au prix unitaire de 35 €

Montant de ma commande x 35 € = €

Participation aux frais d'envoi + 5 €

*TVA 5,5 %

Total €



Conformément à la loi « Informatique et libertés », vous pouvez déposer d'un droit d'accès et de rectification aux informations vous concernant

DÉMISSION

Abandon de poste	8
Absences	8
Accident du travail	16
Acompte	24
Attestation Assédic	34
Avances	25
Caractéristiques	1 et s.
Certificat de travail	33
Changement des conditions de travail	p.16
Chômage	36
Circonstances	2, 3, 6 et s.
Clauses	
- contractuelles	
ou conventionnelles	3, p. 8
- de dédit-formation	30
- de non-concurrence	31
Concurrence déloyale	31
Conditions	2
Congé	
- payé	16, 22
- pour création d'entreprise	14
Conséquences	12 et s.
Contenu	3
Contestation	5
Contrainte	7
Destinataire	3
Dettes du salarié	26
Écrit	3
Épargne salariale	23
Erreur	7
État dépressif	6
Faute	
- de l'employeur	11
- grave	14, 17
Femme enceinte	14
Formalisme	3
Indemnité	
- compensatrice de congés payés	22
- compensatrice de préavis	19
- de rupture	22
Journaliste	14, 15, 22
Licenciement	10
Lettre de démission	3
Maladie	16
Mandat des représentants du personnel	27 et s.
Manuscrit	3
Maternité	16
Menaces de l'employeur	9 et s.

Mineur	p. 11
Modèles	p. 10
Modification du contrat	p. 16
Motivation	1
Mouvement d'humeur	6
Non-concurrence	31
Non-reprise du travail après congé	8
Notification	3
Participation	23
Plan d'épargne d'entreprise	23
Pouvoirs du juge	12 et s.
Préavis	12 et s.
Période d'essai	14
Pression	9
Prêt	26
Preuve	5
Protection des représentants du personnel	27
Protection sociale	37
Reçu pour solde de tout compte	32
Registre unique du personnel	35
Rémunération	20, 21
Représentants du personnel	27 et s.
Requalification	5
Résiliation judiciaire du contrat	p. 37
Rétractation	4
Rôle du juge	16, 107 et s.
Sécurité sociale	37
Verbale	3
Vices du consentement	7
Violences	7
Volonté claire et non équivoque	2, 6
VRP	15

RUPTURE NÉGOCIÉE

Rupture conventionnelle homologuée	
- conditions	41
- contenu	44
- contestation	51
- définition	38 et s.
- entretien	43
- homologation	46
- indemnité de rupture	50
- procédure	42
- rétractation	45
- salarié protégé	49
Rupture négociée de droit commun	53 et s.

Le point spécial : TRANSACTION

Chômage	14, 15
Concessions réciproques	7
Conditions de validité	3 et s.
Consentement des parties	8
Contestation	16, 17
Définition	1 et s.
Délai de réflexion	6
Effets	12, 13
Écrit	10, 11
Indemnité	p. 67
Litige	1, 12
Salariés protégés	9
Vices du consentement	8, 17

ZOOM : PRISE D'ACTE DE LA RUPTURE

Chômage	p. 57
Clause de non-concurrence	p. 57
Conséquences	p. 55
Définition	p. 53
Documents remis au salarié	p. 57
Forme	p. 55
Indemnités de rupture	p. 57
Préavis	p. 57
Salariés protégés	p. 56