

La contractualisation de la rupture du contrat de travail en droit français : la confirmation d'une tendance

Marie-Cécile Amauger-Lattes

Maître de conférences en droit, HDR, Université de Toulouse-Capitole

L'objet de cet article est de mettre l'accent sur une évolution notable du droit français qui touche la rupture du contrat de travail à durée indéterminée. Mise en lumière par le professeur Loiseau, cette évolution qui se caractérise par la montée des ruptures d'un commun accord au détriment des ruptures unilatérales longtemps privilégiées ne cesse de se renforcer¹.

Rappelons que le contrat à durée indéterminée constitue le contrat de droit commun : selon l'article L.1221-2 du code du travail, il constitue « la forme normale et générale de la relation de travail ». Et de fait, comme le relève une étude de la Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques du Ministère du travail (Dares) publiée en 2018², le contrat à durée indéterminée (CDI) reste la forme d'emploi la plus répandue en France. Ainsi, en 2017, 88% des salariés étaient en CDI. Il convient, il est vrai, de souligner la baisse régulière de ce pourcentage qui était de 94% en 1982. Autrement dit, même si le contrat de travail à durée indéterminée reste, en droit comme en fait, le principe, le recours aux contrats à durée déterminée est en hausse constante. En effet, en 2017, 87% des embauches ont été effectuées en contrat à durée déterminée – dont 83% pour une durée de moins d'un mois et 30% pour un seul jour ! Comme le souligne la Dares, ces chiffres attestent de la dualité du marché du travail, divisé entre « un segment primaire stable et un segment secondaire marqué par des mouvements de main d'œuvre fréquents »³.

Si l'emploi précaire se développe en France, offrant des possibilités d'ajustement de la main d'œuvre au plus près des besoins de l'entreprise, on observe parallèlement une flexibilisation des règles qui encadrent le contrat à durée indéterminée, notamment des conditions de rupture. On assiste plus précisément à la diversification des modes de rupture du contrat de travail, à laquelle participent les différents dispositifs de rupture conventionnelle admis aujourd'hui en droit français. Il s'agit d'une évolution notable de notre droit qui avait tendance au contraire à en restreindre le nombre et à limiter les ruptures d'un commun accord jugées suspectes en raison de l'inégalité des parties dans le rapport salarial.

Si l'on écarte les plans de départs volontaires qui accompagnent très souvent les restructurations, il existe principalement deux dispositifs de rupture d'un commun accord : la

¹ Cette évolution a été mise en lumière par le professeur G. Loiseau, « Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail », *Dr. Soc.* 2010, p.297

² Dares, « CDD, CDI : comment évoluent les embauches et les ruptures depuis 25 ans ? », *Dares analyses*, juin 2018, n°026

³ Dares, *Etude préc.*

rupture conventionnelle individuelle ou hologuée instituée en 2008 et la rupture conventionnelle collective consacrée en 2017.

Certes, en pratique, les ruptures unilatérales, démission et licenciement, restent les plus fréquentes. Selon la Dares, « les démissions représentent environ 40% des fins de contrat en 2017. Viennent ensuite avec un peu moins de 20% chacun, les fins de période d'essai et les licenciements pour motifs personnel (principalement pour faute et dans une moindre mesure, ceux pour inaptitude). Les ruptures conventionnelles représentent 10% des ruptures anticipées de contrat. Les 10% restants correspondent essentiellement aux licenciements économiques (2%) et aux départs à la retraite ».⁴

S'il est encore trop tôt pour évaluer le recours à la rupture conventionnelle collective, en revanche, le succès de la rupture conventionnelle individuelle est incontestable. Cette dernière est devenu un mode de rupture habituel du CDI. De façon plus générale, elle est le signe d'une évolution plus profonde du droit de la rupture du contrat de travail (et plus largement), marquée par la montée du bilatéralisme et, pour reprendre la formule du professeur Loiseau, « le recul de la culture de l'unilatéralisme »⁵.

I. La domination de l'unilatéralisme dans le droit de la rupture du contrat de travail d'hier

Pour bien comprendre comment le droit en est venu à consacrer la rupture unilatérale comme mode quasi exclusif de rupture du CDI, il convient de revenir aux principes civilistes.

Parce que s'engager pour la vie revient à aliéner sa liberté, le droit commun des contrats pose l'interdiction des engagements à vie. Cette interdiction générale est particulièrement importante lorsque l'une des parties s'engage à travailler pour une autre et se place, de surcroît, sous son autorité : dans ce cas, autoriser les engagements à vie reviendrait, ni plus ni moins, qu'à restaurer le servage.

