

La loi de modernisation du marché du travail : examen critique, par Nathalie Cazeau, Avocat

Cet article a été publié sur le village de la justice le 18 juillet 2008

La loi du 25 Juin 2008 portant modernisation du marché du travail a été adoptée et publiée au JO du 26 Juin 2008.

Quels sont les principaux enseignements qu'il faut retenir de cette loi, et quelles questions va-t-elle susciter ?

La loi du 25 Juin 2008, reprend les dispositions de l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 Janvier 2008, sur la modernisation du marché du travail.

Cette loi est donc la résultante d'une négociation avec les partenaires sociaux, et non pas d'un travail classique d'élaboration d'une loi par le législateur, lequel a joué un rôle assez réduit dans l'élaboration de cette norme.

La loi réforme et modifie le droit du travail sur les points suivants

- 1) Formation, exécution du contrat de travail, et portage salarial,
- 2) Rupture du contrat de travail

1) FORMATION, EXECUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL ET PORTAGE SALARIAL

1.1. Formation du contrat de travail

La loi nouvelle édicte le principe en son article 1, selon lequel le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail et modifie en ce sens l'article 1221-2 du Code du Travail.

Cette disposition, affirmée dans son principe par l'article 1 de l'ANI du 11 janvier 2008, rappelle en effet que la règle doit être, en droit du travail, le recours au contrat de travail à durée indéterminée, les contrats à durée déterminée devant rester l'exception.

Il faut souligner cependant que l'article 1 de l'ANI expose très clairement que « *le contrat de travail à durée déterminée et le contrat de travail temporaire constituent des moyens de faire face à des*

besoins momentanés de main d'œuvre. Leur utilité économique dans un environnement en perpétuelles fluctuations et dans un contexte de concurrence mondiale est avérée. »

Le recours au principe général du contrat à durée indéterminée est donc tempéré par la nécessité de s'adapter à l'environnement économique mondial, ce que reconnaît et admet très clairement l'ANI dans l'article 1 précité.

Cependant, un tel recours aux contrats à durée déterminée ne peut s'exercer sans limites ni contrôle, ceci dans le but évident de prévenir les abus, et de trouver un équilibre entre les besoins de l'entreprise d'une part, et la protection des droits des salariés.

C'est pourquoi l'ANI du 11 janvier 2008 dispose en son article 1, 3^{ème} paragraphe :

« Le recours à ces contrats de travail doit se faire de manière responsable dans le respect de leur objet et ne peut se justifier que pour faire face à des besoins momentanés de renfort, de transition et de remplacement objectivement identifiables, par le comité d'entreprise ou à défaut par les délégués du personnel dans le cadre de leurs attributions respectives concernant l'évolution de la situation de l'emploi dans l'entreprise.

A l'occasion des réunions prévues aux articles L 432-4-1 et L 432-4-2 du Code du Travail, le chef d'entreprise informe le comité d'entreprise des éléments à sa disposition qui pourraient conduire l'entreprise à faire appel, pour la période à venir, aux contrats à durée déterminée et aux contrats de travail temporaire pour accroissement temporaire d'activité. De même, il porte à la connaissance du comité d'entreprise les éléments qui l'ont conduit à recourir à ces mêmes contrats.

Dans les entreprises dépourvues de comité d'entreprise, le chef d'entreprise communique une fois par an, ces mêmes informations aux délégués du personnel.

Il appartient aux branches professionnelles à l'occasion de la négociation annuelle obligatoire, de jouer pleinement leur rôle et de s'assurer, à partir du rapport prévu à l'article L 132-12 du code du travail, qu'il est fait appel à ces types de contrats (CDD, Intérim, temps partiel) de façon responsable et dans le respect de leur objet.

En outre, s'agissant des contrats aidés les parties signataires demandent aux Pouvoirs Publics de procéder à une simplification et rationalisation des dispositifs existants ».

La loi du 25 Juin 2008 a repris pour l'essentiel ces dispositions en modifiant comme suit différents articles du code du travail :

L'article 2313-5 a été complété en précisant que pour les entreprises ne disposant pas de comité d'entreprise, l'employeur se devait d'informer une fois par an les délégués du personnel des éléments qui l'ont conduit à faire appel, au titre de l'année écoulée et qui pourraient le conduire à faire appel pour l'année à venir, à des contrats de travail à durée déterminée, à des contrats de mission conclus avec une entreprise de travail temporaire ou à des contrats conclus avec une entreprise de portage salarial.

