Université Paris Nanterre
200 av. de la République
92001 Nanterre Cedex
www.parisnanterre.fr

Université franco-allemande
Deutsch-Französische Hochschule

TECHNISCHE UNIVERSITÄT DRESDEN

Membre de l'université Paris Lumières
École doctorale 141 : Droit et science politique

Victoria Elsa Marina ROUX

Comparaison de la rupture conventionnelle individuelle et la rupture conventionnelle collective française avec le « Aufhebungsvertrag », contrat de résiliation allemand

Thèse présentée et soutenue publiquement le 09/12/2020
en vue de l'obtention du doctorat de Droit privé et sciences criminelles
de l'Université Paris Nanterre
sous la direction de Mme Stéphanie ROHLFING-DIJOUX (Université Paris Nanterre)
et de Mr. Horst-Peter GÖTTING (codirecteur, Université Technique de Dresde, Allemagne)
Cette thèse a fait l'objet d'un soutien financier de l'Université Franco-Allemande (UFA)

Jury :

Rapporteur :	Mr. Pascal LOKIEC	Professeur, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne
Rapporteur :	Mr. Tilman BEZZENBERGER	Prof. Dr., Université de Potsdam Allemagne
Membre du jury :	Mme Stéphanie ROHLFING-DIJOUX	Professeur, Université Paris Nanterre
Membre du jury :	Mr. Horst-Peter GÖTTING	Prof. Dr., Université Technique de Dresde, Allemagne

Les universités n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Elles doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Je dédie cette thèse à Mr. Jochen Kremp (13.09.1942 – 14.10.2020), ancien juge et président du tribunal du travail de l'état du Baden-Württemberg.

Remerciements

« *Ce n'est pas tant l'intervention de nos amis qui nous aide, mais le fait de savoir que nous pourrons toujours compter sur eux*. »

Epicure.

Je remercie surtout et beaucoup ma directrice de thèse Mme Stéphanie Rohlfing-Dijoux de l'Université Paris Nanterre et directrice du cursus de droit comparé du côté français. Son soutien, ses conseils et sa gentillesse m'ont énormément aidée, sans lesquels le dépôt de cette thèse n'aurait pas été possible.

J'adresse également de grands remerciements à mon directeur de thèse allemand Mr. Horst-Peter Götting de l'Université Technique de Dresde en Allemagne, notamment pour son écoute bienveillante et son soutien pour la cotutelle. Je remercie ici aussi sa secrétaire Mme Heike Menzel pour sa gentillesse et j'exprime ma gratitude à Mme Claudia Schlüter, qui m'a conseillée et aidée à mettre en place ma cotutelle de thèse avec l'Université Technique de Dresde et m'a toujours encouragée dans la poursuite de mon travail en Allemagne.

Je tiens également à remercier Mr. Pascal Lokiec de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne ainsi que Mr. Tilman Bezzenberger de l'Université de Potsdam en Allemagne qui dirige le cursus de droit comparé du côté allemand, d'avoir accepté d'être rapporteurs. C'est un très grand honneur pour moi. Grâce à leur disponibilité et à leur soutien la soutenance est rendue possible malgré la situation actuelle avec le Covid-19.

Je remercie également Mr. Jérôme Porta de l'Université de Bordeaux et ancien du cursus, qui n'a pas ménagé ses efforts pour me conseiller.

Mes remerciements vont également à Mme Marie-Gabrielle Thiant ainsi qu'à Mme Katharina Ulbrich, grâce auxquelles la mise en place de cette thèse et les exigences administratives ont abouti avec succès dans les deux pays.
Merci également à Patric Kra pour son soutien et ses conseils pratiques sur la mise en place de la cotutelle.

Merci à ma mère Elisabeth, qui a accepté de lire et de corriger la partie française de ce travail. Un grand merci à mon mari Rayk dont la confiance en moi n'a jamais faibli durant toutes ces années de rédaction et qui a relu et corrigé avec moi la partie allemande. Merci également à Karin et Tine.

Je tiens à exprimer ma plus grande reconnaissance à Mr. Jochen Kremp, « vors. Richter am Landesarbeitsgericht a.D. » ancien juge et président du tribunal du travail du Baden-Württemberg et dont la mort le 14 octobre 2020 me peine énormément. Son soutien fort et inconditionnel, ses conseils et son assistance m'ont été très précieux durant mes propres négociations pour conclure un « Aufhebungsvertrag » allemand.
Je remercie également beaucoup Wolfgang et Bettina Finckh pour leur soutien sans faille et étroite collaboration avec Jochen.
Merci également à Anne-Marie et Jean-Loup Boixel, qui m'ont conseillée et soutenue du côté français.

Merci tout particulièrement à mes amis Marie, Johannes, Karo, Lilly et Anne-Kathrin pour m'avoir encouragée et défendue dans les périodes difficiles.

Je tiens encore à remercier l'Université Franco-Allemande (DFH) sans laquelle la cotutelle n'aurait tout simplement pas vu le jour, ainsi que pour son soutien financier.

L'aide conjuguée de toutes ces personnes évoquées ci-dessus, me permet de soutenir ma thèse sur la rupture conventionnelle en droit français et allemand en 2020 à Potsdam.

Je les remercie toutes du fond du cœur.

Sommaire

Abréviations
Avertissements

Introduction générale

Première partie - Définitions, motifs et conditions de la conclusion d'une rupture amiable d'un contrat de travail en France et en Allemagne

Chapitre 1 - Formalités et procédures menant à la validité de la rupture amiable et le statut des personnes protégées

Chapitre 2 - Nouvelle rupture conventionnelle collective française mise en place par la réforme Macron de 2017

Seconde partie - Les conséquences de la rupture amiable du contrat de travail sur l'employeur et son salarié et les possibilités de rétractation et de recours en France et en Allemagne

Chapitre 1 - Les conséquences fiscales et sociales pour le salarié en relation avec le devoir d'information

Chapitre 2 - Contestation, révocation de l'accord, contentieux de la rupture et avantages et inconvénients en résultant pour les parties

Conclusion générale

Synthèse allemande

Bibliographie
Glossaire
Table des matières

Abréviations

Françaises

ACOSS	Caisse nationale du réseau des Urssaf
AFDT	Association française de droit du travail
AJ	Actualité jurisprudentielle
AJDA	L'actualité juridique, droit administratif
al.	Alinéa
ANI	Accord national interprofessionnel
ANPE	Agence nationale pour l'emploi (depuis 2008 a créé avec les ASSEDIC le Pôle Emploi)
ARE	Allocation d'aide au retour à l'emploi,
ARE-F	Allocation d'aide au retour à l'emploi formation
Art.	Article
ASSEDIC	Association pour l'emploi dans l'industrie et le commerce (depuis 2008 a fondé avec l'ANPE pour créer Pôle Emploi)
Ass. Plén.	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
BJT	Bulletin Joly Travail
BMIS	Bulletin mensuel d'information des sociétés Joly
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Bull. Joly	Bulletin Joly
C.	Code
CA	Arrêt d'une cour d'appel
Cah. Soc.	Les Cahiers Sociaux
Cass. Ass. Plén.	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
C. Cass.	Cour de cassation
C. civ.	Code civil
CDD	Contrat à durée déterminée

CE	Arrêt du Conseil d'État
CEDH	Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne
CEDS	Comité européen des droits sociaux
Cf.	Se rapporter à
CDI	Contrat à durée indéterminée
Chap.	Chapitre
Code civ.	Code civil
Chr.	Chronique
Ch., réun.	Arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation
CGI	Code général des impôts
CGSS	Caisse générale de la Sécurité sociale
CHSCT	Comité d'hygiène, de santé et des conditions de travail
CJCE	Cour de justice des communautés européennes (de 1957 à 2009)
CJUE	Cour de justice de l'union européenne (depuis décembre 2009)
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
Contra	Solution contraire
CPA	Compte personnel d'activité
CPF	Compte personnel à la formation (anciennement DIF)
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CRDS	Contribution au remboursement de la dette sociale
CS	Cahiers sociaux
CSG	Contribution sociale généralisée
CSP	Contrat de sécurisation professionnelle
CSS	Code de la sécurité sociale
C. trav.	Code du travail
D.	Recueil Dalloz
DARES	Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques
DC	Décision du Conseil constitutionnel
Décis.	Décision
DGEFP	Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle
DIF	Droit individuel à la formation (devenu CPF)
DIRECCTE	Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi

Doctr.	Doctrine
DP	Délégué du personnel
Dr. ouvr.	Le Droit Ouvrier
Dr. soc.	Droit social
DS	Délégué syndical
E.	Éditeur
et s.	Et suivant
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GPEC	Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences
IDV	Indemnité de départ volontaire
IGAS	Inspection générale des affaires sociales
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
JCP	Juris-classeur périodique - La semaine juridique
JCP A	Juris-classeur périodique Édition Administrations et Collectivités Territoriales
JCP E	Juris-classeur périodique, édition Entreprise et Affaires
JCP G	Juris-classeur périodique, édition Générale
JCP S	Juris-classeur périodique, édition Sociale
JORF	Journal Officiel de la République française
JSL	Jurisprudence sociale Lamy
Jur.	Jurisprudence
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Litt.	Littéralement
Nr.	Numéro
Obs.	Observations
OECD	Organisation de coopération et de développement économiques
OIT	Organisation internationale du travail
OMS	Organisation Mondiale de la Santé
p.	Page
pp.	Pages
PASS	Plafond annuel de la Sécurité Sociale
PDVA	Plan de départ volontaire autonome
PSE	Plan de sauvegarde de l'emploi
pt.	Point

PUF	Presses universitaires de France
RC	Rupture conventionnelle
RCC	Rupture conventionnelle collective
RCI	Rupture conventionnelle individuelle
RDC	Revue des contrats
RDT	Revue de droit du travail
Rép. civ.	Répertoire de droit civil Dalloz (Encyclopédie Dalloz)
Rép. min.	Réponse ministérielle
Rép. trav.	Répertoire de droit du travail Dalloz (Encyclopédie Dalloz)
RF	La revue fiduciaire
RF Paye	La revue fiduciaire Paye
RNCP	Répertoire national des certifications professionnelles
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RLDA	Revue Lamy de droit des affaires
RLDS	Revue Lamy de droit civil
RPDS	Revue pratique de droit social
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
soc.	Chambre sociale
Somm.	Sommaire(s)
SPE	Service public de l'emploi
SSL	Semaine sociale Lamy
TPE	Très petites entreprises
TVA	Taxe sur la valeur ajoutée
UE	Union Européenne
UNEDIC	Union nationale interprofessionnelle pour l'emploi dans l'industrie et le commerce
pp.	Pages
URSSAF	Union de recouvrement des cotisations de Sécurité sociale et d'allocations familiales
VAE	Validation des acquis de l'expérience

Allemandes

§	Paragraph Paragraphe
a. A.	andere Auffassung Version différente
a. F.	alte Fassung Ancienne Version
abs.	Absatz Alinéa
AGG	allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Loi générale relative à l'égalité de traitement
ALG	Arbeitslosengeld Allocations chômage
ArbR	Arbeitsrecht (Kommentar) Commentaire de Droit du travail
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell Revue de droit du travail
ArbG	Arbeitsgericht Tribunal du travail
Art.	Artikel Article
Aufl.	Auflage Édition
Az.	Aktenzeichen Numéro de dossier
BAG	Bundesarbeitsgericht Tribunal fédéral du travail
BAGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts Collection des décisions de la Cour fédérale du travail
BB	Betriebsberater (CHB) Conseiller d'entreprise (revue)
BC	Zeitschrift für Bilanzierung, Rechnungswesen und Controlling Revue sur le bilan, la comptabilité et la gestion des coûts

Bd.	Band Tome
BEEG	Gesetz zum Elterngeld und Elternzeit Loi sur l'allocation parentale et le congé parental
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar Commentaire en ligne
BeckRS	Beck Online Rechtsprechung Portail de ressources juridiques en ligne Beck (jurisprudence)
BetrAVG	Betriebsrentengesetz Loi sur la retraite professionnelle
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz Loi constitutionnelle des entreprises
BFH	Bundesfinanzhof Cour fiscale fédérale
BFHE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs Collection des décisions de la Cour fiscale fédérale
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch Code civil allemand
BGBl	Bundesgesetzblatt Journal officiel fédéral
BGH	Bundesgerichtshof Cour suprême fédérale
BSG	Bundessozialgericht Tribunal social fédéral
bspw.	beispielsweise Par exemple
BT-Drucks	Bundestagsdrucksache Document du Parlement fédéral allemand
BVerfG	Bundesverfassungsgericht Cour constitutionnelle fédérale
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Décisions de la Cour constitutionnelle fédérale allemande
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale allemande

BVerfGK	Sammlung der Entscheidungen der Kammern des Bundesverfassungsgerichts Collection des décisions des chambres de la Cour constitutionnelle fédérale allemande
BvG	Aktenzeichen der Justiz im Bereich Verfassungsstreitigkeiten zwischen Bund und Ländern Numéro de dossier de la justice dans le domaine de la controverse constitutionnelle entre le gouvernement fédéral et les états allemands
bzw.	Beziehungsweise Plus particulièrement
ca.	Circa Environ
d. h.	das heißt Cela veut dire
DA	Durchführungsanweisung Directive
DA der BA	Durchführungsanweisung der Bundesagentur für Arbeit Directive de l'office fédéral de l'emploi
DB	Der Betrieb Revue « l'entreprise »
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen Convention en matière de double imposition
DStR	Deutsches Steuerrecht Revue hebdomadaire de droit fiscal
EL	Ergänzungslieferung Commentaire contenant des informations complémentaire
engl.	Englisch Anglais
EStG	Einkommensteuergesetz Impôt général sur le revenu allemand
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht Revue européenne pour le droit du travail
EZA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht Catalogue de décisions sur le droit du travail

f./ ff.	folgende Suivant(s)
frz.	Französisch Français
FS	Festschrift Publication de commémoration
gem.	Gemäß Conformément à
GEWO	Gewerbeordnung Code de commerce
GG	Grundgesetz Loi fondamentale allemande
HGB	Handelsgesetzbuch Code de commerce allemand
Hrsg.	Herausgeber Éditeur(s)
HWK	Handwerkskammer Chambre des métiers
i. d. R.	in der Regel En règle générale
i. H. v.	in Höhe von À hauteur de
i. R. d.	im Rahmen des/der Dans le cadre de
i. S.	im Sinne Dans le sens
i. V. m.	in Verbindung mit En rapport avec
ibid	ebenda Idem
JM	Juris Die Monatszeitschrift Revue de droit Juris
JR	Juristische Rundschau Revue juridique

Kap.	Kapitel Chapitre
KR	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsrecht und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften (KR) Commentaire sur le droit du licenciement
KSchG	Kündigungsschutzgesetz Loi sur la protection du licenciement
LAG	Landesarbeitsgericht Tribunal du travail d'un état « Land » allemand
LSG	Landessozialgericht Tribunal social d'un état « Land » allemand
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht Revue mensuelle de droit allemand
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Commentaire de Munich sur le Code civil allemand
MuSchG	Mutterschutzgesetz Loi sur la protection de la maternité
n. F.	neue Fassung Nouvelle version
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift (CHB) Nouvelle revue juridique en ligne
NJW	Neue Juristische Wochenschrift Nouvel hebdomadaire juridique
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Nouvelle revue pour le droit du travail
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht - Rechtssprechungs-Report Nouvelle revue pour le droit du travail - jurisprudence
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht Nouvelle revue pour le droit social
öAT	Zeitschrift fürs öffentliche Arbeits- und Tarifrecht Revue pour le droit public du travail et de la négociation collective
PVG	Personalvertretungsgesetz Loi relative à la représentation du personnel

RdA	Zeitschrift Recht der Arbeit Revue le droit du travail
Rez.	Rezension Critique
Rn.	Randnummer Point
RÜ	Rechtsprechungsübersicht Aperçu de la jurisprudence
S.	Seite Page
SMG	Schuldrechtsmodernisierungsgesetz Loi pour la modernisation du droit des obligations
SGB	Sozialgesetzbuch Code allemand de la sécurité sociale
SGB III	Sozialgesetzbuch III Code social III
SGB IX	Sozialgesetzbuch IX Code social IX
Slg.	Sammlung Collection
sog.	sogenannt Dit
StGB	Strafgesetzbuch Code pénal allemand
u. a.	unter anderem Entre autres
v.	versus versus
Vgl.	Vergleich Comparaison
Vors.	Vorsitzender Président
z. B.	zum Beispiel Par exemple

ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht Revue de droit du travail
Zit.	Zitiert Cité
ZPO	Zivilprozessordnung Code de procédure civile

Avertissements

Au cours de notre analyse, nous userons principalement des termes suivants dans un but de démarcation des dispositifs français et allemands de résiliation du contrat de travail à l'amiable :

Le terme de « rupture conventionnelle »[1] sera utilisé pour ce qui concerne le droit français, tandis que nous utiliserons pour le « Aufhebungsvertrag » allemand[2] la traduction « contrat de résiliation ».

Ce travail comprend également « la rupture conventionnelle collective »[3] instaurée à travers la réforme Macron et applicable depuis peu. Suite à la mise en place de ce nouveau mode de rupture en droit français, nous userons parfois du terme « rupture conventionnelle individuelle » ou « rupture conventionnelle homologuée » afin de mieux différencier de la « rupture conventionnelle collective ».

Dans le texte principal rédigé en français, le droit français est toujours présenté et analysé dans les parties, sections et chapitres en première position et est suivi du droit allemand dans un esprit de comparaison homogène.

[1] La rupture conventionnelle applicable depuis la loi du 25 juin 2008.
[2] Le « Aufhebungsvertrag » a été utilisé dès le 19ème siècle en Allemagne.
[3] La rupture conventionnelle collective est applicable depuis le 23 décembre 2017 à travers le décret n° 2017-1724 du 20 décembre 2017 dans sa version consolidée au 28 avril 2018.

Introduction générale

« *La signification essentielle du droit du travail* [...] *est d'ordre moral. La société moderne n'admet pas que le travail soit traité comme un bien matériel, soumis à la loi du marché. Les rapports de travail sont soumis à un droit spécial parce qu'ils engagent la personne du travailleur. Du fait même, – et que l'on en ait plus ou moins conscience – le droit du travail se présente comme une réaction contre une philosophie matérialiste* »[4].

Paul Durand

I. Applications

La rupture conventionnelle individuelle va dans ce travail être comparée au contrat de résiliation allemand appelé « Aufhebungsvertrag ». Afin de comprendre son application, il faut tout d'abord définir ses mécanismes (1), qui ne sont ni contrôlés, ni mis en place de la même manière ; avant de se pencher sur leurs conséquences (2).

1. Définitions

Ainsi que posé par le principe de la liberté contractuelle allemand, « qui a conclu un contrat de travail est libre de le rompre à l'amiable ». Le contrat de résiliation, « Aufhebungsvertrag » en fait usage et est seulement mentionné dans le § 623 du code civil allemand BGB sous le terme

[4] Durand P. (1908-1960), *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, t. 1, n° 94, 1947 p. 113.

plus général de « Auflösungsvertrag », pouvant être traduit par contrat de résolution. Il s'agit d'un élément constitutif d'une rupture « Beendigungstatbestand » qui requiert la forme écrite. Malgré une absence de définition légale de ce terme, il faut comprendre qu'il s'agit d'un accord consensuel entre l'employeur et son salarié qui constitue la seule raison pour la rupture du contrat de travail[5].

En France, la rupture conventionnelle de 2008 est introduite dans l'article L. 1237-11 du Code du travail[6] de la manière suivante : « *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 ou de la démission 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* ».
La rupture conventionnelle collective de 2018 est, elle, mentionnée dans l'article L. 1237-17 du Code du travail[7] : « *Un accord collectif portant gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ou rupture conventionnelle collective peut définir les conditions et modalités de la rupture d'un commun accord du contrat de travail qui lie l'employeur et le salarié. Ces ruptures exclusives du licenciement ou de la démission ne peuvent être imposées par l'une ou l'autre des parties. Elles sont soumises aux dispositions de la présente section*. ».

On retrouve dans les deux cas une volonté claire de séparer ces modes de rupture du licenciement ou de la démission, comme cela est le cas en Allemagne ; accompagné d'une exigence de consentement non imposé.

a) Description

Le ministère du travail définit lui la rupture conventionnelle comme permettant à un employeur et à un salarié, « *de rompre, à leur initiative et d'un commun accord[8], le contrat de travail à*

[5] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 24.
[6] Créé par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 en son article 5.
[7] Suivant l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 en son article 10 (V).
[8] Ce « commun accord » est pourtant clairement « *contre la réalité* », étant donné que c'est forcément une partie qui fera les premières avances. Voir Masanovic P., Baradel S., *Les nouveaux modes de rupture du*

durée indéterminée qui les lie »[9] et ajoute que les parties sont l'objet de trois obligations principales.

La première obligation concerne le libre consentement des parties (mentionné dans les articles précités) valant pour la rupture même et les conditions affiliées. La deuxième obligation exige que les parties respectent les règles de fond et de forme posées par la loi. Il s'agit entre autres de l'indemnité de rupture, des délais imposés et de l'assistance des parties, choses que nous expliquerons en détail tout au long de ce travail. La troisième obligation posée est la nécessité de faire homologuer la convention de rupture par le Directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (DDTEFP) qui est l'autorité administrative en charge[10].

C'est l'arrêté du 18 juillet 2008[11] qui pose les différents modèles de rupture conventionnelle et de demande d'homologation qui doivent être utilisés par les parties et être adressés au DDTEFP compétent géographiquement. La demande d'homologation passe par un formulaire et doit contenir la convention de rupture signée par les deux parties, donc les informations requises par le DDTEFP. En cas de refus d'homologation par l'autorité administrative, le DDTEFP motivera sa décision expresse, c'est-à-dire son refus d'homologation[12]. Quand l'autorité administrative accorde une homologation, elle n'autorise pas un licenciement, en ce qu'elle est uniquement chargée de vérifier le libre consentement des parties, le respect des garanties légales et qu'il n'y a pas de contournements illégaux[13]. Par exemple un contournement des périodes de protection pour les salariés protégés.

Les deux parties au contrat doivent ainsi être consentantes, ce qu'on retrouve en droit allemand, où la rupture d'un contrat de travail suite à l'accord contractuel qu'est le « Aufhebungsvertrag »

---

contrat de travail, Le Droit Ouvrier, 2009, p. 182 et Bouaziz P., Collet-Thiry N., *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée: mode d'emploi*, Le Droit Ouvrier, 2010, n° 739, p. 70.

[9] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 2.

[10] Décret n° 2008-715 du 18 juillet 2008.

[11] Concerne les modèles de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle de contrat de travail à durée indéterminée.

[12] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 2.

[13] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 6.

est toujours possible[14]. La conclusion d'un contrat de résiliation s'accomplit selon les règles générales des §§ 145 et suivants du BGB, donc de par offre et acceptation et est un instrument utilisé fréquemment en pratique dans le but de faire cesser à court terme des contrats de travail. Du point de vue de l'employeur il est surtout sans risque[15], le risque pesant clairement sur le salarié. L'initiative peut venir de l'employeur ou du salarié et il n'est pas nécessaire de donner une raison spécifique, comme en France[16]. Le salarié étant cependant lors de la conclusion du « Aufhebungsvertrag » souvent mis sous pression par son employeur, la conclusion du contrat va s'avérer très souvent désavantageuse pour lui.

b) Distinctions

Précisons tout d'abord qu'un contrat de travail allemand ne pourra pas voir la conclusion d'un « Aufhebungsvertrag » être soumis au droit français. C'est-à-dire que les conditions si et sous lesquelles le « Aufhebungsvertrag » va mettre fin au contrat de travail resteront soumises au droit national du contrat de travail en cause. Un changement de droit peut seulement être envisagé pour ce qui est des conséquences « Folgen » de la rupture[17].

En France, la rupture conventionnelle individuelle n'est possible que pour les salariés employés en contrat à durée indéterminée, qu'il s'agisse d'un salarié protégé ou pas[18]. Cela exclut par

---

[14] Gagel, Winkler, *Kommentar SGB II, SGB III, § 159 SGB III, Aufhebungsvertrag,* 78. EL, Mai 2020, Rn. 73; Wollenschläger M., *Arbeitsrecht,* Academia Iuris Lehrbücher der Rechtswissenschaft, Carl Heymanns Verlag, 3. Auflage 2010, Rn. 364; Voir le § 311 BGB.

[15] Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 1; *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 962.

[16] Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 147 – 519.

[17] Franzen, Gallner, Oetker, *Kommentar zum Krebber europäischen Arbeitsrecht*, 2. Auflage 2018, VO (EG) 593/2008, Art. 9, Rn. 48 : « *Auf den Aufhebungsvertrag ist das Statut des aufzulösenden Arbeitsverhältnisses anwendbar* » (...) « *Wegen des engen Bezugs zwischen Aufhebungsvertrag und aufzuhebendem Arbeitsverhältnis ist eine vom Statut des aufzulösenden Arbeitsverhältnisses abweichende Rechtswahl im Aufhebungsvertrag nicht für die Frage möglich, ob und unter welchen Voraussetzungen der Aufhebungsvertrag das Arbeitsverhältnis auflöst (insoweit anders MHdB ArbR/Birk, 2. Aufl. 2000, § 20 Rn. 190; Deinert § 13 Rn. 18). Eine abweichende Rechtswahl ist allerdings für die Folgen der Auflösung denkbar.* ».

[18] Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), service-public.fr, *Ruptures conventionnelles : conditions, procédure et indemnisation,* vérifié le 29 septembre 2017, https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F19030.

conséquent les salariés en contrat à durée déterminée ou en contrat temporaire[19]. De même que les contrats d'apprentissage qui ne sont pas par nature des contrats à durée indéterminée, ne peuvent faire l'objet d'une rupture conventionnelle[20]. Les contrats à durée déterminée ne sont en effet pas couverts par l'article 12 de l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail qui est l'origine de l'article 5 de la loi n° 2008-596 qui a instauré la rupture conventionnelle[21]. Cela n'implique pas que les contrats à durée déterminée ne puissent pas être rompus avant terme grâce à un accord des parties, cela peut se faire ainsi que prévu par l'article L. 1243-1 du Code du travail, mais cela se fera sans le formalisme des règles posées dans les articles L. 1237-11 et suivants du Code du travail[22]. En Allemagne, on ne retrouve pas cette exclusion du « Aufhebungsvertrag » pour les contrats à durée déterminée. Au contraire, nous verrons l'usage courant de contrats de résiliations « Auhebungsverträge » pour mettre fin à un CDD.

Dans un nouvel essai d'élargissement de la rupture conventionnelle depuis 2020, les agents français de la fonction publique ne sont plus exclus de ce mode de rupture. Depuis la réforme de la fonction publique en son article 24[23] est donc prévue une application de la rupture conventionnelle aux fonctionnaires pendant une période d'expérimentation limitée[24]. On retrouve

---

[19] Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), service-public.fr, *Ruptures conventionnelles : conditions, procédure et indemnisation,* vérifié le 29 septembre 2017, https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F19030.

[20] Circulaire DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 4.

[21] Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, nor : MTSX0805954L, version consolidée au 28 avril 2016.

[22] Circulaire DGT n° 2012-07 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, Fiche 14 : Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 57.

[23] Article 24 du projet de loi de transformation de la fonction publique, 13 février 2019, présenté par Dussopt O., secrétaire d'État auprès du ministre de l'Action et des Comptes publics, p. 16.

[24] La loi de transformation de la fonction publique a été adoptée le 23 juillet 2019 et promulguée en date du 6 août 2019[24]. L'article 72 de cette loi n° 2019-828 du 6 août 2019 prévoit finalement une expérimentation durant six années de la rupture conventionnelle pour les agents des trois fonctions publiques avec une entrée en vigueur au 1er janvier 2020. Sur l'article 24 du projet de loi de transformation de la fonction publique, 13 février 2019, présenté par Dussopt O. : « *L'article 24 renforce les garanties des agents publics, et les leviers des employeurs publics, en instituant un mécanisme de rupture conventionnelle aligné sur celui prévu par le code du travail. Ce dispositif a vocation à s'appliquer aux contractuels relevant des trois versants de la fonction publique. Il s'inscrit dans l'objectif, plus général, du Gouvernement qui est de favoriser la mixité des carrières publiques et privées. (...) L'article prévoit une expérimentation s'agissant des fonctionnaires de l'État et hospitaliers : il est prévu d'appliquer ce dispositif à titre expérimental pendant 5 ans, à compter du 1er janvier 2020 jusqu'au 31 décembre 2025. Il s'agit d'un cas supplémentaire de cessation définitive de fonctions qui entraine radiation des cadres et perte de la qualité du fonctionnaire. Calquée sur le modèle de la rupture conventionnelle des contractuels, elle ne concernera ni les fonctionnaires stagiaires, ni les fonctionnaires détachés sur contrat, ni les fonctionnaires ayant droit à une pension de retraite à taux plein. (...) L'évaluation de ces expérimentations sera présentée au Parlement un an avant leur terme. Elle portera*

ici une similitude avec l'Allemagne, qui n'exclut pas les fonctionnaires de la conclusion d'un « Aufhebungsvertrag »[25]. Il est absolument nécessaire en droit allemand de se pencher sur la jurisprudence concernant le contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag », car même dans le secteur public, il n'existe que peu ou pas de réglementation sur ce contrat[26].

2. Conséquences

a) Succès

En France, les statistiques permettent clairement de mesurer le succès de la rupture conventionnelle individuelle. L'Allemagne n'opérant pas de statistiques au niveau national sur la conclusion des contrats de résiliation, il est difficile d'en tirer des conclusions. Il n'en reste pas moins que l'usage y est également très courant et que le « Aufhebungsvertrag » permet, à l'employeur, comme en France, à rompre un contrat de travail sans avoir à passer par un licenciement compliqué. Néanmoins, une enquête allemande menée en 2003[27] a montré, que chaque dixième rupture d'un contrat de travail est survenue à la suite d'un contrat de résiliation et que pour 100 contrats de résiliation, une soixantaine émanaient d'une initiative de l'employeur et que dans un tiers des cas, aucune indemnité n'était payée par l'employeur[28].

En France, deux ans après la mise en place de la rupture conventionnelle individuelle, les statistiques confirment qu'une très large part des salariés, qui ont conclu une telle rupture, sont

---

notamment sur le nombre de fonctionnaires couverts par ces dispositifs et leur coût global. L'article 24 permet également d'étendre le régime d'auto-assurance chômage des agents publics civils aux cas de privation d'emploi résultant d'une rupture conventionnelle, sur le modèle de ce qui existe pour le secteur privé, ou de certaines démissions donnant droit à une indemnité de départ volontaire. ».

[25] Voir notamment le Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L), § 33 Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung, „*(1) Das Arbeitsverhältnis endet ohne Kündigung a) mit Ablauf des Monats, in dem die/der Beschäftigte das gesetzlich festgelegte Alter zum Erreichen einer abschlagsfreien Regelaltersrente vollendet hat, b) jederzeit im gegenseitigen Einvernehmen (Auflösungsvertrag).*".

[26] Notzon M., *Aktuelles zum Aufhebungsvertrag und zur Anfechtung*, öAT, 2020, 4; Voir aussi Kuner, BeckOK *TVöD*, *Regelungen und deren Erfordernisse*, 50. Ed., 01.10.2012, § 33 TVöD-AT et Bredemeier, *Musterformulierung*, öAT, 2012, 80.

[27] Enquête menée par Bielenski, Hartmann, Pfarr et Seifert.

[28] Naber S., *Der massenhafte Abschluss arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge*, Forum Arbeits- und Sozialrecht Band 30, Centaurus Verlag 2009, S. 6.

inscrits à l'assurance-chômage[29]. La « *flexicurité* », en tant qu' « *improbable équilibre entre une plus grande souplesse organisationnelle pour les entreprises et une plus grande sécurité du revenu comme de la protection sociale (plutôt que de l'emploi) pour les salariés* »[30] a trouvé ici preneurs. La conclusion de ruptures conventionnelles tend ainsi à plus peser sur l'argent des contribuables et à moins sécuriser les emplois.

Une étude française du Centre d'études de l'emploi (CEE), d'octobre 2012 intitulée « *Des ruptures conventionnelles vues par des salariés* » a analysé un échantillon de cent une ruptures conventionnelles signées fin 2010[31]. Il en ressort que 61% de ces ruptures ont été à l'origine de l'employeur en 2010. Dans son résumé introductif, cette étude pose que « *les résultats bruts montrent que les profils des salariés et des entreprises auxquelles ils appartiennent sont variés. Les indemnités de rupture sont en grande majorité proches de l'indemnité légale. Les salariés sont très isolés avant, pendant et après la procédure. Au moment de l'enquête, six mois après la rupture conventionnelle, soixante-quinze cas sur cent sont encore inscrits à Pôle emploi. Le même nombre de salariés porte néanmoins un avis positif sur le dispositif, qui s'explique par le fait que la rupture conventionnelle a permis à une part importante d'entre eux de quitter une situation devenue intenable.* »

L'étude du CEE révèle également que « *l'exploitation raisonnée des cent un cas et la recherche de ressemblances avec d'autres modèles de rupture du contrat de travail met en évidence que moins du quart de l'échantillon présente de nombreux traits communs avec la démission, plus du tiers avec des prises d'acte ou des résiliations judiciaires et un peu moins de la moitié avec des licenciements*. » On confirme ici donc que la rupture conventionnelle est surtout utilisée pour terminer la relation de travail sans devoir passer par un licenciement compliqué pour l'employeur et est porteuse de conséquences négatives pour le salarié. L'étude pose qu'entre janvier 2011 et mars 2012, c'est une moyenne de 22 500 ruptures qui ont été homologuées chaque mois

---

[29] Il s'agit dans la mise en place de la rupture conventionnelle, d'une volonté de transposer les exemples étrangers de fléxisécurité: voir Grumbach T., Serverin E., *Le juge des référés prud'homal face au refus d'homologation de ruptures conventionnelles*, SSL, 8 mars 2010, p. 6 à 10 et Pujolar O., *Rupture conventionnelle et régime de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée*, Le Droit Ouvrier, juin 2010, n° 743, p. 308.

[30] Jeammaud A., *Consentir*, sous la direction de Sachs T., Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012, p. 95.

[31] CEE, Dalmasso R., Gomel B., Meda D., Serverin E., *Des ruptures conventionnelles vues par des salariés, Analyse d'un échantillon de cent une ruptures conventionnelles signées fin 2010*, Rapport de recherche du CEE n° 95, octobre 2012.

en France[32], avec un montant de plus de 1,2 million de ruptures conventionnelles homologuées par l'inspection du travail depuis sa création en août 2008 jusqu'en mars 2012.

Cette tendance continue avec un total de 3,4 millions de ruptures conventionnelles déposées en dix ans, de juin 2008 à juillet 2018[33]. Sur les 3.440.828 conventions de ruptures qui ont été déposées de 2008 à 2018, seulement 81.581 demandes ont été jugées irrecevables (pour dossier incomplet par exemple) et surtout seules 209.124 demandes ont été refusées ; ce qui donne un total de 3.150.123 conventions de rupture homologuées depuis l'introduction de ce mode de rupture à juillet 2018[34].

Dans la pratique des entreprises, un accord de rupture conventionnelle est, comme nous l'avons vu dans l'enquête allemande de 2003 et dans les études françaises, souvent conclu à l'initiative de l'employeur. Car même si en France notamment, « *toute référence à l'initiative de la rupture a été clairement écartée* »[35], en ce que « *la loi a essayé de faire de la rupture conventionnelle une « boîte noire », en gommant l'identité de l'auteur de la rupture (…) »,* il reste que *« (…) en réalité, il est très apparent qu'une rupture à la demande du salarié n'a pas la même signification qu'une rupture à la demande de l'employeur* »[36]. Car qu'est-ce qui va empêcher au final un employeur, quand son salarié lui demande de conclure une rupture conventionnelle, d'essayer de le contraindre à la démission pour ne pas avoir à lui verser une indemnité de rupture ? À l'inverse, l'employeur, qui veut se séparer de son salarié, peut user de sa supériorité hiérarchique et « inciter »[37] son salarié à accepter ses termes de la convention de rupture.

---

[32] Étude du Centre d'études de l'emploi (CEE), Dalmasso R., Gomel B., Meda D., Serverin E., *Des ruptures conventionnelles vues par des salariés, Analyse d'un échantillon de cent une ruptures conventionnelles signées fin 2010*, Rapport de recherche du CEE n° 95, octobre 2012, p. 10.

[33] Selon la Dares, en 2018: 437700 rupture conventionnelles individuelles ont été homologuées, ce qui représente une augmentation de 3,9 % par rapport à 2017. En 2017: 420900 ruptures conventionnelles avaient été homologuées, ce qui représentait déjà une hausse de 7,8 % par rapport à 2016. En 2016: 389.744 ruptures avaient été homologuées et ce chiffre était de 358244 ruptures homologuées en 2015. Nous voyons bien que la tendance va toujours plus vers le haut. Voir les résultats publiés par la DARES sur le site du ministère du travail, https://dares.travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/2019-008.pdf.

[34] Legisocial, *rupture conventionnelle: un mode de rupture qui continue de progresser !*, 31 août 2018, https://www.legisocial.fr/actualites-sociales/2826-rupture-conventionnelle-mode-rupture-continue-progresser.html?utm_source=LEGISOCIAL+-+Marketing&utm_medium=email&utm_campaign=L%C3%83%C2%A9giSocial+-+Newsletter+-+%23412&hash=2bab89794abcce11eb0ff412eb63f1c8.

[35] Pujolar O., *Rupture conventionnelle et régime de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée*, Le Droit Ouvrier, juin 2010, n° 743, p. 313.

[36] Propos de Gaudu F., *Les ruptures d'un commun accord*, Le Droit Ouvrier, 2008, p. 603; Voir aussi Auzero G., *La rupture conventionnelle du contrat de travail: l'illusion de la sécurisation*, RDT, 2008, p. 522 à 526.

[37] Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 231.

L'employeur cherche évidemment à éviter la confrontation et à obtenir une solution qui lui convient à travers le paiement d'une indemnité financière. En effet, plus grand est le montant de l'indemnité, plus grande est l'incitation pour le salarié à accepter la proposition de perdre volontairement son emploi. Le salarié pouvant y trouver son compte, surtout quand un contrat de résiliation lui permet d'accepter un autre poste plus lucratif ou d'éviter de voir prononcer contre lui un licenciement comprenant de nombreuses conséquences négatives tel un licenciement pour motif personnel[38]. Le modèle est le même en Allemagne, le montant de l'indemnité (indemnité qui n'est pas obligatoire) montant dans la pratique vers le haut en cas de salarié protégé, ou vers le bas selon la situation du salarié.

b) Analyse

Le droit du travail s'analyse dans chaque droit principalement au vu de sa réglementation de la rupture des contrats de travail. Si le contrat de travail représente un instrument de résistance individuelle des salariés à la remise en cause de leurs droits[39], la rupture du contrat de travail représente le clash entre deux revendications légitimes et naturellement contradictoires. Que le salarié y soit à l'origine au travers de la démission, qu'il en fasse l'objet au travers du licenciement[40] ou qu'il se situe dans un entre deux au travers de la rupture amiable suivie de la rupture

---

[38] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 5.

[39] Porta J., *L'engagement de la procédure de licenciement collectif en cas de modification contractuelle : vers un retour à la jurisprudence Framatome et Majorette ?*, Le Droit Ouvrier, avril 2018, n°837, p. 263 ; Borenfreund G., *La résistance du salarié à l'accord collectif, l'exemple des accords dérogatoires*, Dr. Soc., 1990, p. 626.

[40] « *Le licenciement désigne normalement l'acte juridique par lequel l'employeur exerce son droit de résilier unilatéralement un contrat de travail à durée indéterminée* », Waquet P., La rupture de fait du contrat de travail à durée indéterminée, SSL, 2006, n° 1246, p. 9. Il est cependant nécessaire d'ajouter que la prise d'acte permet aussi au salarié d'exercer un pouvoir: la prise d'acte du salarié de la rupture de son contrat de travail, « *naguère réduite (…) à un fait, ou, au mieux, à une initiative, la volonté du salarié s'est vue accorder ce qui lui était, auparavant, refusé: un pouvoir* », voir ici Géa F., *Réflexions sur la volonté du salarié de rompre son contrat*, dans *La volonté du salarié*, sous la direction de Sachs T., Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012, p. 149. Ainsi, « *la résiliation unilatérale du contrat de durée indéterminée (est) toujours ouverte à l'une ou l'autre partie sur la simple volonté de l'une d'elle de mettre fin à la relation (…)* », voir Gridel J.-P., *La rupture unilatérale aux risques et périls*, RLDS, 2007, p. 41. Voir également, Bento De Carvalho L, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, thèse, 10 septembre 2015, p. 235.

conventionnelle ; le salarié donne son accord, qu'il y soit à l'origine ou pas et les revendications diffèrent forcément. Pour le salarié, le souhait inhérent est la stabilité de l'emploi, tandis que les employeurs recherchent une liberté de choix et d'adaptation selon les besoins changeants de leurs entreprises. Cela correspond aux propos de la proposition de Code du travail de 2017, comme quoi « *tout droit de la rupture du contrat de travail est un compromis entre ces deux revendications. La question est celle du point d'équilibre, ou si l'on préfère, celle du compromis souhaitable* »[41].

Sur la volonté du salarié et comme dit justement par l'auteur O. Pfersmann, « *rien en droit n'est possible sans la volonté mais rien ne semble pouvoir être relaté de la volonté proprement dite* »[42]. Un avocat a même réagi sur la volonté du salarié de manière encore plus extrême : « *La volonté du salarié ? Mais le salarié n'a pas de volonté* »[43]. Néanmoins, cette volonté, véritablement présente ou non, peut et doit, dans un objectif de protection du salarié, être l'objet de réglementation juridique, notamment au travers d'une l'homologation administrative et de facultés de rétractation par exemple[44]. Ces deux derniers ne se retrouvant pas en Allemagne et ne garantissant donc pas la volonté des salariés allemands. Surtout concernant la rupture conventionnelle collective, nous verrons que l'accord de volonté du salarié n'est pas véritablement donné. Notamment quand on parle de « la volonté *du* salarié », qui traduit une volonté individuelle et non un vouloir collectif[45], mais que la RCC est conclue entre l'employeur et les institutions représentatives du personnel. Il en va ainsi de savoir si la mise en place d'une telle rupture constitue ou peut constituer un respect véritable de la volonté du ou des salariés.

---

[41] Proposition de Code du travail, 2017, sous l'égide du centre de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), sous la direction de Dockès E., Dalloz, Chapitre 2 Rupture et transfert du contrat de travail, p. 31.

[42] Ce qui fait que comme « *il paraît impossible de saisir immédiatement cette dimension intérieure (du vouloir) selon des procédures qui permettraient d'en faire directement une condition d'imputation et/ou de validité d'un acte (juridique), les normes juridiques s'appuient par conséquent sur des manifestations directement observables qu'elles instituent comme étant la manifestation de la volonté de l'auteur* » : Pfersmann O., *Volonté* dans le Dictionnaire de la culture juridique, PUF, p. 1528; voir également Adam P., *La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail, Brefs propos… embarrassés*, sous la direction de Sachs T., Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012. p. 32.

[43] Propos retenus par Sachs T., *La volonté du salarié en actes*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, VII.

[44] Adam P., *La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail, Brefs propos… embarrassés*, sous la direction de Sachs T., Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012. p. 33; Gourves M., *La Volonté du salarié dans le rapport de travail*, thèse, 2010, p. 360 sur l'essor de prérogatives individuelles du salarié et l'exercice de droits propres; Géa F., *Réflexions sur la volonté du salarié de rompre son contrat*, *La volonté du salarié*, sous la direction de Sachs T., Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012, p. 145.

[45] Adam P., *La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail, Brefs propos… embarrassés*, sous la direction de Sachs T., Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012. p. 34; Flour J., Aubert J.-L., Savaux E., Les Obligations, *L'acte juridique*, Dalloz-Sirez, 2010.

D'autant que la relation employeur salarié est inégalitaire et hiérarchique et qu'au « *croisement de la contrainte économique et du lien juridique de subordination, du « pouvoir-rapport social » et du « pouvoir-prérogative juridique », (…) la volonté du salarié se courbe et parfois se brise… (…) elle s'engage moins qu'elle ne se soumet* »[46]. Cette soumission du salarié, organisée par le droit du travail, limitée, civilisée[47], perdure et les mécanismes de rupture conventionnelle individuelle et collective, malgré leur devanture prônant le respect des volontés des parties, dont celle des salariés, ne constitue pas l'exception.

II. Historique

Il est nécessaire de brièvement retracer la mise en place de ces trois dispositifs de rupture. Le contrat de résiliation allemand (1), qui constitue depuis longtemps un moyen sûr et rapide pour rompre un contrat de travail ; La rupture conventionnelle individuelle (2), introduite en 2008 et qui a notamment chamboulé le champ d'application de la rupture amiable du code civil ; La rupture conventionnelle collective (3), beaucoup plus récente, qui a fait preuve d'opportunisme et a enfin réussi à faire son entrée dans le droit du travail français.

1. « Aufhebungsvertrag »

Le contrat de résiliation allemand, « Aufhebungsvertrag » est utilisé depuis le 19ème siècle, mais n'avait alors qu'un rôle limité[48]. Il n'a depuis fait que progresser, faisant qu'aujourd'hui, dans

---

[46] Adam P., *La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail, Brefs propos… embarrassés*, sous la direction de Sachs T., Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012. p. 36; Gourves M., *La Volonté du salarié dans le rapport de travail*, thèse, 2010, p. 17; Supiot A., *Pourquoi un droit du travail?*, Dr. soc., 1990, 487.

[47] Supiot A., *Critique du droit du travail*, PUF, Les Voies du droit, 1994, p. 110: *« Là où le droit des contrats postule l'autonomie de la volonté individuelle, le droit du travail organisera la soumission de la volonté !».*

[48] Preis U. Band 2, Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 2.

la pratique des entreprises, il est presque autant utilisé que le licenciement. Certains auteurs parlent même de fuite vers le contrat de résiliation, « *Flucht in den Aufhebungsvertrag* »[49].
Un « Aufhebungsvertrag » allemand n'est lié à aucune condition ou exigence préalable, il n'a pas à être notifié à l'avance et il ne comprend pas de période de réflexion ou de délai de rétractation pour le salarié(e)[50].

Le tribunal fédéral du travail allemand considère même, que les parties au contrat de travail se font face avec un pouvoir de négociation égal « gleicher Verhandlungsmacht »[51]. Cet avis peut être (très) difficile à accepter au vu de la situation d'infériorité du salarié hiérarchiquement parlant, ainsi que de l'angoisse (probable) de la perte d'emploi et de statut social. Le tout dans le cadre d'une situation « amiable » mais également forcément conflictuelle, dès lors que les revendications des parties (par exemple sur l'indemnité et la date de rupture) diffèrent.

Pour cause d'absence de droit de rétractation légal en droit allemand, la réaction des salariés qui signent ce contrat trop rapidement a bien été présentée par l'auteur Hümmerich K.[52]: « *Dans les premiers instants qui suivent la signature, les deux salariées peuvent avoir ressenti un*

---

[49] Germelmann, NZA 1997, 236 (236); Hümmerich K., *Alea iacta est, Aufhebungsvertrag kein Haustürgeschäft*, NZA 2004, 809; Une enquête menée en 2003 par Bielenski, Hartmann, Pfarr et Seifert a du reste montré, durant la période objet de l'enquête, que chaque dixième rupture d'un contrat de travail est survenue à la suite d'un contrat de résiliation, que pour 100 contrats de résiliation, une soixantaine émanaient d'une initiative de l'employeur et que dans un tiers des cas, aucune indemnité n'était payée par l'employeur : Naber S., *Der massenhafte Abschluss arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge*, Forum Arbeits- und Sozialrecht Band 30, Centaurus Verlag 2009, S. 6.

[50] Gagel, Winkler, *Kommentar SGB II, SGB III, § 159 SGB III, Aufhebungsvertrag,* 78. EL, Mai 2020, Rn. 74: „*Der Aufhebungsvertrag ist an keine Voraussetzungen und Bedingungen gebunden und auch nicht von einer Vorankündigung, einer Bedenkzeit oder einer Rücktrittsmöglichkeit für den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin abhängig*."; Voir aussi BAG 30.09.1993, 2 AZR 268/93, DB 1994, S. 279 ; BAG 14.02.1995, 2 AZR 234/95, NZA 1996, S. 811.

[51] Gagel, Winkler, *Kommentar SGB II, SGB III, § 159 SGB III, Aufhebungsvertrag,* 78. EL, Mai 2020, Rn. 74: „*Nach Meinung des BAG stehen sich bei Abschluss eines Aufhebungsvertrages die Arbeitsvertragsparteien mit gleicher Verhandlungsmacht gegenüber. (...) Wesentlich ist, dass der oder die Arbeitslose der vorgeschlagenen Vereinbarung zugestimmt und damit eine Ursache für die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses gesetzt hat*."; BSG 12.04.1984, 7 Rar 28/83, Soz-Sich 84, 388.

[52] Traduit en français par l'auteur de ce travail. Hümmerich K., *Alea iacta est, Aufhebungsvertrag kein Haustürgeschäft*, NZA 2004, 809: *« Im ersten Moment nach der Unterschriftsleistung mögen beide Arbeiterinnen Erleichterung empfunden haben. Einen sie belastenden Konflikt brachten sie mit ihrer Unterschriftsleistung zur Auflösung. Die weitere Entwicklung der Geschehnisse, die andernfalls nicht bei den Arbeitsgerichten aktenkundig geworden wäre, belegt, dass die Flucht in den Aufhebungsvertrag beim Arbeitnehmer generell allerdings nur zu einer vorübergehenden Erleichterung führt. Irgendwann werden sich bei unseren Arbeitnehmerinnen Zweifel eingeschlichen haben, es wird Reue aufgekommen sein über den „verschenkten" Arbeitsplatz, vitaminisiert von Wut über die Spontaneität der Unterschriftsleistung, vermutlich auch ergänzt um Empörungssignale aus dem Angehörigen- oder Freundeskreis. » ;* Sur l'usage fréquent dans la pratique, voir également Besgen N., Velten A., *Der Rücktritt vom Aufhebungsvertrag in der Insolvenz*, NZA-RR 2010, 561.

sentiment de soulagement. De par leurs signatures, elles avaient résolu un conflit qui les accablait. Cependant, l'évolution des événements (…) prouve que la fuite dans le « Aufhebungsvertrag » n'entraîne généralement pour le salarié qu'un sentiment de soulagement temporaire. À un moment donné, des doutes se seront insinués parmi nos salariés, des remords vont surgir sur le poste de travail perdu, remords qui seront accentués par la colère sur la spontanéité de la signature et complétés par des signaux d'indignation de la part de parents ou amis. ». Si les juristes allemands connaissent bien les aspects négatifs de la conclusion d'un contrat de résiliation que nous verrons dans ce travail : la perte du travail, la perte de la protection du droit du licenciement « Verlust des Kündigungsschutzes » et les conséquences sur les allocations chômage des §§ 143a et 144 SGB III « Sperrzeit et Ruhensanordnung »[53] entre autres ; toutefois, cette vision claire et distancée des avocats et des juges reste étrangère au salarié, qui se trouve lui dos au mur et mis sous pression[54].

a) Démarcation

En Allemagne, un contrat de travail se termine ordinairement soit par une résiliation ordinaire, respectant les délais de résiliation, soit par une résiliation extraordinaire, laquelle est dans la plupart des cas, immédiate. Un contrat à durée déterminée ne peut être résilié qu'ordinairement, sauf dans le cas où il en a été décidé autrement dans le contrat de travail individuel. La résiliation de contrats de travail suit la plupart du temps des situations de crise économique et les restructurations alors nécessaires. Un contrat de travail à durée indéterminée peut être principalement résilié par un licenciement, ce dernier étant définit en Allemagne comme une déclaration d'intention unilatérale nécessitant réception et qui rompt le contrat de travail à une date donnée dans le futur[55]. Ceci quand les conditions de légalité du licenciement sont remplies ou

---

[53] Rolfs, *Die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses als Voraussetzung der Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe: Rolfs, Festschrift 50 Jahre BAG*, 2004, S. 445: contribution qui reste indicative et vraie, malgré l'arrêt du BSG du 18.12.2003, NZA 2004, 661; Hümmerich K., *Alea iacta est, Aufhebungsvertrag kein Haustürgeschäft*, NZA 2004, 811; Juli S., *Aufhebungsverträge ohne Sperrzeit*, ArbRAktuell, 2017, 237; Küttner, Voelzke, *Personalbuch 2017*, 24. Auflage, Sperrzeit, Rn. 6; Haidn C., *Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe*, ArbRAktuell, 2020, 379.

[54] Hümmerich K., *Alea iacta est, Aufhebungsvertrag kein Haustürgeschäft*, NZA 2004, 809: *« Die Sicht eines Arbeitsrechtlers, die nachbereitende Analyse eines gelassenen Richters oder Anwalts, ist dem Arbeitnehmer, der sich unter Druck setzen lässt, jedenfalls im Moment seiner Entscheidung fremd, ja, sie bewegt sich auf einer Ebene, die ihn teilweise nicht erreicht. ».*

[55] Voir aussi Brox, *BGB AT*, Rn. 166.

quand le salarié n'a pas porté à temps (sous trois semaines[56]) d'action en protection contre le licenciement devant le tribunal[57].

Il existe également en Allemagne le licenciement sans préavis, c'est-à-dire du jour au lendemain « fristlose Kündigung », lequel est encore appelé licenciement extraordinaire sans respect du préavis « *außerordentliche Kündigung ohne Einhaltung der Kündigungsfrist* ». Dans la pratique, ce mode de licenciement a une grande portée négative pour le salarié et finit souvent devant les tribunaux[58]. C'est pour ces raisons que l'employeur préfère éviter de risquer une procédure longue et coûteuse où il n'y a pas d'assurance sur le résultat et préfère convaincre (même exhorter ou forcer) le salarié à signer un contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag ». En effet, un licenciement extraordinaire requiert d'après le § 626 du Code civil allemand un motif important « wichtiger Grund », exigeant que le comportement fautif en cause ne puisse être remédiable et que pour cette raison la poursuite du travail n'est pas possible[59]. Ce qui constitue une véritable difficulté pour les employeurs.

La rupture par consentement mutuel est donc la meilleure solution pour l'employeur. Parallèlement au licenciement, le droit allemand admet depuis longtemps la possibilité de rompre un contrat de travail de la même façon dont il a été créé, c'est à dire par consensus à travers un contrat conclu d'un commun accord[60]. Il s'agit du « *contrarius consensus* »[61], lequel était dans le droit romain l'accord informel visant la résiliation des engagements réciproques résultant des contrats consensuels non encore exécutés. La condition principale de validité est la concordance des volontés, le « *lex contractus* ». L'accord préalable entre les parties nécessaire à la résiliation du contrat de travail pose donc une obligation de déclarations de volontés concordantes et

---

[56] Rolfs in APS, *Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Kündigungsrecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, 2017, Rn. 4.
[57] Selon loi sur la protection contre le licenciement : §§ 4 et 7 du KschG ; Preis U. Band 2, Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 1.
[58] Un tel licenciement « *außerordentliche Kündigung » reste possible même après la conclusion d'un contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag »: voir Linck in Schraub, Arbeitsrechts Handbuch, § 122 Aufhebungsvertrag und Abwicklungsvertrag,* 18. Auflage, 2019, Rn. 19.
[59] § 626 BGB, fristlose Kündigung aus wichtigem Grund. Voir aussi Löwisch M., *Arbeitsrecht*, 8. Auflage, 2007, S. 38, Rn. 147; Fuhlrott M., *Geänderte Dienstanweisung der Agentur für Arbeit, Sperrzeitneutrale Aufhebungsverträge*, NZA 2017, 225.
[60] Voir notamment Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 1.
[61] Preis U. Band 2, Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 1.

suffisamment précises afin de prononcer une résiliation à l'amiable entre les parties sans qu'il n'y ait besoin d'un licenciement[62].

Il y a ici similarité avec le droit français, qui prévoit dans le code du travail une exigence de consentement non imposé et un accord des parties sur les conditions de la rupture du contrat de travail les liant. Mais le contrat de résiliation allemand « Aufhebungsvertrag » constitue une obligation contractuelle[63], « Verpflichtungsgeschäft » qui abroge tout un ensemble de droits au travers du mot « contrat » « Vertrag » dans « contrat de résiliation » « Aufhebungsvertrag »[64]. Le fait que ce « Aufhebungsvertrag » qui est la contrepartie de la justification de la relation de travail, son « *actus contrarius* », ressort notamment du fait que dans la plupart des cas une indemnité comme contrepartie de la perte de travail est promise[65].

Le contrat de résiliation est en Allemagne ainsi généralement autorisé par le principe général de la liberté contractuelle posé aux §§ 241 I et 311 BGB[66]. Il ne s'agit en aucun cas d'un contournement de la législation sur la protection contre les licenciements abusifs. Ce qui a pour conséquence qu'un salarié peut valider un licenciement prononcé par son employeur en laissant passer le délai d'introduction d'instance de trois semaines[67]. Cette conséquence est très grave pour le salarié allemand, qui dispose de bien moins de temps qu'un salarié français pour contester son licenciement. Depuis l'ordonnance 2017-1387 dite « Macron », le délai français est passé à douze mois pour contester devant le Conseil de Prud'hommes.

---

[62] Preis U. Band 2, Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 1.
[63] Rolfs, *Der Arbeitsvertrag*, A 100 der Aufhebungsvertrag, Preis, 5. Auflage, 2015, S. 404, Rz. 1.
[64] Rudkowski, *Das « ewige » Widerspruchsrecht des Arbeitsnehmers nach § 613a VI BGB und seine Grenzen*, NZA 2010, S. 742.
[65] Rudkowski, *Das « ewige » Widerspruchsrecht des Arbeitsnehmers nach § 613a VI BGB und seine Grenzen*, NZA 2010, S. 742; Einiko B. F., *Aufhebungsvertrag und Widerrufsrecht nach §§ 312, 355 BGB: nicht nur eine Frage des Arbeitsrechts!*, JR, März 2007, S. 94, V, 3.
[66] Preis, Temming, *Arbeitsrecht*, Weitere Beendigungstatbestände, Dr. Otto Schmidt, 6. Auflage 2020, S. 698, Rz. 3375.
[67] Krause R, *Arbeitsrecht*, 2. Auflage, Nomos 2011, § 20 – 1.

b) Aspects

Les employeurs allemands réussissent souvent à masquer les aspects négatifs de l' « Aufhebungsvertrag » en faisant notamment miroiter les avantages aux salariés. Nous verrons que le manque de délai de réflexion imposé au salarié et le manque d'information le leur permet.

Le contrat de résiliation allemand, par sa nature, constitue un mode de rupture comme en France, qui exclut le licenciement. L'avantage pour l'employeur est qu'il n'a pas à appliquer la protection contre le licenciement à l'égard de son salarié « Kündigungsschutzbestimmungen », ni les délais de préavis pour la résiliation « Kündigungsfristen »[68]. Le salarié acceptera souvent afin d'éviter un éventuel licenciement pour motif disciplinaire et / ou pour obtenir une indemnité en remplacement de la perte de son droit à une protection contre le licenciement[69].