Il en résulte que lorsque le contrat est conclu à durée indéterminée, chacune des parties dispose du droit d'y mettre fin unilatéralement, de le résilier librement de sa seule initiative. Le contrat de travail ne fait pas exception à la règle. Toutefois, dans la mesure où, le plus souvent, les conséquences de la rupture sont plus graves pour le salarié que pour l'employeur, la démission est juridiquement peu encadrée tandis que, rompant avec le double principe civiliste de la liberté et de la réciprocité, depuis une loi du 13 juillet 1973, la validité du licenciement est soumise à des conditions de fond et de forme relativement exigeantes.

⁴ Etude préc.

⁵ G. Loiseau, « Les transformations du droit de la rupture du contrat de travail », JCP S 2015, n°26, Etude Doctrine 1245

L'encadrement du licenciement emportait cependant un risque : celui d'un contournement par les employeurs des règles du droit du travail, ceux-ci pouvant être tentés de mobiliser d'autres modes de rupture, moins contraignants et moins onéreux, prévus par le droit commun des contrats. Aussi, la jurisprudence s'est-elle employée à limiter le recours à ces autres modes de rupture, considérant que les règles spéciales du code du travail étaient les seules applicables au contrat de travail. Deux modes de rupture ont ainsi été exclus, totalement ou partiellement, du champ des relations de travail.

Il s'agit tout d'abord de la résiliation judiciaire qui permet au juge de constater ou de prononcer la rupture d'un contrat à la demande de l'une des parties qui se plaint d'une inexécution suffisamment grave de ses obligations par son cocontractant. En vertu de l'article 1224 du code civil : « La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire, soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice ». On observe que, en droit du travail, les clauses de rupture insérées lors de la conclusion du contrat, *les clauses résolutoires*, sont frappées de nullité dans la mesure où le code du travail interdit expressément les clauses par lesquelles le salarié, mais aussi l'employeur, renonce par avance au droit de se prévaloir des règles du licenciement⁶. Ainsi, les clauses prévoyant la rupture automatique du contrat en raison d'un événement sont nulles. En revanche, le code du travail ne contient pas de disposition conduisant à condamner le recours au juge pour résilier le contrat de travail et, si l'on se réfère au droit commun des contrats, elle devrait pouvoir être admise. En effet, l'article 1227 du code civil dispose : « La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice ».

Cependant, selon une jurisprudence depuis longtemps établie, si la voie de la résiliation judiciaire est ouverte au salarié, elle est totalement fermée à l'employeur. Dans un premier temps, la Cour de cassation n'a interdit le recours à ce mode de rupture qu'à l'égard des salariés protégés investis d'un mandat de représentation du personnel ou des syndicats ; dans de fameux arrêts, elle a même considéré que le fait pour un employeur de saisir le juge judiciaire d'une demande de résiliation du contrat constituait une infraction pénale, le délit d'entrave aux fonctions des représentants du personnel⁷. Puis, dans un second temps, à partir de l'arrêt Grignan de 1999⁸, l'interdiction a été étendue aux demandes de résiliation judiciaire présentées à l'encontre d'un salarié qu'il soit ou non protégé.

Pour les juges, lorsque le salarié ne respecte pas ses obligations, il appartient à l'employeur d'user de son pouvoir disciplinaire et, le cas échéant, de prononcer le licenciement de l'intéressé pour faute. Plus clairement encore, dans un arrêt du 13 mars 2001, la Cour de cassation énonçait : « l'employeur qui dispose du droit de résilier unilatéralement un CDI par la voie du

⁶ C. trav., art. L.1231-4

⁷ Arrêts Perrier, C. cass. Ch. mixte 21 juin 1974, pourvoi n°71-91225

⁸ C. cass. soc. 9 mars 1999, pourvoi n° 96-41734

licenciement, en respectant les garanties légales, n'est pas recevable, hors les cas où la loi en dispose autrement, à demander la résiliation judiciaire dudit contrat »⁹.