De même, l'article 2323-47 du Code du travail, qui concerne les entreprises de moins de 300 salariés, a été complété prévoyant l'insertion d'un alinéa indiquant que l'employeur informe le comité d'entreprise des éléments qui l'ont conduit à faire appel au titre de l'année écoulée, et qui pourraient le conduire à faire appel pour l'année à venir, à des contrats de travail à durée déterminée, à des contrats de mission conclus avec une entreprise de travail temporaire ou à des contrats conclus avec une entreprise de portage salarial.

La loi a prévu d'ajouter la même disposition à l'article 2323-51 qui concerne l'obligation d'information trimestrielle de l'employeur à l'égard du comité d'entreprise pour les entreprises de 300 salariés et plus.

La loi est d'application immédiate en ce qui concerne ces dispositions, lesquelles ne sont soumises à aucun décret ni règlement particulier.

Il appartient donc aux employeurs concernés de prévoir d'inclure ces informations dans leur prochaine consultation annuelle des institutions représentatives du personnel.

1.2. Exécution du contrat de travail

1.2.1. La période d'essai

L'objectif rappelé par les partenaires sociaux dans l'ANI du 11 Janvier 2008, est de faciliter l'accès direct au CDI en permettant à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent.

La solution, pour améliorer le dispositif existant a donc été d'instituer une période d'essai interprofessionnelle – sauf accord de branche conclu avant l'entrée en application de l'accord- plus longue que celle jusque là applicable.

L'article 2 de la loi nouvelle prévoit donc une nouvelle section 4 « *Période d'essai* » instituée dans le code du travail, rappelant les principes suivants :

L'article 1221-19 du code du travail dispose que la période d'essai du contrat à durée indéterminée, sera au maximum de :

- 2 mois pour les ouvriers et employés,
- 3 mois pour les agents de maîtrise et les techniciens
- 4 mois pour les cadres.

L'article 1221-20 du Code du travail dispose que la période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées par lui conviennent.

Par ailleurs, l'article L1221-21 du Code du travail dispose que la période d'essai peut être renouvelée une fois si un accord de branche étendu le prévoit, étant précisé que cet accord devra fixer les conditions et les durées de renouvellement.

Si cette condition est remplie, la durée renouvellement compris, ne pourra pas dépasser :

- 4 mois pour les ouvriers et employés,
- 6 mois pour les agents de maîtrise et techniciens,
- 8 mois pour les cadres.

Un article 1221-22 nouveau est également institué qui dispose que ces durées ont un caractère impératif sauf en ce qui concerne les durées plus longues fixées par les accords de branche conclus avant la publication de la loi du 25 Juin 2008, les durées plus courtes fixées par des accords collectifs conclus après la date de publication de la loi précitée, ou des durées plus courtes prévues dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail.

Il résulte de cette disposition que les accords de branche prévoyant des durées plus longues prévues avant la date de publication de la loi sont préservés.

Ceci dit, la loi du 25 juin 2008 dispose que les stipulations des accords de branche conclus avant la publication de la présente loi et fixant des durées d'essai plus courtes que celles fixées par l'article L. 1221-19 restent en vigueur jusqu'au 30 juin 2009.

Ces durées plus courtes vont donc s'appliquer jusqu'au 30 Juin 2009, et si aucune négociation n'a lieu jusque là les durées plus longues prévues par la loi nouvelle s'appliqueront.

En ce qui concerne le renouvellement, la loi est très claire puisque le nouvel article 1221-21 dispose prévoit que le renouvellement n'est possible que si un accord de branche étendu le prévoit.

Par ailleurs, il convient de souligner que la loi nouvelle a prévu d'insérer un article 1221-23 dans le code du travail, qui dispose que la période d'essai et la possibilité de la renouveler ne se présument pas. Ces dispositions doivent être expressément stipulées dans le contrat de travail.

Ce qui veut dire qu'à défaut de stipulation claire de la période d'essai et de sa possibilité de renouvellement, dans le contrat de travail, aucune des parties ne pourra s'en prévaloir, le contrat étant alors réputé conclu sans essai, et ou sans possibilité de renouvellement.