Mais ces avantages sont en Allemagne pour le salarié en très grande partie porteurs de désavantages graves. Notamment une période de carence pouvant s'appliquer sur l'indemnité chômage, laquelle réduit alors la durée de l'octroi de ces prestations[70]. Ici le droit allemand se démarque du droit français, qui ne connait pas d'exception à la mise en place de la période de carence mais qui ne va pas réduire les droits acquis.

Nous verrons également, que le droit allemand ne prévoit pas, comme en France, de droit de rétractation légal, ni de délai de réflexion. Les salariés pourront seulement obtenir un délai de rétractation, si la convention collective qui leur est applicable le prévoit ou s'ils le prévoient dans le contrat de résiliation même, ce qui implique une négociation avec leur employeur. Lequel ne sera pas vraiment intéressé à l'introduire dans le contrat, étant donné qu'une prise au dépourvu de leur salarié est la meilleure manière de s'assurer de préserver leurs intérêts.

[68] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 1. Grundsatz, Randnummer 5.
[69] Krause R, *Arbeitsrecht*, 2. Auflage, Nomos 2011, § 20 – 1.
[70] Krause R, *Arbeitsrecht*, 2. Auflage, Nomos 2011, § 20 – 1.

2. Rupture conventionnelle individuelle ou homologuée

a) Intrusion

Avant la mise en place de la rupture conventionnelle individuelle de 2008, plusieurs essais ont été lancés dans le but de développer, en dehors du licenciement et de la démission, une troisième voie de rupture du contrat de travail[71]. Ainsi doit être ici évoqué le rapport *Virville,* qui dès janvier 2004, souhaitait une « *rupture négociée* » de la relation de travail, qui soit non conflictuelle et évite « *le détournement de la procédure de licenciement ou de démission pour des raisons fiscales et sociales* » [72]. Le MEDEF également avait fin 2007, proposé un concept nouveau : « *la séparabilité ou la rupture d'un commun accord des parties* »[73] dans le cadre de la négociation sur la modernisation du marché du travail[74] ; tout comme le rapport *Attali* de janvier 2008[75], qui a proposé une « *rupture à l'amiable* » possible « *qu'une fois assurée la sécurisation des parcours professionnels* ».

C'est toutefois à la suite de l'accord national interprofession (ANI) du 11 janvier 2008[76], qu'existe depuis 2008 la rupture conventionnelle individuelle, qui n'est ni un licenciement, ni

---

[71] Pujolar O., *Rupture conventionnelle et régime de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée*, Le Droit Ouvrier, juin 2010, n° 743, p. 307.
[72] Virville M. de, *Pour un code du travail plus efficace*, rapport au ministre des Affaires sociales, du travail et de la solidarité, janvier 2004, spéc. Proposition n° 17.
[73] Au final, la résiliation du contrat de travail se fait bien dans le cadre de la rupture conventionnelle, par le seul accord des parties. La rupture conventionnelle reste récente en droit positif du travail. Voir ici Héas F., *Droit du travail*, Paradigme, 7ème édition, 2020, p. 374 ; Favennec-Héry F., *Rupture conventionnelle du contrat de travail : quel domaine ?*, SSL, 2008, n° 1360 ; Lagesse P, Bouffier N., *Les frontières de la rupture conventionnelle*, Dr. Soc., 2012, p. 14 ; Loiseau G., *Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail*, Dr. Soc., 2010, p. 297 ; Loiseau G., *La rupture conventionnelle au régime du droit commun*, JCP S, 2014, 1078 et Patin M., *L'évolution du contrôle de la rupture conventionnelle*, JCP S, 2012, 1002.
[74] Pujolar O., *Rupture conventionnelle et régime de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée*, Le Droit Ouvrier, juin 2010, n° 743, p. 307.
[75] Rapport *Attali*, proposition 145, Attali J., *Rapport de la commission pour la libération de la croissance française : trois cents décisions pour changer la France*, janvier 2008.
[76] Relatif à la modernisation du marché du travail. Voir Fabre A., *L'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, une tentative d'évaluation*, Revue de l'OFCE, avril 2008, n° 107, pp. 5 à 28 ; Dalmasso R., *La place du consentement du salarié dans les contentieux de la rupture conventionnelle*, sous la direction de Sachs T., Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012, p. 221.

une démission[77]. Cet « *objet juridique non identifié* »[78], inédit et classique[79] de 2008 qu'est la rupture conventionnelle, a vite été considéré comme « *l'une des mesures les plus importantes de l'ANI* »[80], ou encore comme « *la pierre angulaire de la modernisation du marché du travail* »[81].

Ainsi, à l'inverse de l'Allemagne où le contrat de résiliation est autorisé et utilisé depuis assez longtemps (19ème siècle), la France n'a vu l'introduction du dispositif de rupture conventionnelle et son entrée en vigueur dans le droit français qu'au 1er août 2008.

Historiquement, les relations salariales suivaient la logique contractuelle, le contrat de travail étant « *une relation contractuelle comme une autre* »[82]. Cette approche a progressivement reconnu une certaine spécificité de la relation salariale, amenant le développement d'une logique plus statutaire[83]. Désormais, la rupture conventionnelle individuelle re-contractualise[84] en quelque sorte les relations salariales, en articulant des logiques contractuelles et statutaires[85].

---

[77] Article L. 1237-11 du Code du travail, créé par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, art. 5 ; Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 1; Sur l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, voir Dockès E., *Un accord donnant donnant, donnant, donnant…*, Dr. Soc., 2008, p. 280 et Auzero G., *L'accord du 23 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail : l'ébauche d'une flexisécurité à la française*, RDT, 2008, p. 152 et suivantes ; Auzero G., Baugard D., Dockès E., *Droit du travail*, 31ème édition Dalloz, 2017, p. 509.

[78] Pujolar O., *Rupture conventionnelle et régime de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée*, Le Droit Ouvrier, juin 2010, n° 743, p. 307.

[79] Ray J.-E., *Résiliation: succès statistique, doute judiciaire*, Liaisons soc., février 2012, p. 50 sur la coexistence entre la RCH et la résiliation amiable du Code civil.

[80] Dord D., *Rapport pour la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale*, n° 789; Également considéré comme la « mesure phare de l'accord », d'après Favennec-Héry F., *La rupture conventionnelle du contrat de travail, mesure phare de l'accord*, Dr. Soc., 2008, p. 311 à 315.

[81] Bernard-Raymond P., Rapport au Sénat, n° 306, p. 3 ; À l'inverse, certains auteurs posaient une vision réductrice de ce dispositif : Lagesse P., Bouffier N., *Les frontières de la rupture conventionnelle*, Dr. Soc., 2012, 14 : « *Si l'on voulait faire de la provocation, on pourrait dire que le législateur n'a rien introduit de nouveau en 2008 sinon l'homologation par l'administration de la rupture d'un commun accord. Cette analyse, toutefois, serait bien évidemment réductrice* » ; voir également Dalmasso R., *La place du consentement du salarié dans les contentieux de la rupture conventionnelle*, sous la direction de Sachs T., Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012, p. 221.

[82] Pujolar O., *Rupture conventionnelle et régime de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée*, Le Droit Ouvrier, juin 2010, n° 743, p. 308.

[83] Pujolar O., *Rupture conventionnelle et régime de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée*, Le Droit Ouvrier, juin 2010, n° 743, p. 308.

[84] Lokiec P., *La contractualisation du licenciement*, SSL, 2009, n° 1383 et Sachs T., *La raison économique en droit du travail, Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, thèse, 24 octobre 2009, p. 515.

[85] Pujolar O., *Rupture conventionnelle et régime de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée*, Le Droit Ouvrier, juin 2010, n° 743, p. 308 ; La contractualisation de la rupture au travers d'accords de volontés, a comme danger de permettre un contournement du droit du licenciement : voir Radé C., « *L'autonomie du droit du licenciement, brefs propos sur les accords de résiliation amiable du contrat de travail et les*

Ces logiques du statut et du contrat s'articulent différemment selon les périodes et branches du droit, les époques ayant des fois considéré le contrat comme étant dispensateur de justice et de liberté, ou alors comme un outil d'abus et d'injustice. Ainsi, la relation de travail qui, après la révolution française, est tout d'abord placée sous la liberté contractuelle pour protéger les parties et garantir leurs libertés[86], a ensuite vu la logique statutaire s'imposer, notamment pour la raison que la « *situation prépondérante d'une partie par rapport à l'autre nécessite d'abandonner un instant l'égalitarisme volontariste du Code civil afin de soustraire le contrat de travail, dans une certaine mesure, aux règles de droit commun* »[87]. La première réduction de l'aspect purement contractuel[88] du contrat de travail a été l'instauration du droit du licenciement, qui a encadré la rupture du contrat de travail en avantageant l'employeur[89].

La rupture conventionnelle a été introduite en France dans le Livre II du Code du travail où elle est codifiée aux articles L. 1237-2 et suivants. Rappelons que cette rupture conventionnelle française qui ne vaut que pour les CDI[90] (contrairement à l'Allemagne qui l'autorise aussi pour les CDD), n'intervient qu'une fois la période d'essai terminée[91].

Divers textes réglementaires, l'arrêté du 18 juillet 2008 concernant les modèles de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle de contrat de travail à durée indéterminée ; le décret n° 2008-715 du 18 juillet 2008, posant des mesures relatives à la modernisation du marché du travail et le décret n° 2008-716 du 18 juillet 2008 portant diverses mesures relatives à la modernisation du marché du travail et les deux circulaires DGT, circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008 relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée et la circulaire DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009

---

transactions, Dr. Soc., 2000, p. 178 et Savatier J., *Les limites de la faculté de résiliation amiable du contrat de travail*, RJS, 2004, n° 179.

[86] Pujolar O., *Rupture conventionnelle et régime de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée*, Le Droit Ouvrier, juin 2010, n° 743, p. 308.

[87] Millet, dont les propos ont été rapportés par Tholozan O., *Histoire du contrat de travail*, Cahiers de l'institut Régional du travail de l'Université de la Méditerranée, 2004, n° 12, p. 75.

[88] Sur l'aspect contractuel des relations de travail, voir Bessy V. Ch., *Les limite de la contractualisation de la relation de travail*, LGDJ, 2007.

[89] Pujolar O., *Rupture conventionnelle et régime de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée*, Le Droit Ouvrier, juin 2010, n° 743, p. 309.

[90] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee.

[91] Ainsi que posé dans le deuxième alinéa de l'article L. 1231-1 du Code du travail ; Voir aussi Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 231.

relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, complètent la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail.

La rupture conventionnelle représente un tournant. Elle ne se substitue en effet pas aux pratiques conventionnelles la précédant[92]. La procéduralisation créée dans la rupture conventionnelle, avec comme nous le verrons, un entretien préalable[93], un délai de rétractation et une homologation administrative entre autres, veut garantir la « *qualité* » de la rupture conventionnelle[94].

L'entretien préalable à la rupture conventionnelle constitue une singularité de ce dispositif, étant donné qu'il n'existe en droit commun des obligations aucune règle générale imposant une telle négociation préalable à un contrat[95]. Nous verrons qu'il s'agit cependant d'une singularité très sommaire, avec un seul entretien véritablement imposé et la conclusion de la rupture conventionnelle pouvant avoir lieu durant ce même et unique entretien[96]. Un seul entretien est malheureusement très souvent la règle aussi en Allemagne.

Enfin, « *Il y a ceux qui croient à la rupture du contrat de travail d'un commun accord et ceux qui n'y croient pas* »[97] ; et étant donné que dans la rupture conventionnelle individuelle, tout est fait « *pour présenter le salarié, encore pris dans les liens de la subordination, comme un acteur libre et éclairé d'un processus conventionnel qui servirait ses intérêts* »[98], on comprend

---

[92] Meftah I., *Les accords collectifs de gestion de l'emploi*, thèse, 30 novembre 2018, p. 111 et voir Marquet de Vasselot L., Martinon A., *Licenciement pour motif économique, Rupture du contrat de travail et suppression d'emplois*, JCP S, 2017, n° 25, 1312 et Mir J.-M., Aknin F., *Rupture du contrat de travail, Les nouvelles ruptures amiables prévues par accord collectif*, JCP S, 2017, n° 23, 1317 ;
Il en va de même pour la RCC, voir Loiseau G., *Quelques observations sur les ruptures conventionnelles collectives d'un commun accord*, SSL, 2017, n° 1788.

[93] Un ou plusieurs entretiens, voir notamment l'article L. 1237-12 du Code du travail ainsi que la note de Grumbach T, Serverin E., sur l'arrêt de la Cour d'appel d'Angers, Dr. soc., 18 janvier 2011, RDT 2011, p. 452 et Lokiec P., *Droit du travail*, Tome I, *Les relations individuelles de travail*, Thémis droit, Puf, 2011, p. 314.

[94] Pujolar O., *Rupture conventionnelle et régime de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée*, Le Droit Ouvrier, juin 2010, n° 743, p. 310.

[95] Alves-Conde M., *L'aptitude à consentir du salarié*, thèse, 29 novembre 2018, p. 159 et Laithier Y.-M., *À propos de la réception du contrat relationnel en droit français*, Recueil Dalloz, 2006, p. 1003.

[96] Lhernould C., Observations, JSL, 2013, n° 350-2, sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 3 juillet 2013, numéro de pourvoi 12-19.268, *Bull. Civ*., V, n° 178.

[97] Couturier G., *Les ruptures d'un commun accord*, Dr. Soc., 2008, p. 923.

[98] Mais cela vaut également pour la rupture conventionnelle collective. Serverin E., *Quels droits pour quel risque contentieux?*, RDT, 2009, p. 209.

de par cette logique même, que l'objectif principal n'est pas de créer une nouvelle rupture pour les salariés, mais bien pour les employeurs.

Pour l'auteur Pélissier J., la loi de modernisation est en réalité « *plus soucieuse de sécurité juridique que de sécurité de l'emploi* », avec un objectif de compensation des « *facilités accordées aux employeurs pour rompre ou modifier le contrat de travail par l'attribution de droits nouveaux aux salariés qui perdraient leur emploi* »[99]. Une garantie de « *qualité* » ne signifie pas efficacité et en sortant ici de la bipolarisation classique[100] des modes de rupture des contrats de travail à durée indéterminée qui garantissent une « *certaine protection du salarié* » lors de la rupture, la conséquence de l'instauration de ce nouveau mode de rupture est d'autant plus importante en France[101].

b) Délimitations

Bien entendu, les ruptures d'un commun accord[102] existaient déjà en France avant la mise en œuvre de la rupture conventionnelle. Notamment sur la base de l'article L. 1221-1 du Code du travail, posant que « *le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter* ». Plus encore, la

---

[99] Pélissier J., *Modernisation de la rupture du contrat de travail*, RJS, 8-9/2008, p. 679.

[100] Licenciement, dans le cas où les conditions de la démission ne sont pas remplies. Également, démission suite à l'initiative du salarié ou licenciement suivant l'initiative de l'employeur. Voir aussi Pélissier J., Supiot A., Jeanmaud A., *Droit du travail*, 24 ème édition, Dalloz, 2008, n° 409, p. 526 sur « *une distinction devenue primordiale enter la démission du salarié (…) et le licenciement* »; Voir aussi Waquet P., *Les ruptures du contrat de travail et le droit du licenciement*, RJS, octobre 2004, p. 675 à 686; Sur les autres modes de rupture que la démission et le licenciement, mais qui restent dans leur ombre (rupture amiable ou prise d'acte notamment), voir Masanovic P., Baradel S., *Les nouveaux modes de rupture du contrat de travail*, Le Droit Ouvrier, avril 2009, p. 182 à 191.

[101] Pujolar O., *Rupture conventionnelle et régime de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée*, Le Droit Ouvrier, juin 2010, n° 743, pp. 310 et 311 ; Voir aussi sur le diptyque, rupture à l'initiative de l'un ou l'autre des contractants en tant que socle de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée, Frouin J.-Y., *Les ruptures à l'initiative du salarié et le droit de la rupture du contrat de travail*, JCP S, 2008, n° 1407 et Fraise E., *Les ruptures du contrat de travail à l'initiative du salarié*, RPDS, 2007, p. 383.

[102] Couturier G., *Les ruptures d'un commun accord*, Dr. Soc., 2008, p. 923 à 932 et voir notamment les références directes présentes dans l'article L. 1243-1 du Code du travail sur le CDD, ainsi que les références indirectes avec les dispositions légales sur le congé de mobilité ou les départs négociés pour emplois menacés par exemple. Voir ici Pujolar O., *Rupture conventionnelle et régime de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée*, Le Droit Ouvrier, juin 2010, n° 743, p. 312.

rupture de contrats par la volonté commune des contractants est « *vieille comme le Code Napoléon* »[103].

Ce travail se penchera ainsi brièvement sur la rupture amiable[104], antérieure à la rupture conventionnelle à des fins de distinction claire.

Par exemple, la rupture amiable ne pouvait avoir lieu quand un licenciement pour cause économique valait[105], quand un litige existait entre salarié et employeur, ou concernant les salariés protégés ; tandis qu'avec la nouvelle rupture conventionnelle, cela est possible[106].

La rupture conventionnelle pouvant être conclue même dans un contexte de difficultés économiques, elle sort clairement de l'intolérance jusqu'alors totale concernant le droit du licenciement pour motif économique, lequel n'acceptait pas que des ruptures puissent s'y soustraire[107]. Le risque d'évitement du droit du licenciement pour motif économique est considérablement augmenté.

---

[103] Permis par l'article 1134 du Code civil. Bouaziz P., Collet-Thiry N., *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée: mode d'emploi*, Le Droit Ouvrier, 2010, n° 739, p. 65.

[104] Rupture amiable qui, « *fondée sur l'antique article 1134 du Code civil sera très certainement à ranger au rayon des antiquités dans les années à venir* »: Radé C., *Retour sur une espèce en voie de disparition: la rupture amiable du contrat de travail*, Dr. Soc., 2009, p. 557; Article 1134 du Code civil, qui depuis 1804 suivait l'adage « *Ce que les parties ont fait, elles peuvent le défaire* », voir Ray J.-E., *Droit du travail, Droit vivant 2020*, Wolters Kluwer, 28ème édition, 2019, p. 499.

[105] Mais cependant, comme posé dans l'arrêt de la cour de cassation, chambre sociale, 2 décembre 2003, Bull. Civ., V, n° 308 et selon l'auteur Héas F., *« À l'exclusion des salariés protégés, la rupture amiable d'un commun accord ou négociée a ainsi toujours permis de mettre fin à la relation individuelle de travail, y compris dans le cadre d'un projet de licenciement pour motif économique. » :* Héas F., *Droit du travail*, Paradigme, 7ème édition, 2020, p. 374.

[106] Une rupture conventionnelle individuelle peut être conclue, même si l'entreprise est dans une phase de difficultés économiques qui va la pousser à vouloir se séparer de salariés : voir l'instruction DGT n° 2010-02 du 23 mars 2010, relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée et Rousseau D., avec la collaboration de Fricotté L., Renaud A., *Le Mémo social 2015,* Liaisons Sociales Quotidien, Wolters Kluwer, avril 2015, p. 925; Sur l'existence d'un litige entre les parties, la Cour de cassation a affirmé dans son arrêt du 30 septembre 2013, que l'existence d'un différend entre les parties au contrat de travail n'est pas à même d'affecter par elle-même la validité de la convention de rupture conventionnelle conclue : voir l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 30 septembre 2013, numéro de pourvoi 12-19.711, non publié au bulletin (rejet) ; Tandis que concernant un rupture amiable, la Cour de cassation posait dans son arrêt du 6 février 2008, numéro de pourvoi 06-40.507, que « *le contrat de travail ne peut faire l'objet d'une résiliation d'un commun accord entre les parties qu'en l'absence de tout litige entre elles sur la rupture* » et Radé C., Note, Dr. Soc., 2009, p. 557 sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 11 février 2009 ; Sur l'exclusion pour les salariés protégés dans la rupture d'un commun accord, voir Bouaziz P., Collet-Thiry N., *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée: mode d'emploi*, Le Droit Ouvrier, 2010, n° 739, p. 66 et Héas F., *Droit du travail*, Paradigme, 7ème édition, 2020, p. 374 avec l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 2 décembre 1992, Bull. civ., V, n° 578.

[107] Voir notamment Alves-Conde M., *L'aptitude à consentir du salarié*, thèse, 29 novembre 2018, p. 244.

La rupture conventionnelle veut clairement et dans la plupart des cas, favoriser le départ de salariés dont les employeurs veulent se séparer[108]. En leur « offrant » un accès à l'indemnité chômage, avec report sur la collectivité publique et délais de carence, ainsi qu'une indemnité de rupture.

3. Rupture conventionnelle collective

L'introduction de la rupture conventionnelle collective fait notamment suite aux plans de départs provoqués et exclusifs de toute menace de licenciement pratiqués dans l'arrêt Renault de 2010[109]. En effet, le projet d'ordonnance de 2017[110] semblait consacrer cette pratique et l'article L. 1237-19 du Code du travail énonçait alors : « *un accord collectif peut déterminer le contenu d'un plan de départs volontaires excluant tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppression d'emplois* ». C'est ensuite l'ordonnance du 22 septembre 2017 qui les a renommés en accords portant « *rupture conventionnelle collective* »[111].

---

[108] Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 230.

[109] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 26 octobre 2010, Géa F., *La chambre sociale et le volontariat. A propos de l'arrêt Renault*, RDT. 2010, p. 704 ; Favennec-Héry F., *PDV, PSE, PDR : un plan chasse l'autre*, Dr.soc. 2010, p. 1164 ; Meyrat I, Note, Le Droit Ouvrier, 2011, p.148 ; Bailly P., *Volontariat et reclassement : quelle compatibilité ?*, SSL. 2010, n° 1465, p. 10 ; Dockés E., *Le PSE sans reclassement : naissance d'une chimère*, SSL. 2010, n° 1465, p.11; Voir également Meftah I., *Les accords collectifs de gestion de l'emploi*, thèse, 30 novembre 2018, p. 30 et 31.

[110] Rendu public au 31 août 2017.

[111] Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative « au renforcement de la négociation collective » et ratifiée par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 « ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n°2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le fonctionnement du dialogue social »; Voir également Loiseau G., *Quelques observations sur les ruptures collectives d'un commun accord*, SSL. 2017, n° 1788 et Fabre A., *Les ruptures conventionnelles collectives et les congés mobilité : deux faux jumeaux*, SSL. 2018, n° 1829; L'article L. 1237-17 du Code du travail pose qu' « *Un accord collectif portant gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ou rupture conventionnelle collective peut définir les conditions et modalités de la rupture d'un commun accord du contrat de travail qui lie l'employeur et le salarié. Ces ruptures exclusives du licenciement ou de la démission ne peuvent être imposées par l'une ou l'autre des parties. Elles sont soumises aux dispositions de la présente section*. ».

a) Opportunisme

En plus de la rupture conventionnelle individuelle, ce travail va présenter et analyser la nouvelle rupture conventionnelle collective. Cette RCC, aussi communément appelé mécanisme de départ volontaire collectif sécurisé[112] est applicable depuis le 23 décembre 2017 en France et représente une version négociée à l'échelle d'entreprises. Tandis que la rupture conventionnelle individuelle de 2008 est négociée directement entre employeur(s) et salarié(s).

La rupture conventionnelle collective se vante de ne pas représenter une révolution, mais de correspondre à une innovation, en puisant ses origines dans des dispositifs connus dont elle imite le succès et corrige les défauts[113]. Elle transpose ainsi au niveau collectif la rupture conventionnelle individuelle, qui a dix années d'ancienneté sur elle et consacre également dans le Code du travail le dispositif de plan de départs volontaires, lequel est né de la pratique[114] : « *Personne ne peut (l') ignorer, l'objectif premier* (de la rupture conventionnelle collective) *est de clarifier le régime des plans de départs volontaires* »[115].

Il n'en reste pas moins, que l'introduction de la dernière mouture du dispositif de la rupture conventionnelle collective ne s'est pas faite en un jour. Il s'agit d'une évolution qui a été préparée ces trente dernières années par des lois qui se sont succédées et ce changement est d'une gravité à ne pas sous-estimer[116]. Ce travail va donc se pencher dans le chapitre 2 de la partie I sur la relation entre la rupture conventionnelle collective et les plans de départs volontaires ainsi que les plans de sauvegarde de l'emploi ; et revenir sur les tentatives antérieures de mise en place de cette RCC.

---

[112] L'accord devant être validé par l'administration. Voir RF, *Rupture conventionnelle collective*, octobre 2019, 1108, 24, p. 487.
[113] Marquet De Vasselot L., Martinon A., *Rupture du contrat de travail et suppression d'emplois*, JCP S, 2017, p. 1312.
[114] Fabre A., *Que reste-t'il du droit du licenciement pour motif économique?,* SSL, 2017, n° 1784, p. 3: « *La rupture conventionnelle a fait ses preuves, elle est plébiscitée par la pratique, pourquoi ne pas la consacrer au plan collectif ! Voilà pour la communication du gouvernement* » ; Le plan de départ volontaire n'est pas réglementé par le Code du travail, contrairement à la rupture conventionnelle individuelle et rupture conventionnelle collective. Le PDV se retrouve dans des conventions collectives et la Cour de cassation l'a reconnu valide dès 1984 (Cour de cassation, chambre sociale, 26 novembre 1984). Ces PDV comme pratique courante des entreprises n'étaient encadrés ainsi que par la jurisprudence, voir Pagnerre Y., Pagani K., *Le vade-mecum des ordonnances « Macron »*, Gualino, 2018, p. 66.
[115] Marquet De Vasselot L, Martinon A., *Rupture du contrat de travail et suppression d'emplois*, JCP S, 2017, n° 25, 1312.
[116] Voir notamment Dockès E. et sa proposition de Code du travail

b) Spécificités

La rupture conventionnelle individuelle et la rupture conventionnelle collective se situent hors du régime du licenciement pour motif économique et présentent un mode autonome de rupture de contrats de travail.
Mais la frontière avec le droit du licenciement pour motif économique est à observer minutieusement, car en plus de ne pas être assujettie au droit du licenciement, tout comme pour le « Aufhebungsvertrag » allemand, la jurisprudence doit veiller à contrôler que la rupture conventionnelle ne soit pas utilisée pour le contourner[117].

III. Ambition

L'introduction de ces modes de rupture, révèle, surtout en France une instrumentalisation réussie. Si le « Aufhebungsvertrag » allemand n'a pas connu de grands changements, étant déjà très « pro employeur », la rupture conventionnelle individuelle et la rupture conventionnelle collective sont le résultat d'une stratégie récente et gagnante des organisations patronales. Ce qui est spécialement alarmant dans un droit français pourtant connu dans le monde comme étant très protecteur (1) ; Ces modes de rupture ont au final la même ambition que le contrat de résiliation allemand et protègent surtout les intérêts des employeurs (2).

[117] Voir notamment sur la RC, l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 9 mars 2011, numéro de pourvoi 10-11.581, publié au bulletin (cassation partielle) ; Voir Favennec-Héry F., Note, JCP S, 2011, 1200 ; Favennec-Héry F., *Ruptures collectives pour motif économique, Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Dalloz, mars 2011; Pélissier J., SSL, 2011, n° 1484, p. 7 ; Loiseau G., Note, Droit Social, 2011, p. 681 et sur la RCC, voir l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles, 4ème chambre, 14 mars 2019, n° 18VE04158, JurisData n° 2019-004411, RJS, observations sur l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles, 14 mars 2019, n° 18VE04158, mai 2019, n° 287, p. 368, Aknin F., *Rupture du contrat de travail, L'autonomie de la RCC*, JCP S, 30 avril 2019, n° 17-18, 1136, p. 42 ; Dalmasso R., *La place du consentement du salarié dans les contentieux de la rupture conventionnelle*, sous la direction de Sachs T., Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012, p. 227.

1. Stratégie

a) Instrumentalisation

Quel est l'objectif derrière la rupture conventionnelle ? Selon l'article 12 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, il s'agit de suivre les volontés des parties au contrat de travail, c'est à dire « *de sécuriser les conditions dans lesquelles l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie (…) sans remettre en cause les modalités de rupture existantes du contrat à durée indéterminée, ni porter atteinte aux procédures de licenciements collectifs pour cause économique engagées par l'entreprise* ».
La loi de modernisation française pose bien la procédure et les droits attachés à cette nouvelle rupture conventionnelle, mais on est en droit de se demander si elle sécurise véritablement ce mode de rupture.

La rupture conventionnelle (tout comme la rupture conventionnelle collective) et le « Aufhebungsvertrag » restent les instruments des organisations patronales, particulièrement attachées au consentement mutuel des parties. Présentée comme sécurisant la fin des contrats de travail, tout en pacifiant les rapports sociaux[118], la rupture conventionnelle a été beaucoup défendue par le Medef[119]. Pour le législateur, il fallait à tout prix éviter de coûteux contentieux, échapper au contrôle du juge et à la jurisprudence de la Cour de cassation[120].

La fonction de pacification se retrouve en Allemagne, où les contrats de résiliation se font passer comme étant un bon moyen pour créer une balance entre les intérêts des salariés concernés et de l'employeur[121]. On voit mal, comment les intérêts entre subordonnés et subordonnant peuvent converger.

---

[118] « Brèves réflexion sur la rupture conventionnelle du contrat de travail », F. Taquet, JCP E, 2008, 1921, n° 2
[119] Bossu B., Dumont F., Verkindt P.-Y., *Droit du travail*, lextenso éditions, 2011, p. 291.
[120] Chassagnard-Pinet S., Verkindt P.Y., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, JCP S. 2008, 1465, n° 2 ; Sachs T., *La raison économique en droit du travail, Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, thèse, 24 octobre 2009, p. 513.
[121] Voir notamment Besgen N., Velten A., *Der Rücktritt vom Aufhebungsvertrag in der Insolvenz*, NZA-RR 2010, 561.

Mais c'est en raison de la fonction qui lui est reconnue de régler les différends et d'enrayer des procès, qu'a été reconnu en Allemagne au contrat de résiliation cette fonction de pacification, « Friedensfunktion »[122].

b) Détournement

Pour les employeurs et les salariés, la profusion d'alternatives conventionnelles au licenciement pour motif économique et dont la rupture conventionnelle collective fait partie, contribue à leur confusion et peut susciter « *tant l'espoir que l'inquiétude* »[123].

Il est fréquent, que les employeurs, suite à une crise économique ou voulant restructurer ou délocaliser leur exploitation ou entreprise, résilient en masse les contrats de travail[124]. En Allemagne, la conclusion de contrats de résiliation en masse est un procédé légalement reconnu de part notamment les §§ 17 I 2 KSchG de la loi sur la protection contre les licenciements[125] ou du § 112 a I S BetrVG de la loi constitutionnelle des entreprises. De nos jours, le « Aufhebungsvertrag » est fréquemment utilisé pour réduire ou rajeunir le personnel des entreprises. Lorsqu'il s'agit de réduire les effectifs, la consultation du comité d'entreprise lors de licenciements est considérée comme une perte de temps, ce qui peut être évité par la conclusion de « Aufhebungsverträge »[126].

---

[122] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 3.
[123] Morvan P., *La salade des ruptures conventionnelles*, Dr. soc., 2018, p. 26.
[124] Naber S., *Der massenhafte Abschluss arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge*, Forum Arbeits- und Sozialrecht Band 30, Centaurus Verlag 2009, S. 1; Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 6.
[125] Voir aussi Volk in Brose, Weth, Volk, *(6) Beendigung durch Aufhebungsvertrag,* Kommentar MuSchG § 17 Kündigungsverbot, 9. Auflage 2020, Rn. 130-134; Jares P., Fuchs F., *Massenentlassungen in Konzernsachverhalten, Die Hürden des Konsultationsverfahrens*, NZA, 2020, 1073: « *Unter dem Entlassungsbegriff fallen auch (...). (...) Erfasst ist nach § 17 I 2 KSchG auch jene andere arbeitgeberseitig veranlasste Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Dazu zählen neben der Beendigung durch einen vom Arbeitgeber veranlassten Aufhebungsvertrag (...)*. ».
[126] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 4.

Certains auteurs, tels Müller-Glöge, considèrent au contraire que si la relation de travail se termine suite à un contrat de résiliation initié par l'employeur, alors il s'agit d'un licenciement « Entlassung » au sens du paragraphe 113 III BetrVG[127]. Ils estiment donc qu'un contrat de résiliation est initié par l'employeur, dès lors qu'il a agi dans le but de faire terminer le contrat de travail de son salarié. L'employeur tentera alors de le persuader que c'est le meilleur moyen pour lui d'éviter un licenciement économique, alors qu'un changement de l'entreprise a déjà été planifié[128].

En France aussi est apparu à travers la rupture conventionnelle un moyen pour les employeurs d'éluder les règles du licenciement pour motif économique. Pour ce faire, les employeurs vont proposer à leurs salariés une indemnité élevée. Même si cela ne correspond pas au sens premier de la circulaire du Ministère du travail datée du 17 mars 2009, qui conseille à l'administration d'écarter l'homologation des « *ruptures conventionnelles qui seraient conclues en vue de contourner les garanties en matière de licenciements économiques et collectifs* »[129] ; Nous verrons que les directeurs départementaux du travail français opèrent une distinction entre les ruptures conventionnelles isolées et les ruptures conventionnelles simultanées, les dernières étant à annuler.

Le contrôle, comme tout contrôle, dépend cependant de la vigilance des contrôleurs. On constate donc que même si l'article L. 1237-11 du code du travail pose que la rupture conventionnelle est « *exclusive du licenciement ou de la démission* », cette volonté du législateur sera loin d'être toujours respectée. Certains auteurs[130] considèrent même, tels les auteurs allemands Müller-Glöge, qu'il serait nécessaire d'admettre la nullité de la convention de rupture quand celle-ci a été initiée par l'employeur. Le refus d'admettre la nullité dans ce cas-ci étant

---

[127] § 113 BetrVG, Nachteilsausgleich; Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230. Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 3. Wirkungen, Randnummer 10b.

[128] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230; Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 3. Wirkungen, Randnummer 10b : *« Ein Aufhebungsvertrag ist idS vom AG veranlasst, wenn er beim AN bezogen auf eine konkret gepl. Betriebsänderung. die obj. berechtigte Annahme hervorgerufen hat, mit der eigenen Initiative zur Beendigung des ArbVerh. einer betriebsbedingten Kündigung des AG zuvorzukommen. »;* BAG, 23.09.2003, NZA 2004, 440; 13.02.2007, NZA 2007, 825; Sur le « Aufhebungsvertrag » en cas de changement de société en droit allemand « bei Betriebsänderung », voir aussi Weber, Ehrlich, Burmester, Fröhlich, *Handbuch der arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträge*, 5. Auflage, Ottoschmidt, 2012, S. 391.

[129] Circulaire DGT n° 2009-4 B.O., 30 avril 2009.

[130] Peskine E., Wolmark C., *Droit du travail,* Hypercours, 2017, 11ème édition Dalloz, 2016, p. 379, 566.

« *largement contestable* », car la procédure de licenciement économique n'est pas à respecter en cas de rupture conventionnelle.

Il n'en reste pas moins, qu'avant cette modification il n'était pas possible en France d'échapper aux règles procédurales du licenciement économique, dès lors que la rupture trouvait son origine dans un motif économique[131]. La rupture conventionnelle homologuée a tout chamboulé et désormais le mal est fait. Les salariés peuvent se retrouver privés des garanties comprises dans le licenciement économique, telles que la priorité de réembauchage et l'obligation de reclassement[132]. Seul garde-fou reste, comme en Allemagne, l'obligation d'information du salarié sur ses droits. Ceci dans un état d'esprit naïf, que cela permette au salarié de décider lui-même d'accepter ou non la rupture conventionnelle proposée. C'est donc à présent souvent au salarié de vérifier qu'elles garanties lui seront plus avantageuses : celles de la rupture conventionnelle, du « Aufhebungsvertrag », ou celles du licenciement économique[133].

On observe ainsi que malgré des mécanismes différents et une mise en place différente, la France se rapproche mesure par mesure du modèle allemand, ou tout du moins de son résultat. L'Allemagne autorise en effet depuis longtemps l'utilisation en masse de contrats de résiliation « Aufhebungsverträge » comme un outil pour licencier collectivement[134]: pour l'auteur allemand Naber S., « *les licenciements collectifs passent souvent par la conclusion en masse de « Aufhebungsverträge »* »[135] et ces « *accords de résiliations permettent à l'employeur (…) d'éviter les impondérables de la loi allemande sur les licenciements collectifs* » [136]. Ceci de par

---

[131] Bossu B., Dumont F., Verkindt P.-Y., *Droit du travail*, lextenso éditions, 2011, p. 293.
[132] Pélissier J., Auzero G., Dockès E., *Précis de Droit du travail*, 25ème édition, Dalloz, 2011, p. 498 – 438.
[133] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015 et le 11 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee#Quelles-sont-les-indemnites-dues-au-salarie.
[134] Naber S., *Der massenhafte Abschluss arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge*, Dissertation, Centaurus Verlag & Madie UG, Forum Arbeits- und Sozialrecht, Band 30, 2009, S. 255, ff.
Naber, Sebastian. Der massenhafte Abschluß arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge (Forum Arbeits- und Sozialrecht) (German Edition) (S.i). Centaurus Verlag & Media. Kindle-Version.
[135] Naber S., *Der massenhafte Abschluss arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge*, Dissertation, Centaurus Verlag & Madie UG, Forum Arbeits- und Sozialrecht, Band 30, 2009, S. 202: „*Massenentlassungen werden oftmals durch den massenhaften Abschluss von Aufhebungsverträgen durchgeführt*".
[136] Naber S., *Der massenhafte Abschluss arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge*, Dissertation, Centaurus Verlag & Madie UG, Forum Arbeits- und Sozialrecht, Band 30, 2009, S. 254: „*Aufhebungsverträge ermöglichen es dem Arbeitgeber (…), den Unwägbarkeiten des gegenwärtigen deutschen Massenentlassungsrechts auszuweichen.*".

le § 17 I KSchG[137] mentionné plus haut et qui inclut les « Aufhebungsverträge » dans les licenciements « Entlassungen »[138]. L'introduction en France de la rupture conventionnelle collective, permet désormais aussi de se séparer massivement de salariés « à l'amiable », comme en Allemagne, sans avoir à recourir à des licenciements.

2. Intérêts

a) Efficacité

Qu'en est-il de du contenu et des conséquences de la rupture conventionnelle et du « Aufhebungsvertrag » ? Le contrat de résiliation allemand permet aux deux parties de rompre le contrat de travail à tout moment, sans avoir à respecter, ni délais, ni obligation de motiver leur décision. La rupture conventionnelle française du contrat de travail n'a également pas à être motivée[139] mais doit respecter certains délais. La raison derrière cette absence de motif étant le danger de voir la rupture conventionnelle requalifiée en licenciement[140].

En Allemagne, nous comprenons qu'il y a non seulement absence d'obligation de respect des délais légaux, mais aussi qu'il est possible de ne pas respecter les restrictions existantes sur le licenciement. Ce qui explique l'usage courant de ce contrat, dès lors qu'un licenciement n'est pas possible pour des raisons juridiques. Lorsqu'un employeur allemand par exemple souhaite se séparer d'un salarié, sans motif valable de licenciement, ou s'il veut rompre le contrat d'un salarié handicapé qui bénéficierait d'une protection spéciale contre un licenciement. D'autre

---

[137] BAG 20.01.2016, 6 AZR 601/14, BAGE 154, 53 = NZA 2016, 490; § 17 I KSchG: „(*1) Der Arbeitgeber ist verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er 1. In Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als 5 Arbeitnehmer, 2. In Betrieben mit in der Regel mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern 10 vom Hundert der im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer oder aber mehr als 25 Arbeitnehmer, 3. In Betrieben mit in der Regel mindestens 500 Arbeitnehmern mindestens 30 Arbeitnehmer; innerhalb von 30 Kalendertagen entläßt. Den Entlassungen stehen andere Beendigungen des Arbeitsverhältnisses gleich, die vom Arbeitgeber veranlasst werden*.".

[138] Ludwig D., Hinze J., *Das Massenentlassungsanzeigeverfahren, häufige Fehler und Vermeidungsstrategien*, NZA 2020, 699; Voir également, BAG, 19.03.2015, 8 AZR 119/14, BeckRS 2016, 70521; BAG 28.06.2012, 6 AZR 780/10, BAGE 142, 202 = NZA 2012, 1029.

[139] Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 229.

[140] Coeuret A., Gauriau B., Miné M., *Droit du travail,* Université, Sirey, 3ème édition, 2013, p. 444.

part, les parties peuvent également recourir au contrat de résiliation, dès lors qu'elles ne souhaitent pas respecter les délais du préavis de licenciement[141], ou même si elles souhaitent rompre un CDD avant terme.

En France, la rupture conventionnelle qui est d'application large, s'est récemment vue étendue aux fonctionnaires à partir de cette année 2020. Tandis que la rupture conventionnelle collective de 2018 pousse elle aussi le dispositif encore plus loin. Les ruptures consensuelles sont bien devenues les stars qui permettent de désécuriser les contrats de travail des salariés. Ceci en profitant de la position de subordination des salariés d'une part dans les RCI et les « Aufhebungsverträge » ; et d'autre part en élargissant le processus à une bien plus grande échelle dans le cadre de la RCC.

b) Répercussions

Le patronat ne peut que se réjouir d'une diminution du risque contentieux, souhaité de longue date[142] et obtenu grâce à la procéduralisation et au délai de rétractation entre autres[143]. Cependant, un contentieux important s'est tout de même développé, poussant l'auteur Auzero à dire que, « *ceux qui espéraient une « déjudiciarisation » de la rupture du contrat de travail devront se rendre à l'évidence et constater que le juge conserve un rôle de premier plan* »[144]. Mais le

---

[141] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 3.

[142] Voir Freyssinet J., *Flexibilité et sécurité: quelles stratégies d'acteurs*, Travail et Emploi, 2009, n° 2, p. 113 sur la contradiction patronale ressortant de *«la demande simultanée d'une sécurisation juridique de l'employeur et d'un retour aux principes du droit civil dans la gestion du contrat individuel de travail* »; Également Dalmasso R., *La place du consentement du salarié dans les contentieux de la rupture conventionnelle*, sous la direction de Sachs T., Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012, p. 222.

[143] Ils ont ainsi moins de coûts à prendre en compte dès lors qu'ils réfléchissent à rompre un contrat de travail à l'amiable. Voir Bouaziz P., Collet-Thiry N., *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée: mode d'emploi*, Le Droit Ouvrier, 2010, n° 739.

[144] Auzero G., *La rupture conventionnelle du contrat de travail: l'illusion de la sécurisation*, RDT, 2008, p. 522 ; Et pour certains, une véritable « sécurisation » pour les employeurs ne peut résulter de la rupture conventionnelle, que s'ils appliquent de manière loyale les règles de rupture : Couturier G., *« la perspective d'un moindre recours au juge est surtout donnée sur la réalité de l'accord réellement conclu et sur les avantages en résultant pour le salarié. On est porté à ne pas remettre en cause aussitôt ce à quoi on a consenti en connaissance de cause* ». Voir Couturier G., Serverin E., controverse, *Quel contentieux pour la rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée?*, RDT, 2009, p. 205, sous la direction de Jeanmaud A.

rôle gardé par le juge reste faible pour d'autres, qui considèrent la diminution du contentieux comme étant bien réelle en France[145]. Pour Frouin J.-Y., le recul du juge est passé au travers de la politique de déplacement de la finalité première du droit du travail, allant de la protection du salarié à l'intérêt des employeurs avec le fonctionnement et la compétitivité des entreprises au premier plan[146].

Le contrat de résiliation allemand instaure lui aussi une sécurité juridique pour les employeurs. Il est en effet connu qu'un recours en justice intenté contre la conclusion d'un « Aufhebungsvertrag » touche à l'impossible. Ce mode de rupture apporte clairement plus d'inconvénients que d'avantages aux salariés, y compris dans le domaine fiscal et social. Ce qui ne se retrouve pas de la même manière en France, où la rupture conventionnelle est sujette à un formalisme précis incluant un ou des entretiens préalables[147], un droit de rétractation[148] et surtout fait l'objet d'une homologation de l'autorité administrative. Le versement d'une indemnité de rupture avec un minimum légal garanti est également prévu pour le salarié, contrairement à ce qui se passe en Allemagne. Notons qu'en France, cette indemnité de rupture n'est pas assujettie aux prélèvements sociaux et fiscaux pour certains salariés. Le droit à toucher les allocations chômage se retrouve dans les deux droits, avec des différences marquées par leur période de carence respective.

Le succès de ces modes de rupture dépend donc des possibilités de recours limités, autant en France qu'en Allemagne. L'accord entre les parties étant utilisé pour garantir la sécurité et la fiabilité juridique avant tout.

---

[145] Frouin J.-Y., *Le recul du juge en droit du travail*, RDT, janvier 2020.
[146] Frouin J.-Y., *Le recul du juge en droit du travail*, RDT, janvier 2020, p. 24.
[147] Selon l'article L. 1237-12 du code du travail.
[148] Ce droit de rétractation constitue « *une technique de plus en plus prisée de protection du consentement, qui permet aux contractants de prendre le temps de peser leur engagement* », voir Lokiec P., *Garantir la liberté du consentement contractuel*, Dr. Soc., 2009, p. 127 ; Sur la liberté du consentement des parties, voir aussi Loiseau G., *La régulation des contentieux de la rupture conventionnelle*, JCP S, 2017, 1005, note sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 1er décembre 2016, numéro de pourvoi 15-21.609, JurisData, n° 2016-025383 ; Pour Sachs T., « *Le consentement des parties à la rupture conventionnelle ne peut donc être donné qu'au terme d'un processus encadré, marqué d'un formalisme informatif certain* » : Sachs T., *La volonté du salarié en actes*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012. Voir également Auzero G., La volonté du salarié en matière de ruptures bilatérales, Le Droit Ouvrier, 2013, 483.

Spécialement en Allemagne[149], où l'absence de droit de rétractation légal signifie que sans l'accord du cocontractant, le contrat ne pourra pas être annulé unilatéralement. Ceci sur le principe « *pacta sunt servanda* » qui pose que les contrats doivent être respectés par les parties les ayant conclus.

Il n'est pas rare que l'employeur allemand exerce des pressions sur ses salariés (les employeurs français ne sont pas non plus en reste dans ce domaine) afin d'obtenir leurs signatures le plus rapidement possible. Deux moyens principaux s'offrent à lui, une absence de délai de réflexion du salarié et une information lacunaire et très insuffisante, ce qui ne peut que déstabiliser fortement le salarié.

Or si les salariés cherchent aujourd'hui toujours à conclure un contrat de travail à durée indéterminée, « unbefristeter Arbeitsvertrag », lesquels apportent un sentiment de sécurisation de l'emploi ; la tendance est de plus en plus prononcée de nos jours de réduire leur durée et donc leur objectif de sécurisation. Ceci non seulement à travers l'usage plus prononcé des contrats à durée déterminée « befristeter Arbeitsvertrag » ; mais également et surtout au travers de dispositifs qui facilitent la résiliation des contrats de travail et dont la rupture conventionnelle et le « Aufhebungsvertrag » font partie.

Par ailleurs, si la rupture conventionnelle amiable française est plus protectrice pour les salariés concernés que le « Aufhebungsvertrag » pour les salariés allemands, aussi bien dans sa réglementation que dans ses conséquences, il faut bien comprendre que la nouvelle rupture conventionnelle collective, elle, représente une double peine pour les salariés français.

[149] Voir notamment Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 5.

La Partie I va comparer les définitions, motifs et conditions de la conclusion d'une rupture conventionnelle individuelle et d'un « Aufhebungsvertrag » (Chapitre 1), ainsi que présenter la rupture conventionnelle collective (Chapitre 2) ;

Pour ensuite révéler dans la Partie II les conséquences fiscales et sociales que ces ruptures ont sur les parties au contrat (Chapitre 1) et se pencher sur les possibilités de rétractation et de recours dans les deux droits (Chapitre 2).

Partie I. Définitions, motifs et conditions d'une rupture amiable d'un contrat de travail

L'introduction de la rupture conventionnelle individuelle (RCI) en 2008, a connu et connait encore un grand succès, à tel point, qu'elle a été suivie dix années plus tard par la rupture conventionnelle collective (RCC), adopté le 21 mars 2018[150]. Ce travail poursuivant une comparaison franco-allemande du dispositif de rupture conventionnelle, notre comparaison portera principalement sur la rupture conventionnelle individuelle et le contrat de résiliation allemand « Aufhebungsvertrag », lequel connait également un usage courant en Allemagne.

Seul le chapitre 2 de cette partie I sera consacré à la nouvelle rupture conventionnelle collective. La RCC modifie la philosophie du droit français dans ce domaine en permettant aux entreprises une plus grande flexibilité dans la conduite des affaires. Une décentralisation de la négociation collective au niveau de l'entreprise est ici opérée[151]. Ainsi, quand le contrôle de l'administration dans le cadre d'une rupture conventionnelle individuelle repose sur l'accord du salarié, dans la rupture conventionnelle collective, le contrôle va porter sur l'accord d'entreprise, sauf pour les salariés protégés. En Allemagne, l'usage massif de « Aufhebungsverträge » est possible dans le cas de « Freiwilligkeitsprogrammen » (plans de départs volontaires allemands), tandis qu'en France, les ruptures conventionnelles collectives ne sont pas assimilables aux PDV, même si ce mode de rupture reprend certains de leurs éléments[152].

---

[150] Conseil Constitutionnel, 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi d'habilitation n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social : Le Conseil Constitutionnel a considéré conforme à la Constitution la suppression du Comité d'hygiène et de sécurité, mais aussi la réduction du nombre d'heures de délégation, les règles de financement des expertises et les modalités d'organisation des élections au CSE dans les articles L. 2314-5 et L. 2314-10 du Code du travail entre autres. Voir ici Morin J., *Regard sur la conformité des nouvelles institutions représentatives du personnel aux normes supra-légales*, Le Droit Ouvrier, juillet 2018, n°840, p. 458 ; Voir aussi Recueil Dalloz, actualités, 29 mars 2018, n° 12, 621.
Désormais, un accord collectif peut prévoir une rupture conventionnelle collective : Article L. 1237-17 du Code du travail: « *Un accord collectif portant gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ou rupture conventionnelle collective peut définir les conditions et modalités de la rupture d'un commun accord du contrat de travail qui lie l'employeur et le salarié.*
Ces ruptures, exclusives du licenciement ou de la démission, ne peuvent être imposées par l'une ou l'autre des parties. Elles sont soumises aux dispositions de la présente section. ».

[151] Däubler W., *Une utopie sortie du désert ? Le « Code du travail alternatif » en France*, Le Droit Ouvrier, mai 2019, n°850, p. 275. En allemand, voir Däubler, *Eine Utopie aus der Wüste? Der « Code du Travail Alternatif » in Frankreich*, SR 2018, 97-107.

[152] Voir notamment Dalmasso R., *La « rupture conventionnelle collective » : une chimère ?*, Le Droit Ouvrier, novembre 2017, n°832, p. 651.

Le premier chapitre de cette partie va se charger de définir et poser les conditions de conclusion d'une rupture conventionnelle individuelle française et opérer une comparaison avec le « Aufhebungsvertrag » allemand (Chapitre 1) ; tandis que le deuxième chapitre va présenter et analyser la nouvelle rupture conventionnelle collective mise en place par la réforme Macron de 2017 (Chapitre 2).

Nous reviendrons sur la comparaison franco-allemande de la rupture conventionnelle individuelle dans la deuxième partie de ce travail. Nous analyserons les conséquences financières et sociales de ces deux modes de rupture amiable ainsi que les possibilités de contestation. Nous analyserons aussi les avantages et les inconvénients résultant de ces deux modes de rupture du contrat de travail.

Chapitre 1. Formalités et procédures menant à la validité de la rupture amiable et le statut des personnes protégées

Important pour la validité d'une rupture conventionnelle française est le respect des formalités, en particulier quand des personnes protégées sont concernées. Dans ce contexte, ce chapitre va se concentrer sur le cadre juridique de la rupture conventionnelle individuelle qui, comme nous le verrons, encadre plus strictement ce mode de rupture qu'en Allemagne. Sont concernés les personnes vulnérables, entre autres, salariés en congé parental ou personnes handicapées.

La première section sera consacrée au champ d'action de la rupture conventionnelle et du « Aufhebungsvertrag » allemand (Section 1), tandis que la deuxième section va examiner la terminologie et la délimitation des accords de ruptures ainsi que leurs conséquences financières et sociales (Section 2).

Section 1. Champ d'action de la rupture conventionnelle et du « Aufhebungsvertrag » allemand

Cette section va encadrer en détail le champ d'action de la rupture conventionnelle individuelle française, laquelle diffère grandement du champ d'action du « Aufhebungsvertrag » allemand. Notamment de par son introduction tardive dans le droit français, menant à un encadrement strict avec les procédures d'homologation et d'autorisation, ou tout du moins un encadrement considéré comme strict en comparaison avec le droit allemand.

Nous verrons cependant qu'au fil des années, la rupture conventionnelle française a été assouplie dans certains de ses aspects, par exemple avec son ouverture aux fonctionnaires depuis le 1er janvier 2020, ce qui se rapproche du modèle allemand. La plus importante similarité entre ces deux droits reste la nécessité d'un écrit consacrant un accord libre des parties. A l'inverse, une différence de taille est représentée par l'usage de la rupture conventionnelle française uniquement pour les salariés titulaires d'un contrat à durée indéterminée, ce qui n'est pas le cas en Allemagne.

Une autre démarcation importante du droit français par rapport au droit allemand, est qu'il préconise pour la validité de la rupture conditionnelle un ou plusieurs entretiens préalables. Ces entretiens servent à se mettre d'accord sur les modalités de la rupture, entre autres sur la date de rupture et le montant de l'indemnité qui sera versée[153], bien qu'il soit possible en droit français, comme en droit allemand, de signer la rupture conventionnelle au cours d'un unique et seul entretien entre les deux parties[154]. Le préjudice ressortant d'un seul et unique entretien pénalise aussi bien les salariés français qu'allemands, qui sont en position d'infériorité par rapport à leur employeur dans cette proposition de rupture « amiable ».

Quant au statut des salariés protégés et des mineurs, celui-ci sera suivi par les vices du consentement qui pourront être invoqués ainsi que par une analyse de l'agencement des ruptures conventionnelles dans nos sociétés précaires.

---

[153] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 4.

[154] Il n'y a alors pas de consentement vicié. Voir l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 5 novembre 2014, numéro de pourvoi 13-16.372, non publié au bulletin (rejet) et l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 12 février 2014, numéro de pourvoi 12-29.208, non publié au bulletin (rejet).

I. Rupture conventionnelle et fonction publique

1. Rupture conventionnelle individuelle et fonction publique avant la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique

Une première différence qui existait entre le droit français et le droit allemand, est que tandis qu'en France, la rupture conventionnelle individuelle ne trouvait jusqu'au 1er janvier 2020[155] pas d'application dans la fonction publique, il n'y a jamais eu cette restriction en Allemagne[156].

La rupture conventionnelle individuelle française ne s'appliquait donc pas aux agents publics fonctionnaires ni contractuels[157]. La rupture conventionnelle étant en France prévue seulement dans le code du travail, faisant que seuls les salariés soumis aux dispositions du code du travail peuvent conclure une rupture conventionnelle. Jusqu'au 6 août 2019, aucune disposition équivalente n'existait pour les agents publics[158].

Une des conditions de refus de mise en place de la rupture conventionnelle pour la fonction publique, relevait du fait que la consécration du principe du caractère d'ordre public des règles statutaires applicables aux agents publics excluait tout accord pour négocier entre l'employeur public et son contractuel dans le but de rompre le contrat de travail[159]. L'arrêt récent de la Cour

---

[155] La loi n° 2019-828 de transformation de la fonction publique a été définitivement adoptée le 23 juillet 2019 et promulguée en date du 6 août 2019.

[156] Voir Schulte in Weber und Groeger, *Arbeitsrecht im Öffentlichen Dienst*, § 16 Beendigungsvereinbarungen, Dr. Otto Schmidt, 3. Auflage, 2020, S. 477, Rz. 16.1.

[157] Refus alors fondé, entre autres, sur le caractère d'ordre public des dispositions de l'article 46 du décret du 15 février 1988 (Zimmermann, Rép. min. n° 721, JOAN, 13 novembre 2012, p. 6491) et du fait que « *la poursuite de l'intérêt général et l'objectif de protection des deniers publics limitent les possibilités de négociation des conditions d'indemnisation d'une rupture de contrat de travail.* » (Brottes, Rép. min, n° 68977, JOAN, 24 mars 2015, p. 2229 et Masson, Rép. min., n° 02258, JO Sénat, 31 janvier 2013, p. 346) ; Walgenwitz A., *La rupture conventionnelle: un dispositif attendu dans un contexte de contractualisation croissante du droit de la fonction publique*, JCP S, 12 novembre 2019, n° 45, 1318, p. 27.
Pour comprendre les différences entre fonctionnaires et différents « agents », voir : https://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/administration/acteurs/quelles-sont-differentes-categories-agents-administration.html; Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), service-public.fr, *La rupture conventionnelle s'applique-t-elle dans la fonction publique ?*, vérifié le 4 octobre 2017, https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F31094.

[158] Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), service-public.fr, *La rupture conventionnelle s'applique-t-elle dans la fonction publique ?*, vérifié le 4 octobre 2017, https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F31094.

[159] Voir ici Leplatre, CE, 14 juin 2014, n° 250695, Jean-Pierre D., Note, JCP A, 2004, 1521 et Glaser E., Séners F., Chronique, JCP A, 2004, 1528; Walgenwitz A., *La rupture conventionnelle: un dispositif attendu*

administrative d'appel de Lyon en date du 5 février 2019 avait alors jugé en ce sens, concernant en l'espèce un contractuel hospitalier qui avait conclu une rupture conventionnelle : « *les modalités du licenciement ou de la fin du contrat d'un agent non titulaire de la fonction publique hospitalière sont exclusivement régies par les dispositions des articles 40-1 à 52 du décret du 6 février 1991. Ces dispositions présentent un caractère d'ordre public, un établissement public ne saurait s'en écarter en recourant à un mode conventionnel du contrat de travail* »[160].

Une démission était possible pour les fonctionnaires ou agents non titulaires, sachant que l'accord de l'administration est nécessaire et que la procédure à respecter varie selon qu'il s'agira d'un agent titulaire ou d'un agent contractuel[161]. Comme autre moyen permettant cette fois un départ négocié des agents publics, il était alors possible, pour la fonction publique territoriale de recevoir une indemnité de départ volontaire, IDV, laquelle était versée suite à une démission en cas de restructuration de service, de départ définitif de la fonction publique pour création ou reprise d'une entreprise ou pour un projet personnel[162].

2. Rupture conventionnelle collective expérimentée dans la fonction publique depuis la loi du 6 août 2019

Depuis la réforme de la fonction publique en son article 24[163] est prévu une application de la RC aux fonctionnaires[164]. Ce projet de loi de transformation de la fonction publique a été adopté en première lecture à l'Assemblée Nationale au 28 mai 2019.