Outre la résiliation judiciaire du contrat de travail, c'est la rupture amiable du contrat à durée indéterminée qui a été exclue du champ du droit de travail. En droit civil, la rupture d'un commun accord constitue la modalité la plus souhaitable de rupture des contrats synallagmatiques. Ainsi, pouvait-on lire à l'article 1134 ancien du code civil:

« 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 libellé a changé dans le code civil réformé, qui est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2016, mais la règle demeure. L'article 1101 nouveau dispose en effet : « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. »

Cependant, fondée sur le postulat de l'équilibre des parties, la rupture amiable du code civil n'offre que peu de garanties au salarié –moins encore que la résiliation judiciaire-, si bien que, si elle admet l'application du principe de la liberté contractuelle, la Cour de cassation en exclut l'utilisation dans les cas où le code du travail fixe des règles de protection particulières au profit du travailleur. Ainsi, la nullité des accords de rupture a d'abord concerné les représentants du personnel et syndicaux au motif qu'ils conduisaient à éluder la procédure d'autorisation administrative préalable au licenciement. Elle a ensuite été étendue aux salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, puis aux salariés déclarés inaptes par le médecin du travail, pour que ne soit pas contournée l'obligation de reclassement.

En revanche, la Cour de cassation admettait les ruptures amiables lorsque le salarié n'était pas spécialement protégé ou en cas de prévision expresse du législateur (exemple du contrat à durée déterminée). Ainsi, les accords de rupture conclus en cours d'exécution du contrat étaient-ils admis, sauf hypothèse d'un litige existant entre les parties et à condition que l'accord de rupture ne soit pas en même temps une transaction sur les conséquences de la rupture.

Ainsi, on peut dire que l'unilatéralisme a longtemps dominé le droit de la rupture du contrat de travail, le législateur et la jurisprudence s'efforçant de limiter les possibilités de recours à d'autres modes que le licenciement et la démission. Depuis une dizaine d'années, on observe un changement de cap marqué par la montée du bilatéralisme.

II. La montée du bilatéralisme dans le droit de la rupture du contrat de travail d'aujourd'hui

⁹ C . cass. soc. 13 mars 2001, pourvoi n° 98-46411

Même si le consentement des parties pouvait intervenir dans le cadre de la rupture du contrat de travail (notamment ruptures amiables ou montages transactionnels), l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2008 *sur la modernisation du marché du travail* et loi du 25 juin 2008 ont constitué un tournant majeur, d'une part, en érigeant la rupture d'un commun accord comme « troisième voie de rupture du contrat de travail à durée indéterminée »¹⁰ aux côtés de la démission et du licenciement, d'autre part, en fixant le cadre juridique de la rupture conventionnelle individuelle.

Le premier point important résulte, en effet, de la modification de l'article L.1231-1 du code du travail qui prévoit désormais : « Le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié, *ou d'un commun accord*, dans les conditions prévues par les dispositions du présent titre ». En insérant dans le texte une référence à la rupture d'un commun accord, le législateur met fin au quasi-monopole de l'unilatéralisme de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée.

Par ailleurs, la portée générale de l'article L.1231-1 permet d'affirmer que cette disposition ne se limite pas à la seule rupture conventionnelle individuelle dont la loi de 2008 a fixé le cadre juridique, mais vise les différentes formes de rupture conventionnelle qui existent en droit du travail.

La rupture conventionnelle individuelle ou homologuée, qui a été définie par l'ANI et la loi de 2008, est généralement considérée comme la rupture amiable de droit commun du contrat de travail à durée indéterminée : c'est en tout cas ce qui résulte de la jurisprudence¹¹. La solution se fonde sur l'article L. 1237-11 *in fine* : la rupture conventionnelle « résulte d'une convention signée par les parties au contrat. Elle est soumise aux dispositions de la présente section destinée à garantir la liberté du consentement des parties ». L'idée sous-jacente est qu'en dehors de cette procédure, la liberté du consentement des parties ne serait pas garantie. Elle est aussi justifiée par l'adage *specialia generalibus derogant*, l'existence d'un cadre juridique particulier excluant le cadre général du code civil. Soulignons cependant que l'analyse ne fait pas l'unanimité en doctrine. Elle est notamment contestée par le professeur Morvan pour qui la Cour de cassation interprète le texte au-delà de son objet et qui souligne les inconvénients d'une solution qui risque de conduire à la multiplication des exceptions.¹²

Par ailleurs, en cas de grand licenciement collectif pour motif économique (plus de dix licenciements sur une trentaine de jours), la jurisprudence admet que soit prévu, dans le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), un plan de départ volontaire autonome (sans plan de reclassement) ou mixte (avec plan de reclassement). Il résulte d'ailleurs de l'article L.1237-16

¹⁰ G. Loiseau, préc.

¹¹ C. cass. Soc. 15 octobre 2014, pourvoi n°11-22251

¹² P. Morvan, « La salade des ruptures conventionnelles », Dr. Soc. 2018, p.26. Il est vrai que la rupture amiable du code civil continue à s'appliquer en dehors du champ du CDI : par exemple, pour la rupture du CDD (C. trav., art. L.1243-1) ou du contrat d'apprentissage (C. trav., art.L. 6222-18).

du code du travail que dans ce cas, la validité des ruptures n'est pas soumise au respect des règles applicables à la rupture homologuée.