Par ailleurs, et pour faciliter l'insertion des jeunes dans le monde du travail, les partenaires sociaux ont prévu, ce qui a été repris par le législateur dans le nouvel article L 1221- 24 du Code du Travail, qu'en cas d'embauche dans l'entreprise à l'issue du stage intégré à un cursus pédagogique réalisé lors de la dernière année d'études, **la durée de ce stage est déduite de la période d'essai, sans que cela ait pour effet de réduire cette dernière de plus de la moitié sauf accord collectif prévoyant des stipulations plus favorables.**

Enfin, un délai de prévenance est institué par les nouveaux articles 1221-25 et 1221-26 du code du travail.

Ces dispositions prévoient que lorsqu'il est mis fin par l'employeur au contrat en cours ou au terme de la période d'essai définie aux articles 1221-19 à 1221-24 ou à l'article L1242-10 pour les contrats prévoyant une période d'essai d'au moins une semaine (CDD) le salarié est prévenu dans un délai qui ne peut être inférieur à :

- 24 heures, au delà de 8 jours de présence,
- 48 heures entre 8 jours et un mois de présence,
- 2 semaines après un mois de présence,
- Un mois après 3 mois de présence.

Par ailleurs, il est stipulé que la période d'essai renouvellement inclus, ne peut être prolongée du fait de la durée du délai de prévenance.

L'article L 12216 prévoit que lorsqu'il est mis fin à la période d'essai par le salarié, celui-ci respecte un délai de prévenance de 48 heures. Ce délai est ramené à 24 heures si la durée de présence du salarié dans l'entreprise est inférieure à 8 jours.

1.2.2. Les absences pour maladie

Le législateur a prévu de réduire de 3 ans à un an le délai stipulé à l'article 1226-1 du Code du travail, conditionnant l'octroi de l'indemnité complémentaire à l'allocation journalière prévue à l'article L 321-1 du Code de la sécurité sociale, en cas de maladie ou d'accident.

1.2.3. Le CDD de projet

L'article 6 de la loi du 25 Juin 2008 institue, à titre expérimental pour une période de 5 ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi, un contrat de travail à durée déterminée dont l'échéance est la réalisation d'un objet défini, d'une durée minimale de 18 mois et maximale de 36 mois. Il s'applique aux ingénieurs et cadres.

Le recours à ce contrat est subordonné à la conclusion d'un accord de branche étendu, ou à défaut à la conclusion d'un accord d'entreprise.

Cet accord devra définir

- les nécessités économiques auxquelles ces contrats sont susceptibles d'apporter une réponse adaptée
- Les conditions dans lesquelles les salariés sous contrat à durée déterminée bénéficient de garanties relatives à l'aide au reclassement, à la validation des acquis de l'expérience, à la priorité de réembauchage,
- Les conditions dans lesquelles les salariés sous contrat à durée déterminée ont une priorité d'accès aux emplois à durée indéterminée dans l'entreprise.

a) Régime juridique du contrat et rupture

Ce contrat prend fin avec la réalisation de l'objet pour lequel il a été conclu, après un délai de prévenance d'au moins 2 mois. Il n'est pas renouvelable.

Il pourra être rompu, par l'une ou l'autre des parties, pour un motif réel et sérieux, au bout de 18 mois puis à la date anniversaire de sa conclusion.

Lorsqu'elle est à l'initiative de l'employeur, cette rupture ouvre droit pour le salarié à une indemnité égale à 10 % de la rémunération totale brute perçue depuis le début du contrat.

La même indemnité est due lorsqu'à l'échéance du contrat, les relations contractuelles ne se poursuivent pas sous contrat à durée indéterminée.

b) Clauses obligatoires du contrat

Le CDD à objet défini doit être écrit et mentionner l'ensemble des clauses obligatoires des CDD sous réserve de quelques spécificités. Il doit notamment indiquer :

- la mention " contrat à durée déterminée à objet défini " ;
- l'intitulé et les références de l'accord collectif qui institue ce contrat ;
- une clause descriptive du projet et mentionnant sa durée prévisible ;
- la définition des tâches pour lesquelles il est conclu ;
- l'évènement ou le résultat objectif déterminant la fin de la relation contractuelle ;
- le délai de prévenance de l'arrivée du terme du contrat et, le cas échéant, de la poursuite de la relation en CDI ;
- une clause mentionnant précisément la faculté de rupture par l'une ou l'autre des parties pour un motif réel et sérieux ainsi que l'indemnité de rupture à laquelle ouvre droit cette rupture.