---

dans un contexte de contractualisation croissante du droit de la fonction publique, JCP S, 12 novembre 2019, n° 45, 1318, p. 27.

[160] Arrêt de la CAA de Lyon, 5 février 2019, n° 17LY00395.

[161] Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), Service-public.fr, *Démission d'un fonctionnaire ou d'un agent non titulaire*, https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F513, vérifié le 21 juillet 2017.

[162] A condition que l'agent démissionne au moins cinq années avant son droit d'ouverture à sa pension de retraite. Décret n° 2009-1594 du 18 décembre 2009 pour la IDV et décret n° 2008-386 du 17 avril 2008 pour la FPE et décret n° 98-1220 du 29 décembre 1988 pour la FPH.

[163] Article 24 du projet de loi de transformation de la fonction publique, 13 février 2019, présenté par Dussopt O., secrétaire d'État auprès du ministre de l'Action et des Comptes publics, p. 16.

[164] Article 24 du projet de loi de transformation de la fonction publique, 13 février 2019, présenté par Dussopt O. : « *L'article 24 renforce les garanties des agents publics, et les leviers des employeurs publics, en instituant un mécanisme de rupture conventionnelle aligné sur celui prévu par le code du travail. Ce dispositif a vocation à s'appliquer aux contractuels relevant des trois versants de la fonction publique. Il s'inscrit dans l'objectif, plus général, du Gouvernement qui est de favoriser la mixité des carrières publiques et privées. (…) L'article prévoit une expérimentation s'agissant des fonctionnaires de l'État et hospitaliers : il est*

Le projet de loi de transformation de la fonction publique comprend dans son exposé des motifs, une volonté « *de refonder le contrat social qui lie nos agents publics au service de leur pays et de mettre en œuvre pour ce faire une transformation ambitieuse de notre fonction publique* »[165]. L'introduction de la rupture conventionnelle dans la fonction publique[166], montre qu'une « souplesse » est voulue : « *souplesse dans le recrutement des contractuels, dans la gestion de leur contrat et dans les modalités de rupture, telles semblent aujourd'hui les nouvelles règles du recours au contrat dans la fonction publique* »[167]. Les employeurs publics territoriaux sont aussi à 75,5% pour la mise en place de la rupture conventionnelle dans la fonction publique, ce qui ressort de la consultation en ligne du Sénat[168].

La loi de transformation de la fonction publique a été définitivement adoptée le 23 juillet 2019 et promulguée en date du 6 août 2019[169]. L'article 72 de cette loi n° 2019-828 du 6 août 2019 prévoit finalement une expérimentation durant six années de la rupture conventionnelle pour les agents des trois fonctions publiques avec une entrée en vigueur au 1er janvier 2020. Des décrets du Conseil d'État viendront bientôt poser les conditions de mise en œuvre ainsi que le montant de l'indemnité de rupture[170].

---

prévu d'appliquer ce dispositif à titre expérimental pendant 5 ans, à compter du 1er janvier 2020 jusqu'au 31 décembre 2025. Il s'agit d'un cas supplémentaire de cessation définitive de fonctions qui entraine radiation des cadres et perte de la qualité du fonctionnaire. Calquée sur le modèle de la rupture conventionnelle des contractuels, elle ne concernera ni les fonctionnaires stagiaires, ni les fonctionnaires détachés sur contrat, ni les fonctionnaires ayant droit à une pension de retraite à taux plein. (…) L'évaluation de ces expérimentations sera présentée au Parlement un an avant leur terme. Elle portera notamment sur le nombre de fonctionnaires couverts par ces dispositifs et leur coût global. L'article 24 permet également d'étendre le régime d'auto-assurance chômage des agents publics civils aux cas de privation d'emploi résultant d'une rupture conventionnelle, sur le modèle de ce qui existe pour le secteur privé, ou de certaines démissions donnant droit à une indemnité de départ volontaire. ».

[165] Étude d'impact du projet de loi de transformation de la fonction publique, 27 mars 2019, NOR CPAF1832065L/Bleue-1, JCP A, 2019, 2276.

[166] Déjà souhaité en 2015, notamment dans le rapport de Tourret A., avis de la commission des lois sur le projet de loi de finances pour 2015: Tourret A., Assemblée nationale, avis n° 2267, 9 octobre 2014.

[167] Villeneuve P, *Demain tous contractuels? À propos du projet de loi de transformation de la fonction publique du 14 février 2019*, JCP A, 2019, act. 117.

[168] Folco C. Di, Hervé L., *Rapport du Sénat*, 12 juin 2019, n! 570 qui montre que 75,5 % des employeurs publics territoriaux sont pour, comprenant 2200 élus locaux dont 42% représentent des communes de moins de 1000 habitants; voir aussi Walgenwitz A., *La rupture conventionnelle: un dispositif attendu dans un contexte de contractualisation croissante du droit de la fonction publique*, JCP S, 12 novembre 2019, n° 45, 1318, p. 26.

[169] Loi n° 2019-828 du 6 août 2019, loi de transformation de la fonction publique, JO du 7 août 2019.

[170] Walgenwitz A., *La rupture conventionnelle: un dispositif attendu dans un contexte de contractualisation croissante du droit de la fonction publique*, JCP S, 12 novembre 2019, n° 45, 1318, p. 27.

Sont exclus les fonctionnaires stagiaires et les fonctionnaires à l'âge de départ légal de départ en retraite ayant une durée d'assurance suffisante pour recevoir leur pension pleine ainsi que les fonctionnaires détachés en qualité d'agent contractuel[171].

A la date de rédaction de ce travail, les modalités de mises en place pour les fonctionnaires sont encore sommaires. Il n'est pas fait usage de l'homologation par l'autorité administrative, à la place, c'est un amendement sénatorial qui vaut[172]. Concernant l'accord commun des volontés des parties, celui-ci n'est pas précisé, avec comme seule garantie procédurale pour l'instant reconnue, la possibilité de se faire assister par un conseiller désigné par une organisation syndicale représentative de son choix[173]. Il y a également une sanction pécuniaire mise en place en cas de recrutement d'un ancien agent public dans les six années suivant sa rupture conventionnelle, pour lutter contre un usage abusif de cette forme de rupture[174].

Pour l'auteur Walgenwitz, ce dispositif autorisant la rupture conventionnelle dans la fonction publique « *risque de s'avérer fort coûteux pour l'employeur public au risque d'entraver sa mise en œuvre et d'hypothéquer son succès* »[175]. Il faut dans tous les cas attendre pour l'instant de voir la mise en œuvre qui sera choisie ainsi que les retombées de cette politique.

En Allemagne, la convention collective pour la fonction publique des états allemands (TV-L, « Tarifvertrag der Länder »[176]) pose dans son § 33 Abs. 1 b), que le contrat de travail peut être résilié à tout moment sans qu'il n'y ait prononciation d'un licenciement et sans délais, grâce à un « Auflösungsvertrag », (lequel est juridiquement identique au « Aufhebungsvertrag » en ce qu'il s'agit d'un terme plus général) s'il y a consentement mutuel[177]. Dans la fonction publique

---

[171] Walgenwitz A., *La rupture conventionnelle: un dispositif attendu dans un contexte de contractualisation croissante du droit de la fonction publique*, JCP S, 12 novembre 2019, n° 45, 1318, p. 28.
[172] Amendement COM-349. Pour le Sénat, l'homologation es tune procédure trop lourde pour la fonction publique. Voir ici Walgenwitz A., *La rupture conventionnelle: un dispositif attendu dans un contexte de contractualisation croissante du droit de la fonction publique*, JCP S, 12 novembre 2019, n° 45, 1318, p. 28.
[173] Walgenwitz A., *La rupture conventionnelle: un dispositif attendu dans un contexte de contractualisation croissante du droit de la fonction publique*, JCP S, 12 novembre 2019, n° 45, 1318, p. 29.
[174] L'agent devra rembourser les sommes perçues dans le cadre de la rupture conventionnelle dans un délai de deux ans à partir de son nouveau recrutement. Voir l'article 72 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 et Walgenwitz A., *La rupture conventionnelle: un dispositif attendu dans un contexte de contractualisation croissante du droit de la fonction publique*, JCP S, 12 novembre 2019, n° 45, 1318, p. 29.
[175] Walgenwitz A., *La rupture conventionnelle: un dispositif attendu dans un contexte de contractualisation croissante du droit de la fonction publique*, JCP S, 12 novembre 2019, n° 45, 1318, p. 29.
[176] Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L).
[177] Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L), § 33 Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung, „*(1) Das Arbeitsverhältnis endet ohne Kündigung*

allemande « Öffentlicher Dienst », un tel contrat amiable de résiliation peut donc être conclu. En pratique, un supérieur va, par exemple, suite à une demande d'un salarié, faire suivre cette demande ainsi que la déclaration de consentement éclairé des deux parties[178] à la gestion des ressources humaines[179], laquelle va ensuite élaborer un tel contrat de résiliation[180].

II. Accord libre des parties, forme et contenu de la procédure

1. Accord libre des parties et procédure mise en place

Qui a conclu un contrat de travail est libre de le rompre à l'amiable. Ceci ressort du principe de la liberté contractuelle au paragraphe 311 I BGB, code civil allemand. Le contrat de résiliation, « Aufhebungsvertrag » est désormais mentionné dans le paragraphe 623 du BGB, sous le terme plus général de « Auflösungsvertrag », contrat de résolution comme étant un élément constitutif d'une rupture « Beendigungstatbestand ». Il y est noté qu'il requiert la forme écrite et que la signature électronique est exclue. Il n'y a en revanche pas de définition légale allemande de ce terme. On comprend néanmoins qu'il en va d'un accord consensuel entre l'employeur et le salarié et que cet accord est la seule raison pour la rupture du contrat de travail[181].

Le champ d'application de la rupture conventionnelle française est également très large suite à l'application du principe de liberté contractuelle, les parties au contrat de travail étant ainsi à même de mettre fin d'un commun accord à leurs relations contractuelles. Cela suppose cependant dans le cadre de la rupture conventionnelle, que les conditions de validité des conventions de droit civil soient respectées, c'est à dire un consentement non vicié et une capacité à

---

a) mit Ablauf des Monats, in dem die/der Beschäftigte das gesetzlich festgelegte Alter zum Erreichen einer abschlagsfreien Regelaltersrente vollendet hat, b) jederzeit im gegenseitigen Einvernehmen (Auflösungsvertrag)."; Voir aussi Notzon M., *Aktuelles zum Aufhebungsvertrag und zur Anfechtung*, öAT, 2020, 4.

[178] « Einverständniserklärung ».

[179] « Personalverwaltung ».

[180] Kirch H.-H., Universität Bonn, Personalrat der wissenschaftlich Beschäftigten, *Auflösungsverträge und Kündigungen im Öffentlichen Dienst der Länder (TV-L),* , 25. September 2015, https://www.prwiss.uni-bonn.de/de/a-z/aufloesungsvertraege-und-kuendigungen-im-oeffentlichen-dienst-der-laender-tv-l.

[181] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 24.

contracter[182]. Par consentement non vicié est entendu un consentement éclairé et libre, exempt de violence, menace, pression ou contrainte[183].

Nous avons préalablement indiqué que le dispositif de la rupture conventionnelle n'est valable en France que pour les salariés titulaires d'un contrat à durée indéterminée, ceci étant donné que les textes conditionnant cette rupture sont inclus dans un titre intitulé « *rupture du contrat de travail à durée indéterminée* » et la période d'essai est exclue. Notons que le contrat à durée déterminée français connaît déjà la rupture amiable au sein de l'article L. 1231-1 du Code du travail, lequel prévoit entre autres, la rupture d'un commun accord.

Nous verrons dans cette partie plus en détail que le droit français prévoit la tenue d'un entretien minimum[184] pour préciser les modalités de la rupture qui sera signée, suivi d'un délai de rétractation légal, pour ensuite pouvoir faire homologuer la convention de rupture par la DIRECCTE ou alors si un salarié protégé est en cause, obtenir l'autorisation de l'inspecteur/inspectrice du travail.

En Allemagne, l'accord entre les parties constitue la base du contrat de résiliation, lequel est un contrat d'un genre particulier (§§ 311 et 241 du BGB) et non réglementé légalement de manière explicite[185]. La conséquence de ce contrat étant que le salarié perd l'ensemble de sa protection contre le licenciement, il est nécessaire que sa volonté de rompre son contrat de travail de cette façon ressorte clairement[186]. Un accord entre les deux parties est donc impératif, contrairement au licenciement où l'on est face à une résiliation unilatérale prononcée par l'employeur[187]. Nous verrons par ailleurs plus loin dans le cours de nos observations, que l'obligation de forme écrite va dans ce sens de la protection du salarié.

---

[182] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 2.
[183] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 2.
[184] Circulaire DGT, n° 008-11 du 22 juillet 2008; Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 4 ; Loiseau G., Note, JCP S, 2017, 1005, sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 1er décembre 2016, numéro de pourvoi 15-21.609 et Auzero G., Baugard D., Dockès E., *Droit du travail*, 31ème édition Dalloz, 2017, p. 514.
[185] BAG, 12.01.2000, 7 AZR 48/99 - 18, „*b) Der Abschluss eines solchen Aufhebungsvertrags ist nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit zulässig (vgl. § 305 BGB). Gesetzliche Vorgaben bestehen dafür derzeit nicht*"; Sur le § 305 BGB, voir Clemenz S., Burghard K, Krause R., *AGB-Arbeitsrecht*, Dr. Otto Schmidt, 2. Auflage, 2019, S. 121, 37.
[186] Teschke U., Bährle, *Arbeitsrecht schnell erfasst*, 6. Auflage Springer 2007, S. 150.
[187] Michalski L., *Arbeitsrecht,* Start, C.F. Müller, 7. Auflage 2008 , S. 54-243.

La conception dominante en Allemagne pose que les parties au contrat de travail concluent avec le contrat de résiliation un acte juridique les engageant réciproquement au sens des paragraphes 320 et suivants du Code civil allemand. Cet acte comprend d'un côté l'obligation de la résiliation du rapport de travail et de l'autre, le paiement d'une indemnisation convenue par exemple[188]. Un accord entre les deux parties étant encore une fois, une condition essentielle de ce contrat. Le contrat de travail sera en Allemagne alors rompu immédiatement ou après l'expiration d'un délai convenu entre les parties. Une rupture rétroactive du contrat n'est pas possible et ne peut être convenue entre les parties[189].

En droit allemand, les parties à un contrat de travail qui concluent un contrat de résiliation peuvent décider de confirmer qu'elles n'ont plus de revendications découlant de ce lien de droit ; ceci est appelé renonciation mutuelle, « wechselseitiger Verzicht » en droit allemand[190]. Une telle clause peut en fonction des conditions apposées prendre la signification d'un décret contractuel, « Erlassvertrag » ou d'une reconnaissance de dette déclarative négative « deklaratorischen negativen Schuldanerkenntnisses » ou même d'une reconnaissance de dette constitutive négative, « konstitutiven negativen Schudanerkenntnisses »[191].

Un « Erlassvertrag » est à présumer quand les parties, malgré la reconnaissance de l'existence d'une dette déterminée « bestimmte Schuld » décident d'un commun accord qu'elle ne doit plus être honorée[192]. Un « konstitutives negativen Schudanerkenntnisses » est présent quand il ressort de l'interprétation de la volonté des parties, que toutes ou seulement une partie des revendications connues ou inconnues doivent être rendues extinctes « zum erlöschen bringen »[193]. Une reconnaissance de dette déclarative négative, « deklaratorischen negativen Schuldanerkenntnisses » est utilisée par les parties pour documenter et fixer la situation légale qui les

---

[188] Wollenschläger M., *Arbeitsrecht,* Academia Iuris Lehrbücher der Rechtswissenschaft, Carl Heymanns Verlag, 3. Auflage 2010, S. 165 Rn. 367.
[189] Teschke U., Bährle, *Arbeitsrecht schnell erfasst*, 6. Auflage Springer 2007, S. 151.
[190] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 1. Grundsatz, Randnummer 5b.
[191] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230. Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 1. Grundsatz, Randnummer 5b.
[192] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230. Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 1. Grundsatz, Randnummer 5b.
[193] BAG, 07.11.2007, NZA 2008, 355.

concerne et est présumée par eux[194]. Les conséquences juridiques d'une telle reconnaissance de dette déclaratoire négative est perçue comme étant moins porteuse de conséquences graves pour le salarié étant donné qu'il peut toujours prouver que sa déclaration est erronée en apportant la preuve matérielle de sa revendication[195].

En droit français on retrouve la négociation entre les parties, le juge social ayant posé qu'il y a « mutuus dissenssus »[196], c'est à dire rupture négociée entre les parties, dans le cas où aucun différend ne les oppose au moment présent ou dans l'avenir[197]. Cependant, en cas de rupture conventionnelle, certains auteurs posent qu'un juge ne devrait pas admettre la validité d'une rupture conventionnelle conclue alors qu'un litige entre les parties existe[198].

a) Existence d'un différend entre les parties : litige

Les conditions de la rupture conventionnelle doivent être convenues « *en commun* », cette rupture « *ne peut pas être imposée par l'une ou l'autre des parties* » et la procédure doit « *garantir la liberté du consentement* »[199]. De ceci, le rapport du Sénat du 30 avril 2008 avait conclu que « *ces redondances visent sans doute à dissuader l'employeur de faire pression sur le salarié pour l'amener à accepter ce mode de rupture* »[200]. Or l'existence d'un litige entre les parties peut logiquement représenter une pression exercée sur le salarié et affecter la signature d'une rupture conventionnelle[201].

---

[194] BAG 19.11.2003, NZA 2004, 554; 23.02.2005, NZA 2005, 1193; 07.11.2007 NZA 2008, 355.
[195] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230. Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 1. Grundsatz, Randnummer 5b.
[196] Nouvel article 1193 du Code civil.
[197] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 31 octobre 2007, numéro de pourvoi 06-43.570 ; Arrêt de la Cour de cassation du 11 février 2009, numéro de pourvoi 08-40.095, bull. civ. V, n° 43, publié au bulletin (cassation partielle).
[198] Pélissier J., Auzero G., Dockès E., *Précis de Droit du travail*, 25ème édition, Dalloz, 2011, p. 499 – 440.
[199] Loi du 25 juin 2008 et article L. 1237-11 du Code du travail; Loiseau G., Note, JCP S, 2014, 1436 sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 15 octobre 2014, numéro de pourvoi 11-22.251; Auzero G., Baugard D., Dockès E., *Droit du travail*, 31ème édition Dalloz, 2017, p. 510.
[200] *Rapport du Sénat*, n° 306, 30 avril 2008, Bernard-Raymond M. au nom de la commission des affaires sociales, p. 30; Voir aussi Gaudu F., *Les ruptures d'un commun accord*, Le Droit Ouvrier, 2008, p. 494, § 26 pour savoir si cette redondance n'est pas plutôt une précision supplémentaire.
[201] Par exemple, dans un arrêt du Conseil de Prud'hommes de Chalon-sur-Saône d'octobre 2012, la salariée avait acquiescé à signer la rupture, mais après que son employeur ne lui ait pas payé ses deux derniers mois

Néanmoins, la Cour de cassation a affirmé dans son arrêt du 30 septembre 2013[202], que l'existence d'un différend entre les parties au contrat de travail n'est pas à même d'affecter par elle-même la validité de la convention de rupture conventionnelle conclue[203], ceci en application de l'article L. 1237-11 du code du travail.

Les arrêts de la Cour de cassation du 23 mai 2013[204] et du 15 janvier 2014[205] vont dans ce même sens, ce dernier arrêt de 2014 posant que la cour d'appel a violé l'article L. 1237-11 du Code du travail en ce qu'elle a statué en faveur de la demande du salarié en requalification de la rupture conventionnelle en licenciement sans cause réelle et sérieuse pour la raison qu'il existait un différend entre les parties sur l'exécution du contrat de travail. Il s'agissait en l'espèce de deux avertissements envers le salarié pour mauvaise qualité de travail. Ceci alors que la Cour de cassation rappelle dans cet arrêt qu'un « *différend entre les parties au contrat de travail n'affecte pas par elle-même la validité de la convention de rupture* ».

Conséquemment, cela donne à comprendre que notifier une sanction tel un avertissement ou même le déploiement d'une procédure de licenciement ne rend pas impossible la conclusion d'une rupture conventionnelle dès lors que les parties sont chacune prêtes à conclure cette rupture[206]. Bien entendu également à la condition qu'aucune des parties n'impose la rupture conventionnelle à l'autre[207], auquel cas il y aura vice du consentement[208].

---

de salaires: voir Ferrer A., Note sous arrêt, Conseil de Prud'hommes de Chalon-sur-Saône, chambre de commerce, 25 avril 2012, C. contre ZM Destock et a., Le Droit Ouvrier, octobre 2012, n° 771, p. 671.

[202] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 30 septembre 2013, numéro de pourvoi 12-19.711, non publié au bulletin (rejet).

[203] En revanche, un arrêt antérieur du Conseil de Prud'hommes de Rambouillet avait considéré en application de la jurisprudence de la rupture amiable, qu'une convention conclue entre le salarié et son employeur ne peut pas constituer une rupture d'un commun accord s'il existe un litige antérieur entre les parties (Soc., 11 février 2009, numéro de pourvoi 08-40095 et Soc. 6 novembre 1996, Le Droit Ouvrier, 2009, p. 98.): voir Delgado E., Note sous arrêt, Conseil de Prud'hommes de Rambouillet, 18 novembre 2010, G. et union locale CGT contre Coignières automobile ; Conseil de Prud'hommes de Bordeaux, P. contre Assistance aéronautique et Aérospatiale et a., 21 janvier 2010 ; Conseil de Prud'hommes de Valence, G. contre Smurfit Kappa, 25 novembre 2010, Le Droit Ouvrier, mai 2011, n° 754, p. 334.

[204] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 23 mai 2013, numéro de pourvoi 12-13.865, publié au bulletin (rejet) ; Auzero G., *Le différend n'exclut pas la rupture conventionnelle*, RDT, 2013, p. 480 et Gosselin H., *Un litige n'exclut pas la rupture conventionnelle*, SSL, 2013, n° 1586.

[205] Arrêt de la Cour de cassation, civile, chambre sociale, 15 janvier 2014, numéro de pourvoi 12-23.942, publié au bulletin (cassation partielle sans renvoi).

[206] Avocat-prudhommes, Bazin S., Cass. Soc. 09 juin 2015, n° 14-10192, *Une rupture conventionnelle ? Encore faut-il être d'accord !*, accès le 9 avril 2016, http://www.avocat-prudhommes.com/?print=print.

[207] Article L. 1237-11 du Code du travail.

[208] Vices du consentement de l'article 1130 du Code civil.

Si la rupture conventionnelle a été imposée, que ce soit par l'employeur ou le salarié, alors le vice du consentement va être caractérisé[209]. Un exemple est l'usage de menaces envers le salarié de voir la poursuite de son parcours professionnel être ternie à cause des manquements et erreurs qu'il a faites, pouvant justifier un licenciement. Le pressurisant ainsi à signer une rupture conventionnelle. Ce cas ressort de l'arrêt de la Cour de cassation du 23 mai 2013[210]. Or une rupture conventionnelle ne doit pas être imposée par l'une des deux parties[211].

Citons l'arrêt de la Cour de cassation du 12 février 2014[212], d'où il ressort que même si une mise à pied disciplinaire avait été prononcée et exécutée alors qu'elle était injustifiée, cela ne caractérise pas d'un litige et que la Cour d'appel[213] ne pouvait pas en déduire l'absence de consentement libre et éclairé[214].

Nous comprenons que la Cour de cassation part du fait qu'il n'y a pas d'incompatibilité de principe entre la conclusion d'une rupture conventionnelle et un litige préexistant[215].

---

[209] En effet, le salarié n'est pas la seule partie pouvant se prévaloir d'un vice du consentement, l'employeur peut également l'invoquer. Voir notamment Mouly J., *Nullité d'une résiliation conventionnelle pour vice du consentement de l'employeur*, Dr. soc., 2013, p. 759; Sur les vices du consentement qui font l'objet d'un regain d'intérêt en droit du travail depuis l'introduction de la rupture conventionnelle, voir Leroy Y., *Rupture conventionnelle : hors vice du consentement, point de salut !*, SSL 2014, n°1617, p. 6.

[210] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 23 mai 2013, numéro de pourvoi 12-13.865, publié au bulletin (rejet).

[211] Auzero G., Note, RDT 2013, 480 sur cet arrêt de la Cour de cassation du 23 mai 2013 et Auzero G., Note, RDT, 2013, 555, sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 26 juin 2013, numéro de pourvoi 12-15.208 ainsi que Tournaux S., Dr. soc., 2013, 860; Auzero G., Baugard D., Dockès E., *Droit du travail*, 31ème édition Dalloz, 2017, p. 514; Auzero G., *La volonté du salarié en matière de ruptures bilatérales*, Le Droit Ouvrier, 2013.

[212] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 12 février 2014, numéro de pourvoi 12-29.208, non publié au bulletin (rejet).

[213] Arrêt de la Cour d'appel de Limoges, 9 octobre 2012.

[214] D'autant que pour la Cour de cassation, dans cet arrêt du 12 février 2014 n° 12-29.208, « *seuls les différends entre les parties portant sur l'exécution du contrat de travail, qui sont suffisamment graves et persistants pour pousser le salarié à accepter une rupture conventionnelle, peuvent avoir une incidence sur la validité de son consentement à rompre le contrat ; que le seul fait qu'un accord de rupture conventionnelle soit conclu plusieurs semaines après le prononcé et l'exécution d'une mise à pied disciplinaire de trois jours jugée injustifiée ne caractérise pas l'existence, à la date de la signature de l'accord, d'un litige suffisamment grave et persistant de nature à affecter le libre consentement du salarié* ».

[215] Dossier jurisprudence théma, *la rupture conventionnelle*, ruptures atypiques, n° 83/2014, 6 mai 2014, p. 2

Ce faisant, elle refuse de transposer la jurisprudence établie pour les ruptures amiables[216], où il y a interdiction de conclure concomitamment une rupture amiable et d'être en état de litige entre les parties[217]. Les auteurs Pélissier, Supiot et Jeammaud ne voient pas pourquoi la Cour de cassation n'applique pas sa solution pour les accords de rupture à la rupture conventionnelle, ne voyant pas de différence de nature entre ces actes juridiques[218].

Depuis, l'arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 2015[219] pose encore et ce dès le début de sa décision, que l'existence d'un différend entre les parties n'affecte pas par elle-même la validité de la convention de rupture conclue selon les dispositions de l'article L. 1237-11 du Code du travail, refusant l'argument de la Cour d'appel de Bourges que « *la rupture conventionnelle n'était pas possible dans un contexte conflictuel contemporain* »[220].

---

[216] Ruptures amiables antérieures à la rupture conventionnelle individuelle de 2008 et qui fait l'objet d'une partie propre dans ce travail.

[217] Arrêt de la Cour de cassation, 6 février 2008, numéro de pourvoi 06-40.507 :« *le contrat de travail ne peut faire l'objet d'une résiliation d'un commun accord entre les parties qu'en l'absence de tout litige entre elles sur la rupture* ». Voir aussi les arrêts de la Cour de cassation, chambre sociale, 31 mars 1998, numéro de pourvoi 96-43.016; Cour de cassation, chambre sociale, 6 mai 1998, numéro de pourvoi 96-40.610; Cour de cassation, chambre sociale, 26 octobre 1999, numéro de pourvoi 97-42.846; Cour de cassation, chambre sociale, 21 janvier 2003, numéro de pourvoi 00-43.568 et Cour de cassation, chambre sociale, 11 février 2009, numéro de pourvoi 08-40.095; Également Pujolar O., *Rupture conventionnelle et régime de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée*, Le Droit Ouvrier, juin 2010, n° 743, p. 312 ; Canut F., *Quand la rupture conventionnelle travailliste chasse la rupture amiable du droit commun des contrats*, RLDA, 2012, n° 75.

[218] Pélissier, Supiot et Jeammaud, Précis Dalloz, *Droit du travail*, 24ème édition, n° 430. A l'inverse de l'auteur Frouin J.-Y., lequel considère que de subordonner la validité à l'absence de litige constitue un obstacle : voir Frouin J.-Y., *Les ruptures à l'initiative du salarié et le droit de la rupture du contrat de travail*, JCP S, n° 29, 15 juillet 2008, étude 1407. Voir aussi David A., *Validité d'une rupture conventionnelle conclue en l'état d'un différend existant entre les parties*, Le Droit Ouvrier, juillet 2013, n° 780, p. 500.

[219] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 16 décembre 2015, numéro de pourvoi 13-27.212, publié au bulletin (cassation partielle).

[220] La Cour de Cassation dans son arrêt du 16 décembre 2015 : « *Attendu, ensuite, que sauf en cas de fraude ou de vice du consentement, une rupture conventionnelle peut être valablement conclue au cours de la période de suspension du contrat de travail consécutive à un accident du travail ou une maladie professionnelle ; Attendu que pour dire nulle la convention de rupture et condamner l'employeur au paiement de sommes à ce titre, l'arrêt retient, d'une part, qu'une rupture conventionnelle n'était pas possible dans un contexte conflictuel contemporain de la conclusion de cette convention (...) d'autre part, que son contrat de travail étant suspendu en raison de l'accident du travail dont il avait été victime et l'absence de visite de reprise, il n'y avait pas de possibilité de faire une rupture conventionnelle ; Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;* » : Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 16 décembre 2015, numéro de pourvoi 13-27.212, publié au bulletin (cassation partielle).

(a) Harcèlement moral

Le Code du travail défini très largement le harcèlement moral du salarié dans son article L. 1152-1 comme « *(...) les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.* ».

La définition du Code du travail n'exige pas une altération de la volonté de la victime de par le harcèlement[221]. La Cour de cassation requiert néanmoins que le harcèlement occasionne des troubles d'ordre psychique ou que ces troubles n'aient pas encore cessé lors de la conclusion de la convention de rupture conventionnelle[222]. Le principe qui s'applique ainsi à la RC, est qu'en l'absence d'un vice du consentement, un harcèlement moral n'affectera pas en lui-même la validité d'une convention de rupture conventionnelle[223]. Nous allons voir que les décisions varient donc, selon que les cours reconnaissent la liberté du consentement comme vicié ou non suite à un harcèlement moral[224].

La Cour de cassation a par exemple décidé dans son arrêt du 30 janvier 2013[225] qu'en cas de situation de harcèlement moral à l'encontre du salarié, il est alors nécessaire de déduire que la

---

[221] Sur le harcèlement moral et la jurisprudence des cours à ce sujet, voir Lokiec P., Porta J., *Droit du travail : relations individuelles de travail*, Recueil Dalloz, 13 avril 2017, n° 15, 843 et 844.

[222] Loiseau G., *Le harcèlement moral ne vicie pas en soi le consentement*, JCP S, 26 février 2019, n° 8, 1057, p. 28.

[223] Loiseau G., *Le harcèlement moral ne vicie pas en soi le consentement*, JCP S, 26 février 2019, n° 8, 1057, p. 28.

[224] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 23 janvier 2019, numéro de pourvoi 17-21.550: « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'en l'absence de vice du consentement, l'existence de faits de harcèlement moral n'affecte pas en elle-même la validité de la convention du rupture intervenue en application de l'article L. 1237-11 du Code du travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés.* » ; Loiseau G., JCP S, 2019, 1057 (tandis que les arrêts de la Cour de cassation, du 28 mai 2014 (numéro de pourvoi 12-28.082) et du 9 mai 2019 (numéro de pourvoi 17-28.767) avaient une position moins tranchée concernant la constitution d'une contrainte ou pression. Voir Loiseau G., Note, JCP S, 2014, 1301; Tricoit J.-P., *Solitude du salarié et nullité de la rupture conventionnelle*, JCP S, 23 juillet 2019, n° 29, 1223, p. 39.

[225] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 30 janvier 2013, numéro de pourvoi 11-22.332, publié au bulletin (rejet) ; Dans cet arrêt, la chambre sociale n'a pas vérifié si, conformément à la définition de la violence économique, « *la crainte suscitée par la menace (avait) été déterminante du consentement*. » ; De plus, la Cour de cassation a dans cet arrêt écarté la nullité au profit de l'absence de cause réelle et sérieuse, alors que le consentement de la salariée à la rupture avait été clairement vicié par le harcèlement moral : voir notamment Bento De Carvalho L, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, thèse, 10 septembre 2015, p. 112 et p. 123. Au regard de cette décision, l'auteur Savaux E. considère qu'elle fait observer que « *du point de vue civil, la transformation de la rupture conventionnelle en licenciement, acte régulier mais pourvu d'autres effets, ressemble à la conversion de l'acte nul, que le code (civil) ne connaît*

liberté de consentement garantie par le code du travail a été entravée[226]. Consentement qui doit être normalement donné de manière libre et éclairé, tout en étant exempt de toute violence, pression, menace ou contrainte quelconque[227]. La conséquence étant que cette rupture peut être annulée par le juge, par la DIRECCTE, ou de par les juridictions prud'homales et produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse[228] avec le versement d'indemnités au salarié[229].

Dans cet arrêt de 2013, la Cour de cassation approuve la position de la Cour d'appel de Toulouse du 3 juin 2011. La Cour d'appel avait « *souverainement estimé* » que la salariée qui avait fait deux arrêts maladie, se trouvait lors de la signature de la rupture conventionnelle conclue le jour même où le médecin du travail l'avait déclarée apte à reprendre son travail à son retour de maladie, « *dans une situation de violence morale du fait du harcèlement moral dont elle a constaté l'existence et des troubles psychologiques qui en sont résulté* ». Ceci menant la Cour de cassation à conclure que le moyen invoqué par l'employeur soulignant l'état de sa salariée, lequel ne pouvait que mener à la rupture du contrat de travail, n'était pas fondé, d'autant que cela contredisait la déclaration d'aptitude du médecin du travail.

Toujours concernant le harcèlement moral, la Cour de cassation dans un autre arrêt du 30 septembre 2013[230] (arrêt que nous analyserons également dans la partie sur les salariés protégés en

---

pas (...) mais que certains projets de réforme proposent de consacrer » : voir Savaux E., Note sous arrêt, RDC, 2013, p. 879.

[226] Leborgne-Ingelaere C., Note sous arrêt, Cour de cassation, chambre sociale, 30 janvier 2013, numéro de pourvoi 11-22.332, JCP S, 2013, 1112; Corrignan-Carsin D., Note sous arrêt, JCP E, 2013, 1236; Bull. Civ., V, n° 24; Taquet F., Note sous arrêt RDT, 2013, p. 258; Savaux E., Note sous arrêt, RDC, 2013, p. 879.

[227] Dossier jurisprudence théma, *la rupture conventionnelle*, ruptures atypiques, n° 83/2014, 6 mai 2014, p. 1

[228] La requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse vient du fait que la rupture conventionnelle qui est une rupture de droit commun est prononcée sans lettre de licenciement, c'est-à-dire sans motif. Voir Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 238.; Pour certains auteurs cependant, tels Favennec-Héry F et Mazeaud A., « *l'invalidation de la convention n'efface pas pour autant la rupture du contrat de travail* », faisant que « *l'annulation de l'homologation, et par voie de conséquence, l'invalidation de la rupture, n'ont pas pour effet d'annuler la rupture et de justifier la réintégration du salarié* », voir Favennec-Héry, Mazeaud A., *La rupture conventionnelle du contrat de travail: premier bilan*, JCP S, 2009, n° 1314. Mais ce point de vue n'est pas dominant.

[229] Ministère du travail, de l'emploi de la formation professionnelle et du dialogue social, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, mis à jour le 15 janvier 2014, Travail-emploi-gouv.fr.

[230] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 30 septembre 2013, numéro de pourvoi 12-19.711, non publié au bulletin (rejet).

période de suspension[231]), pas décidé en faveur du salarié se disant victime de harcèlement moral.

Elle a au contraire dit qu'il ne résultait ni des pièces, ni de l'arrêt invoqué par la salariée devant la Cour d'appel, d'agissements pouvant laisser présumer un harcèlement moral et que considérant que la rupture avait été signée avec un consentement éclairé et libre, la conclusion de la rupture conventionnelle était valable. Il n'y aurait eu annulation de la convention de rupture conventionnelle et production des effets d'un licenciement sans cause réelle ni sérieuse selon la Cour de Cassation dans cet arrêt du 30 septembre 2013, que si, « *la salariée était au moment de la signature de l'acte de rupture conventionnelle dans une situation de violence morale du fait du harcèlement moral dont elle a constaté l'existence et des troubles psychologiques qui en sont résulté* ».

La Cour de cassation instaure ici une jurisprudence difficile pour les salariés déjà en situation de fragilité, ceux-ci ne pouvant faire annuler une rupture conventionnelle pour harcèlement moral qu'en démontrant que celui-ci est accompagné d'un vice du consentement ou d'une fraude (violence morale ou pressions psychologiques par exemple)[232].

L'arrêt du 23 janvier 2019 de la chambre sociale de la Cour de cassation[233] a jugé en s'en tenant à sa jurisprudence antérieure et donc dans l'esprit de la jurisprudence de l'arrêt du 30 janvier 2013[234].

---

[231] Voir la partie: « Différenciation au sein des salariés protégés durant la suspension de leur contrat de travail »

[232] Sur la nécessité d'une fraude ou d'un vice de consentement, Lardy-Pélissier B., Note, RDT 2014, 684, sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 30 septembre 2014, numéro de pourvoi 13-16.297 et Loiseau G., JCP S, 2014, 1436; Loiseau G., Note, JCP S, 2016, sur l'arrêt de la cour de cassation, 16 décembre 2015, numéro de pourvoi 13-27.212; Fraisse W., Observations, Dalloz actualité, 24 octobre 2014.

[233] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 23 janvier 2019, numéro de pourvoi 17-21.550, publié au bulletin (cassation).

[234] Voir l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 28 mai 2014, numéro de pourvoi 12-28.082 sur la reconnaissance d'un salarié reconnu apte avec réserves à la reprise de son travail et notamment Lardy-Pélissier B., Note, RDT, 2014, 622 et Loiseau G., JCP S., 2014, 1301; Auzero G., Baugard D., Dockès E., *Droit du travail*, 31ème édition Dalloz, 2017, p. 513; mais aussi l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 30 septembre 2014, numéro de pourvoi 13-16.297 qui a appliqué cette jurisprudence sur les suspensions du contrat suite à un accident du travail ou maladie ; Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 3; Wolters Kluwer, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16683, 3 octobre 2014.

Dans cet arrêt de 2019, la cour d'appel de Bastia avait jugé qu'un « *salarié peut obtenir l'annulation de la rupture de son contrat de travail dès lors qu'il établit qu'elle est intervenue dans un contexte de harcèlement moral, sans avoir à prouver un vice du consentement (...)* »[235]. Or la Cour de cassation censure cette vision de la Cour d'appel et applique sa jurisprudence de 2013.

La dureté de cet arrêt de 2019 doit être relativisée, étant donné que la Cour de cassation exclut seulement que le harcèlement constitue en soi une cause de nullité, en l'absence de violence associée[236]. En effet, la pratique montre que les juges retiennent souvent le vice de violence[237], comme découlant d'une déficience du consentement suivant l'existence de troubles psychologiques qui résultent du harcèlement[238]. Ce faisant, l'arrêt du 23 janvier 2019 ne fragilise pas forcément cette jurisprudence, comme il n'exclut pas que « *la violence morale fasse fond sur le harcèlement, qui en constitue l'élément matériel, à partir du moment où la liberté du consentement a été altérée par un trouble psychique* »[239].

Pour présenter un autre point de vue, l'ancien conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation H. Gosselin a lui argumenté en faveur de cette jurisprudence, qui malgré le fait d'être « *très libérale* » et d'avoir contribué à l'essor impressionnant de la rupture conventionnelle, il considère comme pouvant tout de même constituer un avantage pour les victimes de harcèlement moral[240].
Ainsi, si un salarié est en situation de harcèlement moral et qu'il n'y a pas à constater une altération de son état de santé physique ou mental (comme posé dans la définition du harcèlement moral dans le code du travail[241]), ceci signifierait un abandon total de ce type de rupture

---

[235] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 23 janvier 2019, numéro de pourvoi 17-21.550, publié au bulletin (cassation), sur le moyen unique.
[236] Loiseau G., « Le harcèlement moral ne vicie pas en soi le consentement », JCP S, 26 février 2019, n° 8, 1057, p. 29.
[237] Devant être démontré par le salarié.
[238] Voir les arrêts des Cour d'appel: Cour d'appel de Nancy, 28 novembre 2018, numéro de pourvoi 17/01189; Cour d'appel de Versailles, 12 septembre 2018, numéro de pourvoi 15/03122 et Cour d'appel de Bordeaux, 9 mai 2018, numéro de pourvoi 16/02974.
[239] Loiseau G., *Le harcèlement moral ne vicie pas en soi le consentement*, JCP S, 26 février 2019, n° 8, 1057, p. 29.
[240] Gosselin H., *La rupture conventionnelle encourt-elle nécessairement la nullité en cas de harcèlement moral ?* note sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 23 janvier 2019, Le Droit Ouvrier, avril 2019, n°849, p. 257.
[241] Le code du travail défini le harcèlement moral du salarié dans son article L. 1152-1 comme « *(...) les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions*

dans un contexte de harcèlement moral[242]. Si la rupture conventionnelle ne s'applique plus, il reste le licenciement prononcé par l'employeur après constatation de l'inaptitude de son salarié par le médecin du travail si le maintien du salarié dans son emploi serait gravement préjudiciable à sa santé[243], ce qui peut être cependant plus difficile à accepter par le salarié ; ou encore c'est le salarié qui peut prendre acte de la rupture de son contrat de travail pour cause de harcèlement, mais le salarié ne recevra ici pas d'indemnisation ni d'allocations chômage.
Comme argumenté par H. Gosselin, la rupture conventionnelle a ici un rôle positif, s'accompagnant d'une indemnisation du salarié et ouvrant droit à l'assurance-chômage, malgré la condition de prouver un vice du consentement qui n'est pour lui pas « *hors de portée* »[244]. Étant donné que le vice du consentement est apprécié souverainement par les juges du fond[245] et que pour déterminer un choix imposé, le juge prendra en compte la nécessité pour le salarié de mettre rapidement fin à son contrat de travail, les éléments qui démontrent la dégradation de son état de santé ainsi que les pressions que son employeur exerce sur lui pour qu'il signer la rupture conventionnelle proposée[246].

(b) Situation d'infériorité du salarié

Nous avons posé dans l'introduction, que dans la pratique des entreprises, un accord de rupture amiable est, comme nous l'avons vu dans l'enquête allemande de 2003 et dans l'étude française du CEE de 2012, le plus souvent conclu à l'initiative de l'employeur, que ce soit en France ou en Allemagne. En France, l'initiative prise dans le cadre d'une rupture conventionnelle par l'employeur[247] n'est effectivement pas suffisante pour considérer que cela vice le consentement

---

de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel. ».
[242] Gosselin H., *La rupture conventionnelle encourt-elle nécessairement la nullité en cas de harcèlement moral ?* note sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 23 janvier 2019, Le Droit Ouvrier, avril 2019, n°849, p. 256.
[243] Articles L. 1226-2-1 ou L. 1226-12 du Code du travail.
[244] Gosselin H., *La rupture conventionnelle encourt-elle nécessairement la nullité en cas de harcèlement moral ?* note sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 23 janvier 2019, Le Droit Ouvrier, avril 2019, n°849, p. 257.
[245] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 23 mai 2013, numéro de pourvoi 12-13.865 et arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 28 janvier 2016, numéro de pourvoi 14-10.308.
[246] Gosselin H., *La rupture conventionnelle encourt-elle nécessairement la nullité en cas de harcèlement moral ?* note sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 23 janvier 2019, Le Droit Ouvrier, avril 2019, n°849, p. 257.
[247] Arrêt de la Cour de cassation, civile, chambre sociale, 15 janvier 2014, numéro de pourvoi 12-23.942, publié au bulletin (cassation partielle sans renvoi): « *l'employeur ayant infligé au salarié (...) avant de le*

du salarié[248], ainsi que posé dans l'arrêt de la Cour de cassation du 15 janvier 2014[249]. Un salarié, lequel est automatiquement en situation d'infériorité eu égard à son employeur, peut donc être mis face à une proposition de rupture conventionnelle.

La cour d'appel d'Amiens a reconnu dans sa décision du 13 juin 2012[250], que l'employeur en tant qu'association pour des activités régionales musicales de Picardie avait en l'effet profité de la situation d'infériorité du salarié employé en tant que chauffeur. Au retour de son arrêt maladie de plus d'un an, l'employeur lui a remis un modèle de lettre de demande de rupture conventionnelle qu'il a recopié. Suite à une évaluation par le directeur de l'Union Régionale de Lutte contre l'Illettrisme en Picardie, il a été reconnu que le salarié ne disposait que d'une maîtrise partielle de l'expression et de la compréhension écrite et que, s'agissant de la lettre de rupture conventionnelle remise à son employeur, il « *n'en avait pas toute la compréhension* ». La Cour d'appel d'Amiens a donc considéré que vu la remise par l'employeur d'un modèle de lettre dès son retour d'un long congé maladie, vu les faibles capacités de compréhension du salarié, l'absence de manifestation préalable du salarié de cesser son activité et vu que son poste a été supprimé, il ressort de ces éléments que l'employeur n'entendait pas reprendre ce salarié et qu'il a profité de la situation d'infériorité pour imposer le recours à une rupture conventionnelle.

La Cour d'appel d'Amiens continue en posant que le respect de l'employeur des différentes étapes de la procédure de rupture conventionnelle et que le salarié ait bénéficié des délais de réflexion et de rétractation prévus légalement ne mènent pas à la disparition automatique du vice de consentement. Ainsi, dès lors qu'il ressort des faits que la volonté de rompre le contrat de travail procède plus de la volonté de l'employeur, celle-ci doit normalement être requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

---

convoquer à deux entretiens aux fins d'évoquer l'éventualité d'une rupture conventionnelle du contrat de travail et de définir les termes de la convention de rupture ».

[248] Les possibilités d'annuler une rupture conventionnelle pour vice du consentement seront vues plus loin dans ce travail.

[249] Arrêt de la Cour de cassation, civile, chambre sociale, 15 janvier 2014, numéro de pourvoi 12-23.942, publié au bulletin (cassation partielle sans renvoi); Nous avons déjà vu cet arrêt, lequel confirme la possibilité de conclure une rupture conventionnelle même en cas de litige entre les parties (avertissements et reproches de l'employeur envers le salarié).

[250] Arrêt de la Cour d'appel d'Amiens, 5ème chambre sociale, 13 juin 2012, numéro de pourvoi 11/03684, suite de la décision des Prud'hommes d'Amiens du 6 septembre 2011.

(c) Mutuus Dissensus suivant les conditions légales

Notons que la prise d'acte simple de la cessation de la relation de travail par le salarié ne vaut pas consentement. Il en va de même lors d'un envoi préalable d'une lettre de licenciement ou dans le cas de la mise en œuvre d'une clause de départ volontaire. Ceci ressort de l'article L. 1237-11 du code du travail (issu de la loi de modernisation du marché du travail - n° 2008-596), lequel édicte que la rupture conventionnelle ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties[251]. Ainsi sommes-nous face en droit français à un mode de rupture « *exclusif de la démission et du licenciement* » et reposant sur un choix libre des deux parties. Ce mutuus dissensus ne devant être mis en œuvre que sous les conditions posées par le code du travail. En effet, si la rupture conventionnelle individuelle encourage la volonté individuelle, elle s'accompagne d'une densification des normes d'ordre public[252].
Les accords menant à une rupture du contrat de travail sans qu'il n'y ait intervention d'une procédure de licenciement sont susceptibles de constituer des ruptures conventionnelles, et cela même dans le cas où elles sont mises en place suite à un motif économique[253].

(d) Contrat de résiliation pour transformer un CDI en CDD

Une différence importante à noter entre le droit français et le droit allemand concerne la transformation d'un CDI en CDD.

En France, comme posé par l'arrêt du 30 mars 2011 de la Cour de cassation du 3 décembre 2009[254] où est reconnu que la Cour d'appel de Paris avait bien légalement justifié sa décision concernant la convention litigieuse en cours qui « av*ait pour finalité de permettre le recours au contrat d'intervention à durée déterminée pour des salariés occupant déjà dans l'entreprise des emplois liés à son activité normale et permanente dans le cadre de contrats à durée indéterminée, peu important que ces contrats fussent à temps partiel ou intermittents* », on

---

[251] Jeammaud A., *Consentir*, sous la direction de Sachs T., Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012, p. 68.
[252] Adam P., *La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail, Brefs propos… embarrassés*, sous la direction de Sachs T., Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012. p. 40; Damiano M., Mounier-Bertail B., *Rupture conventionnelle: quel bilan?*, Controverse, RDT, 2012, 333.
[253] Pélissier J., Auzero G., Dockès E., *Précis de Droit du travail*, 25ème édition, Dalloz, 2011, p. 497 – 438.
[254] Cour de cassation, chambre sociale, 30 mars 2011, numéro de pourvoi 10-10.560, publié au bulletin.

comprend qu'il est interdit en droit français de transformer un CDI en CDD. Dans cet arrêt, les organisations patronales avaient utilisé un accord collectif qui permettait de requalifier les CDI des salariés titulaires intermittent en CDD d'usage, pour avoir travaillé moins de 500 heures au cours des 12 derniers mois. Pour cela ils s'étaient basés sur l'accord national du 13 février 2006 (étendu par arrêté du 16 avril 2007)[255].

La Cour de cassation a reconnu l'annulation de cette convention par la Cour d'appel de Paris et se base sur l'article L.1242-1 du code du travail[256] posant qu'« *un contrat à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise* ».

Concernant le contrat de travail à durée indéterminée qui « *est la forme normale et générale de la relation de travail* »[257] et est perçu comme assurant la stabilité de l'emploi[258], il est donc bien interdit en droit français de transformer un CDI en CDD une fois que le CDI a commencé, même si un accord collectif le prévoit.

Par ailleurs, même dans le cas où le salarié en CDI a signé un CDD, aucun effet ne sera produit, faisant que le salarié reste employé en CDI, ainsi que posé par l'arrêt du 25 mars 2009 de la cour de cassation[259]. La Cour rappelle « *l'interdiction de renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles relatives au licenciement qui résulte de l'article (…) L. 1231-4 du code du travail*[260] » et qui « *rend sans effet la signature d'un contrat à durée déterminée alors que le contrat à durée indéterminée est toujours en cours d'exécution* ». Est ainsi confirmée la constatation de la cour d'appel de Nîmes du 25 octobre 2006, « *que les parties étaient demeurées liées par le contrat à durée indéterminée* ».

---

[255] Cet accord national du 13 février 2006 avait créé un CDD d'usage, tout en obligeant les employeurs à proposer un CDI intermittent aux salariés qui avaient travaillé avec plusieurs CDD d'animation commerciale dans la même entreprise d'une durée au moins égale à 500 heures au cours des 12 derniers mois.
[256] Article L. 1244-2 du Code du travail, modifié par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, article 86, posant qu'« *un contrat de travail à durée déterminée ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire* » et citant les seuls cas dans lesquels il peut être conclu.
[257] Article L. 1221-2 du Code du travail.
[258] Baugard D., *Le CDI, un contrat sans terme ?*, Le Droit Ouvrier, septembre 2019, n°854, p. 581 ; Voir Wolters Kluwer, *Les avantages catégoriels conventionnels sont présumés justifiés*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16762, 29 janvier 2015, p. 5 sur le fait que le CDI n'est pas toujours synonyme de stabilité de l'emploi citant l'étude de la DARES du 23 janvier 2015.
[259] Cour de cassation, chambre sociale, 25 mars 2009, numéro de pourvoi 06-46.330, publié au bulletin.
[260] Ancien article L.122-14-7 alinéa 3.

Le conséquence pratique est que si un salarié signe un CDD alors qu'il est en CDI, sa relation de travail ne prenant pas fin à la survenue du terme du contrat à durée déterminée étant donné que ce CDD n'a aucune valeur juridique, la rupture survenue au terme s'analysera comme un licenciement abusif[261].

En Allemagne, cela sera possible sous condition. Ainsi, dans le cas où un contrat de résiliation ne vise pas la rupture rapide du contrat de travail, mais est plutôt destiné à mettre en place une continuation du contrat en un contrat à durée déterminée, celui-ci nécessite alors pour être valide de contenir une raison objective au sens du « Befristungskontrollrechts » allemand, c'est à dire du droit de contrôle des limitations de la durée du travail[262].

Il convient ainsi de bien distinguer les contrats de résiliation « Aufhebungsverträge » des CDD allemands « befristete Arbeitsverträge », en ce qu'un « Aufhebungsvertrag » est un accord cherchant à mettre un terme prématuré au contrat de travail et comprend des clauses réglant une sortie rapide du contrat avec des arrangements sur une libération du travail ou une éventuelle indemnité entre autre et n'est pour cette raison pas soumis au contrôle de la limite « Befristungskontrolle » du § 14 I TzBfG[263] ; tandis que la transformation d'un CDI en CDD ne comprendra pas de tels arrangements et que la date de prise de fin sera souvent beaucoup plus longue[264].

Pour aller plus loin dans cette analyse, le contrat de résiliation allemand ne visant pas la poursuite du contrat de travail mais au contraire une rupture rapide n'est (pour cette raison) pas soumis à un contrôle de la limitation de durée comme posé dans le paragraphe 14 TzBfG,[265] de la loi sur le travail à temps partiel et les CDD. Cette loi sur le travail à temps partiel et limité, « Teilzeit- und Befristungsgesetz » ne vaut que pour les contrats de travail à durée déterminée « befristete Arbeitsverträge »[266]. Cependant, la Cour fédérale du travail a dans un jugement du

---

[261] Cour de cassation, chambre sociale, 25 mars 2009, numéro de pourvoi 06-46.330, publié au bulletin.
[262] *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 963; Preis, Temming, *Arbeitsrecht*, Weitere Beendigungstatbestände, Dr. Otto Schmidt, 6. Auflage 2020, S. 698, Rz. 3378.
[263] BAG, *Form des Aufhebungsvertrages, Bedenkzeit*, NZA 2008, 348.
[264] BAG, NZA 2017, NZA Jahr 2017, S. 849; Zundel, *Die Entwicklung des Arbeitsrechts im Jahr 2017*, NJW 2018, S. 130; Voir également Koch U., *Arbeitsrecht von A-Z, Aufhebungsvertrag*, 24. Auflage, 2020, I. Begriff.
[265] Waldenfels T.-G., *Systematische Darstellung mit Übersichten, Fallbeispielen und allen wichtigen Entscheidungen,* Rerefendarausbildung Recht, Arbeitsrecht, Richard Boorberg Verlag, 4. Auflage 2009, S. 325.
[266] BAG, 12.01.2000, AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 16.

29 mai 1991[267] posé que dans le cas où un contrat de résiliation est conclu en même temps que le contrat de travail, il s'agit d'une limitation mise en place, faisant que de tels contrats sont à comprendre comme des contrats à durée déterminée et à traiter comme tels sous la loi sur le travail à temps partiel[268].

La cour fédérale allemande du travail a, dans son jugement du 12 janvier 2000[269], délimité clairement le « Aufhebungsvertrag » en ce qu'il s'agit d'une convention portant sur le départ prématuré d'un salarié de son contrat de travail à durée indéterminée[270]. Le critère important du « Aufhebungsvertrag » pour la cour fédérale du travail est que la fin de la relation de travail intervienne « alsbald », c'est-à-dire rapidement[271].

Il faut ici comprendre que le droit allemand sépare le contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag », comme étant un droit découlant du principe de la liberté contractuelle, ne faisant pas l'objet d'exigences légales et n'exigeant ainsi pas de raison « Grund » de la part de l'employeur, ni de présentation d'une raison objective « Sachgrund » de laquelle dépendrait la validité de l'accord mis en place entre les parties[272] ; d'un contrat de résiliation qui ne chercherait pas à mettre un terme rapide au contrat de travail, mais vise plutôt une continuation limitée temporairement d'un contrat à durée indéterminé. C'est-à-dire un contrat de résiliation qui cherche à transformer un CDI en CDD. La différence est qu'un contrat de résiliation

---

[267] AP BGB §611 Bühnenengagementsvertrag Nr. 43; Backhaus in Ascheid, Preis, Schmidt, TzBfG § 3, *Großkommentar Kündigungsrecht*, 5. Auflage, 2017, Rn. 35.

[268] Ascheid, Preis, Schmidt, *Systematischer Kommentar arbeitsrechtlicher Vorschriften, Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge,* Kündigungsrecht, 2. Teil, 4. Auflage 2012, Erster Abschnitt, 3. Aufhebungsvertrag, Rn 35; Backhaus in Ascheid, Preis, Schmidt, TzBfG § 3, *Großkommentar Kündigungsrecht*, 5. Auflage, 2017, Rn. 35.

[269] BAG, 12.01.2000, 7 AZR 48/99.

[270] BAG, 12.01.2000, 7 AZR 48/99, 17 : „*Ein Aufhebungsvertrag ist eine Vereinbarung über das vorzeitige Ausscheiden eines Arbeitsnehmers aus einem Dauerarbeitsverhältnis*"; BAG, 36.08.1997, 9 AZR 227/96, AP BGB § 620 BGB Aufhebungsvertrag Nr. 8 = EzA BGB § 611 Aufhebungsvertrag Nr. 29; BAG 13.11.1996, 10 AZR 640/96, AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 4 = EzA BetrVG 1972 § 112 Nr. 90 zu II 1 der Gründe.

[271] BAG, 12.01.2000, 7 AZR 48/99, 17 „(...) *Er (der Aufhebungsvertrag) ist seinem Regelungsgehalt nach auf eine alsbaldige Beendigung der arbeitsvertraglichen Beziehungen gerichtet. Das bringen die Parteien durch die Wahl einer zeitnahen Beendigung, die sich häufig an der jeweiligen Kündigungsfrist orientiert, und weiteren Vereinbarungen über Rechte und Pflichten aus Anlaß der vorzeitigen Vertragsbeendingung zum Ausdruck*."; ; Backhaus in Ascheid, Preis, Schmidt, TzBfG § 3, *Großkommentar Kündigungsrecht*, 5. Auflage, 2017, Rn. 36.

[272] BAG, 12.01.2000, 7 AZR 48/99, 18 *„(...) Weder muß der Arbeitgeber einen Grund für sein Angebot auf vorzeitige Beendigung der arbeitsvertraglichen Beziehungen benennen noch ist die Wirksamkeit der daraufhin getroffenen Vereinbarung von dem Vorliegen eines Sachgrunds im Sinne des Befristungsrechts abhängig. Es ist vielmehr Ausdruck der freien Entscheidung des Arbeitnehmers, ob er an seinem Dauerarbeitsverhältnis festhalten will oder dem Aufhebungsangebot des Arbeitgebers zustimmt (...)*".