Enfin et surtout, depuis l'ordonnance du 22 septembre 2017, une section intitulée « *Rupture d'un commun accord dans le cadre d'un accord collectif* » a été insérée dans le code du travail. Elle prend place juste après celle consacrée à la rupture conventionnelle individuelle ou homologuée. Deux nouveaux cas de rupture conventionnelle du contrat à durée indéterminée y sont définis :

- la rupture consécutive à l'acceptation par le salarié de la proposition d'un congé de mobilité prévu dans le cadre d'un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) ou d'un accord collectif portant rupture conventionnelle collective
- la rupture dans le cadre d'un accord collectif portant rupture conventionnelle collective –qui est pour sa part un dispositif totalement nouveau.

Il s'agit de deux modes de rupture qui présentent la particularité de nécessiter l'expression d'un double accord de volontés : au niveau collectif, d'abord, avec la conclusion d'un accord collectif fixant les conditions des ruptures ; au niveau individuel, ensuite, les ruptures ne pouvant concerner que des salariés volontaires.

Le congé de mobilité et la rupture conventionnelle collective¹³ s'inscrivent dans une même logique d'anticipation et de sécurisation des restructurations d'entreprise. Ils ont, en premier lieu, pour objet de permettre aux entreprises de supprimer des emplois, sans licencier, très en amont d'éventuelles difficultés, en prévision de changements notamment techniques de nature à affecter l'emploi et les compétences requises. Autrement dit, ils visent à permettre les restructurations à froid, en dehors de tout projet de licenciement¹⁴. Le but est en second lieu de sécuriser les restructurations grâce au dialogue social, la conclusion d'un accord collectif d'entreprise permettant de renforcer la légitimité de décisions de gestion aux conséquences sociales potentiellement lourdes pour les salariés.

En vertu de l'article L.1237-16, ces ruptures conventionnelles, tout comme celles qui résultent des prévisions d'un accord collectif de GPEC ou d'un plan de sauvegarde de l'emploi, ne sont pas assujetties à la procédure d'homologation créée en 2008.

¹³ Le congé de mobilité est un dispositif qui a été créé par une loi de 2013 et qui a fait l'objet d'une refonte en 2017. En vertu de L.1237-18 du code du travail, il a pour objet de favoriser le retour à un emploi stable par des mesures d'accompagnement, des actions de formation et des périodes de travail, y compris à l'extérieur de l'entreprise, en CDD ou en CDI. En cela, il rappelle le contrat de sécurisation professionnel ou le congé de reclassement qui peuvent figurer dans un PSE. Le congé de mobilité peut être proposé par l'employeur si un accord collectif de rupture conventionnelle collective ou de GPEC le prévoit. Dans la logique du texte, c'est l'accord collectif qui fixe les modalités et notamment garanties de l'intégrité du consentement du salarié.

La rupture conventionnelle collective, innovation résultant des réformes de 2017, s'apparente au plan de départ volontaire autonome (PVD- autonome, en dehors de tout licenciement) dont la jurisprudence reconnaît la validité.

¹⁴ Certaines mesures susceptibles d'être prises à froid peuvent prendre place dans un PSE établi dans le cadre d'un licenciement économique. Ainsi en est-il de la GPEC et des congés de mobilité. De même, la rupture amiable peut intervenir dans le cadre d'un plan de départ volontaire prévu dans un PSE.

Il convient de souligner en guise de conclusion que la tendance en faveur du développement des ruptures amiables n'est pas circonscrite au seul du droit de la rupture du contrat de travail. Le mouvement est bien plus large. Il constitue, tout d'abord, l'une des manifestations de la place grandissante reconnue aux volontés individuelles et, surtout, collectives en droit du travail français -avec pour corollaire le recul de l'ordre public. Il déborde, ensuite, du droit du travail pour toucher d'autres champs juridiques dans lesquels la place de la volonté individuelle était marginale¹⁵, comme celui des relations de travail dans le secteur public. En effet, la loi n°2019-828 du 6 août 2019 *de transformation de la Fonction publique* consacre, certes pour une période expérimentale de 6 ans, une modalité de rupture conventionnelle pour les contractuels mais aussi les fonctionnaires des trois fonctions publiques (d'Etat, des collectivités territoriales et hospitalière).

¹⁵ On pense par exemple au droit des personnes dans lequel le contrat prend de plus en plus de place.