1.3. Le portage salarial

La loi du 25 Juin 2008 définit le portage salarial aux termes du nouvel article 1251-64 qui dispose « *Le portage salarial est un ensemble de relations contractuelles organisées entre une entreprise de portage, une personne portée, et des entreprises clientes comportant, pour la personne portée, le régime du salariat et la rémunération de sa prestation chez le client par l'entreprise de portage. Il garantit les droits de la personne portée sur son apport de clientèle.* »

En réalité, on ne peut déduire de cette simple définition une véritable construction législative sur le portage salarial, qui reste à créer.

En effet, la loi précise que pour une durée limitée à deux ans à compter de la publication de la loi, un accord national interprofessionnel étendu peut confier à une branche dont l'activité est considérée comme la plus proche du portage salarial, la mission

d'organiser après consultation des organisations représentant des entreprises de portage salarial et par accord de branche étendu, le portage salarial.

2) RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

2.1. La motivation des licenciements

L'article 11 de L'ANI du 11 Janvier 2008 a rappelé que l'objectif poursuivi était d'encadrer et de sécuriser les ruptures de contrats de travail.

L'article 11 précité rappelle donc que « *Plusieurs évolutions doivent contribuer à la réalisation de cet objectif.* »

Parmi elles, l'obligation de motiver les licenciements, l'article 11 disposant que « *Tout licenciement doit être fondé sur un motif réel et sérieux qui doit être porté à la connaissance du salarié concerné.* »

La transposition de ce principe par la loi nouvelle a donc été reprise, l'article 4 de la loi du 25 Juin 2008 disposant que l'article 1232-1 est modifié comme suit « *Tout licenciement pour motif personnel est motivé dans les conditions définies par la présent chapitre. Il est justifié par une cause réelle et sérieuse.* ».

De même, l'article 1233-2 est ainsi rédigé : « *Tout licenciement pour motif économique est motivé dans les conditions définies par le présent chapitre. Il est justifié par une cause réelle et sérieuse.* »

Par rapport à l'ancienne rédaction, qui disposait, s'agissant de l'article 1232-1 que « *tout licenciement pour motif personnel doit être justifié par une cause réelle et sérieuse* » l'apport de la loi nouvelle consiste en l'insertion de la notion de motivation du licenciement.

En d'autres termes, on rappelle que non seulement le licenciement doit être en lui même justifié par une cause réelle et sérieuse, mais surtout que la rupture doit être motivée ce qui impose à l'employeur une obligation légale d'explication des motifs ayant conduit au licenciement, que celui ci repose sur une cause personnelle ou sur une cause économique.

2.2. Le délai conditionnant l'octroi de l'indemnité légale de licenciement

Par ailleurs, toujours dans le but de sécuriser et d'encadrer la rupture des contrats de travail, le délai de deux ans prévu à l'ancien article 1234-9 du Code du travail et qui conditionnait, sauf faute

grave, l'octroi de l'indemnité légale de licenciement, est ramené à un an.

2.3. Le solde de tout compte :

Le législateur a également clarifié le contenu et l'effet libératoire du solde de tout compte.

Le nouvel article 1234-20 dispose désormais que :

« 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.

Le reçu pour solde de tout compte peut être dénoncé dans les 6 mois qui suivent sa signature, délai au delà duquel il devient libératoire pour l'employeur pour les sommes qui y sont mentionnées. »

L'ancienne version de l'article 1234-20 disposait que *« lorsqu'un reçu pour solde de tout compte est délivré et signé par le salarié à l'employeur à l'occasion de la rupture de son contrat de travail il n'a que la valeur d'un simple reçu des sommes qui y figurent ».*

La nouvelle version renforce donc l'effet d'un solde de tout compte non dénoncé dans les 6 mois, mais bien sûr, seulement à raison des sommes qui y figurent.

Par conséquent, si un salarié n'ayant pas dénoncé son solde de tout compte dans le délai sus visé estime avoir des réclamations à l'encontre de l'employeur, par exemple pour des heures supplémentaires effectuées et non mentionnées dans le solde de tout compte, ou pour contester le bien fondé d'un licenciement, le reçu n'aura aucune valeur libératoire, et le fait qu'il n'ait pas été dénoncé dans le délai de 6 mois ne saurait, selon nous, faire obstacle à de telles réclamations.