« Aufhebungsvertrag » recherchant une issue rapide « alsbald » du contrat de travail et qui correspond à la rupture conventionnelle française, ne fait pas l'objet du contrôle de durée « Befristungskontrolle » par le tribunal du travail « Arbeitsgericht »[273]. Le tribunal fédéral du travail a posé dans sa décision du 12 janvier 2000 que si un contrat de résiliation est conclu dans le but de transformer un CDI en CDD, il est nécessaire dans ce cas de disposer d'une raison objective « sachlicher Grund » et qu'il est soumis au contrôle de durée des tribunaux du travail « arbeitsgerichtliche Befristungkontrolle » afin de s'assurer qu'il n'y a pas eu d'utilisation illicite du contrat à durée déterminée sous la forme d'un contrat de résiliation[274].

Le tribunal fédéral du travail précise que le contrôle de la durée intervient, peu important la dénomination choisie par les parties, s'il s'agit dans les faits d'une transformation d'un CDI en CDD sans « sachlicher Grund » et qui mène à une utilisation frauduleuse de l'usage du CDD[275]. Des indices sont, par exemple une date de terminaison du contrat de travail largement supérieure à la période de préavis normale ; ou encore s'il manque les accords usuels accompagnant un « Aufhebungsvertrag », telle une réglementation des congés, un accord sur une éventuelle indemnité de départ ou une exemption de travail « Freistellung »[276] (période pendant laquelle le salarié est payé mais ne travaille pas)[277].

Le contrat de résiliation allemand basé sur le principe de la liberté contractuelle « Grundsatz der Vertragsfreiheit »[278] et qui est libre d'exigences légales, ne se voit porteur de justifications de la part de l'employeur que dans les cas où la volonté ou l'action du salarié a fait l'objet d'une

---

[273] BAG, 12.01.2000, 7 AZR 48/99, 19; BAG, *Form des Aufhebungsvertrages, Bedenkzeit*, NZA 2008, 348.
[274] BAG, 12.01.2000, 7 AZR 48/99, 20 : „*(...) Er unterliegt wie die nachträgliche Befristung eines unbefristeten Arbeitsvertrags der arbeitsgerichtlichen Befristungskontrolle, um eine funktionswidrige Verwendung des Rechtsinstituts des befristeten Arbeitsvertrags in der Form eines Aufhebungsvertrags auszuschließen*."; BAG, 26.08.1998, 7 AZR 349/97, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 203 zu II der Gründe mwN; Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2446.
[275] BAG, 12.01.2000, 7 AZR 48/99 – 21.
[276] Günther in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 32 bis 34; BAG, *Form des Aufhebungsvertrages, Bedenkzeit*, NZA 2008, 348.
[277] BAG, 12.01.2000, 7 AZR 48/99 – 22.
[278] Stoffels in Rolfs, Giesen, Kreike-Bohm, Udsching, *Online-Kommentar Arbeitsrecht*, BGB § 626, 57. Ed., 01.09.2020, Rn. 10.

influence considérée comme répréhensible par la loi (tels §§ 119, 123 BGB[279] ou Article 1 Abs. 3 GG)[280].

En Allemagne se pose donc la question pour les tribunaux de savoir s'il s'agit en l'espèce d'un contrat de résiliation d'un contrat de travail à durée indéterminée ou plutôt d'un contrat de travail à durée indéterminée qui a été limité ultérieurement dans sa durée et donc devenu CDD[281]. Sur cette question, la Cour fédérale du travail s'est référée sur le fait qu'au contrat de résiliation, correspond un délai de préavis long et raisonnable, lequel reste plus court que le délai de préavis posé par la convention collective applicable[282]. Le jugement de la Cour fédérale du travail du 15 février 2007[283] va dans ce sens en statuant qu'il s'agit d'un contrat de résiliation et non d'une limitation ultérieure quand, après avoir reçu une résiliation ordinaire de l'employeur avant l'expiration du délai de recours, une cessation du rapport de travail est conclue avec un décalage de douze mois (ce qui est beaucoup plus long que le délai de préavis), mais qu'il soit décidé dans l'accord qu'aucune prestation de travail ne doit avoir lieu, tout en décidant entre autres du montant d'une indemnité, de la délivrance d'un certificat de travail ainsi que du retour des biens de l'entreprise[284].

La doctrine dominante allemande[285] est en accord avec la position de la Cour fédérale du travail. L'auteur Bauer[286] veut lui ajouter le fait de savoir si les parties se sont mises définitivement d'accord sur une rupture[287] ou s'ils envisagent une poursuite possible après l'expiration du délai. Les auteurs Ascheid, Preis et Schmidt voient cependant ces deux positions de façon critique

---

[279] Voir aussi Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2446; Günther in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 42, 43.
[280] BAG, 12.01.2000, 7 AZR 48/99 – 18.
[281] Abgrenzung zwischen Aufhebungsvertrag und nachträglich befristetem Arbeitsvertrag.
[282] Ascheid, Preis, Schmidt, *Systematischer Kommentar arbeitsrechtlicher Vorschriften, Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge,* Kündigungsrecht, 2. Teil, 4. Auflage 2012, Erster Abschnitt, 3. Aufhebungsvertrag, Rn 36.
[283] BAG, 15.02.2007, AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 35.
[284] Ascheid, Preis, Schmidt, *Systematischer Kommentar arbeitsrechtlicher Vorschriften, Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge,* Kündigungsrecht, 2. Teil, 4. Auflage 2012, Erster Abschnitt, 3. Aufhebungsvertrag, Rn 36.
[285]Bader, KR, Rn. 5; Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, § 14 TzBfG Rn. 15; Hesse, *Münchener Kommentar zum BGB*, § 14 TzBfG Rn. 19; AT/Maschmann § 14 TzBfG Rn. 17.
[286] Bauer J.-H., *Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge*, C.H. Beck, 8. Auflage 2007, Rn 28a.
[287] BAG, *Form des Aufhebungsvertrages, Bedenkzeit*, NZA 2008, 348.

comme elles sont fondées sur la volonté des parties[288]. Ces auteurs s'opposent également à ce qu'il importe dans la différentiation si une indemnité a été prévue ou pas, argumentant que cette indemnité ne remplace pas l'obligation de présence d'une raison de fait, raison substantielle dans un contrat à durée déterminée[289]. Ils proposent plutôt de différencier en se basant seulement sur des critères objectifs relatifs au délai de résiliation. Ainsi il s'agira d'un contrat à durée déterminée limité ultérieurement dans le temps et soumis à la loi sur le temps partiel et les CDD (TzBfG) si le délai de préavis d'un contrat à durée indéterminée est dépassé par le délai prévu dans le contrat de résiliation[290].

Si en Allemagne la différence entre contrat de résiliation emportant rupture du contrat de travail et changement d'un contrat à durée indéterminée en un contrat à durée déterminée se voit principalement à travers l'application ou non de la loi sur le temps partiel, on retrouve en France, même si différemment, cette question de savoir si la rupture conventionnelle s'applique quand ce n'est pas la rupture mais une continuation du contrat de travail qui est envisagée.

En France, la Cour de cassation a dans son arrêt du 15 octobre 2014[291] posé en application du principe que les lois spéciales dérogent aux lois générales « *specialia generalibus derogant* », que la rupture conventionnelle ne peut intervenir que dans les conditions des articles L. 1237-11 et suivants du code du travail[292]. Cela signifie que la rupture conventionnelle a l'exclusivité de la rupture négociée du contrat de travail à durée indéterminée[293]. La Cour a confirmé dans sa décision du 8 juin 2016[294], que des mutations ou transferts conventionnels de contrat de

---

[288] Ascheid, Preis, Schmidt, *Systematischer Kommentar arbeitsrechtlicher Vorschriften, Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge,* Kündigungsrecht, 2. Teil, 4. Auflage 2012, Erster Abschnitt, 3. Aufhebungsvertrag, Rn 37.
[289] Ascheid, Preis, Schmidt, *Systematischer Kommentar arbeitsrechtlicher Vorschriften, Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge,* Kündigungsrecht, 2. Teil, 4. Auflage 2012, Erster Abschnitt, 3. Aufhebungsvertrag, Rn 37.
[290] Ascheid, Preis, Schmidt, *Systematischer Kommentar arbeitsrechtlicher Vorschriften, Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge,* Kündigungsrecht, 2. Teil, 4. Auflage 2012, Erster Abschnitt, 3. Aufhebungsvertrag, Rn 37 ; Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2446; BAG, NZA 2017, 849 = AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 49.
[291] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 15 octobre 2014, numéro de pourvoi 11-22.251, publié au bulletin (rejet) ; Voir Mouly J., *La résiliation conventionnelle, voie exclusive de la rupture négociée du contrat de travail à durée indéterminée*, Dr. Soc., décembre 2014, n° 12, p. 1066 et suivantes; Héas F., *Droit du travail*, Paradigme, 7ème édition, 2020, p. 374.
[292] Voir aussi Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 1.
[293] Mouly J., *La résiliation conventionnelle, voie exclusive de la rupture négociée du contrat de travail à durée indéterminée*, Dr. Soc., décembre 2014, n° 12, p. 1066.
[294] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 8 juin 2016, numéro de pourvoi 15-17.555, publié au bulletin

travail prenant souvent la forme d'une convention tripartite, ne peuvent pas se voir appliquer les dispositions de l'article L. 1237-11 du code du travail sur la rupture conventionnelle[295]. Une telle convention tripartite concerne un salarié qui signe une rupture d'un commun accord de son contrat de travail avec son employeur et conclu un nouveau contrat de travail avec un nouvel employeur, sachant que cette convention tripartite est signée par les trois personnes (salarié, ancien et nouvel employeur)[296]. Le principal obstacle de l'application de la rupture conventionnelle à une telle convention tripartite étant que n'est plus organisée la rupture du contrat de travail, mais sa poursuite[297], or la rupture conventionnelle a pour but de sécuriser la rupture.

Pour finir sur les possibilités de transformer un CDI en CDD, ce qui n'est pas possible en France, il est encore intéressant de parler d'une proposition faite par un groupe d'universitaires français[298] d'introduire une dissolution des CDD au sein du CDI. Ceci se ferait avec des contrats de travail qui seraient conclus pour une durée indéterminée, mais qui comporteraient une clause dite « de durée initiale » quand il s'agit d'emplois temporaires par nature[299]. De cette manière, des emplois précaires pourraient être remplacés par la possibilité de conclure cette clause, faisant qu'à la fin de la durée prévue, c'est un droit du licenciement plus ou moins « simplifié » qui va s'appliquer[300]. De cette manière, le droit français qui ne permet pas de signer un CDD alors qu'un CDI est en place, irait encore plus loin pour étendre aux actuels CDD certaines protections du droit du licenciement. Les CDD étant des contrats avec un terme extinctif[301], ils signifient forcément une extinction du contrat de travail pour l'avenir et c'est bien cette disparition automatique et leur absence de droit de résiliation unilatérale[302], qui exclue le droit du licenciement, protecteur des salariés[303].

---

[295] Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 231.
[296] Cour de cassation, rapport annuel 2016, jurisprudence de la cour, p. 198, 199.
[297] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 8 juin 2016, numéro de pourvoi 15-17.555, publié au bulletin ; Voir Lokiec P., Porta J., *Droit du travail : relations individuelles de travail*, Recueil Dalloz, 13 avril 2017, n° 15, 851 ; Ducloz F., Chronique, Recueil Dalloz, 2016, 1258 et 1588 ; Tournaux S., Étude, Dr. soc., 2016, 650 ; Mouly J., Observations, Dr. soc., 2016, 779 ; Loiseau G., Note, JCP S, 2016, 1265 sur cet arrêt de la Cour de cassation du 8 juin 2016.
[298] Travaux du GR-PACT: Groupe de Recherche pour un autre code du travail: Proposition de Code du travail, 2017, sous la direction de Dockès E., Dalloz.
[299] Baugard D., *Le CDI, un contrat sans terme ?*, Le Droit Ouvrier, septembre 2019, n°854, p. 583.
[300] Baugard D., *Le CDI, un contrat sans terme ?*, Le Droit Ouvrier, septembre 2019, n°854, p. 583.
[301] Voir sur cette notion de terme extinctif, Fabre-Magnan M., *Droit des obligations*, PUF, Thémis, 3ème édition, Tome 1, p. 174.
[302] Corrignan-Carsin D., *Contrat de travail à durée déterminée Rép. Trav*. Dalloz, numéros 341 et suivants.
[303] Mouly J., *Les contrats à durée déterminée ou de mission : contrats à terme ?*, Le Droit Ouvrier, septembre 2019, n°854, p. 591.

(e) Changement d'employeur et rupture conventionnelle

Le contrat de travail d'un salarié sera transféré vers un nouvel employeur dans le cadre en France de l'article L. 1242-1 du Code du travail (et article L. 1242-2 du Code du travail) s'il y a vente, succession, fusion, transformation du fonds ou bien mise en société de l'entreprise. Il peut s'avérer dans une telle situation, que le salarié signe une rupture conventionnelle avec son nouvel employeur. Le salarié aura cependant dans cette situation toujours un « *intérêt à agir aux fins de contester le transfert de son contrat de travail* » dès lors qu'il a un motif pour ce faire, un exemple étant l'absence d'entité économique autonome[304]. Cela ressort de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 31 octobre 2012 et est entre autres possible pour la raison que la rupture conventionnelle ne vaut pas transaction[305].

b) Entretien(s) préalable(s)

Une démarcation du droit français par rapport au droit allemand, est qu'il préconise pour la validité de la rupture conditionnelle un ou plusieurs entretiens préalables. Le ou les entretiens sont prévus pour se mettre d'accord sur les modalités de la rupture, notamment concernant entre autres la date de rupture et le montant de l'indemnité qui sera versée[306]. Toutefois, l'entretien préparatoire à la rupture conventionnelle française n'est pas tenu par le formalisme de l'entretien préalable au licenciement[307].

En Allemagne, s'il n'existe aucune disposition légale exigeant la tenue d'au moins un entretien comme en France, on peut supposer qu'un contrat de résiliation basé sur le consentement mutuel

---

[304] « *Constitue une entité économique autonome un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre* »: Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 7 juill. 1998, numéro de pourvoi 08-40.393; Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 6.

[305] Arrêt de la Cour d'appel de Versailles, 31 octobre 2012, numéro de pourvoi 11/01510.
Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 6.

[306] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 4.

[307] Cour d'appel de Rouen, 12 avril 2011, numéro de pourvoi 10-4389, RJS 7/11 n° 604 et Cour d'appel de Lyon, 23 septembre 2011, numéro de pourvoi 10-09122, RJS 1/12, n° 4 et voir Alves-Conde M., *L'aptitude à consentir du salarié*, thèse, 29 novembre 2018, p. 238.

« gegenseitiges Einvernehmen » requiert la tenue d'au moins un entretien. D'autre part, le ou les entretiens ne doivent en Allemagne pas nécessairement avoir lieu sur le lieu de travail[308].

Il est parfaitement légal en droit français (toute comme cela est le cas en droit allemand) de signer la rupture conventionnelle au cours d'un unique premier et seul entretien entre les parties, ceci n'indiquant pas un consentement vicié, ainsi que posé dans les arrêts de la Cour de cassation du 5 novembre 2014[309] et du 12 février 2014[310]. L'arrêt du 12 février 2014[311] pose que « *le législateur n'exige pas la tenue de plusieurs entretiens ni ne fixe la durée de ces entretiens pour que soit garantie la liberté du consentement des parties à la rupture conventionnelle* ».

Par ailleurs, il ressort également de cet arrêt, que la durée de l'entretien[312], même si comme dans ce cas n'était que d'un quart d'heure et que le conseiller présent de la salariée avait affirmé que « *les parties n'auraient pas eu d'échange lors de l'entretien mais se seraient contentées de compléter le formulaire de rupture conventionnelle* », que la Cour de cassation refuse d'en déduire automatiquement que cela n'implique pas un consentement libre et éclairé[313].
Le principal argument avancé par la Cour étant que le consentement est libre « dès lors » que le salarié « *a pu se faire assister lors de cet entretien par un conseiller, lequel peut décider, tout comme les parties, de compléter le formulaire de rupture conventionnelle d'informations ou de commentaires spécifiques permettant d'apprécier la liberté du consentement de chacun* ».

Notons que l'article L. 1237-12 du code du travail ne précise pas les conditions matérielles des échanges y ayant lieu, faisant que la date, l'heure, le lieu ou la forme que prend la convocation

---

[308] Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 17; Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 6. Widerruf, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Rn. 13; Zu besonderen Formerfordernissen vgl. BAG 30.9.1993 AP BGB § 123 Nr. 37.
[309] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 5 novembre 2014, numéro de pourvoi 13-16.372, non publié au bulletin (rejet).
[310] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 12 février 2014, numéro de pourvoi 12-29.208, non publié au bulletin (rejet).
[311] En ses points 6 et 7.
[312] Ici un seul entretien : arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 12 février 2014, numéro de pourvoi 12-29.208, non publié au bulletin (rejet).
[313] Dans cet arrêt de la chambre sociale du 12 février 2014 au numéro de pourvoi 12-29.208, la Cour de cassation ajoute qu'il « *appartenait à ce conseiller, garant de la validité du consentement de la salariée, de provoquer des échanges s'il estimait que le consentement de la salariée n'était pas libre et éclairé, ce qu'il n'avait pas fait en l'espèce* », faisant que la Cour d'appel avait violé les articles L. 1237-11 et L. 1237-12 du code du travail en déduisant un consentement non libre et éclairé.

sont laissé à la liberté des parties[314]. On en conclut que le salarié ou son employeur peuvent initier ce ou ces entretiens préparatoires selon n'importe qu'elle forme et en toute occasion[315]. Ceci contrairement à l'entretien préalable au licenciement qui est précisé par l'article L. 1232-2 du Code du travail et prévoit une convocation du salarié par lettre recommandée ou remise en main propre contre décharge, lettre devant indiquer l'objet de la convocation et que l'entretien préalable n'aura lieu qu'après que cinq jours ouvrables soient passé après réception de la lettre de convocation.

Il n'y a dans la rupture conventionnelle contrairement au licenciement, pas d'obligation de convoquer le salarié par un écrit préalable, ce qui découle de l'arrêt de la Cour d'appel de Riom du 16 octobre 2012[316], laquelle Cour a validé une convocation verbale faite quelques jours avant l'entretien puis mise par écrit et antidatée au jour de l'entretien.
Seule la possibilité de se faire assister est précisée pour la rupture conventionnelle dans l'article L. 1237-2 du Code du travail.

Si souvent le premier entretien ou entretien unique est initié par l'employeur, le salarié peut tout autant en prendre l'initiative[317]. Par ailleurs, l'entretien faisant partie intégrante du consentement des parties, il est nécessaire que celui-ci ou ceux-ci soient organisés de bonne foi[318]. Dans le cadre d'une bonne organisation, nous verrons au cours de ce travail qu'il est conseillé à l'employeur de notifier dès le premier entretien à son salarié qu'il a le droit de se faire assister, comme il a la possibilité de recueillir des informations et avis pour l'aider dans sa décision auprès du service public de l'emploi[319]. L'employeur a aussi une obligation de l'informer sur

---

[314] Un employeur qui avait convoqué son salarié un samedi pour un entretien le lundi ne respectait pas la procédure, voir arrêt du Conseil de prud'homes de Bobigny, 6 avril 2010, n° 08-4910; Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, pp. 4 et 5.
[315] Bossu B., Dumont F., Verkindt P.-Y., *Droit du travail*, lextenso éditions, 2011, p. 291.
[316] Arrêt de la Cour d'appel de Riom, 16 octobre 2012, numéro de pourvoi 11/01.589.
[317] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 4.
[318] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 4.
[319] Cette nécessité d'informer le salarié, rappelle la pratique transactionnelle. Voir notamment Puigelier C., Note, JCP S, 2006, 1573, Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 24 mai 2006, numéro de pourvoi 04-45.877, Bull. Civ. V, n° 189 et Alves-Conde M., *L'aptitude à consentir du salarié*, thèse, 29 novembre 2018, p. 158; Sachs T., *La volonté du salarié en actes*, Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012, p. 51 et Damiano M., *Ruptures conventionnelles: un bilan peu surprenant*, RDT, 2012, 333.

le régime de l'indemnité, c'est à dire sur les conséquences fiscales et sociales qui vont résulter de la rupture conventionnelle[320].

Nous comprenons donc que même si les modalités ne sont pas précisées dans le Code du travail, l'employeur fait l'objet d'obligations légitimes concernant la mise en place de l'entretien, ce que démontre l'arrêt du Conseil de prud'hommes du 6 avril 2010[321]. En l'espèce, les juges ont jugé qu'une convocation du salarié par l'employeur un samedi pour un entretien le lundi ne respecte pas la procédure de la rupture conventionnelle vu que le salarié n'était, dans ces conditions de temps limité, pas à même d'obtenir la liste des conseillers pouvant l'assister avant la tenue de l'entretien.
Ceci étant donné que dans le cas où l'entreprise n'a pas d'institutions représentatives du personnel (IRP), alors le salarié choisit la personne qui l'assistera sur une liste « *arrêtée dans chaque département par le préfet* » et « *tenue à la disposition des salariés dans chaque section d'inspection du travail et dans chaque mairie* »[322], ceci nous faisant comprendre que le salarié aura du mal à accéder à cette liste un dimanche.

Concernant une rémunération du salarié pour le temps passé en entretien avec son employeur sur une rupture conventionnelle, aucune règle légale n'en prévoit. Bien évidemment, la logique est que dès lors que l'entretien a lieu durant les horaires de travail du salarié, celui-ci sera rémunéré normalement, tandis que si l'entretien a lieu en dehors de ses horaires, il n'y a pas d'obligation de rémunération[323].

L'absence de disposition légale concerne aussi une éventuelle prise en charge des frais de déplacements du salarié pour venir à l'entretien, à moins qu'il n'y ai des « *dispositions conventionnelles plus favorables* »[324].

---

[320] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 4 ; Par ailleurs, les informations reçues par le salarié de son employeur doivent être les plus complètes possibles : voir Auzero G., *La volonté du salarié en matière de ruptures bilatérales*, Le Droit Ouvrier, 2013, p. 483. s
[321] Arrêt du Conseil de Prud'hommes de Bobigny, 6 avril 2010, numéro de pourvoi 08-4910.
[322] Article D. 1232-5 du Code du travail, créé par le décret n° 2008-244 du 7 mars 2008, art. (V) ; Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 5.
[323] Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 233; Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 4.
[324] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 4.

L'entretien doit comprendre « *une conversation, « individuelle » (articulée autour des deux seules parties intéressées et de leur assistant éventuel), se nouant au cours d'une rencontre physique – et non pas d'un simple entretien téléphonique -, en face à face, en un lieu et à un horaire préalablement déterminés* »[325].

Qu'en est-il maintenant, si aucun entretien n'a eu lieu, comme la soulevé un salarié devant la juridiction prud'homale pour obtenir nullité de sa convention de rupture, alors même que la convention signée par lui (sans qu'il ait fait usage de son droit de rétraction) puis homologuée faisait état de deux entretiens[326]. La Cour de cassation a décidé sur ce cas au 1er décembre 2016 et soutenu que le défaut du ou des entretiens entraîne la nullité de la convention[327] et que c'est à l'invoquant d'établir l'existence de cette cause de nullité[328]. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a considéré que les éléments apportés par l'employeur et devant prouver que les deux entretiens ont bien eu lieu n'étaient en effet pas matériellement vérifiable comme la soutenu la Cour d'appel, mais que la Cour d'appel a ici inversé la charge de la preuve.

Il faut cependant retenir de cet arrêt que pour la Cour de cassation, la rupture conventionnelle procédant de la volonté commune des parties, suppose donc une rencontre et une discussion, lesquels sont rendus possibles par un ou plusieurs entretiens[329]. Cependant, la charge de la preuve pesant sur le salarié, c'est bien à lui et non à l'employeur que la « *noyade est promise* », comme souligné par le professeur Adam P.[330], la preuve étant difficile à apporter[331]. Ainsi, à

---

[325] Adam P., *Rupture conventionnelle : ode aux noyés (Sur l'entretien, la nullité et la preuve)*, Cass. Soc. 1er décembre 2016, n° 15-21.609, Le Droit Ouvrier, mars 2017, n° 824, p.146.
[326] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 1er décembre 2016, numéro de pourvoi 15-21.609, publié au bulletin, faisant suite à l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 22 mai 2015.
[327] Les termes de l'article L. 1237-12 du Code du travail étant clairs : « *Les parties au contrat conviennent du principe d'une rupture conventionnelle lors d'un ou plusieurs entretiens au cours desquels le salarié peut se faire assister* ».
[328] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 1er décembre 2016, numéro de pourvoi 15-21.609, publié au bulletin ; Loiseau G., Note, JCP S, 2016, 1005 ; Tricoit J.-P., *Solitude du salarié et nullité de la rupture conventionnelle*, JCP S, 23 juillet 2019, n° 29, 1223, pp. 37 et 38.
[329] Cour de cassation, rapport annuel 2016, jurisprudence de la cour, p. 200 ; Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 232.
[330] Adam P., « Rupture conventionnelle : ode aux noyés (Sur l'entretien, la nullité et la preuve) », Cass. Soc. 1er décembre 2016, n° 15-21.609, Le Droit Ouvrier, mars 2017, n° 824, p.145.
[331] Taquet F., *Rupture conventionnelle: la preuve de l'absence d'entretien revient au salarié*, JSL, 2 janvier 2017, n° 423: « *La Chambre sociale met le salarié devant une situation pour le moins complexe, voire impossible, puisqu'il lui revient de prouver ses affirmations, c'est-à-dire pratiquement qu'aucun entretien n'a eu lieu (en d'autres termes, d'apporter une preuve négative) !* »; Voir aussi Mouly J., *Le défaut d'entretien préalable à la rupture conventionnelle : une nullité bien illusoire*, Dr. Soc., 2017, 82.

cause de l'aspect négatif de la preuve à apporter, « *Sauf à montrer que le salarié était sur un autre lieu au moment du soi-disant entretien, la preuve de cette absence pourrait s'avérer presque impossible* »[332].

Cette vision française est différente de la vision allemande, où un salarié ne tenant pas à participer aux négociations, c'est-à-dire ne tient pas à venir à un rendez-vous de son employeur pour parler de la mise en place du contrat de résiliation, l'employeur n'a pas le droit de l'y obliger[333]. Ceci vaut d'autant plus dans le cas où le salarié refuse la proposition de son employeur de conclure un « Aufhebungsvertrag », l'employeur n'a alors également pas le droit de le forcer à venir discuter d'un tel contrat de résiliation[334].

(a) Devoir d'information et possibilité de se faire assister durant l'entretien

Une nécessité d'information et de discussion des parties est nécessaire en France à travers l'entretien ou les entretiens préalables à la signature d'une rupture conventionnelle. Entretien minimum entre le salarié et son employeur posé par l'article L. 1237-12 du code du travail et dont nous venons de voir les conditions.

(b) Contenu des informations données par l'employeur au salarié

Il vaut mieux en France que les employeurs prennent l'obligation d'information de leurs salariés avec lesquels ils souhaitent conclure une rupture conventionnelle sérieusement. Notamment en leurs livrant des informations complètes sur les conséquences d'une telle rupture, ce qui permettra d'assurer la conclusion par le salarié en toute connaissance de cause et évitera un éventuel contentieux à l'employeur[335]. Nous avons vu que les conséquences portant sur le régime fiscal et social de l'indemnité de rupture font partie des informations à transmettre au salarié.

---

[332] Roussel M., *Sanction et charge de la preuve du défaut d'entretien relatif à la conclusion d'une rupture conventionnelle*, Dalloz actualité, 2 janvier 2017 (Dalloz.fr); « *Probatio diabolica* »: Mouly J., note sous Cass. Soc. 1er décembre 2016, Dr. Soc. 2017, p. 82.
[333] Schrader, Thoms, Mahler, *Auskunft durch den Arbeitnehmer: Was darf er? Was muss er?*, NZA 2018, S. 967, „b) Auskunftspflichten des Arbeitnehmers".
[334] Schrader, Thoms, Mahler, *Auskunft durch den Arbeitnehmer: Was darf er? Was muss er?*, NZA 2018, S. 967, „b) Auskunftspflichten des Arbeitnehmers"; Voir ici aussi la décision *BAG*, NZA 2009, NZA Jahr 2009 Seite 600 = AP GewO § 106 Nr. AP GEWO § 3.
[335] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 2.

L'employeur ne doit cependant pas se borner à cela quand la rupture conventionnelle intervient en cas de difficultés économiques, faisant qu'il doit dans ce cas l'informer sur les avantages qu'un plan de départ volontaire ou de sauvegarde de l'emploi lui apporterait[336]. Il est conseillé aux employeurs de s'acquitter de leur obligation d'information par un écrit remis soit directement au salarié, annexé à la convention de rupture ou envoyé en recommandé[337].

Ce conseil est particulièrement utile pour les deux parties, une absence d'information ou le partage d'informations erronées pouvant mener à une nullité de rupture conventionnelle pour vice de consentement.

Un exemple démontre l'arrêt de la Cour de cassation du 5 novembre 2014[338] où le consentement du salarié a été considéré comme vicié par la Cour d'appel de Rennes du 20 février 2013 parce que son employeur lui a fourni une information erronée sur le montant de sa rémunération mensuelle brute des 12 derniers mois, ce qui constitue la base du calcul de l'indemnité et que cette information erronée a faussée son calcul de l'allocation chômage à laquelle il pensait pouvoir prétendre. La conséquence ayant été l'analyse de la rupture conventionnelle en licenciement sans cause réelle et sérieuse accompagnée du versement de dommages et intérêts.

Nous verrons dans notre analyse de cet arrêt sous le point « Vice de consentement par dol ou erreur », que la Cour de cassation, même si elle a rejeté le pourvoi de l'employeur, n'était pas d'accord avec la Cour d'appel sur le fait que l'erreur commise par le salarié sur le montant de ses indemnités de retour à l'emploi constituait un vice de consentement, l'employeur n'ayant, conformément à l'ANI du 11 janvier 2008, seulement une obligation « *d'informer le salarié de prendre les contacts nécessaires auprès du service public de l'emploi* », ce qui avait été fait en l'espèce et qu'il est d'usage désormais que le salarié lui-même se charge de trouver ces renseignements[339].

---

[336] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 2 ; RF, *Rupture conventionnelle individuelle*, octobre 2019, 1108, 23, p. 460.
[337] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 2.
[338] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 5 novembre 2014, numéro de pourvoi 13-16.372, non publié au bulletin (rejet).
[339] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 5 novembre 2014, numéro de pourvoi 13-16.372, non publié au bulletin (rejet) ; Teyssié B., *Guide de la rupture du contrat de travail*, LexisNexis, 3ème édition, 2015, n° 86; ANI, 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, article 12.

Le salarié a donc pu bénéficier de la requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse, mais notons la position de la Cour de cassation qui est bien moins protectrice sur ce point.

Il ressort en France, que la partie salariale doit normalement être informée sur ses droits, le salarié devant être à même d'obtenir des informations auprès des administrations compétentes et auprès du service public de l'emploi[340]. Néanmoins, tant qu'il n'y a pas eu vice de consentement, une absence d'information sur la possibilité de prendre contact avec le service public de l'emploi ne constitue par une cause de nullité[341]. Ainsi, dans la pratique, le salarié consent souvent à la conclusion d'une rupture conventionnelle, ignorant d'informations déterminantes connues par son employeur[342]. Ceci d'autant que le droit du travail français ne corrige pas cette possible asymétrie en encadrant au final peu l'échange d'information dans une rupture conventionnelle[343]. Or pour qu'un équilibre soit atteint, une négociation loyale doit avoir lieu[344]. Cependant, l'équilibre déjà inégalitaire de la relation employeur[345] salarié rend ceci dès le début difficile. La rupture conventionnelle illustre plutôt ici la règle « *nul n'est censé ignorer la loi* »[346] et ce au désavantage des salariés.

---

[340] Arrêt de la Cour de cassation, crim., 11 février 2009, numéro de pourvoi 07-44.809.
[341] Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 233, voir l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 29 janvier 2014, numéro de pourvoi 12-25.951.
[342] Le salari est en effet face à une offre pécuniaire alléchante qu'est l'indemnité de rupture; or souvent une dissimulation d'information de la part de l'employeur va vicier son consentement, quand au final la RC n'est pas si avantageuse que ça ou s'il aurait pu rompre son contrat dans des conditions plus intéressantes (par exemple s'il avait pu avoir un PDV avec une indemnité plus élevée comme dans l'arrêt de la Cour d'appel de Grenoble, 8 juin 2017, numéro de pourvoi 15/03823). Voir ici Chauvel P., *Le dol*, Rép. civ., Dalloz, n° 62 et Montvalon L. de., *Rupture conventionnelle et réticence dolosive, Quelle protection du consentement face à l'asymétrie d'information ?*, JCP S, 4 février 2020, n° 5, 1028, p. 27.
[343] Montvalon L. de., *Rupture conventionnelle et réticence dolosive, Quelle protection du consentement face à l'asymétrie d'information ?*, JCP S, 4 février 2020, n° 5, 1028, p. 27 sur le recours à l'obligation précontractuelle d'information et la réticence dolosive, posés dans l'ordonnance de réforme du droit des obligations du 10 février 2016 et qui peuvent éventuellement mener à une meilleure prise en compte de l'asymétrie.
[344] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 28 novembre 2001, numéro de pourvoi 00-11.209 et Cour de cassation, chambre sociale, 9 octobre 2019, numéro de pourvoi 19-10.780; Bossu B., Note sous arrêt, JCP S, 2019, 1337; Montvalon L. de., *Rupture conventionnelle et réticence dolosive, Quelle protection du consentement face à l'asymétrie d'information ?*, JCP S, 4 février 2020, n° 5, 1028, p. 27.
[345] L'employeur étant ici le „sachant", se pose la question si l'obligation générale d'information prévue par le Code civil à son égard, peut enjoindre l'employeur à donner à son salarié les informations nécessaires. Voir ici l'article 1112-1 du Code civil, venant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et notamment la *fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information* de Mekki M., Gaz. Pal., 12 avril 2016, p. 15; Mais aussi Pagnerre Y., *Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail*, Dr. soc., 2016, p. 727 sur la réorganisation de l'entreprise postérieure à la rupture et Teyssié B., *Guide de la rupture du contrat de travail*, LexisNexis, 3ème édition, 2015, n° 86 concernant l'information sur l'indemnisation par Pôle Emploi.
[346] Colombet H., *L'obligation d'information sur les règles de droit*, thèse, 2016 et Alves-Conde M., *L'aptitude à consentir du salarié*, thèse, 29 novembre 2018, p. 163: « *En effet, si nul n'est censé l'ignorer, alors nul ne devrait être tenu d'en indiquer le contenu à autrui* ».

En Allemagne, malgré la gravité régnant sur les conséquences sociales[347] et financières pouvant découler de la conclusion d'un contrat de résiliation, lequel est de plus la plupart du temps introduit par l'employeur, on ne trouve en droit allemand pas d'obligation pesant sur l'employeur d'informer son salarié sur ces conséquences juridiques avant la conclusion d'un tel contrat[348].

Ceci ressort des règles générales de la jurisprudence allemande, partant du fait que chaque partie doit s'informer de manière indépendante sur les conséquences juridiques pouvant résulter d'une décision prise de manière autonome[349]. Il n'est reconnu que dans certains cas exceptionnels que le cocontractant soit obligé d'informer l'autre partie, avant la conclusion du contrat, des risques particuliers existant. Ce principe valant en droit allemand aussi pour le droit du travail[350].

Les auteurs allemands Gagel et Winkler posent même clairement que pour *« (...) le tribunal fédéral du travail (BAG), les parties au contrat de travail se font face avec un pouvoir de négociation égal lors de la conclusion d'un « Aufhebungsvertrag »* »[351]. Cet avis peut être considéré comme incompréhensible, voir aberrant, notamment si l'on considère la situation hiérarchique entre employeur et salarié, ce dernier étant clairement dans une position d'infériorité. Situation à laquelle s'ajoute la peur de perte d'emploi et de statut social, cette liste étant non-exhaustive.

---

[347] Voelzke in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 29; Kroeschell, Cornelius, *Aufhebungsverträge und Sperrzeit*, jM 2016, 30; Kuhn J., Becker J., *Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte bei Aufhebungsverträgen*, DB, 2016, 1994.

[348] Holbeck-Schwindl, *Referendarpraxis Lernbücher für die Praxisausbildung, Arbeitsrecht*, Verlag Franz Vahlen München, 11. Auflage 2012, S. 143 – 602; Juli S., *Aufhebungsverträge ohne Sperrzeit*, ArbRAktuell, 2017, 237; BAG, NZA 2002, 1150; Däubler, Hjort, Schubert, Wolmerath, *Handkommentar Arbeitsrecht*, § 10 KSchG, Rn. 40, 4. Auflage, 2017.

[349] *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 968; BAG 11.12.2001, AP BetrAVG § 1 Auskunft Nr. 2; LAG HM 07.06.2005 NZA-RR 2005, 606, 608; MüKoBGB/*Hesse* Vor § 620 Rn. 40a.

[350] *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 968.

[351] Voir Gagel, Winkler, *Kommentar SGB II, SGB III, § 159 SGB III, Aufhebungsvertrag,* 78. EL, Mai 2020, Rn. 74: „*Nach Meinung des BAG stehen sich bei Abschluss eines Aufhebungsvertrages die Arbeitsvertragsparteien mit gleicher Verhandlungsmacht gegenüber. (...) Wesentlich ist, dass der oder die Arbeitslose der vorgeschlagenen Vereinbarung zugestimmt und damit eine Ursache für die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses gesetzt hat*."; BSG 12.04.1984, 7 Rar 28/83, Soz-Sich 84, 388.

Par contre, dans le cas où l'employeur décide de donner des informations à son salarié, celles-ci doivent être correctes et complètes[352], sans quoi il lui devra des dommages et intérêts[353].

Ces obligations d'information sont appelées « Aufklärungspflichten » et leur application dépend donc en Allemagne des circonstances spécifiques du cas d'espèce[354], notamment de qui l'initiative de conclure un contrat de résiliation est-elle venue[355]. Dans la plupart des cas, si l'initiative est venue du salarié, alors l'employeur peut le laisser s'informer sur les conséquences et risques que son départ volontaire va comprendre[356].
C'est pourquoi il est bon pour un salarié de se renseigner préalablement auprès de l'administration du travail et autres institutions compétentes sur les conséquences de la conclusion d'un contrat de résiliation amiable. Ceci dans le but de considérer l'indemnisation proposée eu égard aux risques impliqués et au regard de son adéquation.

Concernant les obligations d'information, les auteurs Müller-Glöge soutiennent bien que ce n'est en Allemagne que « ausnahmsweise », c'est à dire « exceptionnellement », que l'employeur peut être obligé de faire remarquer à son salarié, sans que ce dernier ne lui ai demandé, les risques menaçant ses ressources[357].

Ainsi, malgré le fait que le salarié doive se renseigner de lui-même sur les conséquences négatives qu'un tel accord peur avoir eu égard à son régime de retraite complémentaire, de son assurance chômage et de l'imposition, dans des cas particuliers et plus particulièrement quand la rupture du contrat de travail intervient suite à l'initiative de l'employeur et est dans son intérêt[358], alors l'employeur a des obligations d'information et d'avertissement[359].

---

[352] BAG 12.12.202, 8 AZR 497/01; Juli S., *Aufhebungsverträge ohne Sperrzeit*, ArbRAktuell, 2017, 237; Rolfs in APS, *Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Kündigungsrecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, 2017, Rn. 6.
[353] BAG 3.7.1990, 3 AZR 382/89, NZA 1990, 971; Voir également, Rolfs, *Der Arbeitsvertrag*, A 100, Aufhebungsvertrag, Preis, 5. Auflage 2015, S. 405, Rz. 6.
[354] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 5. Aufklärungspflichten, Rn 12; BAG 11.12.2001, AP BetrAVG § 1 Auskunft Nr. 2.
[355] BAG 11.12.2001, AP BetrAVG § 1 Auskunft Nr. 2; 21.2.2002 EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 7; 24.2.2011, NZA-RR 2012, 148.
[356] BAG 24.02.2011, NZA-RR 2012, 148.
[357] BAG 03.07.1990, AP BetrAVG § 1 Nr. 24.
[358] BAG, NZA 2001, 206.
[359] Bundesministerium für Arbeit und Soziales ; Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht ; BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, Seite 147 – 520.

Par conséquence, l'employeur allemand doit informer son salarié d'éventuels désavantages dont il aurait connaissance et qui seraient causés par la conclusion d'un tel contrat d'indemnisation pour départ volontaire[360]. Ces devoirs d'information résultent du paragraphe 242 BGB, lequel pose les règles de la bonne foi en droit allemand, « Treu und Glauben ». De telles obligations d'information visent par exemple les effets produits par la rupture du contrat de travail sur la retraite professionnelle ou encore sur le montant de la pension de retraite ainsi que sur les prestations de l'assurance chômage[361].

Ces devoirs et obligations d'information de l'employeur ne peuvent cependant être imposés que de manière limitée, étant donné que l'employeur ne se doit fondamentalement qu'à lui-même de clarifier la situation eu égard aux conséquences juridiques. Ceci comme le droit allemand part du principe qu'il n'est souvent pas possible pour l'employeur de donner des informations concises et que cela n'est de toute façon pas dû[362], le salarié devant se débrouiller pour obtenir les éléments probants qui lui apporteront certitude sur le bien-fondé de sa décision. Dans le cas où une obligation de notifier n'a pas été respectée par l'employeur, le contrat d'indemnisation pour départ volontaire n'est pas nul, le paiement de dommages et intérêts va entrer en compte[363].

La jurisprudence allemande ne reconnaît donc pour le moment une obligation d'information que de manière restreinte dans des cas spécifiques. Par exemple quand le salarié est proche de l'âge de sa retraite et qu'un contrat de résiliation est conclu. Il est reconnu dans ce cas que le salarié a un droit légitime à une rente intacte autant que possible, lequel droit est supérieur à l'intérêt de l'employeur de terminer plus tôt la relation de travail[364]. L'employeur a ici bien une obligation d'indiquer les désavantages en matière de prévoyance découlant d'une résiliation du contrat prématurée.

Une autre hypothèse où l'employeur est soumis à une obligation d'information est, quand de par le contrat de résiliation, une prévoyance complémentaire baisse considérablement et que le

---

[360] BAG 10.03.1988, AP BGB § 611 Fürsorgepflicht Nr. 99.
[361] Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, Seite 147 – 520.
[362] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 5. Aufklärungspflichten, Rn 12a.
[363] Wollenschläger M., *Arbeitsrecht,* Academia Iuris Lehrbücher der Rechtswissenschaft, Carl Heymanns Verlag, 3. Auflage 2010, Rn 371.
[364] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 213.

montant de l'indemnité proposée est en grand déséquilibre par rapport aux risques probables. L'employeur est alors obligé de faire prendre en compte au salarié les risques existants et de lui conseiller de se renseigner auprès d'un service social compétent[365]. Il est difficile de savoir si l'employeur a bien rempli son obligation d'information[366]. Notons que si l'employeur n'est pas en mesure de bien renseigner son salarié, il doit le guider vers le ou les service(s) compétent(s)[367].

Dans le cas de conclusion d'un contrat de résiliation avec un salarié gravement handicapé[368], malgré la nécessité d'informer la « Schwerbehindertenvertretung », le/les représentants des handicapés, il n'y a pas à obtenir l'accord de l'office de l'intégration « Integrationsamt ». La protection est donc faible au vu de la décision du tribunal du travail allemand, selon laquelle l'employeur doit seulement renseigner les représentants des personnes gravement handicapées[369] sur la situation mais n'a pas à les écouter au préalable[370]. Nous nous pencherons plus sur la situation des salariés handicapés dans une autre partie.

Toutefois, il suffit en Allemagne, de la même manière que nous l'avons vu en France, que l'employeur indique à son salarié les possibilités de se renseigner auprès de l'agence pour l'emploi[371]. Tout comme il suffit également que le devoir d'information soit rempli de part des clauses dans le contrat de résiliation, c'est à dire qu'il soit inscrit dans le contrat de résiliation que le salarié a été informé sur les risques concernés[372].
Néanmoins, cette possibilité peut devenir problématique dans les cas où l'employeur ne laisse pas de temps à son salarié pour aller se renseigner sur les conséquences possibles auprès des services compétents. C'est la raison pour laquelle, dans un tel cas, l'employeur est tenu d'informer son salarié directement sur les effets pouvant découler de la signature d'un contrat de résiliation, en particulier sur sa prétention à une indemnité de chômage dès lors que c'est l'employeur qui pousse à la conclusion d'un contrat de résiliation suite à des raisons économiques[373].

---

[365] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 213.
[366] BAG 17.10.2000, 3 AZR 605/99, AP Nr. 116 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht; Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 213.
[367] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 214.
[368] « schwerbehinderter Arbeitnehmer ».
[369] « die Schwerbehinderten Vertretung unterrichten ».
[370] BAG 14.03.2012, EzA SGB IX § 95 Nr. 4.
[371] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 214.
[372] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 214.
[373] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 214; LAG Hamburg, 20.8.1992, 2 Sa 16/92, LAGE Nr. 9 zu § 611 BGB Aufhebungsvertrag.

Cependant, en pratique et suite à la doctrine dominante dans la jurisprudence, le principe reste que c'est à au salarié de se renseigner lui-même avant la conclusion d'un contrat de résiliation sur les conséquences en découlant et que l'employeur n'a en principe pas de devoir d'information sur les risques des contrats de résiliation[374]. La violation par l'employeur d'obligations d'information ne mène bien pas en Allemagne à la l'invalidité « Unwirksamkeit » du contrat de résiliation et au mieux il y aura peut-être obligation pour l'employeur à verser des dommages et intérêts selon le paragraphe 280 du BGB[375]. Le tribunal fédéral du travail allemand va dans le sens de l'obtention de dommages et intérêts en cas de non information des risques, dans sa décision du 17 octobre 2000[376].

A ces obligations de bonne foi s'ajoute l'obligation pour l'employeur, conformément au paragraphe 2 II Nr. 3 du SGB III (Code social), d'informer son salarié qu'il a, selon le paragraphe 38 I SGB III, une obligation de se déclarer auprès de l'agence pour l'emploi en tant que demandeur d'emploi dès le moment de la prise de fin de son contrat de travail. Cependant, dans le cas où l'employeur omettrait d'en informer son salarié, ni le contrat (paragraphe 280 I BGB), ni le délit (paragraphe 823 II BGB avec § 2 II 2 Nr. 3 SGB III)[377] ne l'obligeront à verser des dommages et intérêts à son salarié[378]. Ceci tandis que le salarié se verra appliquer une période de carence d'une semaine dans le cas où il ne se déclare pas auprès de l'agence pour l'emploi. Il ne s'agit donc pas dans le paragraphe 2 II Nr. 3 du SGB III d'une norme protectrice du salarié.

---

[374] BAG 23.5.1989, 3 AZR 257/88 zu § 1 BetrAVG Zusatzversorgungskassen; BAG 11.12.2001, 3 AZR 339/00, NZA 2002, 1150 ff: betraf unterlassene Information über Kürzung der betrieblichen Altersversorgung nach Aufhebungsvertrag (concernait une information omise sur la diminution de la retraite professionnelle après le contrat de résiliation).
[375] § 280 BGB « Schadensersatz wegen Pflichtverletzung »; BAG 10.3.1988, AP BGB § 611 Fürsorgepflicht Nr. 99; 24.2.2011 NZA-RR 2012, 148.
[376] BAG 17. Oktober 2000, Az. 3 AZR 605/99.
[377] Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 148 – 520; BAG 29.9.2005, 8 AZR 571/04.
[378] BAG 29.9.2005 NZA 2005, 1406.

(c) Assistanat du salarié

En France, cette condition est soutenue par une faculté d'assistance attribuée au salarié, dans les mêmes conditions que lors de l'entretien de licenciement[379]. En effet, le salarié peut se faire assister d'une personne choisie par elle et appartenant au personnel de l'entreprise, mais doit en faire part à l'employeur avant l'entretien[380], ceci étant posé dans l'article L. 1237-12 du Code du travail[381].

Si cet article L. 1237-12 du Code du travail ouvre aux parties la faculté de se faire assister, la Cour de cassation elle considère que cela ne signifie pas que l'employeur ait une obligation de préalablement remettre à son salarié « *un document mentionnant expressément qu'il a la possibilité de se faire assister au cours des entretiens* ». Ceci ressort de l'arrêt du 6 février 2013[382].

On comprend ici que le non-respect de la procédure à travers le défaut d'information du salarié sur la possibilité donnée de se faire assister[383], n'est pas sanctionné par la nullité de la convention. Ceci ressort d'un arrêt de la Cour de cassation du 29 janvier 2014[384], où l'employeur n'a pas informé le salarié de la possibilité de se faire assister, en l'absence d'institution représentative du personnel comme cela était le cas dans cet arrêt, par un conseillé choisi sur une liste

---

[379] Il y a ici point commun entre licenciement et rupture conventionnelle, malgré la volonté du législateur d'éloigner ces deux dispositifs l'un de l´autre, comme posé dans l'article L. 1237-11, alinéa 1er du Code du travail: la rupture conventionnelle est « *exclusive du licenciement ou de la démission* » ; Tricoit J.-P., *Solitude du salarié et nullité de la rupture conventionnelle*, JCP S, 23 juillet 2019, n° 29, 1223, pp. 37 et 38.

[380] Coeuret A., Gauriau B., Miné M., *Droit du travail,* Université, Sirey, 3ème édition, 2013, p. 443; Peskine E., Wolmark C., *Droit du travail,* Hypercours, 2017, 11ème édition Dalloz, 2016, p. 377, 562 .

[381] Voir sur les liens entre la qualité du consentement du salarié et son assistance durant les entretiens, Fabre-Magnan, *Le forçage du consentement du salarié*, Le Droit Ouvrier, 2012, 459.

[382] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 6 février 2013, numéro de pourvoi 11-27.000, publié au bulletin, point 1: La Cour d'appel considérait que « *la seule mention sur la convention - au moyen d'une croix apposée dans la case correspondante - de la réponse négative à la question du recours à une assistance ne démontrait pas que le salarié avait été informé qu'il avait la possibilité de se faire assister* », ce qui pour elle permettait de déclarer nulle la convention de rupture. Tandis que pour la Cour de cassation, l'information de la possibilité de se faire assister « *découlait nécessairement de la mention même de la question expressément posée à ce sujet sur le document signé par les parties* ».

[383] Lardy-Pelissier B., *Rupture conventionnelle: un raisonnement classique, mais imparfait*, RDT, 2014, p. 622.

[384] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 29 janvier 2014, numéro de pourvoi 12-27.594, publié au bulletin (rejet) mais aussi de l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 19 novembre 2014, numéro de pourvoi 13-21.207 ; Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 5 ; Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 233; Auzero G., Note, RDT, 2014, 255; Auzero G., Baugard D., Dockès E., *Droit du travail*, 31ème édition Dalloz, 2017, p. 515.

dressée par l'autorité administrative. Faisant que le salarié a demandé à son supérieur hiérarchique de l'assister.

La Cour de cassation admet donc qu'un salarié peut se faire assister par son supérieur hiérarchique, nonobstant la détention par ce supérieur d'actions de l'entreprise, à la condition qu'il s'agit véritablement d'un choix libre, voulu par le salarié et qu'il n'a fait l'objet d'aucune manœuvre ou pression pour l'amener à signer la rupture conventionnelle[385].

En effet, cet arrêt de la Cour de cassation du 29 janvier 2014 confirme le refus opposé au salarié par la Cour d'appel de Grenoble. L'argument avancé que le supérieur était actionnaire de l'entreprise, ce qui pour lui présumait que ce supérieur avait « *pour but de préserver les intérêts de l'entreprise* » est refusé de manière catégorique par la Cour de cassation. Notamment quand elle édicte que « *le défaut d'information du salarié d'une entreprise (...) sur la possibilité de se faire assister, lors de l'entretien (...) par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative n'a pas pour effet d'entraîner la nullité de la convention de rupture en dehors des conditions de droit commun* ». Pour la Cour, le salarié a choisi son supérieur hiérarchique comme assistant, et qu'il détienne ou pas des actions de l'entreprise, cela « *n'affecte pas la validité de la rupture conventionnelle* ». Le pourvoi du salarié fut ainsi rejeté après que la Cour de cassation a posé que la Cour d'appel avait bien relevé que lors du choix opéré par le salarié de se faire assister par son supérieur, aucune manœuvre ni pression n'avait été exercée sur lui.

A la place d'une nullité dans ces cas, il y aura tout au plus seulement droit au versement de dommages et intérêts pour le salarié[386].

Dans le cas où le salarié s'est fait assister pendant le ou les entretiens préalables avec son employeur, alors le formulaire de demande d'homologation doit faire état du prénom et nom ainsi que de la qualité de la personne ayant assisté[387]. Par exemple, selon l'article L. 1237-12 du Code du travail, s'il s'agissait de quelqu'un des instances représentatives du personnel tel

---

[385] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 5.
[386] Peskine E., Wolmark C., *Droit du travail,* Hypercours, 2017, 11ème édition Dalloz, 2016, p. 377, 562.
[387] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 3.

venant du comité d'entreprise (CE), des délégués du personnel (DP), des délégués syndicaux (DS), ou dans le cas où il n'y a pas d'institution représentative du personnel dans l'entreprise, d'un conseiller du salarié qui apparaît sur une liste dressée par l'autorité administrative; ou même, qu'il y ait une instance représentative du personnel ou pas, d'un autre salarié de l'entreprise[388].

L'arrêt en date du 16 septembre 2015 de la Cour de cassation[389] a vu une situation particulière avec la salariée qui après avoir démissionné au 30 novembre 2010, a été convoquée par son employeur en date du 9 décembre 2010 à un entretien en vue de discuter d'une rupture conventionnelle homologuée de son contrat de travail. Entretien auquel la salariée ne s'est pas présentée, puis a saisi la juridiction prud'homale au 17 mars 2011. Dans cet arrêt, la Cour de cassation s'est posée la question de savoir si, ainsi que le posait la salariée, cette convocation à l'entretien équivalait à une renonciation de sa démission par son employeur et qu'au vu de l'absence de conclusion de rupture conventionnelle, son contrat de travail restait valable[390]. Argumentation rejetée par la Cour de cassation qui a trouvé le moyen infondé sur la base qu'il n'y avait pas eu effective renonciation à la rupture du contrat de travail qui résultait de la démission[391].

En Allemagne le choix de la personne qui assiste est libre et n'appartient pas forcément à l'entreprise. Cela peut donc être par exemple quelqu'un de l'entreprise, mais aussi un ou une amie hors de l'entreprise ou même le conjoint ou partenaire, du moment que l'employeur en est informé et accepte. Ceci peut être plus agréable pour le salarié qui pourra être accompagné par une personne plus neutre vis-à-vis de l'entreprise et n'aura pas à se faire de soucis quant à la situation de la personne assistant qui sera face à ses employeurs également.

---

[388] Article L. 1237-12 du Code du travail, créé par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, art. 5.
[389] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 16 septembre 2015, numéro de pourvoi 14-10.291, publié au bulletin (cassation partielle).
[390] Imbert A., *Rupture conventionnelle : les nouvelles précisions de la Cour de cassation*, Delsol Avocats, 19 novembre 2015, accès le 20 avril 2016, http://www.delsolavocats.fr/dsps/rupture-conventionnelle-les-nouvelles-precisions-de-la-cour-de-cassation/.
[391] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 16 septembre 2015, numéro de pourvoi 14-10.291, publié au bulletin (cassation partielle).

(d) Assistanat de l'employeur

L'employeur a lui aussi la possibilité de se faire assister, mais dans des conditions très précises posées à l'article L. 1237-12 du code du travail[392] et seulement dans le cas où son salarié use de sa prérogative. Cette condition de l'assistance de l'employeur qu'à condition que le salarié soit lui-même assisté a été réitérée dans l'arrêt de la Cour de cassation du 5 juin 2019. Toutefois, pour la Cour de cassation, le non-respect de cette disposition n'est pas une cause d'annulation en elle-même de la rupture conventionnelle[393]. En effet, dans le cas où l'employeur a été assisté, cela ne pourra engendrer la nullité de la rupture conventionnelle que s'il en a découlé une contrainte ou pression pour son salarié, lequel s'est présenté seul à l'entretien[394]. Il s'ensuit que la « solitude » du salarié qui se trouve face à son employeur, n'emporte pas par nature un déséquilibre pouvant entraîner la nullité de la rupture conventionnelle[395]. Une pression ou contrainte est nécessaire, celles-ci manifestant les manœuvres dolosives qui vicient le consentement[396].

L'employeur a aussi l'obligation d'informer son salarié dans le cas où il se fera aussi assister. En cas d'assistanat, l'employeur devra également inscrire dans le formulaire de demande d'homologation, le prénom, nom et la qualité de la personne.

L'employeur a le choix selon le même article L. 1237-12 du Code du travail, de prendre comme assistant un personnel de l'entreprise ou, si l'entreprise a moins de cinquante salariés, de se faire accompagner d'un autre employeur présent dans la même branche ou d'une personne qui appartient à son organisation syndicale d'employeurs.

---

[392] Néanmoins, la qualité de la capacité d'assistanat de l'employeur par son conseil interpelle, certains auteurs ayant pensé que le Code du travail prévoyait une liste restrictive, ainsi que posé dans le circulaire d'interprétation de la Direction générale du travail. Voir ici la Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008 et Brédon G., Flament L, *La rupture conventionnelle: une rupture amiable encadrée*, JCP S, 2008, 1431; Chassagnard-Pinet S., Verkindt P.-Y., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, JCP S, 2008, 1365; Tricoit J.-P., *Solitude du salarié et nullité de la rupture conventionnelle*, JCP S, 23 juillet 2019, n° 29, 1223, p. 38. Or la décision de la Cour de cassation, chambre sociale, 5 juin 2019, numéro de pourvoi 18-10.901 ne tranche pas cette question.

[393] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 5 juin 2019, numéro de pourvoi 18-10.901, voir les observations dans RJS, 8-9/2019, 482, pp. 620 et 621; Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 5.

[394] Tricoit J.-P., *Solitude du salarié et nullité de la rupture conventionnelle*, JCP S, 23 juillet 2019, n° 29, 1223, p. 37.

[395] La „solitude" ne constitue ni une contrainte, ni une pression. Tricoit J.-P., *Solitude du salarié et nullité de la rupture conventionnelle*, JCP S, 23 juillet 2019, n° 29, 1223, p. 38.

[396] Tricoit J.-P., *Solitude du salarié et nullité de la rupture conventionnelle*, JCP S, 23 juillet 2019, n° 29, 1223, p. 39.

Le Code du travail reste silencieux sur la forme et les délais à respecter concernant l'information réciproque des parties sur leur volonté de se faire assister ou pas. Comme nous avons vu que le salarié doit en informer son employeur, lequel pourra alors aussi bénéficier d'un accompagnateur et qu'il doit lui aussi informer le salarié en retour, il est dans ces conditions mieux pour toutes les parties que l'information soit transmise dans les deux cas par écrit, suffisamment à l'avance[397].