2.4. La rupture conventionnelle du contrat de travail

L'instauration par la loi du 25 Juin 2008 d'une procédure de rupture conventionnelle du contrat de travail, moyennant le respect d'une procédure, et un système d'homologation par l'autorité administrative, constitue la transposition de l'article 12 de l'ANI, intitulé *« Privilégier les solutions négociées à l'occasion des ruptures du contrat de travail ».*

L'article 12 précise que : *« La recherche de solutions négociées vise, pour les entreprises, à favoriser le recrutement et développer l'emploi tout en améliorant et garantissant les droits des salariés. Elle ne doit pas se traduire par une quelconque restriction de la*

capacité des salariés à faire valoir leurs droits en justice mais au contraire, se concrétiser dans des dispositifs conçus pour minimiser les sources de contentieux. »

Le but est donc de minimiser les sources de contentieux, et de conférer une certaine souplesse aux modes de rupture pour développer l'emploi.

Cependant à la lecture du processus qui a été ainsi créé, on peut légitimement nourrir des doutes quant à l'effet réducteur des sources de contentieux de ce nouveau mode de rupture.

Certes, l'intention des partenaires sociaux et du législateur était louable sur ce point.

Mais au plan juridique, on peut craindre que le but recherché concernant la diminution des contentieux ne puisse réellement être atteint.

Examinons en premier lieu le nouveau système mis en place à la nouvelle section 3 du code du travail, intitulée « *Rupture conventionnelle* » :

a) Instauration d'un mode de rupture contractuel

L'article 1237-11 nouveau dispose que « l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie. La rupture conventionnelle, exclusive du licenciement, ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties. Elle résulte d'une convention signée par les parties au contrat. Elle est soumise aux dispositions de la présente section, destinées à garantir la liberté du consentement des parties ».

Autrement dit, par cet article, le législateur met en place une rupture contractuelle du licenciement, reposant donc sur les bases civilistes de la protection du consentement, protection renforcée s'agissant du salarié, compte tenu de sa situation évidente de dépendance économique, dans le cadre de la signature de telles conventions, qui il faut le rappeler, sont négociées alors que le salarié est encore lié par son contrat à l'employeur.

Cette contractualisation du mode de rupture du contrat de travail nécessite donc un contrôle étroit et bien encadré, contrôle qui cependant ne sera pas de nature à empêcher ensuite le salarié de contester la rupture ainsi intervenue.

Bien entendu et en pratique, étant donné que ce mode de rupture ne pourra avoir lieu que si employeur et salarié sont d'accord pour y

recourir, on peut penser que les sources de contentieux seront moins importantes.

Rien n'est moins sûr, selon nous.

b) L'entretien préalable

Le nouvel article L 1237-12 dispose que les parties au contrat conviennent du principe d'une rupture conventionnelle lors d'un ou de plusieurs entretiens au cours desquels le salarié peut se faire assister soit par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, ou tout autre salarié, soit, en l'absence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative.

Le texte prévoit que lors du ou des entretiens, l'employeur a la faculté de se faire assister quand le salarié en fait lui-même la demande, le salarié devant alors en informer l'employeur auparavant. Si l'employeur souhaite se faire assister, il en informe le salarié à son tour.

L'employeur peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou, dans les entreprises de moins de 50 salariés, par une personne appartenant à son organisation syndicale d'employeurs ou par un autre employeur relevant de la même branche.

Quel sera l'objet de l'entretien préalable ?

Comment sera rédigée la convocation et qui prendra l'initiative d'une telle convocation ?

Puisque l'initiative peut - et même devrait - venir des deux parties, on peut imaginer que soit le salarié soit l'employeur pourraient convenir de notifier une telle convocation.

Mais en pratique, la dite convocation émanera le plus souvent de l'employeur et aura donc pour objet « un entretien sur le principe éventuel d'une rupture conventionnelle » le but étant de recueillir durant cet entretien, l'assentiment des deux parties quant au principe d'une telle rupture et également, un accord de principe quant à ses conditions financières.

A ce stade, une question doit alors être posée.

Le consentement du salarié et de l'employeur reposera forcément sur des discussions inhérentes aux conditions financières de la dite

rupture, qui auront été débattues, alors même que la rupture du contrat n'est pas consommée.

Quid dès lors de l'intégrité du consentement du salarié qui sera entrain de négocier les conditions financières de la rupture de son contrat, alors qu'il est encore en situation de dépendance économique vis à vis de l'employeur ?