(e) Droits des personnes assistant

Dans le cadre de la mise en place de la rupture conventionnelle, il y a pour les personnes assistant les parties durant les entretiens préalables la possibilité, si elles le désirent, d'écrire dans le formulaire de demande d'homologation des commentaires ou de donner des informations qui permettront d'apprécier la liberté de consentement d'une ou des deux parties[398]. Le formulaire réserve en effet des cases à cet effet tout en laissant ouverte la possibilité d'adjoindre des feuillets si la place n'est pas suffisante, à condition que les prénoms, noms et signatures des auteurs soient dans les deux cas présents[399].

(f) Personnes interdites d'assister

Cependant, ni le salarié, ni l'employeur n'ont le droit de se faire assister par un avocat[400]. Le contrat de travail reste en cours durant les entretiens, ce jusqu'à la conclusion de l'accord[401].

---

[397] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 5.
[398] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 3.
[399] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008 relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 3.
[400] Pélissier J., Auzero G., Dockès E., *Précis de Droit du travail*, 25ème édition, Dalloz, 2011, p. 500 – 442.
[401] Duquesque F., *Droit du travail*, Master Pro, 4ème édition, lextenso édition, 2010, p. 339.

(g) Possibilité de se faire représenter

On ne trouve à priori pas de possibilité de se faire représenter en France, ce qui est en revanche possible en Allemagne. L'employeur et/ou son salarié ont effectivement la possibilité de se faire représenter (par un « Vertreter », représentant) durant les négociations et même pour la conclusion du contrat de résiliation[402]. Une procuration est alors nécessaire et si celle-ci n'est pas soumise à l'obligation de forme écrite du § 167 II BGB, il est conseillé de la rédiger par écrit. La volonté d'être représenté doit clairement ressortir dans le « Aufhebungsvertrag », sachant que ce sont surtout les employeurs qui en font usage, préférant se faire remplacer par le responsable du département des ressources humaines par exemple[403]. Si une autre personne a conclu le « Aufhebungsvertrag » avec le salarié, sans procuration préalable et si le salarié n'avait pas connaissance de l'absence de procuration jusqu'à la date de signature[404], alors le salarié peut se rétracter « widerrufen » du contrat de résiliation, tant que l'employeur n'a pas approuvé le contrat[405].

(h) Sens de la rupture conventionnelle

Les négociateurs de la rupture conventionnelle à travers l'ANI (Accord National Interprofessionnel), avaient dans l'idée que cette rupture serait un bon modèle d'accord amiable, de part notamment le fait que le salarié peut être à l'initiative de la rupture dans de bonnes conditions, cette rupture lui permettant de partir en toute sécurité, tout en bénéficiant d'un consentement éclairé et libre garanti grâce aux procédures introduites[406]. Néanmoins, cette version est passible de critiques. Ainsi peut-on se demander si en raison du lien de subordination, le consentement du salarié peut être véritablement libre. Suite à cela, cette rupture conventionnelle peut facilement devenir un moyen légal permettant à l'employeur de dissimuler des licenciements pour

---

[402] Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2445; Klumpp in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 623 Schriftform der Kündigung*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 44.
[403] Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2445.
[404] § 178 S. 1 Hs. 2 BGB.
[405] Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2445, 2446.
[406] CEE, Dalmasso R., Gomel B., Meda D., Serverin E., *Des ruptures conventionnelles vues par des salariés, Analyse d'un échantillon de cent une ruptures conventionnelles signées fin 2010*, Rapport de recherche du CEE n° 95, octobre 2012, p. 13.

motif économique et de lui permettre plus facilement de par sa position de force, de pousser discrètement vers la porte au plus vite et sans incertitude les éléments dont il souhaite se débarrasser.

c) Conséquence de la différence de catégorie socio-professionnelle des salariés

« Le droit du travail est une institution de base du capitalisme. N'oublions pas qu'il organise la subordination de la majeure partie de la population active ! » (…); « Subordination contre protection, voici une équation indispensable au fonctionnement du capitalisme moderne (…) »[407].

Pascal Lokiec

Un exemple de cette tendance du lien de subordination pouvant être plus négatif pour certaines catégories de salariés se retrouve dans les propos de la DARES : « le lien de subordination entre salarié et employeur peut favoriser *de facto* l'employeur, surtout lorsque le salarié est un ouvrier ou un salarié, ou est dans une position fragile au sein de l'entreprise. Il s'agit donc d'une explication en termes de « pouvoir de négociation », c'est-à-dire de capacité à faire valoir ses intérêts »[408].

Concernant ce lien de subordination, il a fait l'objet d'une définition par la Cour de cassation dans son arrêt du 16 novembre 1996[409]: la subordination est « l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ». Eu égard à cette définition,

---

[407] Lokiec P., *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, février, 2015, p. 20.
[408] DARES analyses, *Quels salariés parviennent à négocier leur indemnité de rupture conventionnelle ?,* édité par le Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, n° 006, janvier 2018, p. 8.
[409] Arrêt de la cour de cassation, chambre sociale, 16 novembre 1996.

pour l'auteur et professeur de droit Pascal Lokiec, « le concept clé, pour comprendre la subordination, est celui de pouvoir. » et il souligne l'originalité de cette situation où une personne privée « possède, en droit, le pouvoir d'imposer sa volonté à une autre personne ! » [410].

Pour revenir à l'étude de la DARES, celle-ci se base également sur un rapport de recherche du CEE[411], lequel a trouvé que si le lien de subordination est ainsi plus marqué pour les ouvriers ou employés, cela ressort également du fait que les cadres notamment ont un meilleur accès aux informations. Ce meilleur accès à l'information ressortant de la connaissance du droit du travail des cadres.

Ainsi, l'analyse de la DARES a trouvé des différences selon la catégorie socio-professionnelle et les autres modes de rupture de contrats de travail. Ainsi, les ruptures initiées par un salarié sont dans cette analyse rapprochées de la démission, tandis que les ruptures conventionnelles initiées par un employeur, sont rapprochées à un licenciement[412].

Le rapport de recherche du CEE de 2015[413] a trouvé que la « rupture conventionnelle-démission » est plus fréquente chez les ouvriers et employés et que la « rupture conventionnelle-licenciement » sont plus fréquentes chez les cadres et techniciens. Il est ici clair qu'un ouvrier ou employé ayant accepté une rupture conventionnelle pour éviter une démission, est dans une position difficile pour négocier une indemnité. Cependant, l'atout reste que la rupture conventionnelle leur donne droit à une indemnité chômage qui n'aurait pas été versée dans le cadre d'une démission. A l'opposé, les cadres et techniciens, parties à une rupture conventionnelle vont opérer une « véritable » négociation[414], étant donné que la rupture est voulue par

---

[410] Lokiec P., *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, février, 2015, p. 28.
[411] CEE, Dalmasso R., Gomel B., Meda D., Serverin E., *Des ruptures conventionnelles vues par des salariés, Analyse d'un échantillon de cent une ruptures conventionnelles signées fin 2010*, Rapport de recherche du CEE n° 95, octobre 2012.
[412] L'analyse de la Dares se base ici sur les informations fournies par les salariés: « *Lorsque les salariés ont envisagé avec leur employeur un autre type de rupture de contrat (…), les cadres sont 34,9 % à citer le licenciement individuel contre 26,9% des employés et 27,9 % des ouvriers. En revanche, la démission a été plus souvent citée chez les employés (61,4 %) et les ouvriers (59,0 %) que chez les cadres (49,0 %).* » ; DARES analyses, *Quels salariés parviennent à négocier leur indemnité de rupture conventionnelle ?,* édité par le Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, n° 006, janvier 2018, p. 9.
[413] CEE, Dalmasso R., Gomel B., Serverin E., *Le consentement du salarié à la rupture conventionnelle, entre initiative, adhésion et résignation*, Rapport de recherche du CEE n° 95, décembre 2015.
[414] DARES analyses, *Quels salariés parviennent à négocier leur indemnité de rupture conventionnelle ?,* édité par le Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, n° 006, janvier 2018, p. 9.

l'employeur et que l'indemnité versée prend ainsi en compte un éventuel risque de contentieux et le coût en découlant.

Les résultats de la Dares de 2018, avec 437700 ruptures conventionnelles individuelles homologuées, soit 3,9 % de plus qu'en 2017, montre la tendance allant toujours à la hausse de l'usage de ce mode de rupture[415]. Par ailleurs, les résultats de la Dares pour 2018 montrent que les cadres parviennent encore à obtenir les meilleures indemnités de rupture : « 0,31 mois de salaire par année d'ancienneté, contre 0,25 pour les ouvriers et les employés (soit l'indemnité légale) »[416].

d) Importance de prendre en compte le niveau de l'entreprise pour le partage de l'information et la présence d'institutions représentatives du personnel

La circulaire DGT n° 02 du 23 mars 2010 traite également du partage de l'information, comme élément primordial dans le cadre de l'homologation. En effet, certaines entreprises ayant des établissements ou filiales installées dans divers départements, il est absolument nécessaire d'évaluer la légalité due à des ruptures conventionnelles au niveau de l'ensemble de l'entreprise ou du groupe en s'assurant qu'un échange d'information ait eu lieu entre l'Unité Territoriale du siège du groupe ou de l'entreprise et les autres Unités Territoriales concernées[417]. Ceci est fondamentalement essentiel pour juger d'un contournement d'une procédure de licenciement collectif et doit donc être pris au sérieux par l'autorité administrative en charge de l'homologation.

Regardant la possibilité donnée en France au salarié de choisir comme assistant à l'entretien préalable à une rupture conventionnelle une personne faisant partie des institutions représentatives du personnel (IRP), notons l'importance de l'ancien arrêt de la Cour de cassation du 26

---

[415] DARES résultats, *Les ruptures conventionnelles individuelles en 2018, la hausse des homologations se poursuit*, n°008, février 2019, https://dares.travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/2019-008.pdf , p. 1.
[416] DARES résultats, *Les ruptures conventionnelles individuelles en 2018, la hausse des homologations se poursuit*, n°008, février 2019, https://dares.travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/2019-008.pdf , p. 1.
[417] Instruction DGT n° 2010-02 du 23 mars 2010, relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée, p. 3 ; Lokiec P., *Droit du travail*, Tome I, *Les relations individuelles de travail*, Thémis droit, Puf, 2011, p. 312.

novembre 1996[418], lequel relevait déjà l'importance en cas ici de licenciement d'apprécier la présence d'IRP au niveau de l'entreprise et non pas au niveau de l'établissement. Dans cet arrêt, le salarié n'avait pas pu se faire assister durant son entretien préalable au licenciement, l'établissement n'ayant pas de IRP et son employeur ne l'ayant pas informé de son droit à choisir une personne inscrite sur la liste déposée à la préfecture. Cependant la Cour de cassation a cassé et annulé ici le jugement du Conseil de prud'hommes en faveur du salarié pour soutenir l'employeur qui avançait que l'absence de représentant du personnel dans l'établissement ne signifiait pas une absence au niveau de l'entreprise également et que le Conseil de prud'hommes aurait dû en tenir compte.

Un arrêt plus récent de la Cour de cassation du 21 septembre 2005[419] pose lui qu'il faut, toujours concernant la présence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, apprécier cela au niveau de l'unité économique et sociale, à défaut du niveau de l'entreprise et non pas seulement au niveau de l'établissement. Dans cet arrêt mettant en cause un licenciement pour motif économique, le licenciement fut tout d'abord transformé par un premier arrêt en licenciement sans cause réelle et sérieuse pour non-respect des dispositions sur l'assistance du salarié par un conseillé extérieur à l'entreprise. Seulement la Cour de cassation cassa cet arrêt en sa chambre sociale en date du 19 février 2002 et l'arrêt de 2005, renvoi après cassation rejeta le pourvoi du salarié en évoquant la constatation par la Cour d'appel de Chambéry en 2013 qu'il y avait bien une présence d'un IRP « *au sein de l'unité économique et sociale dont relève l'employeur et en a exactement déduit qu'il n'y avait pas lieu de mentionner* (pour l'employeur) *dans la lettre de convocation du salarié à l'entretien préalable la faculté pour celui-ci de se faire assister d'un conseiller extérieur à l'entreprise* ».

Ces deux arrêts de 1996 et 2005, même s'ils valent pour des cas de licenciements, les déclarations de la Cour de cassation sur la nécessité de prendre en compte une présence de IRP au niveau de l'entreprise vaut ainsi tout autant pour les salariés qui font l'objet d'une possibilité d'assistanat pour l'entretien préalable à une rupture conventionnelle[420].

---

[418] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 26 novembre 1996, numéro de pourvoi 95-42.457, publié au bulletin (cassation).
[419] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 21 septembre 2005, numéro de pourvoi 03-44.810, publié au bulletin (rejet).
[420] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 5.

Notons que ces deux arrêts tendent plus à servir les intérêts des employeurs, le salarié embauché dans un établissement, devant de lui-même rechercher la présence d'institutions représentatives du personnel dans son établissement et si cela n'est pas le cas, rechercher s'il y en au niveau de l'entreprise. Sans quoi, dans le cas où son employeur ne l'informe pas de son droit à se faire assister par un conseiller extérieur, c'est à dire une personne inscrite sur une liste à la préfecture dans son département, il peut finir sans assistant et se faire refuser son recours devant les Cours.

La liberté de choisir la personne qui assiste en Allemagne peut ici être considéré comme avantageux par rapport au droit français.

En effet, rappelons dans ce cadre que le droit français n'impose jusqu'à présent ni dans ses textes, ni dans ses jugements d'obligation pour l'employeur d'informer son salarié sur la possibilité de se faire assister, ce qui fait que cette obligation n'a pas de valeur substantielle et ne peut donc par son absence vicier le consentement du salarié[421]. Ceci est confirmé par l'arrêt de la Cour de cassation du 29 janvier 2014[422] (que nous avons évoqué plus haut et qui considérait comme valide la décision de se faire assister de son supérieur hiérarchique), dans lequel la Cour pose en ce sens, qu'une rupture conventionnelle ne sera pas entachée de nullité pour faute d'avoir informé le salarié de la possibilité de prendre un conseiller extérieur, tant que le consentement du salarié n'a pas été vicié.

Nous allons à présent voir que la mise en œuvre de la rupture conventionnelle est doublement conditionnée en France comme nous allons le voir, de part un délai de rétractation légal et la nécessité d'une homologation.

[421] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 5.
[422] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 29 janvier 2014, numéro de pourvoi 12-27.594, publié au bulletin (rejet).

e) Les procédures d'homologation et d'autorisation

Il est important de souligner que cette homologation est absolument nécessaire en France, sans quoi la convention de rupture ne pourra produire les effets de la rupture conventionnelle[423].

La convention pourra donc être soumise à l'homologation passé un délai légal de rétractation de quinze jours calendaires commençant à partir de la date de signature de la convention de rupture signée par les deux parties[424]. L'article L. 1237-13 du Code du travail prévoit ce délai et ajoute que « *ce droit est exercé sous la forme d'une lettre adressée par tout moyen attestant de sa date de réception par l'autre partie* ». Un non-respect va vicier automatiquement de manière substantielle la procédure et sera à lui seul une raison de refus de la rupture[425]. L'employeur ne pourra pas remédier à la situation mais seulement présenter une nouvelle demande d'homologation ou d'autorisation après avoir cette fois bien respecté ce délai de réflexion, lequel courra à partir de la notification de la décision de refus[426] par l'autorité administrative ou l'inspecteur du travail. La Cour de cassation a, dans son arrêt du 13 juin 2018, confirmé qu'il résulte de l'application combinée des articles L. 1237-13 et L. 1237-14 du Code du travail, qu'une partie à la convention de rupture n'est pas en droit de demander l'homologation de la convention avant ce délai de rétractation de quinze jours[427].

A l'issue du délai de rétractation, l'article L. 1237-14 du code du travail exige que pour que la convention soit valide, la « *partie la plus diligente* » demande une homologation à l'autorité administrative en la personne du directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE)[428], accompagnée d'un exemplaire de la

---

[423] Pélissier J., Auzero G., Dockès E., *Précis de Droit du travail*, 25ème édition, Dalloz, 2011, p. 500 – 445.
[424] Pélissier J., Auzero G., Dockès E., *Précis de Droit du travail*, 25ème édition, Dalloz, 2011, p. 500 – 444.
[425] Circulaire DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, Fiche 14: Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 58.
[426] Circulaire DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, Fiche 14: Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 58.
[427] Recueil Dalloz, *Rupture conventionnelle (rétractation): nouveau délai après un refus d'homologation*, 28 juin 2018, n° 24 sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 13 juin 2018, numéro de pourvoi 16-24.830.
[428] Lokiec P., *V. Rupture*, Recueil Dalloz, 19 avril 2018, n° 15, 824 ; Tricoit J.-P., *Rupture conventionnelle: conditions et conséquences de la remise au salarié d'un exemplaire de la convention*, JCP S, 24 septembre 2019, n° 38, 1268, p. 31.

convention de rupture[429]. La demande se doit d'être faite par le biais d'un « formulaire réglementaire » Cerfa que nous décrirons plus loin[430].

Si un salarié protégé est concerné, le demande devra toujours être faite par la « *partie la plus diligente* », le salarié ou l'employeur, mais cette fois auprès de l'inspecteur du travail et avec le formulaire réglementaire spécifique aux salariés protégés de rupture conventionnelle contenant ici aussi la convention de rupture signée des deux parties[431].

(a) Forme d'acceptation de l'homologation

L'autorité peut accepter durant le délai d'instruction selon l'article L. 1237-14 alinéa 2 du code du travail le dossier explicitement ou de par son silence[432], tout comme elle peut le rejeter en motivant son refus[433] après avoir vérifié certaines informations conséquentes aux parties, telles la rémunération, l'ancienneté, la tenue d'un entretien minimum etc.

Le plus souvent les décisions d'homologations sont implicites, c'est à dire que la DIRECCTE n'a pas opéré de notification à l'encontre des parties durant le délai légal[434]. L'homologation est alors réputée acquise par les parties et la DIRECCTE se voit être dessaisie et ne pourra plus retirer l'homologation ou prendre un acte d'instruction, peu important s'il y a un motif d'opportunité ou d'illégalité[435].
La DIRECCTE devra cependant toujours remplir le formulaire Cerfa et le garder dans l'hypothèse où un juge prud'homal le requiert[436].

---

[429] Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 229.
[430] Arrêté du 8 février 2012 fixant les modèles de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle de contrat de travail à durée indéterminée (JO du 17).
[431] Circulaire DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, Fiche 14: Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 58.
[432] Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 229.
[433] Coeuret A., Gauriau B., Miné M., *Droit du travail,* Université, Sirey, 3ème édition, 2013, p. 445.
[434] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 8.
[435] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 8.
[436] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 8.

Remarquons brièvement que concernant le délai d'instruction, la circulaire DGT du 30 juillet 2012 édictait une différence de la demande d'autorisation par rapport à la demande d'homologation comme résidant dans le fait que l'expiration du délai de quinze jours ne valait pas acceptation implicite de la rupture conventionnelle par l'inspecteur du travail[437]. Ceci venant du fait que l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000[438] posait effectivement que le défaut de décision expresse prise avant l'expiration du délai de droit commun de deux mois valait rejet implicite de la demande. Cependant, cela n'est plus le cas depuis la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013[439] et l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015[440] relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration en son article 6 a abrogé cet article 21.

Ces vérifications en droit français sont là pour contrôler que le consentement des parties a bien été libre et qu'aucune fraude ou abus n'a été commis[441]. Une distinction doit être faite par l'autorité administrative entre les informations obligatoires afin que la demande soit instruite (sinon il y aura irrecevabilité de la demande) par exemple si l'identité des parties apparaît bien, et les informations qui sont substantielles à la prononciation de l'homologation, par exemple de savoir si le consentement libre et éclairé des parties a été respecté[442].

L'article L. 1221-18 du code du travail impose encore une formalité déclarative dans le cas où la convention homologuée concerne un travailleur âgé de cinquante-cinq ans au moins.

On retrouvera un contrôle du consentement libre des parties, de la fraude et de l'abus en droit allemand, cependant uniquement à postériori après que les parties aient signé le contrat de résiliation et avec une charge de la preuve pesant en Allemagne sur le salarié.

---

[437] Circulaire DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, Fiche 14: Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 58.
[438] Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, NOR FPPX9800029L, version consolidée au 1er mai 2016.
[439] Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013, relative à l'habilitation du Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens, art. 1.
[440] Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015, relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration, art. 6.
[441] Bossu B., Dumont F., Verkindt P.-Y., *Droit du travail*, lextenso éditions, 2011, p. 292.
[442] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 5.

(b) Forme du refus de l'homologation

Concernant le refus, lequel doit être motivé par la DIRECCTE en indiquant une ou plusieurs raisons de droit ou de fait, il mène à la continuation du contrat de travail entre les parties dans les conditions habituelles[443]. Tout refus est notifié par courrier en recommandé[444]. Ce refus est passible de recours.

(c) DIRECCTE et DDTEFP

Commençons par noter que la DIRECCTE ou DDTEFP homologuera la convention de rupture de salariés non protégés, les salariés protégés bénéficiant eux non pas d'une homologation mais d'une procédure d'autorisation par l'inspection du travail.

Les DIRECCTE, que nous venons de citer comme étant les directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi, appelées DIECCTE en Outre-Mer pour la Martinique, Guadeloupe, Guyane, La Réunion et Mayotte (où la qualification superflue dans ce cas de « régionale » a été retirée) et DCSTEP à Saint-Pierre-et-Miquelon (Direction de la cohésion sociale, du Travail, de l'emploi et de la population[445]), ont vu leur apparition en 2010 suite aux travaux relevant de la RGPP (Révision générale des politiques publiques) et ont été créées de par le décret n° 2009-1377 du 10 novembre 2009. Cette révision visait une réorganisation des services territoriaux de l'État de part une amélioration des services pour les entreprises et les citoyens, une modernisation de l'organisation et la simplification des processus ainsi que d'une meilleure maîtrise des dépenses publiques[446]. Les DIRECCTE sont sous tutelle du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social. Leur but est de servir d'interlocuteur unique pour les entreprises, notamment en

---

[443] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 8.

[444]Centre d'analyses stratégiques (Premier ministre), les archives, note de veille n° 198, *la rupture conventionnelle du contrat de travail*, 27 octobre 2010, accès le 20 juin 2016, p. 7. http://archives.strategie.gouv.fr/cas/content/note-d'analyse-198-la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail.html.

[445] Saint-Pierre-et-Miquelon.gouv.fr, accès le 18 avril 2016, http://www.saint-pierre-et-miquelon.gouv.fr/Services-de-l-Etat/Les-services-de-l-Etat/La-Direction-de-la-Cohesion-Sociale-du-Travail-de-l-Emploi-et-de-la-Population-DCSTEP/Pole-travail-et-emploi.

[446] Directions générales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi, Portail des Direccte et des Dieccte, accès le 17 avril 2016, Direccte.gouv.fr.

regroupant de nombreux services administratifs, tel le tourisme, ou le commerce extérieur, le commerce et artisanat, l'industrie, le travail et l'emploi, l'intelligence économique ou encore la concurrence et la consommation[447]. Chaque région de la métropole française et chaque département d'outre-mer a son propre portail DIRECCTE sur internet.

Le décret n° 2009-1377 à l'origine des DIRECCTE et DIECCTE qui sont des « *services déconcentrés communs au ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et au ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville* »[448], a regroupé huit services qui existaient déjà, notamment le DRTEFP (Directions régionales du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle), DDTEFP (Directions départementales du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle), DRIRE (Direction régionale de l'industrie, de la recherche et de l'environnement), DGCCRF (Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes), DRCE (Direction régionale du commerce extérieur), DRCA (Délégation régionale au commerce et à l'artisanat), DRT (Direction régionale du tourisme) et CRIE (Chargés de mission régionaux à l'intelligence économique), lesquels dépendaient alors du ministère travail-emploi et du ministère économie-industrie.

Les DIRECCTE actuelles sont construites régionalement avec des pôles Économie, Entreprises et Emploi, mais aussi Politiques du Travail et Concurrence, Consommation, Répression des fraudes et Métrologie (la métrologie est la science de la mesure)[449]. Elles contiennent également des politiques départementales présentes pour être près des usagers grâce à des unités territoriales, leur but ultime étant d'harmoniser les politiques publiques[450]. La liste complète des compétences pesant sur les DIRECCTE est posée dans l'article 2 du décret n° 2009-1377.

[447] Directions générales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi, Portail des Direccte et des Dieccte, accès le 17 avril 2016, Direccte.gouv.fr.
[448] Décret n° 2009-1377 du 10 novembre 2009, art. 1.
[449] Décret n° 2009-1377 du 10 novembre 2009, art. 3.
[450] Directions générales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi, Portail des Direccte et des Dieccte, accès le 17 avril 2016, Direccte.gouv.fr.

Ce qui nous intéresse particulièrement concernant les DIRECCTE sont les compétences de contrôle[451] attribuées afin de faire appliquer les règles du droit du travail, de part des services d'inspection du travail[452].

Dans ce travail, nous continuerons à utiliser de manière restreinte le terme « DDTEFP » quand nous citons les différents décrets et arrêtés entre autres, car avant d'être compris dans les DIRECCTE, c'est le DDTEFP qui était l'autorité administrative compétente pour homologuer après que le délai de rétractation légal ait expiré.

La demande d'homologation (ne concernant pas de salariés protégés) sera donc adressée à l'autorité administrative (depuis 2010 DIRECCTE) par la « *partie la plus diligente* », celle-ci pouvant donc être soit l'employeur, soit le salarié, sachant qu'il est officiellement conseillé d'envoyer la demande d'homologation par lettre recommandée avec avis de réception, ce qui permettra facilement et efficacement de prouver la date de réception par l'administration[453]. Le délai d'instruction qui est la période donnée à l'administration pour homologuer, ne commence qu'à partir de la réception de la demande[454]. La possibilité d'apporter la demande en main propre aux locaux de l'administration est également possible. Attention, un dossier incomplet fera l'objet d'une « *notification d'irrecevabilité d'une demande d'homologation de rupture conventionnelle* »[455] et les parties ne pourront donc pas bénéficier d'une homologation implicite comme le délai d'instruction n'aura pas débuté[456].

La DIRECCTE est, dans les deux cas de réception de la demande, qu'il s'agisse de la voie postale ou par remise directe, obligée d'apposer un timbre avec la date du jour d'arrivée de

---

[451] Contrôle surtout formel, comme nous le verrons. Sur ce sujet voir également Minni C., DARES Analyses, *Les ruptures conventionnelles de 2008 à 2012*, mai 2013, n° 031 ; Boulmier D., *Rupture conventionnelle : regard critique sur les procédures de rétractation et d'homologation*, JCP S, 2010, 1036.
[452] Travail-emploi.gouv.fr, accès le 18 avril 2016 http://travail-emploi.gouv.fr/ministere/organisation/services-deconcentres/article/direccte-directions-regionales-des-entreprises-de-la-concurrence-de-la.
[453] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 4.
[454] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 5 ; Contrôle surtout formel de la Direccte: voir Boulmier D., *Rupture conventionnelle : regard critique sur les procédures de rétractation et d'homologation*, JCP S, 2010, 1036 ; Montvalon L. de., « Rupture conventionnelle et réticence dolosive, Quelle protection du consentement face à l'asymétrie d'information ? », JCP S, 4 février 2020, n° 5, 1028, p. 30.
[455] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 4, 5, 11.
[456] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 7.

l'homologation[457]. Un accusé de réception sera également adressé aux parties qui comprend la date d'arrivée de la demande, la date où le délai d'instruction expirera ainsi que l'information qu'à « défaut de (…) avant cette dernière date », l'homologation sera acquise[458].

Remarquons que la Note de veille du centre d'analyse stratégique (CAS) n° 198 d'octobre 2010 pose que la grande majorité des demandes d'homologation étant envoyées par courrier recommandé, certaines unités territoriales ont pris la décision de simplifier la procédure d'homologation[459] en n'accusant pas réception des demandes[460].

La DIRECCTE compétente est celle située dans le territoire de l'employeur, c'est à dire là où le salarié est employé[461]. L'autorité administrative recevra les demandes de toutes les entreprises qui sont parties à une convention de rupture, peu importe le secteur d'activité en cause, avec l'exception des professions juridiques et judiciaires[462]. Si la partie diligente chargée de transmettre la demande d'homologation se trompe territorialement de DIRECCTE, alors la DIRECCTE qui a reçu la demande, la transmettra à l'autorité administrative compétente et le délai d'instruction ne courra pas encore[463].

La pratique a aussi vu l'apport par les deux parties à la convention de rupture d'une demande d'homologation. Dans ce cas, le délai d'instruction qui est de quinze jours ouvrables, débutera avec l'arrivée de la première demande[464].

---

[457] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 4.
[458] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 4.
[459] Procédure d'homologation prescrite par la circulaire du 21 juillet 2008.
[460] Centre d'analyses stratégiques (Premier ministre), les archives, note de veille n° 198, *la rupture conventionnelle du contrat de travail*, 27 octobre 2010, accès le 20 juin 2016, p. 7, http://archives.strategie.gouv.fr/cas/content/note-d'analyse-198-la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail.html.
[461] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 4.
[462] Loi 2008-596 du 25 juin 2008 en son art 5, point VII qui modifie la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 en son art. 7, dernier alinéa.
Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008 relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p 4.
[463] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 4.
[464] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 4.

(d) La convention de rupture à travers un formulaire Cerfa

La convention de rupture se trouve dans la troisième partie du formulaire d'homologation Cerfa n° 14598*01 et pour les salariés protégés dans la quatrième partie du formulaire d'autorisation Cerfa n° 14599*01.

Le formulaire pour les salariés non-protégés faisant application de l'article L. 1237-14 du Code du travail, demande dans sa première partie les « *informations relatives aux parties à la convention de rupture* » comprenant l'identité des deux parties, l'emploi et la qualification du salarié, la convention collective applicable, l'ancienneté du salarié à la date envisagée de rupture. Mais aussi la rémunération mensuelle brute des douze derniers mois ainsi que les primes annuelles ou exceptionnelles versées dans les trois derniers mois. La moyenne devant être ensuite faite pour les revenus des douze ou trois derniers mois, pour alors inscrire celle qui est la plus favorable.
La seconde partie comprend le « *déroulement des échanges pour convenir de la rupture conventionnelle* », avec la date du ou des entretiens et si les parties ont été assistées et par qui.
La troisième partie est la convention de rupture. Le montant brut de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle doit être indiqué, tout comme la date de rupture du contrat de travail envisagée et les signatures des parties[465] précédées de la mention « lu et approuvé »[466]. La date de fin du délai de rétractation doit aussi être écrite.

Le formulaire pour les salariés protégés faisant application de l'article L. 1237-15 du Code du travail, diffère, en ce que sa troisième partie demande la date de consultation du comité d'entreprise si la consultation était requise et le sens que cet avis a pris. Il y est rappelé que « *la demande d'autorisation, accompagnée du présent formulaire, doit être formée auprès de*

[465] La signature est très importante, notamment au vu de l'article L. 1237-13 du Code du travail, lequel pose que « *à compter de la date de sa signature par les deux parties, chacune d'entre elles dispose d'un délai de quinze jours calendaires pour exercer son droit de rétractation* ». Signature par les deux parties pour les trois exemplaires. Tricoit J.-P., *Rupture conventionnelle: conditions et conséquences de la remise au salarié d'un exemplaire de la convention*, JCP S, 24 septembre 2019, n° 38, 1268, p. 31; Mouly J., *Résiliation conventionnelle et point de départ du délai de renonciation à une clause de non-concurrence*, Dr. Soc., avril 2014, n° 4, p. 383.
[466] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, sachant que cette mention manuscrite « lu et approuvé » est sujette à caution, notamment au vu des arrêts suivants: arrêt de la Cour de cassation, 1ère chambre civile, 30 octobre 2008, numéro de pourvoi 07-20.001 et arrêt de la Cour d'appel de Reims, chambre sociale, 9 mai 2012, numéro de pourvoi 10-01.501. Tricoit J.-P., *Rupture conventionnelle: conditions et conséquences de la remise au salarié d'un exemplaire de la convention*, JCP S, 24 septembre 2019, n° 38, 1268, p. 31.

l'inspecteur du travail selon les règles habituelles » posées aux articles R. 2421-1 et suivants du code du travail.

Ce formulaire Cerfa est « auto-suffisant », ce qui signifie, qu'aucun autre document ne doit être exigé[467].

Par ailleurs, bien que la partie du formulaire « convention de rupture » contienne une case dans laquelle les parties et les assistants peuvent écrire leurs remarques éventuelles sur les échanges tout comme y faire des commentaires[468], la possibilité reste ouverte pour les parties de compléter ce formulaire par des « *feuillets annexes présentant soit une convention de rupture ad hoc, soit explicitant les points d'accord de volonté des parties dans le cadre de la rupture* »[469]. Tous ces éléments aideront l'autorité administrative à déterminer si la liberté de consentement a bien été respectée mais ils ne seront pris en compte que si leurs auteurs les ont datés et signés[470]. A dater et signer sont donc le formulaire Cerfa, les commentaires dans le formulaire et chaque annexe.

Quelques exemples d'avenants pouvant être ajoutés au formulaire : les informations que l'employeur a transmises à son salarié concernant le régime social et fiscal de l'indemnité spécifique de rupture, le sort de la clause de non-concurrence ou encore le sort des avantages en nature (logement et véhicule de fonction, matériel informatique etc.)[471].

Pour ce qui est de la clause de non-concurrence qui figure dans le contrat de travail, le sort de celle-ci doit être indiqué par les parties à l'issue de la rupture du contrat de travail et cette clause est généralement levée à la date fixée par la convention[472]. Dans un arrêt de la Cour de cassation

---

[467] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015, puis le 11 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee#Quelles-sont-les-indemnites-dues-au-salarie.

[468] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 6.

[469] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015, puis le 11 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee#Quelles-sont-les-indemnites-dues-au-salarie.

[470] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 6.

[471] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 6.

[472] Voir Mouly J., *Résiliation conventionnelle et point de départ du délai de renonciation à une clause de non-concurrence*, Dr. Soc., avril 2014, n° 4, pp. 384 et 385 et Stibon C., *La rupture conventionnelle du droit*

du 9 juin 2015, la rupture conventionnelle avait été annulée pour vice du consentement suite à un différend sur la clause de non-concurrence[473]. En l'espèce, l'employeur avait décider de renoncer, après homologation de la rupture, à l'application de la clause de non-concurrence, ce qui faisait perdre la contrepartie mensuelle prévue au salarié. Au vu des tentatives nombreuses de contournement des clauses de non-concurrence, les employeurs cherchant notamment à échapper à la contrepartie pécuniaire, la Cour de cassation a régulièrement dû en préciser le régime dans le cadre de la rupture conventionnelle[474]. Notamment, si une contrepartie est prévue par une convention collective en cas de licenciement, cette contrepartie financière est alors aussi applicable à la rupture conventionnelle[475].

(e) Rupture conventionnelle et propriété intellectuelle

En France, nous venons de voir que les parties sont autorisées à annexer une convention sous seing privé au formulaire Cerfa pour régler des dispositions non prévues par le formulaire administratif. C'est également le cas concernant des droits spécifiques de propriété intellectuelle concernant des inventions ou créations par des salariés dans le cadre du contrat de travail[476].

---

du travail, L&S Avocats, janvier 2015, p. 4 sur 11 du pdf, http://www.ls-avocats.com/articleenligne/71-la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail.

[473] Les circonstances du dol étaient ici réunies, c'est à dire que le salarié a contracté suite à des manœuvres visant à le tromper. Voir l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 9 juin 2015, numéro de pourvoi 14-10.192; Wolters Kluwer, *Rupture conventionnelle: un différend sur la clause de non-concurrence peut conduire à l'annulation*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16856, 18 juin 2015.

[474] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 18 janvier 2018, numéro de pourvoi 15-24.002, JurisData n° 2018-000289; et voir Corrignan-Carsin D., *Validité d'une clause de non-concurrence dans une situation de rupture conventionnelle*, JCP G, 5 février 2018, n° 6, 141, p. 237.

[475] « *Le montant de la contrepartie financière à une clause de non-concurrence ne pouvant être minoré en fonction des circonstances de la rupture, il en résulte que la contrepartie prévue par la convention collective en cas de licenciement était applicable en l'espèce* » : Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 18 janvier 2018, numéro de pourvoi 15-24.002.

[476] Stibon C., *La rupture conventionnelle du droit du travail*, L&S Avocats, janvier 2015, p. 3 sur 11 du pdf, http://www.ls-avocats.com/articleenligne/71-la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail; L'article L. 611-6 du CPI prévoit que le droit au titre de propriété industrielle appartient à l'inventeur, sauf si l'inventeur est salarié, dans lequel cas l'article L. 611-7 du CPI s'applique. Dans le cas où l'inventeur est salarié, les droits appartiendront à l'employeur si l'invention a été créée durant une mission : voir Le Cam S., Note sous arrêt, Cour de cassation, chambre commerciale, 31 janvier 2018, *M. Y c. Sociétés Télécom Design et Info Networks Systems*, numéro de pourvoi 16-13.262 (publié), Le Droit Ouvrier, juillet 2018, n° 840, p. 470.

On retrouve ceci en Allemagne, où un « Aufhebungsvertrag » peut comprendre une clause concernant les propriétés intellectuelles des parties, notamment quels documents doivent être remis à quelle partie du contrat de travail[477].

(f) Signature du formulaire Cerfa

Sur le formulaire Cerfa pour les salariés protégés et quand l'avis du comité d'entreprise est requis, la convention de rupture ne pourra être valablement signée qu'après avis donné avec apposition de la signature du comité d'entreprise[478]. Par ailleurs, le procès-verbal de la réunion doit être annexé à la demande d'autorisation[479].

Nous avons vu en décrivant les deux formulaires Cerfa qu'il y est demandé que les signatures des parties soient précédées de la mention « lu et approuvé ». Cependant la Cour d'appel de Reims a posé au 9 mai 2012[480] que les dispositions mêmes de la rupture conventionnelle n'exigent pas l'apposition par les parties de cette mention. Ceci pour la raison qu'il s'agit d'un acte sous seing privé où seules les signatures sont obligatoires.

Est également accepté en tant que demande d'homologation d'une rupture conventionnelle un formulaire accompagné de la convention de rupture comprenant les signatures et l'identité des parties[481]. Cependant, cela peut être en pratique réfuté par les cours, comme la Cour d'appel de Aix qui a jugé au 28 juin 2011[482] que la non-utilisation du formulaire de demande

---

[477] Par exemple: Vertragsexemplar eines Aufhebungsvertrages für den Ausbildungsbetrieb, siehe Handwerkskammer, Kreishandwerkerschaft Bonn Rhein-Sieg, S. 3, https://www.khs-handwerk.de/assets/aufhebungsvertragsformular.pdf.
[478] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 6.
[479] Circulaire DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, Fiche 14: Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 58.
[480] Arrêt de la Cour d'appel de Reims, 9 mai 2012, numéro de pourvoi 10/01501 ; Voir aussi Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 6.
[481] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015, puis le 11 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee#Quelles-sont-les-indemnites-dues-au-salarie.
[482] Arrêt de la Cour d'appel de Aix, 17ème chambre, 28 juin 2011, numéro de pourvoi 2011/10365.

d'homologation Cerfa pour conclure une rupture conventionnelle mène à un refus d'homologuer par l'administration[483].

En pratique, le formulaire qui doit être intégralement renseigné est rempli par l'employeur avec l'accord du salarié[484].

Le site du ministère du travail TéléRC permet une saisie de la demande d'homologation en ligne[485], ceci ne valant cependant que pour les salariés non protégés. Il doit être alors rempli en ligne puis imprimé pour que les parties puissent apposer leur signature à la main[486]. C'est l'imprimé du formulaire saisi en ligne qui devra alors être envoyé au Direccte, la demande d'homologation ne pouvant être envoyée électroniquement[487].

Remarquons dès maintenant, qu'il y a obligation sous peine de nullité de la rupture conventionnelle de remettre un exemplaire de la convention aux deux parties, employeur et salarié[488], mais aussi de remettre un troisième exemplaire à la DIRECCTE/DDTEFP ou pour l'inspecteur du travail[489]. Un arrêt récent de la Cour de cassation du 7 mars 2018 a confirmé qu'une rupture conventionnelle sera prononcée comme nulle en cas de défaut de remise d'un exemplaire de la

---

[483] Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 5.
[484] Stibon C., *La rupture conventionnelle du droit du travail*, L&S Avocats, janvier 2015, p. 3 sur 11 du pdf, http://www.ls-avocats.com/articleenligne/71-la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail.
[485] Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, TéléRC, le service de saisie d'une demande d'homologation de Rupture Conventionnelle, www.telerc.travail.gouv.fr; Auzero G., Baugard D., Dockès E., *Droit du travail*, 31ème édition Dalloz, 2017, p. 514.
[486] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 5.
[487] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 6.
[488] Remise d'un exemplaire au salarié afin qu'il prenne connaissance de la date de départ du délai de quinze jours calendaires pour se rétracter et pour qu'il mesure la portée de son engagement. Voir ici Taquet F., Observations, RDT, 2013, 258 sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 6 février 2013, numéro de pourvoi 11-27.000 et Patin M., Note, JCP S, 2013, 1162; Auzero G., Baugard D., Dockès E., *Droit du travail*, 31ème édition Dalloz, 2017, p. 516.
[489] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 6 février 2013, numéro de pourvoi 11-27.000, publié au bulletin; Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 3; Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 5 ; Lefranc-Harmoniaux C., Note, JCP G, 2013, 234 ; Arrêt aussi de la Cour de cassation, chambre sociale, 3 juillet 2019, numéro de pourvoi 18-14.414 : « *seule la remise au salarié d'un exemplaire de la convention signé des deux parties lui permet de demander l'homologation de la convention et d'exercer son droit de rétractation en toute connaissance de cause* ».

convention de rupture, dans cet arrêt à la salariée[490]. La remise écrite au salarié d'un exemplaire de la convention de rupture signé par les deux parties est importante[491].
Nous reviendrons dessus dans la partie concernant la forme écrite imposée dans le cadre de la rupture conventionnelle.

Il y a également interdiction de changer ou rectifier de manière unilatérale la convention de rupture avant l'envoi, s'il y a besoin de rectifier ce sera aux parties de remplir et signer une nouvelle convention[492]. Ceci ressort notamment de l'arrêt de la Cour d'appel d'Amiens du 18 avril 2012 et de l'arrêt de la Cour d'appel de Grenoble du 30 mai 2012, où il a été posé dans le premier arrêt que l'employeur ne pouvait unilatéralement rectifier la convention, même s'il l'avait fait sans agir de mauvaise foi et dans le second arrêt un employeur avait rectifié et re-soumis la convention de rupture qui avait fait l'objet d'un refus d'homologation, ceci sans obtenir l'accord de son salarié[493].

[490] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 7 mars 2018, numéro de pourvoi 17-10.963, non publié au bulletin: « *(…) Attendu que la cour d'appel a débouté la salariée de sa demande d'annulation de la convention de rupture sans répondre à ses conclusions qui invoquaient le défaut de remise d'un exemplaire de la convention de rupture, ce qui était de nature à entrainer a nullité de la convention ; Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ; (…)* » ; RPDS, mai 2017, n° 865, p. 161 ; Patin M., Note sous arrêt, Cour de cassation, 6 février 2013, numéro de pourvoi 11-27.000, JCP S, 2013, 1162 ; Taquet F., Note sous arrêt, RDT 2013, p. 258 ; Ferrer A., Note sous arrêt, Le Droit Ouvrier, 2013, p. 507 ; Icard J., observations, Cah. Soc., 14 janvier 2013.
[491] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 3 juillet 2019, numéro de pourvoi 17-14.232; Tricoit J.-P., *Rupture conventionnelle: conditions et conséquences de la remise au salarié d'un exemplaire de la convention*, JCP S, 24 septembre 2019, n° 38, 1268, p. 30.
[492] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 6.
[493] Arrêt de la Cour d'appel d'Amiens, 18 avril 2012, numéro de pourvoi 11-02584, voir aussi Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 7 ; Arrêt de la Cour d'appel de Grenoble, 30 mai 2012, numéro de pourvoi 11-02461; Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 6.

Il a été décidé dans plusieurs arrêts de la Cour de cassation que suite à la lecture des articles L. 1237-12[494] et L. 1237-11[495] du Code du travail, que la convention de rupture conventionnelle est à même d'être signée dès la fin de l'entretien minimum, aucun délai n'étant prévu entre les deux évènements[496].

(g) Différence entre délai de rétractation et délai d'instruction

Suite à cette demande, l'autorité administrative devra s'assurer dans le délai de quinze jours ouvrables, que la liberté de consentement des parties et les formalités ont bien été respectées[497]. Le dossier présenté à l'autorité se doit d'être recevable, sans quoi le délai ne s'écoulera pas.

Nous verrons dans la partie sur le délai de rétractation, que ce délai est compté en termes « calendaires », comprenant tous les jours de la semaine, tandis que le délai d'instruction comprend les jours « ouvrables », ce qui inclut également tous les jours de la semaine, mais à l'exception des dimanches, jours fériés ou chômés[498].

---

[494] Article L.1237-12 du Code du travail, créé par la loi n°2008-596 du 25 juin 2008, art. 5: « *Les parties au contrat conviennent du principe d'une rupture conventionnelle lors d'un ou plusieurs entretiens au cours desquels le salarié peut se faire assister :*
1° Soit par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, qu'il s'agisse d'un salarié titulaire d'un mandat syndical ou d'un salarié membre d'une institution représentative du personnel ou tout autre salarié;
2° Soit, en l'absence d'institution représentative du personnel dans l'entreprise, par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative.
Lors du ou des entretiens, l'employeur a la faculté de se faire assister quand le salarié en fait lui-même usage. Le salarié en informe l'employeur auparavant; si l'employeur souhaite également se faire assister, il en informe à son tour le salarié.
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 cinquante salariés, par une personne appartenant à son organisation syndicale d'employeurs ou par un autre employeur relevant de la même branche. ».
[495] Article L. 127-11 du Code du travail, créé par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, art. 5 : « *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 ou de la démission, 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*. ».
[496] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 3 juillet 2013, numéro de pourvoi 12-19.268, publié au bulletin (rejet); Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 19 novembre 2014, numéro de pourvoi 13-21.979, non publié au bulletin (cassation partielle) ; Rousseau D., avec la collaboration de Fricotté L., Renaud A., *Le Mémo social 2015,* Liaisons Sociales Quotidien, Wolters Kluwer, avril 2015, p. 927.
[497] Article R. 1231-1 du Code du travail; Arrêt de la Cour de cassation, 16 décembre 2015, numéro de pourvoi 13-27.212, *Bull. civ.*, V, n° 841 et Cortot J., Observations, Dalloz actualités, 14 janvier 2016.
[498] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 5.

Le droit français a ici attribué un délai plus long pour les parties afin qu'elles puissent se rétracter par écrit de leur convention de rupture, tandis que l'autorité administrative doit instruire son homologation dans un délai plus court, bien que les délais soient tous deux de quinze jours. Peut-être aurait-il été bon d'accorder un délai plus long à l'administration, celle-ci ne travaillant évidemment pas les dimanches et jours fériés, car une fois l'homologation acquise, l'autorité administrative ne pourra plus ni la retirer, ni prendre un acte d'instruction, même s'il s'avère qu'il y a eu illégalité[499]. Ceci étant très important, notamment face à la volonté de certaines entreprises de frauder la loi en contournant les règles inhérentes au licenciement économique en restant sous les seuils d'interdiction de part un étalement dans le temps de conclusions de ruptures conventionnelles[500], ce que nous verrons plus loin dans ce travail.

L'article R. 2421-4 du Code du travail[501] pose que le délai de quinze jours sera réduit à huit jours si mise à pied il y a et que ce délai courant à partir de la réception de la demande d'autorisation de licenciement ne sera prolongé qu'en fonction des nécessités de l'enquête, suite à quoi les parties en seront informée par l'inspecteur du travail[502]. Cet article a été modifié au 1er janvier 2018 par le décret n°2017-1819 du 29 décembre 2017 en son article 2 et prévoit désormais que l'inspecteur du travail a un délai de deux mois pour prendre sa décision. Ce délai court à compter de la réception de la demande d'autorisation de licenciement et le silence gardé pendant plus de deux mois vaut décision de rejet.

[499] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 7.
[500] Dockès E., Peskine E., Wolmark V., *Droit du travail*, HyperCours, 5ème édition Dalloz, 2010, p. 347-443.
[501] Article R. 2421-4 du Code du travail, créé par le décret n° 2008-244 du 7 mars 2008, art. (V).
[502] Article R. 2421-4 du Code du travail, créé par le décret n° 2008-244 du 7 mars 2008, art. (V).

(h) Accès au juge

L'homologation administrative requise afin que la rupture conventionnelle soit valable n'emporte cependant aucune force de chose jugée, faisant que l'accès au juge reste ouvert[503].
Étant donné qu'en France la validité de la convention de rupture est subordonnée à l'homologation, sans quoi le contrat de travail continuera de s'exécuter comme avant, les deux parties peuvent former un recours en cas de refus d'homologation par l'autorité administrative[504].

Cependant, un salarié ne peut reprocher à son employeur le refus d'une demande d'homologation par l'administration, ceci n'étant pas du ressort d'une faute pouvant incomber à l'employeur[505].

Concernant les salariés protégés, tout recourt aura lieu devant le juge administratif qui aura été saisi par le salarié protégé[506]. Le juge administratif n'est en aucun cas le juge de la résiliation judiciaire[507], tout comme le juge judiciaire n'a pas de compétence sur l'appréciation de la validité de la convention de rupture autorisée par l'inspecteur du travail, même quand la contestation concerne la validité du consentement[508]. Il en va ici du principe de la séparation des

---

[503] Dockès E., Peskine E., Wolmark V., *Droit du travail*, HyperCours, 5ème édition Dalloz, 2010, p 348 – 443.
[504] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015 et le 11 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee#Quelles-sont-les-indemnites-dues-au-salarie.
[505] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 7; Arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 8 octobre 2013, numéro de pourvoi 12-20620.
[506] Voir arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 26 mars 2014, numéro de pourvoi 12-21.136 et arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 15 avril 2015, numéro de pourvoi 13-22.148. Voir aussi Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 7 et Wolters Kluwer, *Les salariés protégés*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16967, 1er décembre 2015, p. 17; Voir aussi l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon, 14 janvier 2019, n° 17Ly02917 et Laval J.-S., *L'homologation d'une rupture conventionnelle par l'inspecteur du travail n'est pas tributaire du litige antérieur concernant le contrat de travail*, JCP S, 26 mars 2019, n° 12, 1092, p. 32.
[507] Laval J.-S., *L'homologation d'une rupture conventionnelle par l'inspecteur du travail n'est pas tributaire du litige antérieur concernant le contrat de travail*, JCP S, 26 mars 2019, n° 12, 1092, p. 33.
[508] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 26 mars 2014, numéro de pourvoi 12-21.136, publié au bulletin (cassation sans renvoi); Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 7 ; Kerbourc'h J.-Y**.**, *Salariés protégés, Des dangers de la rupture conventionnelle du contrat de travail d'un salarié protégé*, JCP S, 9 juillet 2019, n° 27, 1201, p. 33 ; Loiseau G., Note, JCP S, 2014, 1137 ; Mais aussi l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 20 décembre 2017, n° 16-14.880; Kerbourc'h, Note, JCP S, 2018, 1071. Avant cette décision de la Cour de cassation du 26 mars 2014, certaines Cour d'appel jugaient devoir être saisies et non pas seulement les juridictions administratives. Notamment la Cour d'appel de Riom, 13 septembre 2011, n° 10/00964, voir Thellier B., Note, JCP S, 2011, 1525 et RJS, 2011, n° 999 ; Kerbourc'h J.-Y**.**, *Salariés protégés, Des dangers*

pouvoirs[509]. Seule l'appréciation de l'inspecteur du travail pourra être soumise au juge administratif, tandis que le juge prud'homal conservera dans ce cas une compétence résiduelle, par exemple sur l'autorisation de l'inspecteur du travail est annulée, pour régler les conséquences sur la situation du salarié[510].
Concernant le fait que certaines cours considèrent le salarié protégé comme étant le seul ayant droit à contester la rupture conventionnelle autorisée par l'inspection du travail, la Cour administrative d'appel de Versailles a jugé que la décision donnant satisfaction à l'employeur, celui-ci ne dispose donc pas d'un intérêt à agir[511].

f) Pré-formulation

En Allemagne, dans le cas où le contrat de résiliation est pré formulé, il est soumis dans sa clause annexe à un contrôle de son contenu, conformément aux paragraphes 305 et suivants du BGB. Ceci ne vaut cependant pas pour la rupture du contrat de travail en elle-même. L'accord de résiliation est un accord principal contrôlé par le paragraphe 307 III 1 BGB[512].

Concernant une pré-formulation en France au sein de la conclusion d'une rupture conventionnelle, on en trouve un exemple dans l'arrêt de la Cour d'appel d'Amiens du 13 juin 2012[513]. En l'espèce, l'employeur avait remis au premier jour de reprise de son salarié qui avait été absent un an pour cause d'arrêt maladie un modèle de lettre comportant le texte « *comme je vous l'ai déjà fait savoir, je sollicite la rupture conventionnelle de mon contrat de travail me liant à l'EPCC afin d'être libre de vaquer à de nouveaux projets professionnels. Souhaitant aborder*

---

de la rupture conventionnelle du contrat de travail d'un salarié protégé, JCP S, 9 juillet 2019, n° 27, 1201, p. 33.
[509] RJS, observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 20 décembre 2017, numéro de pourvoi 16-14.880, mars 2018, n° 200, p. 228; Auzero G., RDT, 2014, 330 sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 26 mars 2014, numéro de pourvoi 12-21.136 et Loiseau G., JCP S, Note, 2014, 1137.
[510] Auzero G., Baugard D., Dockès E., *Droit du travail*, 31ème édition Dalloz, 2017, pp. 512 et 513.
[511] Cour administrative d'appel de Versailles, arrêt du 16 décembre 2014, n° 12-3269; Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 7.
[512] *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 963.
[513] Arrêt de la Cour d'appel d'Amiens, 5ème chambre sociale, 13 juin 2012, numéro de pourvoi 11-03684, faisant suite au jugement du conseil de prud'hommes d'Amiens du 6 septembre 2011.

cette possibilité de rupture conventionnelle avec vous, je reste à votre disposition pour tout nouvel entretien » que le salarié a recopié puis remis à son employeur.

L'aspect problématique d'une telle pratique résulte du fait que les salariés n'ont pas tous une bonne maîtrise de la langue tendant vers une faible capacité de compréhension, comme cela était le cas dans cet arrêt. Il s'est en effet avéré[514] que ce salarié ne disposait « *que d'une maîtrise partielle de l'expression et de la compréhension écrite* » et qu'en l'espèce il n' « *avait pas toute la compréhension* » nécessaire s'agissant de la lettre de rupture conventionnelle copiée.

L'employeur avait donc profité ici de la situation d'infériorité de son salarié pour lui faire conclure une rupture conventionnelle. Aucun délai de réflexion ni de rétractation ne peut rendre un tel vice du consentement admissible. La Cour va encore plus loin en posant dans cet arrêt que même s'il avait été assisté, sa situation d'infériorité liée à sa maîtrise partielle du français fait qu'il y aurait tout de même eu vice de consentement menant justement à une requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse.
A l'inverse, en droit allemand, un « Aufhebungsvertrag » peut tout à fait être valablement conclu même si le salarié ne parle pas allemand, à condition que le texte soit rédigé en allemand[515]. Il reste cependant la possibilité pour le salarié de contester sa déclaration au travers du § 119, alinéa 1 du BGB s'il n'avait pas connaissance de signer une déclaration juridique ; ou au travers du § 123, alinéa 1 du BGB, faisant qu'en pratique l'employeur allemand devrait expliquer le contrat à son salarié soit dans une langue qu'il comprend, ou en traduisant le texte[516].

Le droit allemand pose que quand un contrat de résiliation est pré formulé et qu'il n'a pas été négocié de façon personnalisée, son contenu est donc soumis au « contrôle des AGB », c'est à dire au « contrôle des conditions générales de vente » selon les paragraphes 305 et suivants du

[514] Selon une évaluation du directeur de l'Union Régionale de Lutte contre L'Illettrisme en Picardie.
[515] Voir l'arrêt du BAG, 19.03.2014, 5 AZR 252/12 (B), NZA 2014, 1076 (1079 f.) avec Rolfs, *Der Arbeitsvertrag*, A 100 der Aufhebungsvertrag, Preis, 5. Auflage, 2015, S. 408, Rz. 14; Notzon M., *Aktuelles zum Aufhebungsvertrag und zur Anfechtung*, öAT, 2020, 5.
[516] Rolfs, *Der Arbeitsvertrag*, A 100 der Aufhebungsvertrag, Preis, 5. Auflage, 2015, S. 408, Rz. 14; Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 10.

BGB[517]. Cependant, le contenu inhérent au contrat de résiliation, tels que la résiliation du contrat de travail et l'indemnité prévue, ne rentreront pas dans le contrôle opéré[518].

Il est également légalement possible en Allemagne, selon le paragraphe 158 I BGB, de conclure un contrat de résiliation en posant comme condition la réalisation d'un évènement futur, « aufschiebende Bedingung »[519]. Il s'agit de contrats de résiliation conditionnels, « bedingte Aufhebungsverträge »[520]. La problématique de tels contrats d'indemnisation pour départ volontaire conditionnels étant qu'ils peuvent être utilisés dans le but d'esquiver les consignes posées par les « unbedingte Aufhebungsverträge », contrats d'indemnisation pour départ volontaire inconditionnels relatifs à la protection du licenciement[521]. Un exemple d'un tel contournement se pose quand un employeur fait signer par son salarié, dès la conclusion du contrat de travail, un contrat de départ amiable conditionnel dont le contenu prévoit que le contrat sera rompu d'un commun accord, dès lors que le salarié aura été absent plus de quinze jours pour raison de maladie sur une période de six mois[522].

---

[517] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 6. Widerruf, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Rn 15; Clemenz S., Burghard K, Krause R., *AGB-Arbeitsrecht*, Kommentar, Dr. Otto Schmidt, 2013, S. 305, 131; Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 15; BAG 24.01.2013, 8 AZR 965/11, NZA-RR 13, 400.

[518] § 307 III BGB; BAG 27.11.2003 NZA 2004, 597; 8.5.2008 NZA 2008, 1148; « *(...) im Falle des formularmäßigen Aufhebungsvertrages die Beendigung des Vertrages selbst als Hauptleistung wegen § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht auf ihre Angemessenheit zu prüfen – zumal es einen gesetzlichen Kontrollmaßstab für Aufhebungsvereinbarungen, von dem durch die Parteivereinbarung abgewichen werden könnte, nicht gibt.* » : Voir Clemenz S., Burghard K, Krause R., *AGB-Arbeitsrecht*, Kommentar, Dr. Otto Schmidt, 2013, S. 305, 132 et BAG v. 21.6.2011 – 9 AZR 203/10, NZA 2011, 1338; BAG v. 8.5.2008 – 6 AZR 517/07, NZA 2008, 1148; BAG v. 27.11.2003 – 2 AZR 135/03, NZA 2004, 597; BAG v. 22.4.2004 – 2 AZR 281/03, AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 27; Roloff in HWK, §§ 305–310 BGB Rz. 8; richtig Stoffels in WLP, Anh. ArbR zu § 310 Rz. 94: Die Aufhebung sei als solche « *weder gut noch böse* » ; Coester in FS Löwisch (2007), S. 57 (62); BAG v. 22.4.2004 – 2 AZR 281/03, AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 27; Rolfs in FS Reuter (2010), S. 825 (832).

[519] Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 15.

[520] Preis U., Gotthardt M., *Schriftformerfordernis für Kündigungen, Aufhebungsverträge und Befristungen nach § 623 BGB*, NZA 2000, 354; Günther in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 27.

[521] Stoffels in Rolfs, Giesen, Kreike-bohm, Udsching, *Online-Kommentar Arbeitsrecht*, BGB § 626, 57. Ed., 01.09.2020, Rn. 10; Voir aussi BAG 25.06.1987, AP BGB § 620 Bedingung Nr. 14 et LAG München 29.10.1987, BB 1988, 348 (« Alkoholverbot » interdiction d'alcool) et LAG BW 15.10.1990, BB 1991, 209 (« mehr als zwanzig krankheitsbedingte Fehltage jährlich erreicht » avec plus de vings jours manqués pour cause de maladie); *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 966.

[522] *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 966.

C'est pourquoi la jurisprudence contrôle la validité de tels contrats de résiliation conditionnels suspensifs, « aufschiebender bedingter Aufhebungsverträge », à travers l'usage de mesures et dispositions rigoureuses. Ainsi, un contrat de départ amiable conditionnel ne sera valide que s'il est conclu sur la base d'une raison objective, « sachlicher Grund ». Par ailleurs, un contrôle peut avoir lieu sur la base des paragraphes 305 et suivants du BGB posant l'insertion de conditions générales dans le contrat[523].

Il convient également de comparer les contrats de départs amiables conditionnels aux accords qui associent une rupture inconditionnelle du contrat de travail à une garantie de réembauche conditionnelle[524], « bedingte Wiedereinstellungsgarantie »[525]. Un exemple comprendrait un salarié quittant son emploi en raison d'un contrat de résiliation avant son départ en vacances, avec la garantie d'une réembauche s'il en fait la demande au premier jour après la fin de sa période de vacances[526].

En Allemagne, nous avons vu qu'il est encore utile de démarquer le contrat de résiliation de l'aménagement d'un contrat « Vertragsgestaltung », lequel peut utiliser le contrat de résiliation pour transformer un CDI en CDD. Ceci va cependant à l'encontre de la fonction du contrat de résiliation, lequel vise le départ anticipé du salarié de son emploi à travers une rupture prompte du contrat de travail[527].

---

[523] *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 967.
[524] BAG 25.06.1987, AP Nr. 14 zu § 620 Bedingung.
[525] Preis, Temming, *Arbeitsrecht*, Weitere Beendigungstatbestände, Dr. Otto Schmidt, 6. Auflage 2020, S. 703, Rz. 3401.
[526] Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 17; BAG 13.12.1984, 2 AZR 294/83, NZA 85, 324.
[527] *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 962 ; Voir partie « Contrat de résiliation pour transformer un CDI en CDD ».

2. Forme écrite en tant que condition essentielle et date de prise de fin du contrat de travail

a) La forme écrite, condition fondamentale de la rupture conventionnelle

En France, l'article L. 1237-11 du Code du travail pose que le salarié et son employeur peuvent décider d'un commun accord de rompre le contrat de travail à durée indéterminée les liant, ceci devant prendre la forme de la signature par les deux parties d'une convention[528].

Ceci se retrouve dans les dires du ministère du travail, lequel pose même qu'il est « *impératif* » pour les deux parties de « *dater, signer et porter la mention « lu et approuvé » de façon manuscrite* »[529].

La circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008 et n° 2009-4 du 17 mars 2009 énonce ainsi une obligation de rédaction de l'accord en trois exemplaires suivant un formulaire type remis au salarié, à l'employeur, ainsi qu'un pour la DIRECCTE/DDTEFP ou pour l'inspecteur du travail. Nous verrons plus en détail le formulaire Cerfa dans la partie « La convention de rupture à travers un formulaire Cerfa ».

Nous voyons ici une obligation de rédiger pour les parties en trois exemplaires, le dernier étant pour la DIRECCTE. Cependant, les auteurs Wolmark et Peskine[530] indiquent que « *la convention doit alors être rédigée en deux exemplaires signés par chacune des parties, à défaut de quoi elle encourt la nullité* », se basant sur l'arrêt de la Cour de cassation du 6 février 2013[531] et ne font pas mention du troisième exemplaire ou de l'usage du formulaire Cerfa. Nous complétons ici leur position, d'autant que la Cour de cassation dans sa décision a seulement posé qu'un exemplaire de la convention de rupture doit être remis à chacune des parties et non qu'il

[528] La signature peut avoir lieu immédiatement après l'entretien entre les parties. Voir Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 6 ; Arrêts de la Cour de cassation, chambre sociale, 3 juillet 2013, numéro de pourvoi 12-19.268 et du 19 novembre 2014, numéro de pourvoi 13-21.979.
[529] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 3.
[530] Peskine E., Wolmark C., *Droit du travail,* Hypercours, 2017, 11ème édition Dalloz, 2016, p. 377, 562.
[531] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 6 février 2013, numéro de pourvoi 11-27.000, publié au bulletin.

ne s'agisse que de deux exemplaires signés[532]. La remise de l'exemplaire de la convention de rupture conventionnelle au salarié constitue « *l'unique moyen de poursuivre la procédure de rupture conventionnelle et de la sécuriser* »[533]. La Cour de cassation a posé dès son arrêt du 6 février 2013,[534] qu'il y aura nullité dans le cas où une des parties n'a pas reçu de copie de la

[532] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 6 février 2013, numéro de pourvoi 11-27.000, publié au bulletin: « *Mais attendu que la remise d'un exemplaire de la convention de rupture au salarié est nécessaire à la fois pour que chacune des parties puisse demander l'homologation de la convention, dans les conditions prévues par l'article L. 1237-14 du code du travail, et pour garantir le libre consentement du salarié, en lui permettant d'exercer ensuite son droit de rétractation en connaissance de cause ; qu'ayant constaté que tel n'était pas le cas en l'espèce, la cour d'appel, qui en a déduit à bon droit que la convention de rupture était atteinte de nullité, a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision ;* » ; Voir aussi l'arrêt plus récent de la Cour de cassation, chambre sociale, 3 juillet 2019, numéro de pourvoi 17-14.232 qui réaffirme que « *seule la remise au salarié d'un exemplaire de la convention signé des deux parties lui permet de demander l'homologation de la convention et d'exercer son droit de rétractation en toute connaissance de cause* »;

[533] „*Sous réserve que cet instrumentum soit signé conformément aux prescriptions du Code du travail*", voir Tricoit J.-P., *Rupture conventionnelle: conditions et conséquences de la remise au salarié d'un exemplaire de la convention*, JCP S, 24 septembre 2019, n° 38, 1268, p. 30.

[534] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 6 février 2013, numéro de pourvoi 11-27.000, publié au bulletin; Il convient ici de préciser au travers de l'analyse des points 2, 3 et 4 des moyens avancés dans cet arrêt, que pour la Cour, « *l'inobservation de la formalité prévue à l'article 1325 du code civil n'entraîne pas la nullité de la convention elle-même, dont elle n'affecte que la force probante, de sorte que l'inobservation de ce texte est sans effet dès lors que la partie qui l'invoque ne conteste pas l'existence même de la convention et de ses stipulations* ». La Cour d'appel se basait en effet sur les conventions synallagmatiques, valables que si faites en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct (Article 1325 du Code civil, modifié par l'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005, art. 2 JORF 17 juin 2005);

Dans son point 3, la Cour de cassation continue, posant que la validité de la convention d'une rupture conventionnelle signée par les deux parties, ne voit pas sa validité subordonnée à l'établissement en deux exemplaires et qu'ainsi « *la détention par une partie du seul original signé par les deux parties n'a d'effet que sur le terrain de la preuve de l'existence de la convention et de ses stipulations et ne fait nullement obstacle à ce que le salarié se prévale de l'existence de la convention, et en demande l'homologation à l'autorité administrative, même s'il n'en détient pas d'exemplaire* ». Ceci va à l'encontre de ce que nous avons affirmé de cet arrêt, notamment pour l'obligation de rédaction de l'accord en trois exemplaires, vu que la Cour de cassation considère ici que la Cour d'appel a violé l'article L. 1237-14 du Code du travail. Effectivement, l'article L. 1237-14 du Code du travail pose seulement que « *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.* » Il n'y a ici pas d'indication concernant le nombre d'exemplaires.

Dans son point 4, la Cour de cassation refuse l'usage par la Cour d'appel, pour déclarer nulle la convention de rupture signée par le salarié et l'employeur, de l'absence de possession d'exemplaire de la convention signée par le salarié. La Cour d'appel considérant que le salarié n'ayant pas d'exemplaire, il ne pouvait ainsi vérifier « *qu'il avait eu une parfaite connaissance des termes de la convention signée* », ni présumer « *qu'il avait retenu la totalité des dispositions - en particulier qu'il pouvait contester le service public de l'emploi pour l'aider à prendre une décision en pleine connaissance de cause, qu'il disposait d'une faculté de rétractation (...)* ». Refus ici de la Cour de cassation pour la raison que ces « *informations figuraient dans la convention de rupture que le salarié avait signée* » et que la cour d'appel a ainsi violé les articles de lois 1316-4, 1322, 1323 et 1325 du code civil, ensemble de l'article 1134 du même code.

Dans cette décision, la Cour de cassation retient tout de même que « *la remise d'un exemplaire de la convention de rupture au salarié est nécessaire à la fois pour que chacune des parties puisse demander l'homologation de la convention, dans les conditions prévues par l'article L. 1237-14 du code du travail, et pour garantir le libre consentement du salarié, en lui permettant d'exercer ensuite son droit de rétractation en connaissance de cause* » et que l'absence de remise au salarié mène en l'espèce à la nullité de la convention de rupture.

convention[535], quant à l'arrêt plus récent du 3 juillet 2019, il impose de démontrer la remise de l'exemplaire avec date certaine[536]. La convention de rupture doit non seulement avoir la forme écrite et être signée par les parties, mais elle doit également être datée[537].

La forme écrite est donc une nécessité en droit français et il en est de même en Allemagne, la forme écrite étant absolument essentielle sur la base du paragraphe 623 BGB[538].

Le législateur allemand a introduit ce paragraphe 623 BGB, en vigueur depuis le 1er mai 2000, lequel pose qu'en marge des résiliations et contrats à durée déterminée, les accords de résiliation amiable nécessitent pour leur efficacité la forme écrite[539]. Cette exigence de la forme écrite est constitutive et absolue, faisant qu'en cas de non-respect, l'acte juridique est nul suivant le paragraphe 125 du BGB. Ainsi le contrat de travail n'est pas rompu mais continu avec tous ses droits et obligations. C'est la raison pour laquelle il est important de suivre cette prescription de forme[540]. La forme écrite n'est pas respectée quand le contrat est échangé via fax, sms ou e-mail, la signature électronique ne valant également pas pour ce contrat[541]. Cette forme écrite exigeant en Allemagne que l'employeur et le salarié signent sur le même document, un échange de lettres n'est donc également pas valable[542].

L'obligation de forme écrite en Allemagne n'a donc pas toujours été le cas pour le contrat de résiliation qui, datant du 19ème siècle, même s'il n'avait à l'époque qu'un rôle limité[543], n'a pas

---

[535] Mais aussi dans son arrêt du 26 septembre 2018, numéro de pourvoi 17-19.860; Tricoit J.-P., *Rupture conventionnelle: conditions et conséquences de la remise au salarié d'un exemplaire de la convention*, JCP S, 24 septembre 2019, n° 38, 1268, p. 30; Voir aussi Ferrer A., Note sous arrêt, Le Droit Ouvrier, 2013, p. 507 sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 6 février 2013, numéro de pourvoi 11-27.000.
[536] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 3 juillet 2019, numéro de pourvoi 18-14.414, Tricoit J.-P., Note, JCP S, 2019, 1267.
[537] Tricoit J.-P., *Rupture conventionnelle: conditions et conséquences de la remise au salarié d'un exemplaire de la convention*, JCP S, 24 septembre 2019, n° 38, 1268, p. 31.
[538] Gagel, Winkler, *Kommentar SGB II, SGB III, § 159 SGB III, Aufhebungsvertrag,* 78. EL, Mai 2020, Rn. 73; Gildeggen, Lorinser, Willburger, Buchmann, Brönneke, Eisenberg, Harriehausen, Jautz, Schmitt, Schweizer, Tavakoli, Thäle, Wechsler, *Wirtschaftsprivatrecht*, 7 Dienst- und Arbeitsvertrag, De Gruyter Oldenbourg, 4. Auflage, 2020, S., 22, 7.9.1.
[539] Wollenschläger M., *Arbeitsrecht,* Academia Iuris Lehrbücher der Rechtswissenschaft, Carl Heymanns Verlag, 3. Auflage 2010, Rn 365.
[540] *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 963.
[541] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 23.
[542] Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 47.
[543] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 2.

nécessité de forme écrite jusqu'au 30 avril 2000[544]. Jusqu'à cette récente date, le contrat de résiliation pouvait être conclu tacitement par les parties « stillschweigender Aufhebungsvertrag » si des indices montraient que c'était la volonté des parties[545].

Le droit allemand n'exige pas que le terme « Aufhebungsvertrag » soit écrit expressément. Assurément, il suffit de pouvoir clairement reconnaître dans le document la volonté des parties de terminer le contrat de travail à une date donnée[546]. Ainsi le titre du document constitue un indice sur la volonté des parties, mais c'est le contenu de l'accord qui est décisif.

Le paragraphe 623 BGB contient par ailleurs différentes fonctions d'alerte, de clarification et de preuve[547]. En effet, dans l'intention d'empêcher que les parties au contrat et surtout le salarié, ne rompent le contrat de manière irréfléchie, l'exigence de forme écrite est là pour prouver de manière fiable que la volonté des parties a bien été respectée[548]. C'est donc le salarié que le législateur allemand veut ici protéger d'une rupture inconsidérée de son contrat de travail.
On peut cependant douter du caractère suffisant de cette condition pour protéger le salarié de contracter quand cela est à son désavantage, surtout au vu de l'absence de délai de rétractation légal allemand.

Les signatures doivent être nominatives et faites à la main[549]. L'exigence de forme écrite peut être remplacée par une authentification notariale selon le paragraphe 126 IV BGB, tout comme

---

[544] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 2. Form des Aufhebungsvertrags, Rn 9; BAG 14.6.2006 NZA 2006, 1154.
[545] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 2. Form des Aufhebungsvertrags, Rn 9; BAG 16.3.2000, 2 AZR 196/99, BeckRS 2000, 30783764.
[546] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 25.
[547] *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 963.
[548] Wollenschläger M., *Arbeitsrecht,* Academia Iuris Lehrbücher der Rechtswissenschaft, Carl Heymanns Verlag, 3. Auflage 2010, S. 163, Rn 365.
[549] Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2445; Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 147-519.

par une décision judiciaire selon le paragraphe 278 VI 1 Alt. 2 ZPO[550]. Dans le cas où un représentant signe l'accord, la qualité d'intermédiaire doit ressortir clairement de l'acte[551].
Il est important de faire attention, si face à un contrat de résiliation, à ce que les signatures des deux parties au contrat soient apposées sur le même document selon le paragraphe 126 II 1 du BGB[552]. A l'exception du cas où chaque partie signe également sur le même document de l'autre partie, comme posé dans le paragraphe 126 II 2 du BGB.

En effet, le principe de l'unité des documents « der Grundsatz der Urkundeneinheit » affirme que tous les éléments essentiels du contrat doivent être incorporés dans un même document, sous peine de nullité du contrat[553]. Pour cette raison, une simple référence à une convention annexe revêtant une importance essentielle pour ce contrat, sera nulle et rendra nul le contrat en son entier[554].

En relation avec l'introduction de l'exigence de forme, ajoutons la problématique résultant de la résiliation amiable à travers un comportement concluant des contrats de travail en Allemagne. Une telle conclusion à travers un comportement concluant, comme cela était d'usage pratique après la prononciation d'un licenciement nul, n'est plus possible. Ceci même en cas de quittance compensatrice signée par le salarié, car en l'absence de la signature de l'employeur, il ne s'agit pas d'un contrat de résiliation valide[555].

---

[550] BAG 23.11.2006, 6 AZR 394/06.
[551] BAG 28.11.2007, 6 AZR 1108/06; Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 1.
[552] Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2445.
[553] Preis U., Gotthardt M., *Schriftformerfordernis für Kündigungen, Aufhebungsverträge und Befristungen nach § 623 BGB*, NZA 2000, 355; Wollenschläger M., *Arbeitsrecht,* Academia Iuris Lehrbücher der Rechtswissenschaft, Carl Heymanns Verlag, 3. Auflage 2010, S. 163, Rn 366; Bauer J.-H., *Neue Spielregeln für Aufhebungs- und Abwicklungsverträge durch das geänderte BGB?*, NZA, 2002, 169.
[554] *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 963.
[555] *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 964.

b) La date de prise de fin du contrat de travail

En France, il n'y a pas de « préavis » prévu dans la rupture conventionnelle, le terme « préavis » étant utilisé dans le cadre du licenciement et de la démission[556]. Il y a donc en France le principe que les parties peuvent se mettre librement d'accord sur une date de rupture du contrat de travail, tant qu'elles prennent en compte le délai laissé au DDTEFP pour qu'il statue sur la demande présentée[557].
On retrouve l'absence d'obligation de préavis, délai « Frist » dans le « Aufhebungsvertrag allemand, faisant que les parties peuvent décider dans le contrat de rompre immédiatement, tout comme elles sont libres de prévoir un délai.

En France, l'article L. 1237-13 du Code du travail défini les conditions pesant sur la rupture conventionnelle et notamment concernant la date de la rupture, précisant que celle-ci ne peut intervenir avant le lendemain du jour de la notification de l'homologation administrative, au terme du délai de quinze jours ouvrables de rétractation, ou encore après un préavis consenti entre les parties[558]. Les parties peuvent donc d'un commun accord décider d'une date de rupture du contrat de travail à condition que la date soit « *plus ou moins éloignée de la date minimale qu'est la certitude que l'homologation n'a pas été refusée par la DIRECCTE* »[559] (Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi). Cependant, jusqu'à la date de rupture, le contrat de travail s'applique, faisant qu'il est possible que le salarié soit en congés payés et donc rémunéré normalement[560]. Dans le cas où le salarié quitte la société sans avoir pris l'ensemble de ses congés payés auxquels il a droit, il recevra

---

[556] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015 et le 11 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee#Quelles-sont-les-indemnites-dues-au-salarie.
[557] Circulaire 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 5.
[558] Duquesque F., *Droit du travail*, Master Pro, 4ème édition, lextenso édition, 2010, p. 339.
[559] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015 et le 11 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee#Quelles-sont-les-indemnites-dues-au-salarie.
[560] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015 et le 11 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee#Quelles-sont-les-indemnites-dues-au-salarie.

une indemnité compensatrice de congés payés ainsi que tous les éléments de rémunération dus par l'employeur à la date de rupture du contrat de travail[561].

Concernant le cas d'une date de rupture différée après la prononciation de l'homologation, la période entre l'homologation et la terminaison de la rupture verra le contrat de travail s'appliquer normalement selon les règles de droit commun[562]. Il est tout à fait possible d'opérer une telle rupture différée, étant donné qu'aucun préavis n'est prévu[563]. Cependant, étant donné le délai plus long qui s'écoulera entre l'homologation et la rupture effective, les parties auront dû bien inscrire sur le formulaire d'homologation la période d'ancienneté eu égard à la date de rupture prévue ainsi que les salaires qui n'ont pas encore été versés[564].

Il en va de même pour la rupture du contrat de travail d'un salarié protégé suivant l'autorisation de l'inspecteur du travail, c'est à dire au lendemain de la notification de l'autorisation[565] ou après l'expiration du délai d'instruction.

Les parties ne sont donc pas autorisées à fixer la date de rupture du contrat de travail au jour de l'homologation ou autorisation et ceci vaut également pour les juges[566]. Ceci a été jugé par la Cour de cassation dans son arrêt du 18 février 2015 et où le conseil de prud'hommes avait « *ordonné la délivrance par l'employeur de l'attestation Pôle emploi et du certificat de travail rectifiés mentionnant comme date de fin de contrat celle de l'homologation de la rupture* », ce que la Cour a considéré comme une violation des textes du Code du travail[567].

---

[561] RPDS, mai 2017, n° 865, p. 161 ; Il en va de même en Allemagne. Voir Tschöpe, *Arbeitsrecht Handbuch*, 11. Auflage, Ottoschmidt, 2019, S. 744, Rz 127 und S. 775, Rz. 275.
[562] Circulaire 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 6.
[563] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 8.
[564] Circulaire 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 6.
[565] Article L. 1237-15 alinéa 1 du Code du travail, modifié par la loi n° 2011-867 du 20 juillet 201, art. 6
[566] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 8.
[567] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 18 février 2015, numéro de pourvoi 13-23.880, non publié au bulletin (cassation partielle), violation des articles : ancien article 1134 du Code civil (depuis le 1er octobre 2016 articles 1103, 1193 et 1104 du nouveau Code civil) et L. 1221-1 et L. 1237-13 du Code du travail ; Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 9.

Une erreur des parties sur la date d'effet de la rupture n'est également pas une cause d'annulation de la convention de rupture conventionnelle, mais le juge devra rectifier la date de la rupture[568].

En Allemagne, la date de prise de fin du contrat de travail peut être, contrairement à la France, librement décidée par les parties au sein du contrat de résiliation. Dans le cas où une date de résiliation explicite n'a pas été inscrite et qu'aucun indice ne laisse présumer une telle date, alors on part du principe que le contrat de travail est résilié de suite[569]. Une résiliation dans le futur est donc possible, tandis qu'une résiliation rétroactive ne l'est pas, sauf cas exceptionnels, par exemple quand la relation de travail n'était déjà plus en vigueur[570]. Dans un tel cas de résiliation rétroactive, la résiliation pourra avoir lieu au moment précis où a eu lieu la cessation du contrat à exécution successive « Dauerschuldverhältnis » (donc un contrat où les obligations sont échelonnées dans le temps)[571].

Dans le cas où le contrat de résiliation prévoit l'achèvement de la relation de travail dans un moment futur, il est alors toujours possible qu'un licenciement extraordinaire « außerordentliche Kündigung » puisse être prononcé et rende ainsi le contrat de résiliation sans conséquences « gegenstandlos »[572].

---

[568] Arrêt de la Cour de cassation, 8 juillet 2015, numéro de pourvoi 14-10.139, publié au bulletin (cassation partielle) ; Wolters Kluwer, *Une indemnité de rupture conventionnelle inférieure à la loi n'est pas une cause de nullité*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16874, 16 juillet 2015, p. 1 ; Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 9 et Wolters Kluwer, Dossier, *Rupture atypiques*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 198, 3 novembre 2015.
[569] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 118.
[570] BAG 10.12.1998, 8 AZR 324/97, NZA 1999, 422 17.12.2009, 6 AZR 242/09, NZA 2010, 273
[571] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 3. Wirkungen, Rn 10; BAG 16.9.1982 AP BGB § 123 Nr. 24; 29.8.1984 AP BGB § 123 Nr. 27; 12.5.2011 NZA-RR 2012, 43.
[572] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 3. Wirkungen, Rn 10a; BAG 29.1.1997, AP BGB § 626 Nr. 131.

III. Les parties à la rupture conventionnelle et le statut des personnes protégées

« *C'est la personne humaine qui est en réalité l'objet du contrat, en même temps qu'elle en est le sujet.* »[573]

Georges Ripert

1. Conditions territoriales et légales de la rupture conventionnelle / du contrat de résiliation

Si en France ce sont les salariés français qui bénéficient de la législation française sur la rupture conventionnelle, elle s'applique donc même si le salarié employé en France travaille pour une entreprise étrangère et bénéficie d'un contrat à durée indéterminée de droit français[574]. Ceci a été clairement édicté à travers l'arrêt de la Cour de cassation du 29 octobre 2013[575] qui a notamment posé que le contrat de travail du salarié travaillant dans une société belge, soumis au droit belge, faisait que « *la procédure d'homologation prévue en droit français n'était pas applicable à cette rupture conventionnelle* », contrairement à ce qu'avait jugé la Cour d'appel.

Dans le cas où la firme étrangère n'a pas d'établissement sur le sol français, alors la demande d'homologation pour opérer la rupture conventionnelle devra être envoyée au DDTEFP dépendant de l'adresse personnelle du salarié[576]. Ceci diffère du principe posant qu'est

[573] Ripert G. (1880-1958), *Les forces créatrices du droit*, Paris : LGDJ, 1955, n° 109, p. 275.
[574] Circulaire 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 3, 4 ; Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 29 octobre 2013, numéro de pourvoi 12-22.303 ; Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 1.
[575] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 29 octobre 2013, numéro de pourvoi 12-22.303, publié au bulletin (cassation) ; Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 231.
[576] Circulaire 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 4.

territorialement compétent, le DDTEFP où est situé l'employeur, donc à l'adresse de l'établissement où est employé le salarié[577].

Selon la circulaire DGT du 17 mars 2009[578], les avocats salariés en CDI peuvent également conclure une rupture conventionnelle. Nous verrons dans notre partie sur les possibilités de recours, qu'ils se différencient en ce que c'est le Bâtonnier qui va être responsable des litiges[579] les concernant. La possibilité de porter un recours devant les conseils des prud'hommes leur reste ouverte[580].

2. Salariés protégés

Dès lors qu'un salarié protégé est concerné, son statut protecteur dans le cadre d'une rupture conventionnelle doit être informé, pour être opposable à l'employeur, au plus tard au moment de la rupture conventionnelle[581]; de préférence l'information doit être donnée avant la signature de la convention et au plus tard avant l'expiration du délai de rétractation de quinze jours pour que l'employeur puisse demander l'autorisation de l'inspecteur du travail[582].
La validité du consentement du salarié protégé qui signe une rupture conventionnelle se fait en France seulement après vérification *ex ante* de l'inspecteur du travail[583]. C'est-à-dire que la rupture du contrat d'un salarié protégé se fait uniquement à la condition qu'un inspecteur du travail l'ait autorisée[584], conformément à l'article L. 1237-15 du Code du travail et les articles

---

[577] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 4.
[578] Circulaire DGT n° 2009-4 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, 2.1 et 2.3.
[579] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015 et le 11 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee#Quelles-sont-les-indemnites-dues-au-salarie; Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 11.
[580] Circulaire 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 4.
[581] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 30 septembre 2015, numéro de pourvoi 14-17.748; Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 8; Wolters Kluwer, Actualité, n° 16932, 12 octobre 2015.
[582] Wolters Kluwer, *Les salariés protégés*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16967, 1er décembre 2015, p. 5.
[583] Kerbourc'h J.-Y., *Salariés protégés, Des dangers de la rupture conventionnelle du contrat de travail d'un salarié protégé*, JCP S, 9 juillet 2019, n° 27, 1201, pp. 32 et 33.
[584] Coeuret A., Gauriau B., Miné M., *Droit du travail,* Université, Sirey, 3ème édition, 2013, p. 442.

L. 2411-1 posant les conditions prévues et L. 2411-2 ajoutant des personnes protégées. Toutefois, il n'y aura pas de contrôle du motif[585] et une enquête contradictoire (permettant de prendre connaissances des faits et circonstances)[586] tout comme les observations du salarié (écrites ou orales)[587] sont facultatives[588].

Rappelons ici l'exclusion pour tous les salariés de la fonction publique et de tous les salariés en CDD[589] de conclure une rupture conventionnelle, exclusion s'appliquant aussi pour les salariés en CDD protégé[590]. De même, les intérimaires ne peuvent pas conclurent de rupture conventionnelle.

Pour les salariés en CDI, la rupture conventionnelle agit en France en tant que véritable tournant juridique, vu que cette nouvelle disposition de 2008 permet de rompre un contrat de travail de salariés protégés.
Ce tournant juridique est d'autant plus fort, quand on rappelle que pour la Cour de cassation, une telle résiliation était dans le temps propre à constituer un délit d'entrave[591]. Ceci découlant du fait, qu'en droit français, les salariés protégés bénéficient de la protection exorbitante et exceptionnelle du droit commun de par la loi[592].

---

[585] Contrairement au licenciement; Mais l'inspecteur du travail doit, en cas de rupture conventionnelle d'un salarié protégé, apprécier la liberté du consentement à partir des vérifications de forme et fond auxquelles il procède. Kerbourc'h J.-Y., *Salariés protégés, Des dangers de la rupture conventionnelle du contrat de travail d'un salarié protégé*, JCP S, 9 juillet 2019, n° 27, 1201, p. 32.
[586] L'enquête contradictoire est devenue facultative dès lors qu'un inspecteur statue sur une RC: Décret n° 2017-1819 du 29 décembre 2017 et articles R. 2421-19 et R. 2421-22 du Code du travail. Pourtant, une telle enquête permet de prendre connaissance des faits et circonstances de la RC et aide ainsi à déceler des vices du consentement, tel un harcèlement moral par exemple. Voir arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 20 décembre 2017, numéro de pourvoi 16-14.880; Kerbourc'h J.-Y., Note, JCP S, 2018, 1071; Auzero G., Note, Cah. Soc., 2018, p. 92.
[587] L'inspecteur du travail n'a pas d'obligation a demander des observations écrites ou orales du salarié sur sa demande de rupture conventionnelle. Kerbourc'h J.-Y., *Salariés protégés, Des dangers de la rupture conventionnelle du contrat de travail d'un salarié protégé*, JCP S, 9 juillet 2019, n° 27, 1201, p. 32.
[588] Kerbourc'h J.-Y., *Salariés protégés, Des dangers de la rupture conventionnelle du contrat de travail d'un salarié protégé*, JCP S, 9 juillet 2019, n° 27, 1201, p. 32.
[589] Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 1.
[590] Dossier jurisprudence théma, *la rupture conventionnelle*, ruptures atypiques, n° 83/2014, 6 mai 2014, p. 3.
[591] Arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle, 6 janvier 2004, RJS 2004, n° 434; Un délit d'entrave se constitue quand un employeur porte atteinte à la libre désignation ou bien à l'exercice régulier des fonctions de représentants élus du personnel ou d'e délégués syndicaux par exemple .
[592] Bossu B., Dumont F., Verkindt P.-Y., *Droit du travail*, lextenso éditions, 2011, p. 293.

Notons ainsi que la loi française dans son article L. 1237-15 du Code du travail autorise désormais la rupture conventionnelle du contrat d'un salarié protégé. Les articles L. 2411.1 et L. 2411.2 du Code du travail comprennent la liste de ces salariés protégés.

Sont désormais concernés le délégué syndical, le délégué du personnel, le membre élu du comité d'entreprise, le représentant syndical au CE ; le membre du groupe spécial de négociation et le représentant au comité d'une société européenne, le représentant au comité d'une société coopérative européenne ou au comité d'une société issue de la fusion transfrontalière ; le représentant du personnel au CHSCT (Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail) ainsi que le représentant du personnel d'une entreprise extérieure désigné au CHSCT d'un établissement comprenant au moins une installation classée figurant sur la liste prévue au IV de l'article L. 515-8 du code de l'environnement ou mentionnée à l'article 3-1 du Code minier, tout comme le membre d'une commission paritaire d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en agriculture ; le salarié mandaté dans une entreprise dépourvue de délégués syndicaux ; le représentant des salariés lors d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire ; le représentant des salariés au conseil d'administration ou de surveillance des entreprises du secteur public, le membre du conseil ou l'administrateur d'une caisse de sécurité sociale, d'une mutuelle, d'une union ou d'une fédération, ainsi que le représentant des salariés dans une chambre d'agriculture ; le conseiller du salarié, chargé d'assister les salariés lors de l'entretien préalable au licenciement ; le conseiller prud'hommes ; le médecin du travail.
Toutes ces personnes peuvent désormais voir leur contrat terminé par une rupture conventionnelle, mais pas seulement.

Ceci est en droit français vu d'un œil très critique et suspicieusement, menant à se poser la question si l'employeur ne veut pas éviter la protection exceptionnelle à laquelle ils appartiennent.

Ces personnes figurant dans ces deux articles sont toutefois le résultat d'une recodification à droit constant de la protection attachée aux mandats existants, ainsi que posé par la Cour de

cassation au 27 janvier 2010[593] et 13 février 2012[594] par exemple[595]. La conséquence est que l'aspect protecteur de l'article L. 1237-15 du Code du travail n'est pas seulement limité aux salariés détenteurs de mandats en cours, faisant que ne peuvent être exclus les salariés qui ont demandé l'organisation d'élections professionnelles et les candidats à l'élection, tout comme les anciens détenteurs de mandats[596]. Un salarié protégé étant donc celui qui bénéficiait d'une protection contre le licenciement au titre d'un mandat avant recodification du Code du travail, mais aussi le représentant de la section syndicale faisant l'objet d'un régime protecteur semblable à celui du délégué syndical, ceci par renvoi général de l'article L. 2142-1-2 du Code du travail[597].

La procédure d'homologation est ici écartée au profit d'une procédure d'autorisation dès qu'un salarié protégé est concerné[598].
Nous avons vu dans la partie sur « la convention de rupture à travers un formulaire Cerfa », que la demande d'autorisation a elle aussi son propre formulaire. Le formulaire est à envoyer, après que le délai de rétractation de 15 jours calendaires ait expiré, par courrier recommandé avec avis de réception à l'inspecteur du travail dont dépend l'établissement qui emploi le salarié protégé[599].

Concernant le contrôle opéré par l'inspecteur du travail, l'article L. 1237-15 du Code du travail s'applique à lui également, faisant que ce dernier n'a pas à rechercher un motif justifiant la rupture conventionnelle[600]. Il reste cependant à contrôler l'appréciation de la liberté du

---

[593] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 27 janvier 2010, numéro de pourvoi 08-44.376, publié au bulletin (rejet), *Bull. civ.* V n° 22, Société SNN Clermont.
[594] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 13 février 2012, numéro de pourvoi 11-21.946, publié au bulletin (QPC : Non-lieu à renvoi au Conseil Constitutionnel), BICC n° 642, *cf.* fiche 4.
[595] Circulaire DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés Fiche 14 : Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 57.
[596] Circulaire DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés Fiche 14 : Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 57.
[597] Loi n° 2008-789 du 20 août 2008, relative à la rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, art. 6; Circulaire DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés Fiche 14 : Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 57.
[598] Bossu B., Dumont F., Verkindt P.-Y., *Droit du travail*, lextenso éditions, 2011, p. 293.
[599] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 8.
[600] Circulaire DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés Fiche 14 : Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 58.

consentement dans les mêmes conditions qu'en cas de demande d'homologation, donc selon les points de contrôle indiqués dans la circulaire du 22 juillet 2008[601] avec entre autres, les informations sur les parties comprenant identités et adresses, l'ancienneté du salarié, les éléments de rémunération, un entretien minimum, l'identité du ou des assistants, les signatures, la vérification du calcul de l'indemnité spécifique de rupture, la date envisagée de rupture ainsi que le respect du délai de rétractation[602].

Cette autorisation de l'inspecteur du travail valant homologation est cependant restreinte en ce qu'elle n'est là que pour évaluer le libre consentement du salarié en s'assurant qu'aucune pression de l'employeur n'a eu lieu sur l'exercice du mandat du salarié protégé [603]. Le rôle de l'inspecteur du travail ne comprend donc pas l'appréciation de l'existence de la validité d'un motif justifiant une rupture conventionnelle[604].

Il est important que l'inspecteur du travail s'assure en plus du libre consentement du salarié, que l'employeur n'ait exercé aucune pression sur le salarié. Notamment qu'il n'y ait eu aucune pression sur l'exercice du mandat du salarié, étant donné que la décision d'autorisation de la rupture conventionnelle se doit de constater l'absence de lien avec le mandat[605].

Il reste aussi qu'en droit français, l'inspecteur du travail doit, ainsi que posé à l'article R. 2421-4 du Code du travail[606], procéder à une enquête contradictoire « *au cours de laquelle le salarié peut, sur sa demande, se faire assister d'un représentant de son syndicat* ».

Suite à cette enquête contradictoire obligatoire, l'inspecteur du travail prendra sa décision dans un délai de deux mois (depuis le 1er janvier 2018 ; auparavant il décidait dans un délai de 15

---

[601] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008.
[602] Circulaire DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés Fiche 14 : Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 59.
[603] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 8.
[604] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 8.
[605] Circulaire DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés Fiche 14 : Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 59.
[606] Article R. 2421-4 du Code du travail, créé par le décret n° 2008-244 du 7 mars 2008, art. (V).

jours, délai qui pouvait être réduit à 8 jours en cas de mise à pied)[607]. L'autorisation donnée par l'inspecteur du travail sera notifiée après le délai suivant la réception de la demande.

Si, avant, le droit français[608] accordait une plus grande protection aux salariés protégés en apportant une exclusion à la règle « *le silence de l'administration vaut acceptation* »[609], en posant que si un salarié protégé était concerné, alors l'expiration du délai ne valait pas acceptation implicite mais au contraire rejet implicite de la demande[610]. Cependant, nous réitérons ici la remarque que nous avions faite dans la partie « Forme d'acceptation de l'homologation » et rappelons donc que l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015[611] relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration en son article 6 a abrogé cet article 21. Le résultat est qu'aujourd'hui, il n'y a plus de rejet implicite dans cette situation.

Sur le rôle de l'inspecteur du travail, il doit, tout comme l'autorité administrative, commencer par vérifier si les règles de procédures préalables à sa saisine ont bien été observées concernant l'organisation et la tenue d'un ou de plusieurs entretiens préalables ainsi que l'assistanat du salarié en accord avec l'article L. 1237-12 du Code du travail, tout comme la consultation du comité d'entreprise ayant mené à l'avis[612]. L'inspecteur du travail doit, comme c'est le cas pour l'autorité administrative dans la procédure d'homologation, faire attention à ce que les

---

[607] Article R. 2421-4 alinéa 2 du Code du travail, créé par le décret n° 2008-244 du 7 mars 2008, art. (V); Avant le 1er janvier 2018, cet article R. 2421-4 posait que le délai commençait dès la réception de la demande d'autorisation de licenciement et qu'il peut être prolongé selon les besoins de l'enquête. Si l'inspecteur prolonge le délai, il devra en informer les parties mentionnées dans l'article R. 2421-5 du Code du travail, c'est à dire l'employeur, le ou la salarié(e) et l'organisation syndicale intéressée lorsqu'il s'agit d'un délégué syndical; Article R. 2421-5 du Code du travail, créé par le décret n° 2008-244 du 7 mars 2008.

[608] Circulaire DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés Fiche 14 : Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 58.

[609] Posé dans la loi de simplification du droit entre l'administration et les citoyens n° 2013-1005 du 12 novembre 2013.

[610] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 8; Décret n° 2014-1291 du 23 octobre 2014, relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du 4° du I de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social) ; Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 8.

[611] Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015, relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration, art. 6.

[612] Une rupture conventionnelle d'un salarié protégé déclarée nulle suite à une annulation de l'autorité administrative exige que le salarié soit réintégré dans son emploi, ou un emploi équivalent. Kerbourc'h J.-Y., *Salariés protégés, Des dangers de la rupture conventionnelle du contrat de travail d'un salarié protégé*, JCP S, 9 juillet 2019, n° 27, 1201, p. 31 ; Circulaire DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés Fiche 14 : Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 58.

entretiens aient été tenus et organisés « *dans la bonne foi* »[613]. La « *bonne foi* » dans ce contexte revient, pour le ministère du travail comme posé dans la Circulaire DGT du 30 juillet 2012, à informer le salarié de la date et du lieu de l'entretien, tout comme de l'informer qu'il peut se faire assister et que le salarié doit recevoir « *une information précise sur le régime fiscal et social de l'indemnité* ».

Un exemple de cas où l'inspecteur du travail doit donner son autorisation en rapport avec des salariés dits « protégés » par le droit du travail français, est précisé par les articles L. 2411-3 et suivants du Code du travail qui posent que les employeurs d' « *anciens salariés protégés à divers titres* », qui veulent conclure une rupture conventionnelle, sont obligés de continuer à utiliser la procédure qui leur a été affectée, ceci avec l'utilisation du formulaire approprié pendant toute la période de protection définie dans ces articles[614].

Prenons comme exemple ce même article L. 2411-3 du Code du travail. Il pose que « *le licenciement d'un délégué syndical ne peut intervenir qu'après autorisation de l'inspecteur du travail. Cette autorisation est également requise pour le licenciement de l'ancien délégué syndical, durant les douze mois suivant la date de cessation de ses fonctions, s'il a exercé ces dernières pendant au moins un an. Elle est également requise lorsque la lettre du syndicat notifiant à l'employeur la désignation du délégué syndical a été reçue par l'employeur ou lorsque le salarié a fait la preuve que l'employeur a eu connaissance de l'imminence de sa désignation comme délégué syndical, avant que le salarié ait été convoqué à l'entretien préalable au licenciement* ». Ceci est un parfait exemple de la portée de protection du droit français, qui ne se limite pas seulement au strict minimum, mais allonge la protection accordée aux salariés protégés pendant un certain délai.

Par ailleurs, une consultation du comité d'entreprise (CE) peut être obligatoire quand les salariés protégés sont concernés, avec l'exception des délégués syndicaux. Cet avis du CE devra également et obligatoirement précéder l'apposition des signatures sur la rupture

[613] Circulaire DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés Fiche 14 : Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 58.
[614] Circulaire 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 4.

conventionnelle[615]. Un exemplaire du procès-verbal de la réunion contenant l'avis du CE devra être alors adjoint à la demande d'autorisation de ces salariés protégés[616]. C'est seulement après que l'avis aura été donné et que le délai de réflexion de quinze jours calendaires aura été scrupuleusement respecté, que les parties pourront alors faire la demande d'autorisation auprès de l'inspecteur du travail en y joignant le formulaire spécifique aux salariés protégés signé qui contient la convention de rupture[617].

Concernant les médecins du travail, les articles R. 4623-18 à R. 4623-24 du Code du travail admettent que ces derniers peuvent également faire l'objet d'une rupture conventionnelle dès lors que l'inspecteur du travail a donné autorisation après avoir reçu l'avis du médecin inspecteur du travail[618]. Il y a donc suivi de la procédure des salariés « protégés »[619].

a) Différenciation au sein des salariés protégés durant la suspension de leur contrat de travail

Une exclusion est opérée par le ministère du travail dans la circulaire 2009-04 du 17 mars 2009 concernant les salariés protégés dont le contrat de travail est suspendu. Selon cette circulaire, il est nécessaire de distinguer la nature de la suspension du contrat en cause. Il faut différencier les périodes de suspension soumises à des règles protectrices et les périodes de suspension non soumises à des règles protectrices.

Ainsi, en cas de suspensions qui ne bénéficient pas de protection spéciale, telles entre autres un congé sabbatique, un congé parental d'éducation, un congé pour création d'entreprise ou un

---

[615] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 8.
[616] Juritravail.com, Langlet V., *Rupture conventionnelle d'un salarié protégé : l'employeur ne peut pas la contester*, modifié le 26 mars 2015, http://www.juritravail.com/Actualite/salarie-protege-contester-l-autorisation-de-licenciement/Id/200451.
[617] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 8.
[618] Article L. 1237-15 alinéa 2 du Code du travail, modifié par la loi n° 2011-867 du 20 juillet 2011, art. 6 ; Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 8.
[619] Circulaire 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 4.

congé sans solde, il n'y aura dans ces cas-ci pas de difficulté à conclure une rupture conventionnelle[620].

Cela s'étend à la conclusion d'une rupture conventionnelle durant une maladie non-professionnelle à la condition que cela suive un consentement éclairé et libre des parties[621].

La Cour de cassation va encore plus loin dans son arrêt du 30 septembre 2013[622], en autorisant la conclusion d'une rupture conventionnelle durant la suspension du contrat de travail du salarié malade à la suite d'une « *souffrance au travail* ». La Cour de cassation ne reconnaît pas le harcèlement moral avancé par le salarié, rappelle qu'un différend entre les parties (sur le fait de savoir si le salarié était véritablement malade ou s'il falsifiait son état de harcèlement moral) n'affecte pas la validité d'une convention de rupture et considère que ce dernier avait été en situation de donner son consentement libre et éclairé lors de la signature de la convention de rupture.

A l'inverse, certaines suspensions de contrats de travail qui sont formellement encadrées en cas de rupture, ne pourront, selon les circulaires DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009[623] et n° 07/2012 du 30 juillet 2012[624], pas faire l'objet d'une rupture conventionnelle durant cette période.

(a) Inaptitude du salarié, maladie professionnelle et accident du travail

Sont concernés par exemple les salariés en congé faisant suite à une maladie professionnelle ou à un accident du travail selon l'article L. 1226-9 du Code du travail ou encore les salariées en congé maternité, ainsi que posé par l'article L. 1225-4 du Code du travail. Le ministère du travail est notamment concerné par le fait que « *la liberté du consentement du salarié peut en*

---

[620] Circulaire DGT 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 3.
[621] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 3.
[622] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 30 septembre 2013, numéro de pourvoi 12-19.711, non publié au bulletin (rejet).
[623] Circulaire DGT 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 3.
[624] Circulaire DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés Fiche 14 : Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 58.

effet apparaître plus délicate à rapporter » dans le cas par exemple où une procédure de licenciement a été engagée préalablement[625].

En cas d'inaptitude d'un salarié, l'administration conserve la position, que la rupture conventionnelle n'a pas été créée dans l'intention de contourner les garanties et procédures légales en cours sur le licenciement pour inaptitude[626]. Cette position administrative a été suivie par le conseil de prud'hommes dans le jugement du 25 mai 2010 « Les Sables D'Olonne »[627].

Dans ce jugement, le salarié bénéficiant d'un contrat à durée indéterminée fut victime en avril 2007 d'un accident de travail qui l'a empêché depuis de reprendre son travail. Un premier avis d'inaptitude du médecin du travail, en septembre 2008, prévoyait un nouvel examen en octobre 2008. Onze jours avant le nouvel examen, une rupture conventionnelle a été conclue pour une rupture fixée le 15 octobre 2008 et comprenant une indemnisation de 4.300 euros. Cette rupture a été refusée par l'administration pour faute de respect des délais de rétractation et d'instruction, ainsi que pour n'avoir pas renseigné les salaires perçus durant les douze derniers mois. Les parties régulèrent la convention de rupture, laquelle fut alors homologuée le 28 octobre 2008 pour une date de rupture fixée au 15 novembre 2008. Le second examen du salarié avait entretemps posé que l'inaptitude continuait mais qu'il était possible de l'embaucher sur un autre poste.

Le salarié a saisi les prud'hommes pour annuler l'homologation du 28 octobre 2008, bénéficier de la législation sur la protection des accidentés, constater le vice de consentement auquel il a fait face, juger qu'il s'agit en fait d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et lui allouer entre autres une indemnité de préavis, congés payés ainsi qu'une double indemnité de licenciement et des dommages et intérêts. A l'audience, le salarié s'est fait représenter par le syndicat. Le conseil de prud'hommes avait décidé d'annuler la rupture conventionnelle et a considéré qu'il s'agissait d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, faisant que l'indemnité dûe au salarié a été revue à la hausse par le conseil et que des dommages et intérêts ont été accordés.

---

[625] Circulaire DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés Fiche 14 : Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 58.
[626] Gamet L., *Rupture du contrat de travail*, Delmas, 12ème édition, 2011/ 2012, p. 152, 71.13.
[627] Arrêt du Conseil de Prud'hommes des Sables D'Olonne, 25 mai 2010, numéro de pourvoi F 09-00068.

Les arguments posés comprennent tout d'abord qu'une telle rupture ne doit pas permettre à une partie de s'affranchir de ses obligations légales au détriment de certains salariés qui bénéficient d'une protection particulière ainsi que posé par l'article L. 1231-2 du Code du travail[628]. Le Conseil argumente encore que vu les articles L. 1226-10 et suivants du Code du travail protégeant particulièrement les salariés déclarés inaptes et exigeant des employeurs une proposition de reconversion vers un autre emploi adapté au sein de leur entreprise en accord avec le médecin du travail. Ceci devant intervenir dans un délai d'un mois après la déclaration d'inaptitude, sans quoi les salaires devront continuer à être versés[629]. Qu'en cas de licenciement d'un salarié inapte il y a obligation de verser une indemnité spéciale, en accord avec les articles L. 1226-14 et L. 1226.15 du Code du travail, laquelle doit être au moins égale au double de l'indemnité de licenciement posée à l'article L. 1234.9 du Code du travail[630].

Le conseil a dans cet arrêt conclu que la volonté de l'employeur était d'échapper à l'obligation de reclassement ainsi qu'aux conséquences premières de l'inaptitudes, lesquelles sont financières, qu'il a en plus omit d'indiquer dans les deux demandes d'homologation qu'il s'agissait d'une rupture conventionnelle d'un salarié déclaré inapte, ce qui entre pourtant dans l'exercice de contrôle de l'autorité administrative, laquelle devant depuis la circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008 vérifier que « *la rupture conventionnelle ne s'inscrit pas dans une démarche visant à contourner des procédures et des garanties légales* », notamment concernant un « *accident de travail (…), procédure de rupture pour inaptitude médicale* ».

Cette décision du conseil prud'homal « Les Sables d'Olonne » montre que le droit français, malgré la création de la rupture conventionnelle, tient la protection spéciale des salariés protégés comme acquise et à respecter.

Un autre arrêt plus récent, cette fois de la Cour d'appel de Poitiers du 28 mars 2012[631] a également annulé une rupture conventionnelle signée alors que le salarié avait été déclaré inapte par le médecin du travail et qu'il était entre deux examens médicaux pour reprise du travail, ce qui

---

[628] Article L. 1231-2 du Code du travail, « *Les dispositions du présent titre (rupture du contrat à durée indéterminée) ne dérogent pas aux dispositions légales assurant une protection particulière de certains salariés* ».
[629] Article L. 1226-11 du Code du travail.
[630] Article L. 1234-9 du Code du travail, modifié par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, art. 4.
[631] Arrêt de la Cour d'appel de Poitiers, chambre sociale, 28 mars 2012, numéro de pourvoi 10-02.441.

pour la Cour démontrait une volonté de l'employeur de s'épargner ici aussi les conséquences financières de l'inaptitude et l'obligation de reclassement.

La tendance en France concernant des salariés déclarés inaptes était ainsi, jusqu'à décision contraire de la Cour de cassation, plutôt favorable aux salariés, ce que les employeurs devraient prendre en compte.

Cependant, l'arrêt de la Cour de cassation du 30 septembre 2014[632] constitue un revirement et va à l'envers de ce que prévoient ces circulaires DGT du 17 mars 2009 et du 30 juillet 2012. Cet arrêt admet au contraire la conclusion valable d'une rupture conventionnelle d'un salarié durant la période de suspension faisant suite à un accident du travail comme dans l'espèce, mais aussi à une maladie professionnelle. Dans cet arrêt, la Cour de cassation soutien la Cour d'appel de Lyon du 14 février 2013, laquelle avait « *retenu à bon droit* » selon elle, qu'une rupture conventionnelle puisse être valable durant la période de suspension consécutive à un accident de travail ou une maladie professionnelle, dès lors qu'il n'y a pas eu de fraude ou de vice du consentement.

Cet arrêt du 30 septembre 2014 est un tournant, étant donné que c'est la première fois que la Cour de cassation a précisé qu'une rupture conventionnelle puisse être valablement conclue au cours de la période de suspension du contrat de travail due à un accident du travail ou une maladie professionnelle, même s'il reste la nécessité d'être dans une situation d'absence de fraude ou de vice du consentement[633].

Il faut comprendre qu'après cet arrêt de 2014, la suspension du contrat de travail pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle n'exclut plus en soi la conclusion d'une rupture conventionnelle, mais que c'est à présent seulement en cas de vice du consentement ou de fraude qu'une rupture conventionnelle conclue dans ces conditions pourra être déclarée nulle. Des exemples de volonté frauduleuse d'employeurs seraient de vouloir conclure une rupture conventionnelle seulement pour pouvoir contourner la législation protectrice des victimes

---

[632] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 30 septembre 2014, numéro de pourvoi 13-16.297, publié au bulletin (rejet); Dossier jurisprudence théma, *la rupture conventionnelle*, ruptures atypiques, n° 83/2014, 6 mai 2014, p. 1 ; Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 3; Wolters Kluwer, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16683, 3 octobre 2014.

[633] L'actualité n° 16683 du 3 octobre 2014.

d'accidents du travail ou de maladie professionnelle, ou d'utiliser la fragilité de l'état de santé du salarié lors de la signature[634].

L'arrêt du 28 mai 2014 de la Cour de cassation[635] avait également posé un bémol sur la protection des salariés déclarés « *apte avec réserves* » après une absence pour accident du travail (mais aussi pour maladie) en y admettant la conclusion d'une rupture conventionnelle tant qu'une faute de l'employeur n'a pas été établie et qu'il n'y a pas eu vice du consentement. La charge de la preuve incombant ici au salarié, cela rend la nullité de la rupture conventionnelle difficile en pratique[636].

A l'opposé de la France, il n'y a en Allemagne aucunes exceptions ni d'obligation de demander une autorisation préalable à l'utilisation du contrat de résiliation pour rompre un contrat de travail, les classifications de salariés protégés en droit allemand n'étant valables que pour le licenciement.

De ce fait, le contrat de résiliation se présente en Allemagne comme une véritable opportunité pour l'employeur, à l'inverse du licenciement et de ses limites. Par exemple, au vu, entre autres, de salariés handicapés, de membres du comité d'entreprise, de salariés âgés ou de femmes avec enfants dont le licenciement aurait été très difficile, le contrat de résiliation y remédie en permettant une rupture simple et rapide. Par ailleurs, l'employeur s'évite aussi une éventuelle procédure en justice intentée par le salarié suite à son licenciement, où, s'il avait perdu, il aurait dû le réembaucher, payer les frais de procédure et lui verser les salaires impayés[637].

Un arrêt français récent du 9 mai 2019 de la Cour de cassation reconfirme qu'une convention de rupture conventionnelle peut être valablement conclue par un salarié déclaré inapte à son poste suite à un accident du travail, tant qu'il n'y a pas eu de fraude ou de vice du

---

[634] Dossier jurisprudence théma, *la rupture conventionnelle*, ruptures atypiques, n° 83/2014, 6 mai 2014, p. 4

[635] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 28 mai 2014, numéro de pourvoi 12-28.082, publié au bulletin (cassation partielle).

[636] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 4.

[637] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 59.

consentement[638]. Cette possibilité pour un salarié inapte de conclure une rupture conventionnelle, signifie que ce salarié peut perdre les garanties liées à l'inaptitude[639], surtout s'il n'est pas au courant que celles-ci existent et que son employeur ne lui en a pas fait part[640]. Pour l'auteur Montvalon, l'employeur qui pousse son salarié inapte, suite à un accident du travail, à conclure une rupture conventionnelle, comprend automatiquement une « *intention malveillante* ». Notamment s'il ne l'informe pas « *qu'il peut prétendre, en cas de licenciement, au double de l'indemnité minimale prévue par la loi pour une rupture conventionnelle* »[641].

(b) Congé maternité

Concernant la protection des femmes enceintes, des femmes en congé maternité ou encore des femmes se situant dans la période de quatre semaines suivant l'expiration du congé maternité, nous allons voir comment la Cour de cassation va ici aussi contrer la décision émanant de la circulaire DGT du 17 mars 2009 ainsi que l'aspect protecteur édicté à l'article L. 1225-4 du Code du travail.

Cet article pose dans son premier alinéa, qu'« *aucun employeur ne peut rompre le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté et pendant*

---

[638] Arrêt de la Cour de cassation, société AFR France, 9 mai 2019, chambre sociale, numéro de pourvoi 17-28.767. Voir aussi Tauran T., Résumés d'arrêts récents de la Cour de cassation, Le Droit Ouvrier, mai 2019, n°850 et RJS, observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 9 mai 2019, numéro de pourvoi 17-28.767, juillet 2019, n° 417, p. 536.

[639] Tricoit J.-P., *Le salarié déclaré inapte à la suite d'un accident du travail peut conclure une convention de rupture*, JCP S, 2019, 1222; Sur l'inaptitude, même dans le cas où l'avis des représentants du personnel sur les offres de reclassement faites à un salarié protégé devenu inapte suite à un accident du travail n'a pas été recueilli, cela ne constitue pas un vice tant que ce vice peut être purgé (ici licenciement prononcé à l'encontre du salarié dans l'arrêt du Conseil d'État, 27 février 2019, n° 417249: Kerbourc'h J.-Y., *Salariés protégés, Non-consultation des IRP en cas d'inaptitude d'un salarié protégé : le vice peut être purgé!*, JCP S, 30 avril 2019, n° 17-18, 1137, pp. 46 et 47.

[640] Montvalon L. de., *Rupture conventionnelle et réticence dolosive, Quelle protection du consentement face à l'asymétrie d'information* ?, JCP S, 4 février 2020, n° 5, 1028, p. 31.

[641] Tout comme la non-information que le salarié peut prétendre à un PDV accompagné d'une indemnité très supérieure à l'indemnité légale. Pour l'auteur Mouly J., la rupture conventionnelle est « *un mode de contournement du droit du licenciement* » ; Ainsi, sans avantage immédiat, la volonté de contourner le droit du licenciement peut être un possible motivation; Cette volonté de contourner le droit du licenciement ne permet cependant pas d'invoquer la fraude à la loi, ce contournement relevant d'une « *habileté permise* » par le législateur au travers du consentement du salarié. Montvalon L. de., *Rupture conventionnelle et réticence dolosive, Quelle protection du consentement face à l'asymétrie d'information ?*, JCP S, 4 février 2020, n° 5, 1028, p. 31 et Mouly J., *Résiliation conventionnelle, harcèlement moral et vice de violence : l'exclusivisme du droit commun*, Dr. Soc., 2019, p. 268 ; « *Habileté permise* », expression de Mouly J., *La « délocalisation procréative » : fraude à la loi ou habileté permise ?*, Recueil Dalloz, 2014, p. 2419.

l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles elle a droit au titre du congé de maternité, qu'elle use ou non de ce droit, ainsi que pendant les quatre semaines suivant l'expiration de ces périodes »[642]. On trouve dans cet article une période de « quatre semaines » durant laquelle la salariée a droit à une continuation de protection après sa période de suspension du contrat de travail.

La Cour de cassation ne s'est pas prononcée avant 2015. Auparavant, certaines cours d'appels s'étaient prononcées soit en faveur d'une interdiction, suivant la volonté de la circulaire DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009, telle la Cour d'appel de Rennes le 8 février 2013[643], soit en faveur de la solution inverse, telle la Cour d'appel de Lyon le 6 novembre 2013[644],

La décision de la Cour de cassation du 25 mars 2015[645] a ensuite décidé qu'il ne s'agit pas d'un droit acquis, ce qui peut expliquer l'engouement auquel la rupture conventionnelle fait face[646]. La circulaire ne lie pas le juge et la Cour de cassation ne tient ici pas à entraver la rupture conventionnelle, tout en restant dans la limite de l'encadrement légal, vu que les articles L. 1225-4 et L. 1226-9 du Code du travail ne visent que les ruptures à l'initiative de l'employeur[647].