Comment ne pas penser, dès lors, à la jurisprudence de la Cour de Cassation qui répute nulle, toute transaction signée alors que le contrat de travail du salarié n'est pas encore rompu par lettre recommandée de licenciement ?

Bien sûr, on rétorquera que la rupture conventionnelle n'est pas un licenciement. Et encore moins une transaction destinée à mettre fin à tout litige, puisque précisément, la rupture conventionnelle peut être remise en cause après signature par l'une ou l'autre des parties.

Mais là où il y a mélange des genres, c'est lorsque l'on constate que la rupture conventionnelle n'a de sens que si précisément les parties se mettent d'accord sur les conséquences financières du départ du salarié, discussion qui sera donc en pratique, exactement la même que celle qui est menée lors des discussions qui ont lieu dans le cadre d'une transaction.

La question qui risque de se poser est donc celle de savoir si un consentement de principe, donné à l'occasion de ces entretiens, et qui reposera forcément sur les conditions de la rupture, sera valable et considéré comme tel, alors que la dite rupture n'est pas consommée.

Et bien entendu, aucune confidentialité particulière ne sera conférée à ces entretiens, dont le contenu pourrait donc être porté à la connaissance d'éventuelles juridictions, en cas de contentieux ultérieur, quelque soit finalement, le mode de rupture qui aura été choisi.

c) La convention de rupture

L'article 1237 -13 dispose que la convention de rupture définit les conditions de celle-ci notamment le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle qui ne peut être inférieur à celui de l'indemnité prévue à l'article 1234-9.

La convention fixe la date de la rupture, qui ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation ou de l'autorisation administrative s'il s'agit d'un salarié protégé.

Sur ce point l'article 12 de l'ANI prévoit le recours à un formulaire type (attendu par prochain décret ou arrêté) reprenant les 3 étapes à savoir, première discussion entre les parties, signature de la convention, homologation de l'accord par le directeur départemental du travail.

Un exemplaire du formulaire sera conservé par l'employeur, un autre par le salarié, et un sera donc adressé au directeur départemental du travail.

En d'autres termes, la convention devra obligatoirement contenir les éléments suivants :

- Date de rupture (qui ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation)
- Indemnité spécifique de rupture conventionnelle.

L'article 1234-9 dispose que « à compter de la date de sa signature par les deux parties, chacune d'entre elles dispose d'un délai de 15 jours calendaires pour exercer son droit de rétractation. Ce droit est exercé sous la forme d'une lettre adressée par tout moyen attestant de sa date de réception par l'autre partie. »

L'article 1237-14 dispose quant à lui qu'à l'issue du délai de rétractation, la partie la plus diligente adresse une demande d'homologation à l'autorité administrative avec un exemplaire de la convention de rupture. Un arrêté du ministre chargé du travail fixe le modèle de cette demande.

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

L'article 12 de l'ANI prévoit que « la sécurité juridique du dispositif, pour les deux parties, résulte de leur accord écrit qui les lie dès que la réunion de l'ensemble des conditions ci dessus, garante de leur liberté de consentement a été constatée et homologuée par le directeur du travail précité au titre de ses attributions propres. Celui-ci dispose à cet effet d'un délai préfix de 15 Jours calendaires à l'issue duquel son silence vaut homologation »

Les mesures destinées à vérifier la validité du consentement des parties sont donc d'une part l'existence d'un délai de rétractation – à

l'instar du droit de la consommation- et d'autre part, un contrôle par l'autorité administrative.

Sur quels éléments un tel contrôle va-t-il porter ?

On peut se douter que l'autorité administrative va en premier lieu vérifier que les exigences légales a minima sont respectées en particulier concernant l'indemnité de rupture.

Mais on peut supposer aussi que l'autorité administrative aura – ou devrait avoir- un droit de regard sur le montant des dites indemnités au delà des strictes exigences légales, eu égard au contexte du dossier et notamment à la situation du salarié (âge, ancienneté, situation sociale).

Il est vrai cependant que compte tenu du délai très court imparti à l'administration pour se prononcer, on peut douter en pratique, qu'un tel contrôle aussi approfondi puisse être effectué.

Au plan des principes, on peut aussi se demander dans quelle mesure l'administration ne pourra pas s'immiscer dans le projet de contrat non encore homologué et y suggérer des modifications... On le voit, la liberté contractuelle aura dans ce cas certaines limites qui seront peut être les mêmes que celles des juges, lorsqu'ils contrôlent le contenu des transactions.