Effectivement, cet arrêt démontre que les Cours peuvent considérer une rupture conventionnelle valide, même quand celle-ci a été conclue durant une période de suspension du contrat de travail.

Dans cet arrêt, la salariée ingénieure commerciale a conclu une rupture conventionnelle durant la période de protection de quatre semaines légale, mais quand elle a voulu faire annuler cette rupture en soulevant ce moyen, la Cour de cassation a soutenu la position de la Cour d'appel en

---

[642] Article L. 1225-4 du Code du travail, 2ème alinéa: « *Toutefois, l'employeur peut rompre le contrat s'il justifie d'une faute grave de l'intéressée, non liée à l'état de grossesse, ou de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement. Dans ce cas, la rupture du contrat de travail ne peut prendre effet ou être notifiée pendant les périodes de suspension du contrat de travail mentionnées au premier alinéa* ».
[643] Arrêt de la Cour d'appel de Rennes, 8 février 2013, numéro de pourvoi 11-05356.
[644] Arrêt de la Cour d'appel de Lyon, 6 novembre 2013, numéro de pourvoi 11-08266.
[645] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 25 mars 2015, numéro de pourvoi 14-10.149, publié au bulletin (cassation partielle) ; Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 232.
[646] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 1.
[647] « *Aucun employeur ne peut rompre …* »; Voir Leroy Y., Note sous arrêt, Cour de cassation, chambre sociale, 25 mars 2015, N. contre société Sword, numéro de pourvoi 14-10.149, Le Droit Ouvrier, juin 2015, n° 803, p. 362.

édictant qu'a été « *retenu à bon droit que, sauf en cas de fraude ou de vice du consentement, non invoqués en l'espèce, une rupture conventionnelle peut être valablement conclue en application de l'article L. 1237-11 du Code du travail au cours des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles la salariée a droit au titre de son congé de maternité, ainsi que pendant les quatre semaines suivant l'expiration de ces périodes* » et conclut ainsi que le moyen invoqué est infondé.

Une limitation est clairement posée dans cet arrêt sur la possibilité de faire annuler une rupture conventionnelle conclue durant une période normalement protectrice pour les salariés, en admettant que seul un cas de fraude ou un vice du consentement invoqué peut entacher une rupture conventionnelle de nullité. Ainsi, seul un contrôle minutieux de l'administration sur le fond des raisons et du contexte de ruptures conventionnelles peut éventuellement vraiment protéger les salariés avant homologation. Sachant que les informations concernant une grossesse ou un accident de travail ne seront souvent pas indiquées dans le formulaire Cerfa[648].

Il semble bien que la Cour de cassation oublie la position de subordination des salariés par rapport à leurs employeurs. Plus encore, la rupture conventionnelle élude ici les dispositions d'ordre public, notamment l'article 6 du Code civil, posant qu'« *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public* », les salariés pouvant renoncer grâce à la RC à leur protection légale[649].

Pourtant, la chambre sociale de la Cour de cassation avait décidé qu'il ressort de l'article L. 1226-9 du Code du travail « *qu'au cours des périodes de suspension consécutives à un accident du travail ou une maladie professionnelle, l'employeur ne peut faire signer au salarié une rupture d'un commun accord du contrat de travail et qu'une telle résiliation du contrat est frappée de nullité* »[650]. Les auteurs Blatman, Verkindt et Bourgeot ont notamment critiqué que la rupture conventionnelle ne suive pas ce raisonnement[651]. À la place, la Cour de cassation n'autorise

[648] Leroy Y., Note sous arrêt, Cour de cassation, chambre sociale, 25 mars 2015, N. contre société Sword, numéro de pourvoi 14-10.149, Le Droit Ouvrier, juin 2015, n° 803, p. 363.
[649] Leroy Y., Note sous arrêt, Cour de cassation, chambre sociale, 25 mars 2015, N. contre société Sword, numéro de pourvoi 14-10.149, Le Droit Ouvrier, juin 2015, n° 803, p. 363.
[650] Cour de cassation, 4 janvier 2000, numéro de pourvoi 97-44.566.
[651] Blatman M., Verkindt P.-Y., Bourgeot S., *L'état de santé du salarié*, édition Liaisons, 3ème édition, 2014, p. 543.

pour la rupture conventionnelle comme seules voies de contestation la fraude ou le vice du consentement, lesquels imposent la charge de la preuve au salarié.

Une petite remarque sur une rupture conventionnelle conclue avant que la salariée parte en congé maternité, dans ce cas il faut faire preuve d'extrême prudence, une telle rupture pouvant très facilement être abusive dès lors qu'elle a pour objet la maternité[652].

Nous verrons que le droit allemand est lui aussi (encore plus) peu protecteur des femmes enceintes ou ayant accouché durant leur congé maternité dans le cadre du contrat de résiliation. En Allemagne, contrairement à la France où il ressort de l'article L. 1225-4 du Code du travail[653] qu'aucune rupture conventionnelle ne peut (normalement : voir cependant arrêt du 25 mars 2015[654]) avoir lieu durant un congé maternité, le droit allemand admet sans limitations la conclusion d'un contrat de résiliation[655]. La protection spéciale contre le licenciement, laquelle s'applique sur la durée des congés de maternité ou paternité n'a pas d'effet sur des solutions de ruptures amiables tel le « Aufhebungsvertrag »[656]. L'interdiction de licenciement du § 17 Abs. 1 MuSchG ne s'oppose pas à un accord contractuel de résiliation amiable, tel le « Aufhebungsvertrag »[657].

---

[652] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 3.

[653] Article L. 1225-4 Code du travail, modifié par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, art. 10 : « *Aucun employeur ne peut rompre le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté, pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles elle a droit au titre du congé de maternité, qu'elle use ou non de ce droit, et au titre des congés payés pris immédiatement après le congé de maternité ainsi que pendant les dix semaines suivant l'expiration de ces périodes. Toutefois, l'employeur peut rompre le contrat s'il justifie d'une faute grave de l'intéressée, non liée à l'état de grossesse, ou de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement. Dans ce cas, la rupture du contrat de travail ne peut prendre effet ou être notifiée pendant les périodes de suspension du contrat de travail mentionnées au premier alinéa* ».

[654] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 25 mars 2015, numéro de pourvoi 14-10.149, publié au bulletin (cassation partielle).

[655] Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 2.

[656] Concernant une démission durant une période de congés maternité et paternité, le § 19 BEEG pose qu'il faut respecter un délai de trois mois: § 19 Kündigung zum Ende der Elternzeit « *Der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin kann das Arbeitsverhältnis zum Ende der Elternzeit nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten kündigen* ».

[657] Volk in Brose, Weth, Volk, *(6) Beendigung durch Aufhebungsvertrag,* Kommentar MuSchG § 17 Kündigungsverbot, 9. Auflage 2020, Rn. 130; BAG 8.12.1955, 2 AZR 13/54; Rolfs in Ascheid, Preis, Schmidt, *Kommentar MuSchG*, 1968, § 9 Rn. 69.

L'« avantage » si l'on peut dire cela, de la conclusion d'un « Aufhebungsvertrag » durant une période de congé maternité « Mutterschutz » ou congé parental « Elternzeit » en droit allemand, sera un montant (éventuellement) supérieur de l'indemnité versée au salarié[658].

(c) Salarié(s) handicapé(s)

L'arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 2015[659], confirmé par l'arrêt de la Cour d'appel de Bourges du 15 septembre 2017[660] a tranché ici sur la rupture conventionnelle conclue entre un employeur et son salarié, embauché dans la catégorie « salarié handicapé ». Nous avons déjà présenté à plusieurs reprises cet arrêt dans ce travail[661]. Dans cette décision, la cour n'a pas retenu l'argument du salarié handicapé, qui avançait ne pas avoir pu donner un consentement éclairé étant donné qu'il n'avait pu être ni assisté ni n'avait « bénéficié d'un interprète lors de la signature de la convention de rupture alors qu'il était sourd et muet, en arrêt de travail ». La Cour écrit que sa « prétendu difficulté de compréhension de l'écrit » n'était « nullement étayée ». Ces propos durs de la Cour d'appel de Bourges[662] étayent une volonté jurisprudentielle de ne pas admettre la nullité en dehors des conditions de droit commun et l'argument avancé se base sur l'avis de la Cour, considérant « que le salarié, qui se borne à produire un certificat médical (…) ne permettant pas de retenir que ses facultés de compréhension étaient affaiblies lors de la convention, apparaît au contraire avoir été en mesure d'exercer son droit de rétractation (…), ou à tout le moins d'en contester la pertinence, ce qui démontre qu'il avait bien compris toutes les implications de l'écrit (convention de rupture de son contrat de travail) par lui signé et de son droit à rétractation. »

---

[658] Grundmann S., Georgiou C., *Die Aufhebung von Arbeitsverträgen*, Rieder, 3. Auflage 2014, S. 40.
[659] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 16 décembre 2015, numéro de pourvoi 13-27.212, publié au bulletin (cassation partielle).
[660] Arrêt de la Cour d'appel de Bourges, chambre sociale, 15 septembre 2017, numéro de pourvoi 16-00327.
[661] Concernant le droit à formation pour les salariés, cet arrêt posant une obligation en cas de « *non-respect du droit individuel à la formation* » de payer des dommages et intérêts au salarié; Concernant l'autorisation d'une rupture conventionnelle malgré que le salarié ait été en suspension de son contrat de travail suite à un accident du travail ; Mais également concernant la possibilité de conclure une rupture conventionnelle collective malgré présence d'un litige entre les parties.
[662] Arrêt de la Cour d'appel de Bourges, chambre sociale, 15 septembre 2017, numéro de pourvoi 16-00327 confirmant l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 16 décembre 2015, numéro de pourvoi 13-27.212, publié au bulletin (cassation partielle).

Dans cet arrêt, le handicap avancé par le salarié est refusé, la Cour indiquant qu'il « ne peut pas plus être retenu » que l'absence d'interprète[663] puisse empêcher de donner un consentement éclairé[664].

Un arrêt récent du 16 mai 2018 de la Cour de cassation a vu la rupture conventionnelle d'une salariée aux facultés mentales altérées analysée comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse[665]. La salariée soutenait que son consentement avait été altéré dû à son état mental, ce que la cour d'appel de Paris puis la cour de cassation ont reconnu, le consentement des parties étant le pilier fondamental sur lequel repose la rupture conventionnelle individuelle et « que pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit »[666]. Les cours ont ici apprécié au moyen de certificats médicaux si au moment de la signature, les facultés mentales de la salariée étaient bien altérées et menaient bien à un vice de son consentement.

Nous voyons au travers de ces deux arrêts, que les décisions des cours peuvent varier grandement eu égard à l'appréciation du consentement donné par un salarié handicapé, mental ou physique. Il ressort que c'est surtout au salarié de pouvoir prouver que son consentement était bien vicié lors de la signature de la rupture conventionnelle individuelle.

En Allemagne, la conclusion d'un contrat de résiliation avec une personne gravement handicapée ne donne pas lieu à l'application de la protection contre le licenciement des paragraphes §§ 85 à 91 du SGB IX.
Il n'y a donc pas la nécessité en Allemagne d'obtenir l'accord de l'office de l'intégration « Integrationsamt » pour un contrat de résiliation, contrairement au licenciement,[667] où en effet,

---

[663] Ainsi que le fait qu'il n'ait été convié qu'à un seul entretien.
[664] L'argumentation de la Cour continue, usant de l'absence de preuve liant son handicap à une éventuelle incompréhension des documents portant convention de rupture conventionnelle : « *En réalité, B Z, né en France en 1976, ne démontre nullement par les pièces qu'il produit, ni par les circonstances de la signature de la convention telles qu'établies, l'existence au moment de la formation de cette convention d'une quelconque erreur de sa part qui résulterait de son handicap, de son arrêt de travail (ne justifiant nullement de ce chef d'un affaiblissement de ses facultés cognitives), ni d'une prétendue difficulté de compréhension de documents écrits contredite par son attitude et qui ne ressort d'aucun élément.* ».
[665] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 16 mai 2018, numéro de pourvoi 16-25.852, non publié au bulletin.
[666] Voir l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 16 mai 2018, numéro de pourvoi 16-25.852, non publié au bulletin.
[667] Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 50; Pauken, *Leitfaden für die Beschäftigung schwerbehinderter Menschen*, Teil 2, ArbRAktuell 2016, S. 183.

l'employeur doit renseigner les représentants des personnes gravement handicapées[668] sur la situation.
La seule obligation est d'informer la « Schwerbehindertenvertretung », c'est-à-dire le/les représentant(s) des handicapés qu'un contrat de résiliation, « Aufhebungsvertrag » va être conclu avec un travailleur handicapé ; mais il n'y a pas de nécessité de les écouter avant la conclusion de la résiliation de la relation de travail[669].
Cette non-nécessité d'écouter au préalable a été posée par le tribunal fédéral du travail dans une décision du 14 mars 2012[670] et ressort également d'un document de l'office de l'intégration allemand LVR[671]. Cet office de l'intégration pose que la conclusion d'un „Aufhebungsvertrag" ne nécessite pas son autorisation préalable selon les §§ 85 ff. SGB IX et reprend une ancienne décision du tribunal fédéral allemand du 27 mars 1958[672].

Cependant, il reste qu'inviter l'office de l'intégration à participer à la réalisation du contrat de résiliation est possible et peut être une bonne chose, pour tenter d'éviter la mise en place d'une période de carence par l'agence fédérale du travail[673]. Même dans le cas où l'office de l'intégration refuse de participer à la réalisation du contrat de résiliation, la tentative d'impliquer l'office peut apporter des avantages si elle est documentée[674].

Le code social IX pose dans ses paragraphes 85 et suivants une obligation d'autorisation par l'office de l'intégration compétent que pour les licenciements d'handicapés graves, à partir du moment où le salarié a été employé plus de six mois sans interruption[675]. Ce délai de six mois

---

[668] « die Schwerbehinderten Vertretung unterrichten ».
[669] Haufe.de, *Aufhebungsvertrag: Voraussetzungen, 3 Aufhebungsverträge mit besonderen Personengruppen*, https://www.haufe.de/personal/personal-office-premium/aufhebungsvertrag-voraussetzungen-3-aufhebungsvertraege-mit-besonderen-personengruppen_idesk_PI10413_HI940927.html.
[670] BAG 14.3.2012, EzA SGB IX § 95 Nr. 4.
[671] LVR-Integrationsamt (Landschaftsverband Rheinland), *Der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX*, 11. Aktualisierte und ergänzte Auflage, 2015.
[672] LVR-Integrationsamt (Landschaftsverband Rheinland), *Der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX*, 11. Aktualisierte und ergänzte Auflage, 2015, S. 15, 2.2; BAG 27. März 1958, 2 AZR 20/56, AP Nummer 12 zu § 14 SchwbG.
[673] Haufe.de, *Aufhebungsvertrag: Voraussetzungen, 3 Aufhebungsverträge mit besonderen Personengruppen*, https://www.haufe.de/personal/personal-office-premium/aufhebungsvertrag-voraussetzungen-3-aufhebungsvertraege-mit-besonderen-personengruppen_idesk_PI10413_HI940927.html.
[674] Haufe.de, *Aufhebungsvertrag: Voraussetzungen, 3 Aufhebungsverträge mit besonderen Personengruppen*, https://www.haufe.de/personal/personal-office-premium/aufhebungsvertrag-voraussetzungen-3-aufhebungsvertraege-mit-besonderen-personengruppen_idesk_PI10413_HI940927.html; Sur le « Abwicklungsvertrag », voir aussi Rolfs, *Der Arbeitsvertrag*, A 100 der Aufhebungsvertrag, Preis, 5. Auflage, 2015, S. 411, Rz. 21.
[675] § 90 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 SGB IX pose les exceptions à la protection contre le licenciement, « Ausnahmen vom Kündigungsschutz ».

présente un avantage donné aux employeurs pour les encourager à embaucher des personnes handicapées et cette période est vue comme une période d'essai[676] en quelque sorte. Cela ressort du fait que le droit des handicapés graves allemands[677] ne protège que des ruptures de relations de travail omettant ou allant à l'encontre de la volonté des salariés handicapés graves[678]. Cela signifie qu'il n'y a également pas besoin d'autorisation de l'office de l'intégration quand un handicapé grave allemand démissionne. Il en va de même dans le cadre d'un contrat d'exécution, « Abwicklungsvertrag », conclu par exemple après la prononciation d'un licenciement et réglant les conséquences découlant de ce licenciement[679].

Dans la continuation de notre présentation des différentes manières de rompre des relations de travail pour les travailleurs handicapés, un contrat à durée déterminée allemand, ne nécessitant pas de licenciement en raison du délai d'expiration, ne prévoit aussi pas d'autorisation de l'office de l'intégration. Il en va de même pour la clause, souvent inscrite dans les contrats de travail et conventions collectives, posant une condition de résolution, par exemple que la relation de travail se termine avec l'atteinte de l'âge de la retraite. Dans ce cas, un licenciement n'intervenant pas, la règle est qu'il n'y a pas d'obligation d'obtenir une autorisation de l'office de l'intégration compétent, mais cela peut être le cas exceptionnellement[680].

Une autre méthode de rupture des relations de travail ne nécessitant pas de licenciement et qui reste un cas exceptionnel, est la contestation judiciaire « Anfechtung »[681]. Une des parties va contester devant le juge le contrat de travail et si accepté, cela mènera à la résiliation du contrat de travail pour le futur, comme posé par la décision du tribunal fédéral allemand du 18 avril

---

[676] LVR-Integrationsamt (Landschaftsverband Rheinland), *Der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX*, 11. Aktualisierte und ergänzte Auflage, 2015, S. 19, 2.7.1.
[677] « Schwerbehindertenrecht ».
[678] LVR-Integrationsamt (Landschaftsverband Rheinland), *Der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX*, 11. Aktualisierte und ergänzte Auflage, 2015, S. 15, 2.1.
[679] LVR-Integrationsamt (Landschaftsverband Rheinland), *Der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX*, 11. Aktualisierte und ergänzte Auflage, 2015, S. 15, 2.2; Sur le « Abwicklungsvertrag », voir aussi Clemenz S., Burghard K, Krause R., *AGB-Arbeitsrecht*, Kommentar, Dr. Otto Schmidt, 2013, S. 304 ff.
[680] LVR-Integrationsamt (Landschaftsverband Rheinland), *Der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX*, 11. Aktualisierte und ergänzte Auflage, 2015, S. 17, 2.5; „Anfechtung" et „Aufhebungsvertrag" se présentent généralement en combinaison: voir Notzon M., *Aktuelles zum Aufhebungsvertrag und zur Anfechtung*, öAT, 2020, 4.
[681] « Anfechtung des Arbeitsvertrages gegenüber dem Vertragspartner »; Voir aussi Tschöpe, *Arbeitsrecht Handbuch*, 11. Auflage, Ottoschmidt, 2019, S., 1364, Rz 10.

1968[682] et ne nécessite pas l'autorisation du § 85 SGB IX[683]. Depuis la convention sur les droits des personnes handicapées (UN-BRK) de 2009 en relation avec le principe de non-discrimination de l'article 3 Abs. 3 Satz 3 de la loi fondamentale allemande (Grundgesetz), l'opinion dominante de la jurisprudence de l'époque a été rejetée après avoir été critiquée pour ce qu'elle autorisait que l'employeur puisse, pour erreur « Irrtum » ou tromperie délibérée « arglistige Täuschung » contester le contrat de travail quand le salarié lui avait dissimulé son handicap grave, malgré avoir été interrogé sur ce point, ou après le constat que le handicap le rendait inadapté au poste[684].

Même si le tribunal fédéral du travail n'a pas décidé si la question concernant un handicap grave est autorisée ou pas dans sa décision du 21 février 2013[685], d'autres décisions plus récentes de ce tribunal de 2014[686] ont décidé que cette question n'est en principe pas admise[687]. Cependant, ceci nous intéresse moins que la possibilité donnée aux employeurs allemands, six mois après que le salarié travaillant soit devenu handicapé, de poser la question. Ceci si l'employeur envisage un licenciement et veut prendre en compte le handicap dans le cadre du choix social d'un licenciement envisagé[688]. Se retrouve t'il opposé à un refus de répondre du salarié et comme le tribunal fédéral du travail a décidé dans sa décision de 2012[689], que cela ne présente pas de désavantage pour la personne handicapée, le salarié ne pourra alors pas compter sur son droit spécial de protection contre le licenciement « Sonderkündigungsschutz » en tant qu'handicapé grave[690]. L'employeur n'aura cependant pas le droit de résilier le contrat de travail pour tromperie délibérée « arglistiger Täuschung » du § 123 Abs. 1 BGB, Code civil allemand, comme

---

[682] BAG 18. April 1968, DB 1968, Seite 1073.
[683] LVR-Integrationsamt (Landschaftsverband Rheinland), *Der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX*, 11. Aktualisierte und ergänzte Auflage, 2015, S. 17, 2.6.
[684] vergleiche BAG 05.101995, 2 AZR 923/94, ZB 1996, S. 12, br 1996, S. 121, NZA 1996, S. 371; BAG 03.12.1998, 2 AZR 754/97, br 1999, S. 116, NZA 1999, S. 584; BAG 18.10.2000, 2 AZR 380/99, br 2001, S. 103, BB 2001, S. 628, NZA 2001, S. 315 mit weiteren Nachweisen; LVR-Integrationsamt (Landschaftsverband Rheinland), *Der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX*, 11. Aktualisierte und ergänzte Auflage, 2015, S. 17, 2.6.
[685] BAG 21.02.2013, 8 AZR 180/12, NZS 2013, S. 840, 844 Rn. 52.
[686] BAG 26.06.2014, 8 AZR 547/13, Rn 53 ff; BAG 18.09.2014, 8 AZR 759/13, Rn 40.
[687] LVR-Integrationsamt (Landschaftsverband Rheinland), *Der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX*, 11. Aktualisierte und ergänzte Auflage, 2015, S. 17, 2.6.
[688] Choix social « Sozialauswahl » selon le § 1 Abs. 3 KSchG et « Sonderkündigungsschutz » nach §§ 85 ff. SGB IX.
[689] BAG 16.02.2012, 6 AZR 553/10, NZA 2012, S. 556, 557, Rn 13, 19.
[690] BAG 16.02.2012, 6 AZR 553/10, NZA 2012, S. 556, 557, Rn 52; LVR-Integrationsamt (Landschaftsverband Rheinland), *Der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX*, 11. Aktualisierte und ergänzte Auflage, 2015, S. 18, 2.6; Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 2.

le salarié a le droit de ne pas répondre ou de répondre avec une fausse réponse. Bien entendu il reste l'exception, selon les conditions du § 8 Abs. 1 AGG, loi générale relative à l'égalité de traitement, c'est-à-dire si la nature de la fonction est associée à des exigences substantielles déterminantes et fondamentales, lesquelles ne peuvent être remplies de manière objective en raison de la déficience individuelle de la personne handicapée[691]. Un exemple type est qu'une personne aveugle d'un œil, ne peut pas travailler comme pilote d'avion, mais pourra jouer au foot, tel le joueur Wilfried Hannes de l'équipe de championnat de football allemand « Bundesliga »[692].

Nous verrons les conséquences négatives qui touchent les salariés et donc aussi les salariés handicapés parties à un contrat de résiliation plus en détail dans notre partie sur la période de carence et le versement des allocations chômage. Cependant, nous pouvons déjà remarquer que les salariés handicapés allemand se voient en principe[693] appliquer un période de carence[694] et une réduction d'un quart de leurs allocations chômage[695], ce qui est notamment dur pour les salariés handicapés ayant une grande ancienneté par exemple. En effet, comme la durée de versement des allocations chômage se verra être réduite d'un quart, cela peut représenter une beaucoup plus grande perte que les douze premières semaines de perdues, notamment parce qu'il peut leur être plus difficile de retrouver un travail en raison de leur handicap.

Les salariés handicapés allemands qui concluent un contrat de résiliation ne se voient donc pas attribuer d'avantages par rapport aux non handicapés, faisant qu'il est très important qu'avant

---

[691] LVR-Integrationsamt (Landschaftsverband Rheinland), *Der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX*, 11. Aktualisierte und ergänzte Auflage, 2015, S. 18, 2.6.
[692] Diller, NZA 2007, S. 1321, 1322; Wilfied Hannes, von 1975 bis 1986 bei Borussia Mönchengladbach, Abwehrspieler, erzielte 71 Tore, 8 Länderspiele; Ce jouer joua dans l'équipe Borussia Mönchengladbach en tant que défenseur, 71 buts et 8 matchs nationaux.
[693] Sauf motif important et autres possibilités d'éviter la période de carence, comme posé par l'agence du travail (voir partie sur la période de carence allemande). Voir aussi Fuhlrott M., *Geänderte Dienstanweisung der Agentur für Arbeit, Sperrzeitneutrale Aufhebungsverträge*, NZA 2017, 225.
[694] § 159 SGB III. Voir également Schüren in Schüren, Hamann, *Kommentar AÜG, § 3 Versagung*, 5. Auflage 2018, Rn. 108; AÜG est la loi allemand relative au travail temporaire: Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung, § 1, (1): « *Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen (Arbeitnehmerüberlassung) wollen, bedürfen der Erlaubnis. Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen. (...)* ». Traduction française de l'auteur de ce travail: *Les employeurs qui, en tant que prêteurs, veulent mettre à la disposition de tiers (emprunteurs) des salariés (travailleurs temporaires) dans le cadre de leur activité économique afin d'effectuer un travail (travail temporaire), doivent obtenir une autorisation. Les salariés sont cédés, dès lors qu'ils sont intégrés dans l'organisation de l'emprunteur et sont soumis à ses instructions.*
[695] § 148 Abs. 1 Nr. 4 SGB IX.

de signer un tel contrat, ils se renseignent sur les conséquences sociales, d'autant que la jurisprudence change et que les instructions de l'agence fédérale du travail sont souvent modifiées, compte-tenu qu'il n'y a pas d'aperçu général sur le « motif important », qui est un terme juridique non défini, lequel permet d'échapper à cette période de carence[696]. Par ailleurs, les personnes handicapées ne doivent pas seulement faire attention à la période de carence, mais également à la période de repos « Ruhenszeit », laquelle peut s'ajouter à la période de carence, repoussant encore le moment du versement des allocations chômage, à partir du moment où la relation de travail a été terminée sans respect de la fin du délai de licenciement normal[697].

b) Nombre de ruptures conventionnelles de contrats de salariés protégés

La Dares a publié en mars 2017 ses résultats concernant les ruptures conventionnelles conclues avec des salariés protégés[698]. Une autorisation d'un inspecteur du travail est, comme déjà précisé, requise avant toute rupture conventionnelle, la protection inhérente au statut de salarié protégé étant une protection juridique. Protection juridique par exemple attachée à leur mandat. Il ressort des résultats de la Dares que sur une période de quatre ans, ici de 2010 à 2014, « près de 95% des demandes de rupture conventionnelle ont été autorisées par l'inspection du travail »[699]. Les ruptures conventionnelles françaises nécessitant à l'inverse de l'Allemagne une autorisation préalable pour les salariés protégés, ne sont ainsi dans la pratique que rarement refusées et aboutissement à l'homologation.

---

[696] LVR-Integrationsamt (Landschaftsverband Rheinland), *Der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX*, 11. Aktualisierte und ergänzte Auflage, 2015, S.16, 2. 3 ; Juli S., *Aufhebungsverträge ohne Sperrzeit*, ArbRAktuell, 2017, 237: « *Was ein „wichtiger Grund" für die einvernehmliche Beendigung eines Arbeitsverhältnisses ist, hat der Gesetzgeber nicht definiert. Das Ausfüllen dieses unbestimmten Rechtsbegriffs ist den Gerichten vorbehalten* ». Voir Steinmeyer in Ascheid, Preis, Schmidt, SGB III, § 159, Rn. 65 ff.; Fuhlrott M., *Geänderte Dienstanweisung der Agentur für Arbeit, Sperrzeitneutrale Aufhebungsverträge*, NZA 2017, 225.

[697] § 158 SGB III.

[698] Sur près de 20.000 demandes pas an d'autorisation administrative concernant des salariés protégés aux inspecteur du travail, 6800 concernent des ruptures conventionnelles, c'est-à-dire un tiers. Romans F., Rosankis E., DARES résultats, *Demandes de licenciements et de ruptures conventionnelles de salariés protégés, principaux indicateurs*, édité par le Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, n° 018, mars 2017, p. 1 ; Voir aussi Kerbourc'h J.-Y., *Salariés protégés, Des dangers de la rupture conventionnelle du contrat de travail d'un salarié protégé*, JCP S, 9 juillet 2019, n° 27, 1201, p. 32.

[699] La DARES pose également qu'il y a un risque plus élevé pour les salariés protégés d'être face à un risque de rupture de leur contrat de travail dans un établissement de petite taille, sachant que ce risque vaut pour la rupture conventionnelle mais aussi pour le licenciement.

3. Mineurs

Une rupture conventionnelle française ne valant que pour les CDI et les mineurs étant soumis à l'école obligatoire jusqu'à leurs 16 ans, la loi les autorise donc à conclure des contrats de travail dès leurs 16 ans[700], notamment des CDI, à la condition que leur(s) représentant(s) légal(aux) (père et/ou mère[701]) les y autorise(nt) par écrit s'ils ne sont pas émancipés[702]. Les contrats pour mineurs entre 16 et 18 ans sont divers et comprennent principalement par exemple les contrats d'apprentissage ou de professionnalisation, lesquels sont des contrats à durée déterminée[703]. Les mineurs peuvent également travailler pendant la période scolaire, au travers d'un CDD, contrat d'intérim ou CDI. Sachant que le recours à un CDI pendant la période des vacances scolaires peut constituer un abus de droit dans certains cas, par exemple si le CDI a été conclu dans le but de pouvoir mettre fin au contrat de travail durant la période d'essai[704]. Les contrats de mineurs étant ainsi principalement des contrats d'apprentissage[705] (entre autres)

---

[700] A partir de 14 ans également sous conditions strictes : article L. 4153-1 à L. 4153-7 du Code du travail; Voir aussi les dispositions sur les « jeunes travailleurs » des articles D. 4153-1 à D. 4153-7 du Code du travail.

[701] Ou père/père, mère/mère; Ou « Parent 1 » ou « parent 2 », comme proposé par l'amendement n°834 par Valérie Petit LREM (voté le 12 février 2019) dans le cadre du projet de loi « l'école de la confiance », n°1481, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 décembre 2018 : Changé par la suite avec une nouvelle proposition de possibilité de combiner les deux termes « père » ou « mère ». Selon L'Obs, LREM propose finalement une alternative à « Parent 1 » et « parent 2 », publié le 15 février 2019, https://www.nouvelobs.com/societe/20190215.OBS0281/lrem-propose-finalement-une-alternative-a-parent-1-et-parent-2.html.

[702] L'émancipation résulte dans la plupart des cas d'une décision du juge des tutelles, mais peut aussi résulter d'un mariage. Voir articles 413-1 à 413-8 du Code civil. La capacité juridique du mineur entre 16 et 18 ans dépend ici du Code civil.

[703] Le contrat d'apprentissage plus ancien que le contrat de professionnalisation :
Le contrat d'apprentissage permet une formation en alternance en entreprise soit sous la responsabilité d'un maître d'apprentissage, soit en Centre de formation des apprentis dans le but de recevoir une qualification professionnelle au travers d'un diplôme ou d'un titre professionnel enregistré au répertoire national des certifications professionnelles (RNCP). Il peut être conclu pour une période de 6 à 36 mois dès la fin de la scolarité du premier cycle de l'enseignement secondaire et jusqu'à l'âge de 29 ans depuis le 1er janvier 2019 (et au-delà sous certaines conditions).
Le contrat de professionnalisation alterne une formation théorique dans un organisme de formation et une activité professionnelle en entreprise dans le but d'obtenir soit un diplôme, soit un titre à finalité professionnelle enregistré au RNCP ou un certificat de qualification professionnelle. Il peut être conclu pour une période allant de 6 à 36 mois (depuis le 1er janvier 2019) par des jeunes dès 16 ans (jusqu'à 25 ans, mais aussi au-delà sous certaines conditions). Voir L'Étudiant, Gless E., *Apprentissage et professionnalisation : le match des contrats en alternance, publié le 19 février 2019,* https://www.letudiant.fr/alternance/apprentissage-et-professionnalisation-le-match-des-contrats-en-alternance.html; Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 232.

[704] Easycdd, *Peut-on embaucher un mineur en CDD pendant ses vacances scolaires, jobs d'été*, accès le 19 février 2019, https://www.easycdd.com/OUTILS-GRATUITS/Comment-mieux-gerer-CDD-et-interim/La-protection-des-salaries-en-CDD/Emploi-d-un-mineur-en-CDD.

[705] La loi « pour la liberté de choisir son avenir professionnel » publiée au JO du 6 septembre 2018 prévoit qu'à partir du 1er janvier 2019 et pour les contrats conclus après cette date, les contrats d'apprentissages

ou des contrats saisonniers pendant les vacances d'été, c'est-à-dire des CDD, il convient de s'interroger sur la portée d'une rupture conventionnelle conclue par un mineur en France, étant donné que la rupture conventionnelle française ne vaut que pour les CDI.

Un manque de sources légales concernant la signature par un mineur émancipé ou non d'une rupture conventionnelle a poussé l'auteur de ce travail à s'adresser à des DIRECCTEs de différentes régions, lesquelles ont confirmé la possibilité pour un mineur de signer une rupture conventionnelle (au travers de son représentant légal s'il n'est pas émancipé) s'il s'agit d'un CDI[706].

Pour les CDD conclus par un mineur, fait le plus courant, une rupture conventionnelle ne pourra donc pas être conclue ou si elle l'est, elle ne sera pas homologuée par l'administration. Seule une rupture d'un commun accord sera proposée, laquelle permet aux parties de mettre fin rapidement et par accord au contrat de travail, sous condition de forme écrite avec signatures des parties[707].

Contrairement à l'Allemagne comme nous le verrons, le fait que le contrat de travail ait été signé par le représentant légal, n'implique pas que cela comprenne la possibilité pour le mineur de signer lui-même la rupture conventionnelle. Au contraire, c'est le représentant légal qui devra signer cette rupture conventionnelle si le mineur n'est pas émancipé. Pour ce faire, le formulaire d'homologation utilisé est le même que pour les personnes majeures, avec la nécessité dans le cas du mineur de préciser sur la deuxième page du formulaire Cerfa que c'est le représentant légal du salarié qui a signé dans la partie « remarques éventuelles »[708].

En Allemagne, les mineurs ne peuvent en droit allemand conclure un contrat de résiliation par principe qu'avec l'autorisation de leur représentant légal « gesetzlicher Vertreter »[709]. Reste la

---

peuvent être rompus au-delà du délai de 45 jours par un écrit signé par les deux parties en cas d'accord entre elles ; Ray J.-E., *Droit du travail, Droit vivant 2020*, Wolters Kluwer, 28ème édition, 2019, p. 501.

[706] Réponses obtenues personnellement par les DIRECCTEs d'île de France, de Provence-Alpes- Côte d'Azur et de Champagne-Ardenne.

[707] Renseignement obtenu personnellement auprès du service du renseignement de la DIRECCTE d'ile de France, IDF-UT92 Renseignement (UT092).

[708] Renseignement obtenu auprès du service du renseignement de la DIRECCTE de Provence-Alpes- Côte d'Azur, paca-ud13.direction@direccte.gouv.fr.

[709] Rolfs in APS, *Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Kündigungsrecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, 2017, Rn. 14; Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 10.

possibilité pour un mineur de conclure un tel contrat de résiliation sans accord préalable selon le § 113 BGB, à partir du moment où son représentant légal l'a autorisé à conclure un contrat de travail[710]. L'opinion la plus courante en Allemagne reconnait en effet que l'autorisation de conclure un contrat de travail à un mineur comprend également la conclusion d'un « Aufhebungsvertrag », contrat de résiliation par ce mineur, sans que le représentant légal doive participer à nouveau[711]. C'est-à-dire que si les parents autorisent leur enfant à se trouver un « job », il pourra décider de lui-même d'arrêter ce travail.

Cependant, l'autorisation qui se trouve dans le § 113 Abs. 1 Satz 1 du code civil allemand BGB[712] doit en principe être interprétée étroitement, en ce que cela ne vaut pas pour les apprentissages, signifiant qu'un mineur devra à nouveau demander l'accord pour résilier son contrat d'apprentissage[713]. Par ailleurs, les parents (qui sont dans la plupart des cas les représentants légaux) étant responsables ensemble, il faut que les deux parents signent[714]. Il y aura une exception quand seul un parent est reconnu comme ayant la garde « Sorgerecht », à la condition de montrer un droit de garde officiel[715].

---

[710] Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 10.
[711] Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 10.
[712] § 113 Abs. 1 BGB: Dienst- oder Arbeitsverhältnis: (1*) « Ermächtigt der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen, in Dienst oder in Arbeit zu treten, so ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen. Ausgenommen sind Verträge, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Familiengerichts bedarf. ».*
[713] Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 10.
[714] Khs-handwerk.de, *Merkblatt zum Muster-Aufhebungsvertrag*, http://www.khs-handwerk.de/assets/aufhebungsvertragsformular.pdf, S. 1.
[715] Khs-handwerk.de, *Merkblatt zum Muster-Aufhebungsvertrag*, http://www.khs-handwerk.de/assets/aufhebungsvertragsformular.pdf, S. 1.

IV. Agencement des ruptures conventionnelles du droit du travail dans nos sociétés précaires et proposition de changement

Si certains auteurs avancent que la précarité[716] n'a pas véritablement augmenté depuis les années 2000[717], la tendance législative actuelle n'a pas en pratique l'objectif de la réduire. Les nombreux changements et modifications apportés au droit français ont et continueront d'avoir des conséquences eu égard au développement de la stabilité de l'emploi. Cette précarité a justement été utilisée comme excuse pour justifier l'introduction en masse des « freelancer », c'est à dire travailleurs indépendants ou « selbstständige Arbeiter » en Allemagne. Ils sont ainsi présentés comme étant des mercenaires de passage, autonomes et qualifiés et donc figures de l'avenir du salariat dans un monde précaire et instable[718]. Les travailleurs indépendants français ont par exemple d'autant plus de difficultés pour constituer une collectivité de travail, s'il y a mise en place d'un CSE[719].

Pour l'auteur E. Dockès[720] et les co-auteurs de la proposition de Code du travail 2017, la conséquence tirée de la précarité en France est inexacte, en ce que ce ne sont pas les emplois qui sont devenus plus précaires[721], mais que les statuts sont devenus précaires[722]. L'explication apportée est que même des emplois considérés comme stables peuvent tout à fait être pourvus par

---

[716] Après avoir connu une très forte augmentation dans les années 1980 et 1990, voir Proposition de Code du travail, 2017, sous l'égide du centre de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), sous la direction de Dockès E., Dalloz.

[717] Stabilisation à un niveau élevé de 12 % de l'emploi total : avancé sur les données de l'INSEE sur les enquêtes d'emploi par la Proposition de Code du travail, 2017, sous l'égide du centre de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), sous la direction de Dockès E., Dalloz, Chapitre 2 Rupture et transfert du contrat de travail, p. 31 ; Cependant, le document de l'INSEE, Medhi M., Axel G., *Des territoires inégaux face à la précarité*, Medhi Martin, n° 25, 28 septembre 2016, p. 1, pose que en tant que principal indicateur visible, la pauvreté, « *généralement définie commun un manque durable de ressources pour vivre décemment et subvenir aux besoins de base* » en tant que la dimension financière est en France métropolitaine à un niveau de 14,3% de personnes se situant sous le seuil de pauvreté de moins de 990 € par mois par personne seule.

[718] Proposition de Code du travail, 2017, sous l'égide du centre de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), sous la direction de Dockès E., Dalloz, Chapitre 2 Rupture et transfert du contrat de travail, p. 31.

[719] Pourtant cela n'est pas insurmontable comme indiqué par l'auteur Lokiec, même si ces travailleurs indépendants constituent des collectivités diffuses ou éclatées. Par exemple avec la construction d'une représentation au niveau des branches (au travers de la conclusion de conventions collectives sectorielles): voir Lokiec P., *Chronique de droit comparé de droit du travail*, RDT, octobre 2019, p. 655.

[720] Dockès E., professeur à l'Université Paris Nanterre.

[721] Sur les emplois précaires, voir aussi Lokiec P., Porta J., *Droit du travail : relations individuelles de travail*, Recueil Dalloz, 13 avril 2017, n° 15, 841.

[722] Proposition de Code du travail, 2017, sous l'égide du centre de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), sous la direction de Dockès E., Dalloz, Chapitre 2 Rupture et transfert du contrat de travail, p. 32.

des « *travailleurs placés dans une situation de précarité juridique* » avec comme argument l'usage pour neuf emplois sur dix de contrats à durée déterminée CDD pour ce qui est des premières embauches[723]. En effet, il ne peut être conclu de cet usage massif de CDD, qu'il s'agit d'emplois temporaires mais plutôt d'un usage massif, « *en violation de la loi, comme une forme de période d'essai sur des emplois stables correspondant à l'activité normale et permanente de l'entreprise* »[724]. Il en va ainsi de la reconnaissance que de nombreux emplois sont stables, mais qu'ils connaissent l'enchainement rapide de CDD. CDD pourvus soit par un même salarié, soit par des salariés différents, les mettant dans des situations de précarité[725], en ce qu'ils seront incertains de leur sort et de leur futur[726].

Ce travail reconnait la justesse de cette description, dont l'argumentation a préalablement été avancée par l'auteur E. Dockès. Notamment dans une discussion avec Médiapart le 24 septembre 2015[727], dans laquelle le journaliste avait avancé[728] ce même argument que le droit du travail ne peut plus être pensé comme ce qu'il était durant les trente glorieuses avec un emploi à vie dans une même entreprise et sans mondialisation. Ce à quoi E. Dockès avança que cette présentation « ancienne » d'un droit protecteur transcendant la simple relation de travail doit en effet prendre en compte la dimension d'une plus grande précarité, que celle-ci n'est cependant pas si augmentée que ça et qu'au vue des contrats de travail actuels, certaines personnes sont embauchées en CDD mais ont une certaine stabilité, tandis que d'autres salariés sont en contrat à durée indéterminée mais n'y restent pas longtemps. E. Dockès avait ici déjà usé de la mesure de l'ancienneté moyenne permettant de vraiment savoir si les salariés restent embauchés

---

[723] Cette introduction du chapitre 2 de la proposition d'un nouveau code du travail se base ici sur les chiffres de l'INSEE dans son enquêtes emploi.
[724] Proposition de Code du travail, 2017, sous l'égide du centre de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), sous la direction de Dockès E., Dalloz, Chapitre 2 Rupture et transfert du contrat de travail, p. 32.
[725] L'introduction de cette proposition de Code du travail rapportant ce phénomène avance également comme argument que cela est démontré notamment par les chiffres, ceux relatifs à la situation juridique précaire des travailleurs étant différents de ceux relatifs à la précarité des emplois réels. Autre argument avancé est l'indicateur de l'ancienneté moyenne qui existe depuis 1992 et qui indique une hausse, tandis que le pourcentage des salariés ayant moins d'une année d'ancienneté a baissé. L'ancienneté moyenne était en France de 10 ans en 1992 et est montée à 11,4 ans en 2014. Il convient bien entendu de différencier ici les pays de l'OCDE notamment, lesquels sont spécialisé sur une économie de « tâches relationnelles, cognitives ou à haute technicité » demandant une ancienneté afin d'atteindre le niveau de productivité nécessaire. Voir proposition de Code du travail, 2017, sous l'égide du centre de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), sous la direction de Dockès E., Dalloz, Chapitre 2 Rupture et transfert du contrat de travail, p. 32.
[726] Cela se traduit par une fragilité de l'emploi pour ces salariés, alors même que ces postes sont stables et a notamment pour conséquences des difficultés d'accès au logement ainsi qu'au crédit.
[727] Dockès E., Médiapart, *Espace de travail : simplifier le code du travail ? oui, mais en mieux*, 24 septembre 2015.
[728] Prenant comme exemple le Danemark.

longtemps ou pas et ce depuis les trente dernières années. Allant à l'encontre de la perception actuelle, affirmant que la précarité existait il y a trente ans également et que la précarité est bien plus complexe que ce qui est habituellement cru et qui a été présenté par les deux journalistes de Médiapart. Ces journalistes considérant que la précarité est une conséquence de la mondialisation, du monde d'aujourd'hui et que cela, ainsi que le travail fragmenté entre autres n'était pas présent à l'époque.

La solution avancée dans cette proposition d'un nouveau Code du travail pour réduire cette précarité juridique, passerait par une simplification du droit applicable[729], la mise en place de procédures judiciaires accélérées en renforçant la sécurité et prévisibilités des effets des ruptures des contrats de travail au travers de réformes incorporées dans cette proposition de Code[730]. Est ainsi proposé de conserver la rupture conventionnelle, il n'est ici mention que de la rupture conventionnelle individuelle, mais de la réformer en opérant une distinction selon que l'employeur ou le salarié soit à l'initiative de la rupture. Dans un but de rapprocher la

[729] Simplification du droit du travail qui n'est ici pas à prendre au sens du discours du gouvernement, lequel considère la rupture conventionnelle et le contrat nouvelles embauches comme nécessaires à la simplification du droit du travail. Voir notamment Sachs T., *La raison économique en droit du travail, Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, thèse, 24 octobre 2009, p. 308 ; Quant au contrat « nouvelles embauches », il a au final été abrogé par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail et publiée au JO du 26 juin 2008. Ainsi, aucun contrat nouvelles embauches ne peut être conclu à compter de cette date et les contrats en cours ont été requalifiés en contrats à durée indéterminée de droit commun, dont la période d'essai est fixée par convention, ou à défaut, par les dispositions de l'article L. 1221-19 du Code du travail ».

[730] Pour ce qui est de la rupture conventionnelle qui nous intéresse à titre principal dans ce travail, celle-ci se situe au sein cette proposition de Code du travail dans la section 5 posant le maintien et la réforme des ruptures consenties;
Nous pouvons également brièvement indiquer les réformes proposées dans cette proposition de Code du travail : la fin du contrat à durée déterminé à travers un « *remplacement des CDD et de leurs clauses de terme par un CDI comprenant une clause de durée initiale* », qui doit toujours permettre une embauche pour une durée limitée afin de remplacer par exemple un salarié absent ou pour une tâche de courte durée, mais permettant à travers la clause de durée initiale de prédéterminé un motif de licenciement pour simplifier le licenciement à l'échéance ; un contrat de travail unifié (à l'envers du contrat de travail unique auquel l'auteur reproche d'augmenter la précarité) pour rapprocher les travailleurs précaires des travailleurs stables en accordant des protections habituellement réservées aux salariés en CDI aux salariés bénéficiant d'un CDI avec clause de durée initiale proposée par ce Code ; refonte du droit du licenciement en simplifiant la procédure des grands licenciements pour motif économique, maintenir l'obligation de motivation à travers une cause réelle et sérieuse et en sanctionner l'absence de manière renforcée pour dissuader notamment les grandes entreprises et renforcer le contrôle du juge.
Voir la proposition de Code du travail, 2017, sous l'égide du centre de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), sous la direction de Dockès E., Dalloz, Chapitre 2 Rupture et transfert du contrat de travail, p. 33.

rupture conventionnelle du régime du licenciement en cas d'initiative de l'employeur et de la rapprocher de la démission si initiée par le salarié [731].

V. Particularités allemandes

1. L'usage du « Aufhebungsvertrag » pour mettre fin à un CDD allemand « befristeter Arbeitsvertrag »

En Allemagne la conclusion d'un « Aufhebungsvertrag » est possible afin de mettre un terme à un contrat à durée déterminée[732]. Nous avons vu qu'en droit français cela n'est absolument pas autorisé.

Cet usage du « Aufhebungsvertrag » pour mettre fin à un CDD est fréquent en pratique en Allemagne. En effet, si un salarié est en CDI « unbefristeter Arbeitsvertrag », il peut résilier son contrat de travail en respectant le préavis prévu dans le contrat de travail, mais s'il est embauché en CDD « befristeter Arbeitsvertrag », il ne peut normalement, une fois la période d'essai passée, rompre son contrat avant la date déterminée prévue. Si un salarié, embauché en CDD, a trouvé un nouvel emploi et souhaite mettre plus rapidement terme à son contrat de travail déterminé, c'est ici que le « Aufhebungsvertrag » allemand, dont une des caractéristiques principale est la terminaison rapide « asbaldige Beendigung » du contrat de travail, est avantageux[733]. Il va donc permettre d'éviter les délais légaux[734].

---

[731] Proposition de Code du travail, 2017, sous l'égide du centre de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), sous la direction de Dockès E., Dalloz, Chapitre 2 Rupture et transfert du contrat de travail, section 5, p. 33.
[732] Backhaus in Ascheid, Preis, Schmidt, TzBfG § 3, *Großkommentar Kündigungsrecht*, 5. Auflage, 2017, Rn. 34.
[733] Voir partie « Accord libre des parties et procédure mise en place ».
[734] Teilzeit- und Befristungsgesetz TzBfG § 15, Ende des befristeten Arbeitsvertrages.

2. Clauses habituelles d'un « Aufhebungsvertrag » allemand

Nous avons vu que si la rédaction du « Aufhebungsvertrag » est libre en Allemagne, c'est-à-dire qu'il n'y a pas, contrairement à la France, de formulaire Cerfa à utiliser, ni à respecter les conditions de l'administration du travail pour recevoir l'homologation, que ce contrat de résiliation allemand doit cependant être écrit et qu'il comprend en règle générale un certain nombre de clauses, lesquelles assurent que les parties s'accordent sur les points les plus importants.
Il en va notamment d'incorporer dans le contrat de résiliation le montant (s'il y a) de l'indemnité[735], celle-ci n'étant pas obligatoire en Allemagne ; la date de rupture de la relation de travail ; le contenu du certificat de travail ; une obligation de restitution et des clauses supplémentaires que nous verrons ci-dessous.
Un préambule est donc le bienvenu, comprenant les raisons pour lesquelles le contrat de résiliation a été conclu (« Aufhebungsvertrag » conclu à la place d'un licenciement économique suivant une suppression du domaine de recherche du salarié par exemple).

a) Clauses supplémentaires prévues habituellement dans un « Aufhebungsvertrag »

(a) Clause d'exemption de travail « Freistellung » et clause d'exemption de travail irrévocable « unwiderrufliche Freistellung »

Les parties peuvent prévoir une clause libérant le salarié de son travail jusqu'à la date de résiliation du contrat de travail, notamment en utilisant des restes de congés payés par exemple ou d'heures supplémentaires si l'employeur ne tient pas à verser ceux-ci au travers d'une rémunération[736]. Cette clause d'exemption de travail simple peut signifier que le salarié peut être obligé de revenir travailler jusqu'à la date de rupture de son contrat de travail, si exigé de lui par l'employeur. En revanche, si une telle libération du travail est irrévocable, « unwiderrufliche Freistellung », il n'aura pas à revenir travailler et l'employeur doit faire attention d'ajouter dans cette clause que la clause de non-concurrence du contrat de travail vaut toujours pour cette

[735] Voir ici la partie sur l'indemnité allemande : « Indemnité de départ; Indemnités en Allemagne ».
[736] Voir aussi les parties de ce travail : « Autre possibilité pour une non application d'une période de carence à travers une exemption irrévocable » ; « Exonérations fiscales, Allemagne ».

période[737]. Par ailleurs, une telle « Freistellung », tout comme une renonciation en justice « Klageverzicht »[738], entre autres, est soumise au contrôle des AGB[739].

(b) Clause « turbo » comme droit à une résolution anticipée du contrat de travail « Turboklausel »

Une telle clause « turbo »[740] permet au salarié qui a obtenu une clause d'exemption de travail de pouvoir mettre un terme prématuré à son contrat de travail.

Un exemple : un salarié a obtenu une clause d'exemption de travail pendant 4 mois. Si au bout de deux mois il a déjà retrouvé du travail, il peut alors faire usage de cette clause pour en informer son employeur et mettre fin à la relation de travail sous une semaine. Il est souvent conclu dans une telle clause que les salaires qui auraient encore dû lui être versés pour les deux mois restants, lui soient payés au travers d'une indemnité.

De cette manière, le salarié peut commencer son nouveau travail rapidement et il recevra tout de même les salaires restants. L'avantage pour l'employeur est que le paiement de ces salaires sous forme d'indemnité lui permet d'éviter les cotisations sociales « Lohnnebenkosten », lesquelles s'ajoutent au versement d'un salaire brut d'un salarié.

---

[737] Günther in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 33; Labisch, Kanzlei für Arbeitsrecht, *Aufhebungsvertrag*, *IV. Was sollte noch darin stehen?*, accès le 10 mars 2019, https://www.arbeitsrecht-rheinland-pfalz.de/glossar-begriffserlaeuterung-rechtlicher-begriffe/glossarbegriffe/aufhebungsvertrag.html.

[738] Sachant qu'une telle clause „Klageverzicht" n'est pas nécessaire dans un „Aufhebungsvertrag", étant donné qu'il renonce de par la conclusion du contrat de résiliation à une action en justice „Kündigungsschutzklage". Voir Rolfs in APS, *Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Kündigungsrecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, 2017, Rn. 43 a, 43 b.

[739] Clemenz S., Burghard K, Krause R., *AGB-Arbeitsrecht*, Kommentar, Dr. Otto Schmidt, 2013, S. 306, 133; BAG v. 24.2.2016 – 5 AZR 258/14, NZA 2016, 762; BAG v. 12.3.2015 – 6 AZR 82/14, NZA 2015, 676; Stoffels in WLP, Anh. ArbR zu § 310 Rz. 95.

[740] Voir Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 10, 12 sur l'utilisation de la „Turboprämie": prime turbo; Cette prime „Turboprämie" est aussi appelée „prime de sprinter" „Sprinterprämie" ou encore „prime de décideur rapide" „Schnellentscheiderprämie"; Rolfs in APS, *Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Kündigungsrecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, 2017, Rn. 4, 43.

(c) Clauses de renonciation à une action en justice « Klageverzicht » ou portant sur les frais de procédure « Verfahrenskosten »

Voir la partie : « « Aufhebungsvertrag » conclu après ou pendant un licenciement : clause de renonciation d'action en justice « Klageverzicht »[741] et clause sur les frais de procédure « Verfahrenskosten » ».

(d) Clause d'exécution : « Erledigungsklausel/Ausgleichsklausel »

Une telle clause[742] prévoit que toutes les réclamations réciproques de la relation de travail ne sont plus justifiées[743]. Le danger d'une telle clause vient dès lors que le contrat de résiliation ne contient pas également d'énonciation des créances sur lesquelles cette clause ne vaut pas[744]. Il est ainsi crucial que les salariés mais aussi les employeurs allemands s'entendent et inscrivent dans le contrat de résiliation toutes les créances « Forderungen » existantes, accompagnées d'un montant, pour s'assurer qu'une telle clause d'interdiction de compensation « Ausgleichsklausel / Erledigungsklausel » ne mène à leur extinction[745].

Une telle clause « Ausgleichsklausel » est soumise à un contrôle du contenu quand intégrée dans un « Aufhebungsvertrag »[746], pour la raison que les salariés ne vont pas regarder aussi

---

[741] Une telle clause „Klageverzicht" n'est pas nécessaire dans un „Aufhebungsvertrag", étant donné que le salarié renonce de par la conclusion du contrat de résiliation à une action en justice, qui n'est possible qu'en cas de licenciement. „Kündigungsschutzklage". Voir Rolfs in APS, *Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Kündigungsrecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, 2017, Rn. 43 a, 43 b. Clemenz S., Burghard K, Krause R., *AGB-Arbeitsrecht*, Kommentar, Dr. Otto Schmidt, 2013, S. 310, 142.

[742] Günther in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 30 et 31.

[743] Clemenz S., Burghard K, Krause R., *AGB-Arbeitsrecht*, Kommentar, Dr. Otto Schmidt, 2013, S. 306, 134.

[744] Labisch, Kanzlei für Arbeitsrecht, *Aufhebungsvertrag*, *IV. Was sollte noch darin stehen?*, accès le 10 mars 2019, https://www.arbeitsrecht-rheinland-pfalz.de/glossar-begriffserlaeuterung-rechtlicher-begriffe/glossarbegriffe/aufhebungsvertrag.html.

[745] Peuvent être par exemple nommés, une clause de non-concurrence post-contractuelle, dette sur prêt ou une obligation de confidentialité entre autres : Labisch, Kanzlei für Arbeitsrecht, *Aufhebungsvertrag*, *IV. Was sollte noch darin stehen?*, accès le 10 mars 2019, https://www.arbeitsrecht-rheinland-pfalz.de/glossar-begriffserlaeuterung-rechtlicher-begriffe/glossarbegriffe/aufhebungsvertrag.html.

[746] BAG v. 12.3.2015 – 6 AZR 82/14, NZA 2015, 676; BAG v. 24.2.2016 – 5 AZR 258/14, NZA 2016, 762; BAG v. 21.6.2011 – 9 AZR 203/10, NZA 2011, 1338; Stoffels, NJW 2012, 107 (108); Krause in Staudinger, 2013, Anhang zu § 310 BGB Rz. 225; Clemenz S., Burghard K, Krause R., *AGB-Arbeitsrecht*, Kommentar, Dr. Otto Schmidt, 2013, S. 307, 137: Die Klausel unterliegt einer Inhaltskontrolle, wenn, wie häufig, der Anspruchsverzicht als Nebenbestimmung eines Aufhebungsvertrages vereinbart wird.

minutieusement la clause quand celle-ci se trouve incorporée dans un tel contrat[747]. Cette clause ne sera considérée appropriée que si la renonciation touche les deux parties ou si le salarié se voit octroyer une compensation correspondante[748].

(e) Interdiction de la compensation dans le « Aufhebungsvertrag: « Aufrechnungsverbot »

Les contrats de résiliation allemand « Aufhebungsverträge » prévoient également très souvent und interdiction de compensation « Aufrechnungsverbot ». Cela signifie pour le salarié que son indemnité ne peut par exemple pas servir à compenser des dommages-intérêts dûs à son employeur[749]. Selon le paragraphe 309 Nr. 3 du BGB, il est cependant interdit de prévoir une clause, au travers de laquelle le salarié n'est plus à même de compenser une revendication incontestée ou constatée judiciairement, ceci devant être ainsi pris en compte lors de la formulation de l'interdiction de la compensation dans le contrat de résiliation.