La convention, une fois homologuée pourra cependant faire l'objet d'un contentieux, les partenaires sociaux ayant clairement affirmé à juste titre, que le but n'était évidemment pas de priver les salariés de faire valoir leurs droits en justice.

L'article 1237-14 dispose que « l'homologation ne peut faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la convention. Tout litige concernant la convention, l'homologation, ou le refus d'homologation relève de la compétence du Conseil de Prud'hommes à l'exclusion de tout autre recours contentieux ou administratif.

Le recours juridictionnel doit être formé à peine d'irrecevabilité avant l'expiration d'un délai de 12 mois à compter de la date d'homologation de la convention. »

En d'autres termes, en cas de refus d'homologation par la DDTE, l'employeur ou le salarié pourraient saisir le Conseil de Prud'hommes compétent, pour contester le dit refus. On peut imaginer que le délai de 12 mois précité devrait alors courir à compter de la date de notification du refus, le législateur n'ayant pas précisé ce point.

On ne sait pas, dans un tel cas, si la juridiction du travail aurait le pouvoir ou non d'homologuer la convention au lieu et place de la DDTE, ou simplement de déclarer mal fondée la décision de refus, à charge pour la DDTE de se prononcer à nouveau...

En cas d'homologation, et si, par exemple, le salarié ou l'employeur estiment avoir été victimes d'un vice du consentement, la juridiction du travail pourra être saisie dans les 12 mois à compter de l'homologation, afin de juger de la validité d'un tel contrat.

On peut supposer que le débat reposera en effet sur les conditions de formation du contrat, ou – sujet plus simple- sur ses conditions d'exécution.

Pour les salariés protégés, la loi nouvelle prévoit que la rupture conventionnelle est soumise à l'autorisation de l'inspecteur du travail, et que par dérogation, la rupture ne peut intervenir que le lendemain du jour de l'autorisation.

Bien entendu, sous réserve de son homologation, la rupture conventionnelle ouvre droit pour le salarié au bénéfice des allocations d'assurance chômage dans les conditions de droit commun.

d) Le régime social et fiscal des indemnités

L'article 5 de la loi nouvelle modifie le Code Général des Impôts et précise que sont exonérées la fraction des indemnités prévues à l'article 1237-13 du code du travail versées à l'occasion de la rupture conventionnelle du contrat de travail d'un salarié lorsqu'il n'est pas en droit de bénéficier d'une pension de retraite d'un régime légalement obligatoire, qui n'excède pas :

- 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
- soit 50% du montant de l'indemnité si ce seuil est supérieur, dans la limite de 6 fois le plafond mentionné à l'article L 241-3 du Code de la sécurité sociale en vigueur à la date de versement des indemnités.

e) Le Champ d'application de la rupture conventionnelle

La rupture conventionnelle d'un commun accord du contrat à durée déterminée reste régie par les textes de droit commun. (Article L 1231-1)

Mais surtout, l'article 1237-16 de la loi nouvelle dispose que ce mode de rupture (la section nouvelle) ne s'applique pas aux accords collectifs de GPEC, et aux PSE.

Quid alors, de l'employeur soumis aux règles du PSE, qui procèdera à plus de 9 ruptures conventionnelles sur une même période de 30 jours, sans élaborer de PSE ?

La question ne manquera pas de se poser dans de telles circonstances.

Surtout que l'article 1233-3 du Code du travail dispose désormais que les dispositions du chapitre 3 consacré aux licenciements économiques sont applicables à toute rupture du contrat de travail, à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L 1237-11 et suivants.

2.5. Abrogation du CNE

Il convient en dernier lieu de signaler que l'article 9 de la loi requalifie en contrats à durée indéterminée de droit commun tous les contrats nouvelles embauches (CNE) en cours à la date de sa publication.

En conclusion , s'il est clair que l'intention du législateur – et surtout celle des partenaires sociaux ayant conclu l'ANI du 11 janvier 2008 – était louable, et que notre droit du travail mérite certainement un effort de modernisation, nulle doute cependant que le nouveau procédé de rupture conventionnelle du contrat de travail ne remplacera certainement pas l'efficacité d'une transaction signée en bonne et due forme, et posera quelques questions fort intéressantes à nos juridictions du travail.

Nathalie Cazeau, Avocat

nathalie.cazeau@ncazeau.com