(f) Exclusion des droits de rétention dans le « Aufhebungsvertrag » : « Ausschluss von Zurückbehaltungsrechten »

En Allemagne les contrats de résiliation « Aufhebungsverträge » prévoient régulièrement une formule excluant les droits de rétention « Ausschluss von Zurückbehaltungsrechten » : par exemple à travers la formulation « les parties contractantes n'ont aucun droit de rétention à l'égard des obligations découlant du présent contrat de résiliation »[750]. Ceci peut permettre de s'assurer, pour le salarié, que son employeur ne décide pas de finalement se garder une part de l'indemnité prévue ; et pour l'employeur, de s'assurer que son salarié ne décide pas de ne pas

---

[747] Ils feront plus attention si la clause de renonciation est isolée par exemple. Voir Stoffels, NJW 2012, 107 (108).
[748] Stoffels in WLP, Anh. ArbR zu § 310 Rz. 97; Stoffels, NJW 2012, 107 (108).
[749] Lingemann, Groneberg, *Der Aufhebungsvertrag* (Teil 4), NJW 2011, „17. Aufrechnungsverbot", S. 2939.
[750] Lingemann, Groneberg, *Der Aufhebungsvertrag* (Teil 4), NJW 2011, „16. Zurückbehaltungsrecht", S. 2939: « *Formulierungsbeispiel: « Den Vertragsparteien steht kein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der sich aus diesem Aufhebungsvertrag ergebenden Verpflichtungen zu.* ». ».

rendre le véhicule de fonction par exemple tant que son certificat de travail n'est pas à son goût[751].

(g) Contrôle des conditions générales des clauses interdisant la compensation ou excluant des droits de rétention

L'interdiction de compensation „Aufrechnungsverbot" ainsi que l'exclusion de droits de rétention « Ausschluss von Zurückbehaltungsrechten" doivent être introduits de manière réfléchie dans le contrat de résiliation, étant donné les spécificités du contrôle des conditions générales « AGB-rechtliche Besonderheiten ». Le tribunal fédéral du travail allemand a rappelé que des clauses d'exécution « Ausgleichsklauseln » ne peuvent pas permettre à éviter le contrôle du contenu prévu au § 307 Ab. III 1 BGB, avançant l'argument que de telles clauses font partie du « Aufhebungsvertrag » en tant que clause supplémentaire[752].

En effet, la décision du tribunal fédéral du travail du 24 février 2016[753] concernait une clause d'un « Aufhebungsvertrag » qui prévoyait une renonciation mutuelle des créances « beidseitiger Forderungsverzicht ». La salariée qui souhaitait commencer un autre travail était à l'origine de la demande de ce contrat de résiliation, contrat qu'elle a signé après réception par l'employeur. Malgré que le fait que cette renonciation mutuelle soit sujette au contrôle du paragraphe 307 I 1 BGB, le tribunal a considéré que cette clause ne pénalise indûment un salarié que si l'employeur a utilisé la situation du salarié contrairement aux exigences de la bonne foi

---

[751] Lingemann, Groneberg, *Der Aufhebungsvertrag* (Teil 4), NJW 2011, „16. Zurückbehaltungsrecht", S. 2939.

[752] Stoffels M., BAG, *AGB-Kontrolle einer Ausgleichsklausel im Aufhebungsvertrag*, NJW 2012, S. 103: „*Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung unterliegen aus Gründen der Vertragsfreiheit regelmäßig ebenso wenig wie Vereinbarungen über das von dem anderen Teil zu erbringende Entgelt einer Inhaltskontrolle. Ausgleichsklauseln sind als Teil eines Aufhebungsvertrags nicht Haupt-, sondern Nebenabrede und deshalb nicht kontrollfrei*."; Écrit du tribunal fédéral du travail en relation avec son arrêt BAG 21.06.2011, 9 AZR 203/10 (LAG München): Le BAG a ici donné raison au plaignant, posant que la « betriebliche Übung », c'est-à-dire l'habitude de l'entreprise fait que les créances demandées par la salariée ne sont pas éliminées par la « Ausgleichsklausel » : siehe Seite 105, *11*I, *12*1 : « *Unter einer betrieblichen Übung ist die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu verstehen, aus denen die Arbeitnehmer schließen dürfen, ihnen solle eine Leistung oder Vergünstigung auf Dauer gewährt werden*." C'est à dire que l'entreprise a régulièrement répété un comportement duquel il peut être conclu que cet avantage ou indemnité sera versée de manière permanente.
Concernant les « formulierte Ausgleichs- und Verzichtsklauseln", voir également les auteurs Böhm, NZA 2008, NZA Jahr 2008 Seite 919; Preis, Bleser, Rauf, DB 2006, S. 2812, DB Jahr 2006 Seite 2812; ainsi que la jurisprudence: BAG, NZA 2008, NZA Jahr 2008 Seite 219 ; LAG Schleswig-Holstein, NZA-RR 2004, NZA-RR Jahr 2004 Seite 74; LAG Düsseldorf, DB 2005, DB Jahr 2005 Seite 1463.

[753] BAG, 24.02.2016, 5 AZR 258/14.

« entgegen den Geboten von Treu und Glauben » dans le but de faire valoir ses propres intérêts. La cour avance ce cela n'était pas le cas, faisant que les revendications de la salariée sont éteintes suite à la clause de renonciation « Verzichtsklausel »[754]. La cour a souligné le fait que cette clause n'était pas cachée dans le contrat de résiliation mais était même située juste au-dessus de l'emplacement des signatures[755] et dit que la salariée aurait dû s'attendre à ce que l'employeur chercherait à « nettoyer » « Gesamtbereinigung » les créances, sachant que pour la cour, l'employeur n'avait pas d'obligation de notifier ce point à la salariée[756]. On remarque encore une fois que les salariés allemands doivent être très attentifs aux implications exactes des clauses inscrites dans leur contrat de résiliation, surtout si des sommes importantes sont en jeu et auxquelles ils renonceront faute d'inattention.

[754] BAG, 24.02.2016, 5 AZR 258/14, Punkt 21 3.
[755] BAG, 24.02.2016, 5 AZR 258/14, Punkt 33.
[756] BAG, 24.02.2016, 5 AZR 258/14, Punkt 47 (1).

Section 2. Terminologie, délimitation des accords de rupture et leurs conséquences financières et sociales

Cette section va se pencher dans une première partie sur la rupture amiable du Code civil, notamment quand celle-ci touche au droit du licenciement économique et opérer une distinction terminologique pour la différencier de la transaction et de la rupture conventionnelle individuelle du Code du travail. Distinction terminologique importante également pour le droit allemand. Nous nous pencherons sur la résiliation amiable, ses limites et ses ressemblances avec la rupture conventionnelle. Tout comme nous verrons ce qu'il en est advenu depuis l'apparition et l'essor de la rupture conventionnelle individuelle. La rupture amiable et la rupture conventionnelle sont la marque d'un engouement de plus en plus grand pour les « *modes alternatifs de résolution des conflits* », c'est-à-dire pour les « *justices alternatives* »[757], ce qui revient à un mouvement anti-juge qui est à comprendre et à prendre au sérieux.

La deuxième partie de cette section portera sur la rupture conventionnelle et le « Aufhebungsvertrag » et leur rapport aux licenciements et licenciements économiques.
La troisième partie touchera elle aux indemnités de départs dans ces deux pays, avec mention de la réforme Macron en France et des changements intervenus avec cette réforme. Effectivement, s'il y a en France une indemnité légale en tant que minimum à verser[758] dans le cadre d'une rupture conventionnelle individuelle ou collective, en Allemagne, il n'existe pas de droit au paiement d'une indemnité. Ainsi environ 90% des « Aufhebungsverträge » sont en Allemagne accompagnés d'une indemnité[759] ; Sachant que sans montant minimum, l'indemnité est très variable, peu importante si le contrat de résiliation remplace un licenciement, ou plus importante si le salarié handicapé ou membre du comité d'entreprise. Au final, le montant de l'indemnité en Allemagne varie selon la perspective hypothétique d'une action en contestation

[757] Dockès E., « *Injustes alternatives et justes conflits. Critique des justices alternatives à partir du droit social* », Droit et cultures [En ligne], 65, 2013/1, mis en ligne le 12 septembre 2013, consulté le 01 mai 2018, http://journals.openedition.org/droitcultures/3033.
[758] Le salarié peut bénéficier de l'indemnité conventionnelle de licenciement, si celle-ci est plus favorable que l'indemnité légale. Comme posé par l'avenant du 18 mai 2009, consolidé dans l'arrêté du 26 novembre 2009 au JO du 27 novembre. Voir Auzero G., observations, RDT, 2010, p. 97 et Lokiec P., *Droit du travail*, Tome I, *Les relations individuelles de travail*, Thémis droit, Puf, 2011, p. 316.
[759] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 31.

d'un licenciement[760]. Autrement dit, si le salarié menace d'aller en justice et qu'il a des chances de gagner. L'indemnité sera alors plus élevée.

Il n'y a pas de paiement automatique d'une indemnité en Allemagne, mais dans la pratique, c'est au travers d'accords individuels ou d'accords collectifs, par exemple grâce à un contrat de résiliation, « Aufhebungsvertrag » ou une convention collective, « Tarifvertrag », que le salarié y aura droit. Nous verrons dans cette partie qu'il est parfois mieux pour le salarié allemand, dans le but d'obtenir un semblant d'indemnité, de prévoir non pas le versement d'une indemnité mais à la place ou en plus, un délai de préavis plus long (plusieurs mois en plus) avec une exemption de travail.

Cette partie présentera aussi ces ruptures dans la proposition française d'un autre Code du travail de 2017 par l'équipe de E. Dockès. En effet, cette thèse se chargeant de présenter la rupture conventionnelle actuelle dans un esprit de comparaison franco-allemand, il est utile de se pencher sur cette proposition de Code qui a réfléchi à des améliorations pour la réglementation française actuelle.

[760] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 31.

I. Champ d'application des accords amiables et distinctions terminologiques

1. Délimitation des termes

Nous allons voir la séparation française entre la rupture amiable issue de l'ancien article 1134 du Code civil[761], la rupture conventionnelle issue des articles L. 1237-11 et suivants du Code du travail ; et la transaction qui intervient après une rupture et prévue à l'article 2044 du Code Civil[762].

En Allemagne existe une délimitation entre différents termes. Sous le terme général de « Auflösungsverträge », c'est à dire contrats de dissolutions, on retrouve principalement nos « Aufhebungsverträge », contrats de résiliation au sein desquels les parties au contrat conviennent à l'amiable ou de manière consensuelle, de la rupture du contrat de travail. En raison de la pratique dans l'administration du travail en Allemagne, il y a maintenant différenciation, en tout cas au sein de la législation régissant la promotion du travail « Arbeitsförderungsrecht », entre le contrat d'indemnisation pour départ volontaire « Aufhebungsvertrag » et les contrats portant modification, « Änderungsverträge » et les contrats d'exécution, « Abwicklungsverträge ».

a) La rupture amiable du Code Civil

La base de la rupture amiable dans l'ancien article 1134 du Code Civil a changé au 1er octobre 2016. Cet ancien article qui posait que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* » ; que « *elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* » ; et qu' « *elles doivent être exécutées de bonne*

[761] Lokiec P., *Droit du travail*, Tome I, *Les relations individuelles de travail*, Thémis droit, Puf, 2011, p. 311; Vatinet R., *Le mutuus dissensus*, RTD civ., 1987, p. 272 ; Savatier J., Obervations, arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 2 décembre 2003, Dr. soc., 2004, 318: « *Le contrat de travail peut prendre fin non seulement par un licenciement ou une démission, mais encore du commun accord des parties*.».

[762] Transaction, devant être conclue postérieurement à la rupture du contrat de travail. Drai L., Note, JCP S, 2007, 1187 sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 24 juin 2007 et Verkindt P.-Y., Note, JCP S, 2006, 1406 sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 22 février 2006.

foi »[763] a depuis, à travers l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, été dispersé dans trois articles du nouveau code civil, les articles 1103, 1193 et 1104.

La jurisprudence de l'époque s'était fondée sur cet ancien article 1134 du Code civil ainsi que sur l'article 1221-1 du Code du travail[764] pour admettre que la rupture d'un commun accord du contrat de travail représente un mode autonome de rupture du contrat de travail organisant les conditions de cette rupture[765]. Ceci fut rappelé dans un arrêt de principe de la Cour de cassation du 29 mai 1996, où la Cour se basait sur l'article 1134 de l'époque pour poser que « *(...) les parties peuvent par leur consentement mutuel, mettre fin à leur convention (...)* qu'*il en résulte que si les parties à un contrat de travail décident d'un commun accord d'y mettre fin, elles se bornent à organiser les conditions de la cessation de leurs relations de travail* »[766].
Si des auteurs ont au début bannis ce mode de rupture, en raison de l'autonomie du droit du licenciement[767], d'autres ont considéré qu'il s'agit d'une simple transposition du droit commun[768]. Tandis que pour la Cour de cassation, la rupture amiable permet clairement de mettre fin au contrat de travail par un accord commun des parties et non plus seulement qu'au travers d'un licenciement ou d'une démission[769].

Avant 2008, c'est-à-dire avant que la rupture conventionnelle que nous connaissons ait été mise en place, si la jurisprudence admettait la rupture à l'amiable des contrats de travail, il n'est depuis 2008 plus possible de décider de la mise en place d'une rupture d'un commun accord (sauf dispositions législatives contraires) en dehors de la procédure spécifique de rupture

---

[763] Ancien article 1134 du Code Civil, créé par la loi 1804-02-07, promulguée le 17 février 1804, valable du 17 février 1804 au 1er octobre 2016. Réinscrit dans les articles 1103, 1193 et 1104 du nouveau Code Civil depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.
[764] Article 1221-1 du Code du travail pose que « *le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter* ».
[765] Taquet F., *Départs négociés et ruptures conventionnelles, la rupture amiable, la rupture conventionnelle, la transaction*, Droit du travail, Gereso, Collection l'essentiel pour agir, 4ème édition, 2015, p. 17.
[766] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 29 mai 1996, numéro de pourvoi 92-45.115, publié au bulletin et cassant l'arrêt de la Cour d'appel de Riom du 28 septembre 1992.
[767] Radé C., *L'autonomie du droit du licenciement, brefs propos sur les accords de résiliation amiable du contrat de travail et les transactions*, Dr. soc., 2000, p. 178 et Savatier J., *Les limites de la faculté de résiliation amiable du contrat de travail, RJS, 2002*, n° 3999.
[768] Favennec-Héry F., Verkindt P.-Y., *Droit du travail*, LGDJ, 6ème édition, 2018, p. 522.
[769] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 2 décembre 2003, RJS, 2004, n° 179.

conventionnelle[770]. A défaut, la rupture s'analysera en licenciement sans cause réelle et sérieuse[771]. Ceci est démontré entre autres par un arrêt de la Cour de cassation du 15 octobre 2014 où le pourvoi a été rejeté et où la Cour de Cassation a constaté que la Cour d'appel de Dijon du 30 juin 2011 avait bien « *décidé à bon droit que la rupture s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse* » étant donné « *que le document signé par les parties ne satisfaisait pas aux exigences de l'article L. 1237-11 du code du travail* ».

La rupture amiable de l'ancien article 1134 du Code civil ne vaut donc plus[772] que pour les départs volontaires dans le cadre d'un accord de GPEC (gestion prévisionnelle des emplois et des compétences) ou de PSE (plans de sauvegarde de l'emploi) [773], pour la rupture d'un commun accord de CDD[774] et pour les contrats d'apprentissage[775], même quand un tel contrat d'apprentissage a été conclu en CDI[776].

(a) Décisions portant sur les ruptures amiables du Code civil touchant au droit du licenciement économique

Citons comme exemple le congé de mobilité[777] qui reste une exception. Car si l'arrêt de la Cour de cassation du 15 octobre 2014 a bien montré qu'une rupture amiable n'entrant pas dans le champ des conditions de la rupture conventionnelle individuelle sera requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse, la loi a tout de même posé des exceptions. Une autre exception mentionnée par l'auteur C. Wolmark[778] est la possibilité de conclure un accord de départ

---

[770] Dossier jurisprudence théma, *la rupture conventionnelle*, ruptures atypiques, n° 83/2014, 6 mai 2014, p. 1 ; Cela ne valant que pour les ruptures amiables conclues après l'entrée en vigueur le 20 juillet 2008 du décret n° 2008-715 du 18 juillet 2008, voir arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 5 juillet 2017, n° 16-10.841, cassation partielle, Recueil Dalloz, 20 juillet 2017, n° 26, 1476.
[771] Dossier jurisprudence théma, *la rupture conventionnelle*, ruptures atypiques, n° 83/2014, 6 mai 2014, p. 1; Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 15 octobre 2014, numéro de pourvoi 11-22.251, FS-PBR, publié au bulletin (rejet) .
[772] Canut F., *Quand la rupture conventionnelle travailliste chasse la rupture amiable du droit commun des contrats*, RLDA, 2012, n° 75.
[773] Code du travail, article L.1237-16.
[774] Code du travail, article L. 1243-1.
[775] Code du travail, article L. 6222-18.
[776] Dossier jurisprudence théma, *la rupture conventionnelle*, ruptures atypiques, n° 83/2014, 6 mai 2014, p. 1.
[777] Congé de mobilité, article L. 1233-77 du Code du travail; Nous verrons ce congé de mobilité en détail dans notre partie sur la nouvelle rupture conventionnelle collective applicable depuis le 23 décembre 2017.
[778] Professeur de droit à l'Université Paris Nanterre.

volontaire lors d'une restructuration décidée par l'employeur, sachant qu'il considère, à raison, que les exigences requises pour que les ruptures conventionnelles individuelles soient valides sont faibles[779].

Concernant les arrêts comprenant une inaptitude physique d'un salarié pour une cause professionnelle, comme posé dans l'arrêt de la cour de cassation du 12 février 2002[780] qui a suivi les dispositions de l'article L. 122-24-4 du Code du travail[781] posant une obligation après déclaration d'inaptitude par le médecin du travail de reclasser le salarié dans l'entreprise et de reprendre le paiement du salaire si un licenciement n'a pas lieu, faisant qu'une rupture d'un commun accord est ici exclue[782] ; mais aussi l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 1999[783] où il s'agissait d'une inaptitude physique pour une cause non professionnelle. Ajoutons à ces arrêts les ruptures également annulées comprenant des salariés protégés ou « exposés », requérant une autorisation administrative de licenciement[784]. Tous ces arrêts démontrent une volonté jurisprudentielle de veiller à cantonner le champ de la rupture conventionnelle individuelle « *aux hypothèses dans lesquelles le contournement du droit du licenciement était le moins à craindre* », évitant ainsi l'écartement de l'application du droit du licenciement et que pour ce faire, « *certaines règles du droit du licenciement, ont, (...) traversé avec succès l'écran que la rupture*

---

[779] Peskine E., Wolmark C., *Droit du travail,* Hypercours, 2017, 11ème édition Dalloz, 2016, p. 376, point 560.

[780] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale du 12 février 2002, numéro de pourvoi 99-41.698 (cassation). Cet arrêt a cassé l'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 9 mars 1999 en ce que la résiliation d'un commun accord était illégale selon la Cour de cassation.

[781] Article L. 122-24-4 du Code du travail, modifié par la loi n° 2005-102 du 11 février 2005, art. 23 JORF 12 février 2005 puis abrogé par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, art. 12 (VD), JORF 13 mars 2007, en vigueur au plus tard au 1er mars 2008. Cet article comprenait l'obligation « *A l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à une maladie ou un accident »* et *« si le salarié est déclaré par le médecin du travail inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment,* » que l'employeur soit « *tenu de lui proposer un autre emploi approprié à ses capacités, compte tenu des conclusions écrites du médecin du travail et des indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise et aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes de travail ou aménagement du temps de travail. Le contrat de travail du salarié peut être suspendu pour lui permettre de suivre un stage de reclassement professionnel. Si le salarié n'est pas reclassé dans l'entreprise à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la date de l'examen médical de reprise du travail ou s'il n'est pas licencié, l'employeur est tenu de verser à l'intéressé, dès l'expiration de ce délai, le salaire correspondant à l'emploi que celui-ci occupait avant la suspension de son contrat de travail.* »

[782] Pour la raison que cela aurait l'effet d'éluder ces obligations selon la Cour de cassation.

[783] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 29 juin 1999, numéro de pourvoi 96-44.160, publié au bulletin n° 304.

[784] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 2 décembre 1992, Bull. Civ. V n° 578; Peskine E., Wolmark C., *Droit du travail,* Hypercours, 2017, 11ème édition Dalloz, 2016, p. 376 point 560.

d'un commun accord dressait devant elles »[785]. C'est bien la jurisprudence française qui a vaillamment sauvegardé les conditions de mise en place des garanties de la procédure de licenciement économique[786].

Nous voyons que les garanties de procédure de licenciement économique sont toujours appliquées dès qu'il y a un motif économique, même si le licenciement économique n'est qu'envisagé et ce avant la mise en place d'une résiliation d'un commun accord pour motif économique[787]. En effet, la Cour de cassation dans le point six de son arrêt du 2 décembre 2003 a clairement statué que « *les juges du fond confrontés à une demande d'annulation d'un accord de rupture doivent rechercher si la convention n'est pas destinée à réaliser une fraude à la loi qui aurait entraîné son annulation pour cause illicite ; qu'en omettant de rechercher, si, comme le faisait valoir le salarié, l'accord conclu le 26 août 1997 pour mettre fin au contrat de travail ne visait pas pour l'employeur à contourner les règles contraignantes du licenciement économique et à prévenir toute contestation, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1131 et 1133 du Code civil* ». Il ressort de la volonté ici de forcer les cours d'appel à ne pas se contenter de constater les faits objets du litige mais plutôt rechercher s'il y a fraude à la loi et en tirer des conséquences légales.

---

[785] Hypercours, Droit du travail 2017, Elsa Peskine, Cyril Wolmark, 11ème édition Dalloz, 2016, p. 376 point 560.

[786] Il va falloir attendre concernant la nouvelle rupture conventionnelle collective, pour observer l'encadrement de la jurisprudence dans le cadre de cette rupture, surtout concernant les personnes à risques.

[787] Ceci ressort entre autres des arrêts suivants de la Cour de cassation :
L'arrêt de la chambre sociale du 2 décembre 2003 Bull. civ. V. n° 309, cassation partielle posant entre autres dans son point 2 « *qu'une convention ne peut en aucun cas être qualifiée de résiliation conventionnelle lorsqu'elle intervient après la décision de l'employeur de licencier son salarié* » et dans son point 5 « *qu' à supposer même que l'existence d'une résiliation conventionnelle puisse être admise à la suite d'une décision ferme et définitive de l'employeur de procéder au licenciement économique, il reste que toute rupture pour un motif économique est soumise aux règles relatives au licenciement économique* » ;
Arrêt de la Cour de cassation du 7 décembre 2004, numéro de pourvoi 02-44.248. RJS 2005, non publié au bulletin (rejet);
Arrêt de la Cour de cassation, 16 décembre 2008, numéro de pourvoi 07-15.019, bull. civ. V n° 254, publié au bulletin (rejet) : comprenait l'obligation dans le cadre d'une résiliation amiable de contrat de travail avec un caractère économique de proposer les mesures d'évaluation des compétences professionnelles et d'accompagnement de l'article L. 321-4-2 du Code du travail et qu'à défaut de les avoir proposées au salarié, l'employeur doit verser une contribution aux organismes visés dans l'article L. 351-21 du Code du travail, ici à l'ASSEDIC (devenue Pôle emploi après sa refonte en 2008 avec l'ANPE).

La Cour de cassation considère dans cet arrêt du 2 décembre 2003 que seul un salarié peut, dans l'hypothèse où un licenciement économique est prévu, à son initiative « *proposer à son employeur une rupture amiable de son contrat de travail, s'il estime y avoir intérêt* »[788].

On retrouve même dans l'arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 2008 l'obligation de proposer, même si une rupture amiable a été conclue, les mesures d'évaluation des compétences professionnelles et d'accompagnement du licenciement économique ou de payer les contributions aux organismes de chômage si cela n'est pas fait ; et que cela doit être respecté même en cas de rupture amiable. On voit bien ici comment les règles du droit du licenciement ont traversé « *l'écran de la rupture d'un commun accord* ».

Il y a même eu consécration de l'obligation du respect des garanties de la procédure de licenciement économique[789] par le législateur au sein de l'article L. 1233-3 du Code du travail[790].

Si la loi a ainsi prévu des exceptions pour conclure des ruptures amiables ayant un caractère économique, elles restent des exceptions. Ce faisant, la rupture amiable[791] ne doit pas avoir été précédée d'une notification de licenciement, comme vu plus haut dans l'arrêt de la Cour de cassation du 2 décembre 2003 et il y a aussi interdiction des règles relatives à l'ordre des

---

[788] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 2 décembre 2003, Bull. civ. V. n° 309, numéro de pourvoi 01-46.176, publié au bulletin (cassation partielle), conclusion sur le premier moyen.

[789] Et ceci avant toute résiliation d'un commun accord suivant un motif économique.

[790] Cet article L. 1233-3 du Code du travail est très important dans le cadre de ce travail, étant donné qu'il pose ici, comme nous venons de l'indiquer, les conditions constituant un licenciement pour motif économique. Cet article, modifié très récemment à travers la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, art. 11, a désormais aussi introduit la rupture conventionnelle collective et stipule clairement dans son dernier paragraphe que la rupture conventionnelle individuelle de 2008 et la rupture conventionnelle collective sont exclues : « *Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment : 1° A des difficultés économiques caractérisées soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés. (…) Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées au présent article, à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants et de la rupture d'un commun accord dans le cadre d'un accord collectif visée aux articles L. 1237-17 et suivants.* » ; Voir ici aussi Béraud J.-M., *Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique : un rapport à décrypter*, RDT, 2011, p. 226 ; Pélissier J., *Ruptures conventionnelles assujetties au droit du licenciement économique*, SSL, 2011, n° 1484, p. 7 et suivantes ; Couturier G., *Rupture conventionnelles et licenciements pour motif économique*, RJS, 2011, p. 347 ; Géa F., *Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique*, RDT, 2011, p. 244 ; Auzero G., Baugard D., Dockès E., *Droit du travail*, 31ème édition Dalloz, 2017, p. 511.

[791] Rupture amiable antérieure à la rupture conventionnelle de 2008.

licenciements ainsi que posé dans l'arrêt du 12 juillet 2004[792]. Dans cet arrêt de 2004, la Cour confirme que « *le principe du volontariat n'est pas compatible avec un nombre précis de suppressions de postes* »[793].

(b) La rupture amiable et la transaction

Nous verrons plus loin dans ce travail la différence entre transaction et rupture conventionnelle individuelle.

Brièvement, une transaction a pour objet de mettre fin à un litige faisant suite à une rupture d'un contrat de travail et ne peut être ainsi valablement conclue qu'une fois la rupture ayant eu lieu de manière définitive[794]. Étant donné la nature de la transaction, la Cour de cassation[795] a dès 1999 annulé dans son arrêt SCP Coulombie-Gras c/ Le Coq une rupture d'un commun accord conclue en même temps qu'une transaction[796].

---

[792] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 12 juillet 2004, numéro de pourvoi 02-19.175, non publié au bulletin (rejet).

[793] La cour continue en édictant qu'il « *appartenait à la cour d'appel, comme l'y invitait le comité central d'entreprise intéressé, d'enjoindre à la société de définir les critères d'ordre des licenciement, pour le cas où le volontariat ne suffirait pas à atteindre le niveau recherché de suppressions de postes et les critères de sélection des candidatures pour le cas où il excéderait ce niveau ; qu'en affirmant que la règle de définition de l'ordre des licenciements ne s'imposait pas en l'espèce, la cour d'appel a violé l'article L. 321-1-1 du Code du travail* ». Voir Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 12 juillet 2004, numéro de pourvoi 02-19.175, non publié au bulletin (rejet).

[794] Donc seule une transaction conclue postérieurement à l'homologation de la rupture conventionnelle, ou à la notification de l'autorisation de l'inspection du travail dans le cas des salariés protégés peut être admise, si elle a pour seul objet de régler un différend sur l'exécution du contrat de travail. Voir Jacquelet C., Coulombei E., *La transaction en droit social*, RJS, mai 2019, p. 346; Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 11 ; Voir l'arrêt de la Cour de Cassation, chambre sociale, 26 mars 2014, numéro de pourvoi 12-21.136 et l'arrêt de la Cour de Cassation, chambre sociale, 25 mars 2015, numéro de pourvoi 13-23.368 ; Wolters Kluwer, « Ruptures atypiques », Liaisons Sociales Quotidien, n° 198, 3 novembre 2015 ; Wolters Kluwer, *Rupture conventionnelle : impossible de transiger sur le principe même de la rupture*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16811, 9 avril 2015, p. 1 ; kiec P., *Droit du travail*, Tome I, *Les relations individuelles de travail*, Thémis droit, Puf, 2011, p. 312.

[795] Arrêt de la Cour de cassation, chambre mixte, 12 février 1999, numéro de pourvoi 96-17468, publié au bulletin (cassation partielle), SCP Coulombie-Gras c/ Le Coq. Bull. ch. Mixte, n° 1; GADT n° 92.

[796] Voir ainsi la jurisprudence sur la RC et la transaction, notamment l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 25 mars 2015, numéro de pourvoi 13-23.368, RJS 6/15, n° 408 et l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 16 septembre 2015, numéro de pourvoi 14-13.830, RJS 12/15 n° 771; Voir Jacquelet C., Coulombei E., *La transaction en droit social*, RJS, mai 2019, p. 346.

(c) Litiges au sein de la rupture amiable

Nous verrons ici aussi ce que le droit français prévoit concernant les litiges en cours et la rupture conventionnelle.

Pour ce qui est de la relation litige et rupture d'un commun accord, la jurisprudence prévoit la validité d'une rupture amiable seulement en l'absence de tout litige entre les parties. Ce principe a été confirmé dans de nombreux arrêts de la Cour de cassation[797]. L'exception reconnue par la Cour étant que le salarié soit à l'initiative de la négociation de rupture amiable[798]. Ce principe de reconnaitre ici la rupture d'un commun accord, malgré l'existence d'un litige entre les

---

[797] Arrêt de la Cour de cassation du 2 décembre 1997, chambre sociale, numéro de pourvoi 95-42681, non publié au bulletin (cassation partielle) : dans cet arrêt la Cour de cassation rappelle que dans le cadre d'une rupture amiable, « *la volonté d'un salarié de rompre son contrat de travail et de renoncer ainsi aux règles du licenciement, doit être claire et précise et non équivoque* » et que une simple lettre signée et confiant ici une mission de cinq mois en précisant qu'il recevra une indemnité de départ accordée à l'issue de cette mission, ne peut être considérée comme une volonté commune de résilier le contrat de travail et que la cour d'appel de Paris avait ainsi violé la loi;
Arrêt de la Cour de cassation du 31 mars 1998, bull. civ. V, n° 189, numéro de pourvoi 96-43.016, publié au bulletin (rejet) : dans cet arrêt, la Cour de cassation pose que « *s'agissant des droits à indemnités nés de la cessation du contrat de travail, être déduite du silence ou de l'abstention du salarié »* et confirme ensuite la position que nous présentons, considérant la décision de la cour d'appel de Rouen valide, en ce que *« cette rupture amiable intervenue en dehors de tout litige, ne constituait pas un licenciement* » ;
Arrêt de la Cour de cassation du 26 octobre 1999, Bull. civ. V, n° 411, numéro de pourvoi 97-42.846, publié au bulletin (cassation) : Ici encore, la Cour de cassation considère que l'acte en cause dans cet arrêt (« protocole d'accord valant transaction ») « *ne pouvait valablement constituer, ni une rupture d'un commun accord en l'état d'un litige existant entre les parties, ni même une transaction qui ne pouvait intervenir qu'une fois le licenciement prononcé dans les conditions requises* » ;
Arrêt de la Cour de cassation du 31 octobre 2007, numéro de de pourvoi 06-43.570, non publié au bulletin (cassation): « *la conclusion d'un accord de rupture d'un commun accord du contrat de travail suppose l'absence de litige sur la rupture* ». Ceci valant dans cet arrêt même si la salariée a préalablement signé l'accord. Dans cet arrêt, la salariée fait état de pressions de la part de l'employeur mais ne l'établit pas. Pour la Cour de cassation, tant que la salariée « *avait adressé le jour même une lettre à son employeur pour contester avoir donné son accord à la rupture du contrat de travail* », cela démontre son absence de volonté claire et non équivoque de rompre son contrat de travail;
Arrêt de la Cour de cassation du 11 février 2009, bull. civ. V, n° 43, numéro de pourvoi 08-40.095, publié au bulletin (cassation partielle) : Il s'agit d'une convention signée entre les parties en 2004 pour mettre fin d'un commun accord le contrat de travail. Pour la Cour d'appel, il n'y avait pas de litige, considérant que les parties étaient toujours « *à l'état de discussions* ». La cour de cassation en revanche a jugé qu'un différend existait bien entre les parties sur l'exécution et la rupture du contrat et ainsi casse la décision d'appel. Partageons l'affirmation de la Cour d'appel d'Ais en Provence qui rappelait dans sa décision qu'« *une rupture amiable du contrat de travail reste possible dès lors qu'elle ne cache pas une transaction destinée à régler les conséquences d'un litige* ».

[798] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 21 janvier 2003, numéro de pourvoi 00-43.568, publié au bulletin (rejet): Dans cet arrêt, la Cour de cassation approuve la constatation de la Cour d'appel de Chambéry, en ce que des pourparlers ont eu lieu entre les parties, notamment avec l'aide d'avocats, sur la convention litigieuse concernée. Partant du fait que le départ du lieu de travail d'un commun accord provenait de l'initiative du salarié pleinement informé de ses droits, préservant ainsi ses droits, la Cour conclue qu'il y avait bien donc rupture du contrat de travail d'un commun accord.

parties, mais en partant du fait que cela est possible si le salarié en prend l'initiative, ne fait pas l'objet d'une jurisprudence constante[799].

On retrouve également cette délimitation entre litige et rupture amiable contrôlée en son exclusion par la Cour de cassation dans son arrêt du 2 décembre 2003[800].

La raison derrière ce refus d'autoriser une rupture amiable en cas de litige peut se retrouver dans la nature de l'expression « rupture amiable »[801], laquelle exige une négociation sans différend entre les parties pour garantir son objectif, ou alors elle doit être initiée par le salarié qui est la personne à protéger dans la relation employeur salarié.

(d) Recours au sein de la rupture amiable

L'accord de rupture amiable est à même d'être annulé pour vice de consentement. Ceci en conformité avec le droit des obligations. Un exemple serait l'annulation de l'accord pour violence morale, comme posé dans l'arrêt de la Cour de cassation du 30 novembre 2004 où la salariée avait été forcée par le gérant de la société de lui faire des massages de nature sexuelle[802].

---

[799] Arrêt de la Cour de cassation du 11 février 2009, bull. civ. V, n° 43, numéro de pourvoi 08-40.095: écarte une rupture amiable même si l'initiative a été prise par la salariée ; Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 2.

[800] Au point 3 de cet arrêt : « *que l'existence d'un litige né ou à naître entre l'employeur et le salarié exclut toute possibilité de rupture amiable du contrat de travail ; qu'en l'espèce, la décision de l'employeur de procéder au licenciement économique du salarié avait fait naître un litige relatif à la mise en œuvre de cette décision concernant notamment la question de la prime de non concurrence et le manque de diligence de l'employeur à mettre en œuvre la procédure de licenciement économique ; qu'en jugeant cependant que la convention du 26 août 1997 pouvait constituer un accord de résiliation amiable, la cour d'appel a violé les articles précités ;* » Voir arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale du 2 décembre 2003, Bull. civ. V. n° 309, numéro de pourvoi 01-46176, publié au bulletin (cassation partielle).

[801] Peskine E., Wolmark C., *Droit du travail,* Hypercours, 2017, 11ème édition Dalloz, 2016, p. 377 point 565.

[802] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 30 novembre 2004, numéro de pourvoi 03-41.757; Voir aussi les arrêts de la chambre de cassation du 28 octobre 1997, numéro de pourvoi 94-44-916 et du 20 mai 1998, numéro de pourvoi 96-41.314.

Notre travail se concentre cependant sur les ruptures conventionnelles, mises en place en 2008[803] et pour lesquelles la totalité des règles du droit de licenciement pour motif économique ne sont pas applicables.

b) La rupture conventionnelle du Code du travail

La rupture conventionnelle française en tant que mode de rupture rénové nous vient donc de la résiliation amiable à travers la loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail. Le ministre du travail de l'époque l'avait présentée comme « *une modernisation sans précédent des relations individuelles de travail* »[804].
Nous verrons cependant qu'il s'agit d'une rupture d'un commun accord, telles celles déjà en cours avant la loi du 25 juin 2008 (article L. 6222-18 la rupture du contrat d'apprentissage (contrat d'apprentissage qui comme déjà vu, ne peut faire l'objet d'une rupture conventionnelle, n'étant par nature pas à durée indéterminée[805]); article L. 1243-1, la rupture du contrat à durée déterminée ; article L. 1233-65 et suivants, la convention de reclassement personnalisée ; article L. 1233-80, l'acceptation d'un congé de mobilité ; ordonnance du 13 avril 2006, article 3, le contrat de transition professionnel) et que la rupture conventionnelle est en proie à de nouvelles règles dans sa conclusion et ses effets.

Concernant la résiliation amiable française du contrat de travail admise comme licite par l'article 12 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, il convient cependant de noter les exceptions que ce principe connaît. Par exemple, la Cour de Cassation annule une résiliation amiable en cas de consentement vicié du salarié par le biais du droit commun des contrats[806]. La jurisprudence française prononce également l'illicéité d'une résiliation amiable et admet par ce biais sa nullité, dans le cas des salariés protégés, position des arrêts Perrier rendus en 1974[807], mais aussi en cas de rupture d'un commun accord d'un salarié suspendu[808],

---

[803] Ainsi que les nouvelles ruptures conventionnelles collectives de décembre 2017.
[804] Déclaration à l'Assemblée Nationale, séance du 15 avril 2008 (reprise à 16h20).
[805] Circulaire 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 4.
[806] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 30 novembre 2004, numéro de pourvoi 03-41757, Droit social 2005, p. 321, obs. B. Gauriau (vice de violence).
[807] Arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle, 26 nov. 1985, Bull. crim. N° 578 ; Soc. 2 déc. 1992, Bull. civ. V, n° 578.
[808] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 4 janvier 2000, Droit social 2000, p. 350.

ceci étant en violation de l'article L. 122-32-2 du Code du travail, ou encore en cas d'inaptitude constatée par le médecin du travail[809].

La rupture conventionnelle conclue par les parties se verra donc analysée en licenciement sans cause réelle et sérieuse si elle est conclue en dehors des cas spécifiques autorisés par la loi, les Cours de justice ayant comme nous le verrons dans plusieurs arrêts, une certaine marge de manœuvre[810].

Il convient cependant de préciser que dans le cadre de la rupture conventionnelle française, son caractère de mode de rupture autonome n'admet pas le contrôle du motif de la convention de rupture conventionnelle conclue[811].

c) La transaction française et le « Abwicklungsvertrag » ou contrat d'exécution allemand

(a) La transaction en droit français (à différencier de la rupture conventionnelle), aussi appelée rupture transactionnelle

Tandis qu'un consentement mutuel met fin à une convention entre les parties sur la base de l'ancien article 1134 du Code civil, la transaction[812], selon l'article 2044 du Code Civil « *est un*

---

[809] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 29 juin 1999, Bull. civ. V, n° 304, soc. 12 fév. 2002, Bull. civ. V, n° 66.

[810] Quelques exemples vus dans ce travail, entre autres : l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 29 janvier 2014, numéro de pourvoi 12-25.951, publié au bulletin (cassation partielle) concernant le contrôle exercé par la cour sur le vice de consentement ; l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 25 mars 2015, numéro de pourvoi 14-10.149, publié au bulletin (cassation partielle) sur la période de suspension supplémentaire de quatre semaines prévues par la loi.

[811] Voir l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 12 février 2014, numéro de pourvoi 12-29.208, non publié au bulletin (rejet) : « *3°/ que sous couvert de contrôler le consentement des parties, les juges du fond ne peuvent contrôler le motif de la convention de rupture conventionnelle qui constitue un mode autonome de rupture ; qu'en annulant la convention de rupture conventionnelle au prétexte qu'elle était intervenue après que la salariée ait fait l'objet d'une sanction disciplinaire grave et injustifiée et alors qu'aucune observation ne lui avait été faite jusqu'alors sur son comportement ou son travail, la cour d'appel qui, sous couvert de contrôler le consentement de la salariée, a opéré un contrôle du motif de la rupture conventionnelle, a violé l'article L. 1237-11 du code du travail, ensemble l'article 12 du code de procédure civile ;* ».

[812] La transaction a elle-même été l'objet de controverses doctrinales, ayant été considérée comme contraire à l'intention du législateur par notamment Camerlynck G.-H., Note sous arrêt, Cour de cassation, chambre sociale, 13 novembre 1959, JCP 1960 II 11450; Assouline Y., note sous arrêt, Cour d'appel de Paris, 11 juin 1975, JCP 1976 II 18 357 et Pélissier J., *Les départs négociés*, *Dr. soc*. 1981. 228; tandis que d'autres auteurs

contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître »[813]. Il est également posé dans cet article que ce contrat requiert la forme écrite.

On retrouve une explication de la transaction dans l'arrêt de principe de la Cour de Cassation du 29 mai 1996 : « *la transaction, consécutive à une rupture du contrat de travail par l'une ou l'autre des parties, a pour objet de mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultant de cette rupture. Par suite, 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* »[814].

Dans cet arrêt, le salarié engagé et promu d'employé à directeur de gestion avait par lettre accepté le « licenciement » pour faute grave et reconnu qu'aucune indemnité ne lui était dûe ainsi que renoncé à toute action contre l'employeur. Suite à cela il reçut une lettre de licenciement de l'employeur adressée à lui quatre jours plus tard. Le salarié soutint avoir été licencié sans cause réelle et sérieuse et sans respect de la procédure de licenciement et a saisi le conseil de prud'hommes pour obtenir un paiement d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts. La Cour d'appel de Riom a rejeté les demandes, les jugeant irrecevables au vu de la transaction intervenue entre les parties dans laquelle le salarié renonçait à formuler toute action contre son employeur en raison de son licenciement pour faute grave. La Cour de Cassation a ici jugé que la Cour d'appel n'avait pas correctement statué, étant donné que l'accord signé par les parties n'était pas destiné à mettre fin au contrat de travail, mais plutôt à régler les conséquences d'un licenciement et surtout que cela avait été conclu avant la réception par le salarié de la lettre de licenciement. La rupture n'était donc pas encore intervenue ni définitive, faisant que la transaction n'avait pas été valablement conclue.

---

remarquaient qu'elle ne posait qu'une simple application du droit commun des contrats: Savatier J., *La résiliation amiable du contrat de travail*, Dr. soc. 1985, p. 692; Teyssié B., *Sur la résiliation conventionnelle du contrat de travail*, JCP E, 1986. I. 15511; Voir également Alves-Conde M., *L'aptitude à consentir du salarié*, thèse, 29 novembre 2018, p. 274 ; Sur la distinction entre transaction et reçu pour solde, voir Mouly J., *La renonciation du salarié entre ordre public social et déréglementation : un nouvel état des lieux*, sous la direction de Sachs T., Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012, pp. 120 et 121.

[813] Article 2044 du Code Civil, modifié par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, art. 10.

[814] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 29 mai 1996, numéro de pourvoi 92-45.115, publié au bulletin. 1996 V N° 215 p. 150 et cassant l'arrêt de la Cour d'appel de Riom du 28 septembre 1992.

Le danger réside quand des personnes confondent transaction et rupture conventionnelle. La transaction, ainsi que nous venons de le voir, n'est pas un mode de rupture, mais plutôt un contrat passé entre le salarié et son employeur après un licenciement pour régler un éventuel litige qui a fait surface durant les entretiens. Le point négatif est que le salarié renonce avec la conclusion de cette transaction à tout recours judiciaire, d'où la contrepartie financière[815]. Tandis que la rupture conventionnelle reste un accord amiable entre deux parties, faisant que la possibilité de faire valoir ses droits (sur des points non abordés dans le cadre de la convention de rupture) devant le conseil des prud'hommes reste ouverte, qu'il s'agisse d'un différend sur des frais, des heures supplémentaires ou un harcèlement. Nous avons vu que cette possibilité est moins présente en Allemagne, où des clauses inscrites dans le contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag » limitent la possibilité pour le salarié de réclamer son dû.

Sachant que la rupture transactionnelle du contrat de travail est un contrat permettant de prévenir ou résoudre un litige à venir ou déjà actuel et d'empêcher toute contestation ultérieure, en pratique, les signataires vont opérer un échange de concessions[816]. Par exemple, le salarié abandonne des contestations, réclamations, revendications et menaces de procès, il peut même abandonner un procès en cours, contre le versement par l'employeur de lui verser une indemnité transactionnelle[817].

C'est le versement de l'indemnité transactionnelle qui va faire prendre effet à la transaction et donc déclencher le moment à partir duquel le salarié n'a plus le droit de réclamer ou d'agir en justice ; par ailleurs, si cette transaction est valide, elle ne pourra être remise en question ultérieurement, cependant, seuls les litiges inscrits dans la transaction sont éteints[818]. Cette transaction du contrat de travail est comme la rupture conventionnelle soumise à la nécessité d'être valide, elle doit donc respecter des conditions et depuis le 12 mai 2017, le bureau de conciliation et d'orientation du conseil de prud'hommes est en charge d'homologuer l'accord qui est issu

---

[815] Dans la transaction, „*les parties déclarent renoncer à intenter ou poursuivre toute instance ou action de quelque nature que ce soit dont la cause ou l'origine aurait trait au contrat de travail, à son exécution ou à sa rupture*", voir RJS, observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 20 février 2019, numéro de pourvoi 17-19.676, mai 2019, n° 289, p. 371; Sur la transaction, voir aussi Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 237.

[816] Sur la nature des concessions, appréciés par les juridictions, voir Jacquelet C., Coulombei E., *La transaction en droit social*, RJS, mai 2019, p. 347.

[817] Jacquelet C., Coulombei E., *La transaction en droit social*, RJS, mai 2019, p. 347 : si les concessions réciproques ne sont pas proportionnelles, cela importe peu, tant qu'elles ne sont pas dérisoires.

[818] Jacquelet C., Coulombei E., *La transaction en droit social*, RJS, mai 2019, p. 350.

de cette transaction après saisine par l'ensemble des parties à la transaction ou la partie la plus diligente[819].

Dans le cas où elle n'est pas valide (par exemple il n'y a pas de concessions réciproques effectives[820], appréciables[821] et mesurables[822]), une partie pourra agir en justice et faire annuler cette transaction, replaçant les parties dans la situation d'avant et cela signifie pour le salarié qu'il devra rembourser les sommes qu'il aura perçues de son employeur dans le cadre de cette transaction[823]. Les majeurs sous tutelle et les mineurs non émancipés, tels les apprentis ne sont pas autorisés à conclure une transaction.

Tout comme pour la rupture conventionnelle, la rupture transactionnelle ne doit pas être, entre autres, la conséquence de pressions, contraintes ou affirmations ou/et présentations mensongères, signifiant que le salarié surtout doit pouvoir se faire conseiller et être informé des conséquences inhérentes à sa signature[824].

L'indemnité de rupture transactionnelle du contrat de travail versée au salarié est normalement exonérée de charges sociales, impôt et taxes sur salaires, dès lors qu'elle vise à réparer un préjudice né de la perte d'emploi ou des circonstances de la rupture[825].

---

[819] Ainsi que posé par le décret n° 2017-1008 du 10 mai 2017 et l'article R. 1471-1 du Code du travail.
[820] « *Chaque partie doit bénéficier d'un « plus » et non pas de quelque chose auquel elle avait droit de toute façon* ».
[821] « *Chaque partie doit retirer un ou plusieurs avantages significatifs et non pas dérisoires* ».
[822] « *Mesurables au moment de la signature de la transaction* ».
[823] Jacquelet C., Coulombei E., *La transaction en droit social*, RJS, mai 2019, p. 347 sur la réciprocité.
[824] Le consentement doit être libre et éclairé, voir Jacquelet C., Coulombei E., *La transaction en droit social*, RJS, mai 2019, p. 346 ; Malgré le manque d'obligation légale pour cette transaction, il est fortement conseillé de rédiger un écrit et de le signer.
[825] Legisocial, *Traitement social des indemnités transactionnelles : l'URSSAF nous apporte des précisions*, 12 novembre 2018, https://www.legisocial.fr/actualites-sociales/2907-traitement-social-indemnites-transactionnelles-urssaf-apporte-precisions.html?utm_source=LEGISOCIAL+-+Marketing&utm_medium=email&utm_campaign=L%C3%83%C2%A9giSocial+-+Newsletter+-+%23432&hash=2bab89794abcce11eb0ff412eb63f1c8m; L'indemnité sera alors également exclue de l'assiette des cotisations sociales pour ce qui est de sa part non imposable, soit six fois le plafond annuel de la sécurité sociale (et dans la limite de deux fois le plafond annuel de la sécurité sociale). Étant donné la particularité de cette transaction et de son régime, un contrôle de l'URSSAF reste possible (cette indemnité transactionnelle ne doit pas compenser des salaires par exemple). Par exemple, « *s'il apparaît que l'indemnité transactionnelle n'a pas été traitée convenablement en paye par l'employeur, l'URSSAF pourra procéder à redressement*. »; Jacquelet C., Coulombei E., *La transaction en droit social*, RJS, mai 2019, pp. 350 et 351.

La transaction et la rupture conventionnelle ne remplissant pas les mêmes fonctions, il est ainsi admis qu'une transaction soit conclue postérieurement à une rupture conventionnelle si elle porte sur un litige qui affecte l'exécution du contrat et non sa rupture[826].

(b) Le contrat d'exécution en droit allemand « Abwicklungsvertrag »

Alors que le contrat de résiliation, « Aufhebungsvertrag », que nous analysons présentement a pour objectif la dissolution amiable du contrat de travail,[827] à l'inverse, les contrats d'exécution, « Abwicklungsverträge » règlent le comportement après annonce d'un licenciement valable par l'employeur[828]. Il en va par exemple du paiement d'une indemnisation ou du renoncement à exprimer ses griefs en rapport à une sélection sociale insuffisante[829].

L'exemple le plus fréquent d'un « Abwicklungsvertrag » est la renonciation par contrat du salarié à sa protection contre le licenciement[830]. Le « Abwicklungsvertrag » est conclu suite à un licenciement déjà prononcé par l'employeur. Son importance repose sur le fait qu'il sert de preuve, l'administration du travail allemande pouvant l'utiliser pour examiner si le salarié a participé de manière répréhensible à son entrée dans le chômage[831].

---

[826] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 26 mars 2014, numéro de pourvoi 12-21.136, Bull. Civ. V, n° 91; Fraisse W., Observations, Dalloz actualité, 11 avril 2014 et Auzero G., Observations, RDT, 2014, p. 330.

[827] Tandis qu'un contrat de modification, « Änderungsvertrag » poursuit la continuation du contrat de travail sous des conditions différentes conclues amiablement : Preis, Temming, *Arbeitsrecht*, Weitere Beendigungstatbestände, Dr. Otto Schmidt, 6. Auflage 2020, S. 698, Rz. 3377; Sur les différences entre „Abwicklungsvertrag" et „Aufhebungsvertrag", voir Hümmerich K., *Aufhebungs- und Abwicklungsvertrag in einem sich wandelnden Arbeitsrecht,* NJW 2004, 2923.

[828] Voelzke in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 30. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 147-519; Clemenz S., Burghard K, Krause R., *AGB-Arbeitsrecht*, Kommentar, Dr. Otto Schmidt, 2013, S. 304, 130; Bauer J.-H., *Neue Spielregeln für Aufhebungs- und Abwicklungsverträge durch das geänderte BGB?*, NZA, 2002, 169; Preis U., Gotthardt M., *Schriftformerfordernis für Kündigungen, Aufhebungsverträge und Befristungen nach § 623 BGB*, NZA 2000, 354; Voir également Gagel, Winkler, *Kommentar SGB II, SGB III, § 159 SGB III, Aufhebungsvertrag,* 78. EL, Mai 2020, Rn. 78; Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 20.

[829] *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 962.

[830] Waldenfels T.-G., *Systematische Darstellung mit Übersichten, Fallbeispielen und allen wichtigen Entscheidungen,* Rerefendarausbildung Recht, Arbeitsrecht, Richard Boorberg Verlag, 4. Auflage 2009, S. 327.

[831] Wollenschläger M., *Arbeitsrecht,* Academia Iuris Lehrbücher der Rechtswissenschaft, Carl Heymanns Verlag, 3. Auflage 2010, Rn 367.

Notons que l'agence fédérale du travail a pris soin de préciser dans ses instructions techniques, que les « Abwicklungsverträge », c'est à dire contrats d'exécution, qui sont inclus dans un accord global, sont à prendre en compte tels des contrats de résiliation, « Aufhebungsverträge ». L'agence parle de contrats de résiliation cachés[832].

2. De la résiliation amiable et ses limites à la rupture conventionnelle

a) Rupture amiable des contrats d'apprentissages

Ainsi que posé dans l'article L.6222-18 du Code du travail[833], concernant les contrats d'apprentissage, passé le délai des quarante-cinq premiers jours d'exécution, consécutifs ou non, durant lesquels le contrat peut être rompu par l'une ou l'autre des parties, un accord écrit signé par les deux parties est alors nécessaire pour rompre le contrat. A défaut, seul le conseil de prud'hommes pourra statuer en la forme des référés. Cela sera donc possible par exemple en cas de faute grave ou de manquements répétés de l'une des parties à ses obligations, ou encore en raison de l'inaptitude de l'apprenti à exercer le métier pour lequel il avait commencé l'apprentissage.

b) Rupture amiable des contrats à durée déterminée

L'article 1243 du Code du travail accorde une rupture d'un CDD s'il y a accord des parties[834].

---

[832] « verdeckte Aufhebungsverträge », Bundesagentur für Arbeit, *Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch, SGB III § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit*, Gültig ab 20.07.2017, Gültigkeit fortlaufend, „Wichtiger Grund bei Abwicklungsverträgen", S. 14 ; 159.1.2.1.2.

[833] Article L.6222-18 du Code du travail, modifié par la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, art. 53.

[834] L'article 1243 du Code du travail, mais aussi l'article 122-3-8 (abrogé) du Code du travail, alinéa 1 posent tous deux que « *sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure* »; Article 122-3-8 modifié par la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002, art. 129 JORF 18 janvier 2002 et abrogé par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, art. 12 (VD) JORF 13 mars 2007 en vigueur au plus tard le 1er mars 2008.

Cette rupture amiable d'un CDD peut ainsi intervenir à tout moment. On retrouve dans la rupture amiable d'un CDD la nécessité d'avoir une volonté intelligible et non équivoque présentée dans un écrit. L'écrit peut dans ce cas comprendre soit une rupture du contrat, ou une réduction de la durée ainsi qu'une transaction. Cela au sens des articles 2044 et 2052[835] du Code civil, lesquels organisent les conditions de la rupture pour prévenir un litige.

Il y a cependant une interdiction de prévoir cette possibilité de rupture amiable dans le contrat[836]. Il y a donc annulation automatique de toute clause résolutoire intégrée dans le document ainsi qu'une clause qui permettrait une rupture anticipée pour un motif autre que le consentement mutuel[837].

L'avantage de la rupture amiable du CDD ressort de l'indemnité de fin de contrat reçue en principe par le salarié et comme dans le cas du licenciement, qui est la privation involontaire de l'emploi, le salarié peut aussi prétendre aux allocations chômage, à la condition qu'il en remplisse les conditions d'attribution[838].

Notons que dans le cas d'une rupture du contrat initiée par le salarié exclusivement, puis acceptée par l'employeur, il n'y a pas d'obligation légale de paiement d'indemnité[839], contrairement à la rupture conventionnelle. Dans ce cas, les parties ont la possibilité d'en convenir dans l'écrit formalisant la rupture.

Par ailleurs, une rupture anticipée initiée par le salarié va le priver de ses droits à l'assurance chômage car cette rupture est alors analysée comme un chômage volontaire[840]. On observe ici une autre distinction importante qui est le fait que contrairement à la rupture conventionnelle, la rupture amiable est sujette à une restriction concernant l'assurance chômage, ainsi que posé dans la loi française.

---

[835] Articles 2044 et 2052 du Code civil, modifiés par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, art. 10.
[836] L'inspection du travail, *La rupture anticipée d'un CDD,* accès le 10 octobre 2017, https://inspection-du-travail.com/ruptures-contrat/cdd-anticipee/.
[837] L'inspection du travail, *La rupture anticipée d'un CDD,* accès le 10 octobre 2017, https://inspection-du-travail.com/ruptures-contrat/cdd-anticipee/.
[838] L'inspection du travail, *La rupture anticipée d'un CDD,* accès le 10 octobre 2017, https://inspection-du-travail.com/ruptures-contrat/cdd-anticipee/.
[839] L'inspection du travail, *La rupture anticipée d'un CDD,* accès le 10 octobre 2017, https://inspection-du-travail.com/ruptures-contrat/cdd-anticipee/.
[840] L'inspection du travail, *La rupture anticipée d'un CDD,* accès le 10 octobre 2017, https://inspection-du-travail.com/ruptures-contrat/cdd-anticipee/.

c) Ressemblances entre rupture amiable et rupture conventionnelle

Le principe de base de la rupture amiable étant : « *ce que les parties ont fait par commun accord peut être retiré par commun accord* »[841], ceci est comme nous l'avons vu également le principe de base de la rupture conventionnelle.

Par ailleurs, l'engouement de plus en plus grand pour les « *modes alternatifs de résolution des conflits* », pour les « *justices alternatives* », ainsi qu'évoqué par le professeur E. Dockès[842] est un message clairement anti-juge, ce que E. Dockès critique[843]. Il en va en effet pour lui, « *dans le contexte du droit actuel occidental, notamment en France et au sein de l'Union européenne*, (…) » de l'intérêt « *aux moyens d'écarter le juge dans les cas où son intervention avait pu, jusqu'ici, sembler normale ou nécessaire*.[844] ».
E. Dockès qualifie les modes alternatifs de résolution des conflits comme étant une expression présentant « *le double avantage d'être trompeuse et d'être fortement connotée de manière positive* ».

Nous analyserons ainsi dans ce travail en détail la rupture conventionnelle, nous venant en France de la rupture amiable et récemment élargie à la rupture conventionnelle collective, ainsi que le contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag » allemand afin de comprendre les dangers mais également les avantages rattachés à ce mode de rupture se voulant principalement amiable et soucieuse de réduire au maximum le recours au juge.

---

[841] Taquet F., *Départs négociés et ruptures conventionnelles, la rupture amiable, la rupture conventionnelle, la transaction*, Droit du travail, Gereso, Collection l'essentiel pour agir, 4ème édition, 2015, p. 17.
[842] Dockès E., « *Injustes alternatives et justes conflits. Critique des justices alternatives à partir du droit social* », Droit et cultures [En ligne], 65, 2013/1, mis en ligne le 12 septembre 2013, consulté le 01 mai 2018, http://journals.openedition.org/droitcultures/3033.
[843] Au travers d'exemples en droit social et en rappelant l'importance de l'accès au juge et même « la nécessité de certains conflits »; Voir Dockès E., « *Injustes alternatives et justes conflits. Critique des justices alternatives à partir du droit social* », Droit et cultures, 65, 2013/1, mis en ligne le 12 septembre 2013, consulté le 01 mai 2018, p. 2, http://journals.openedition.org/droitcultures/3033.
[844] Propos concernant l'« Alternative Dispute Resolution », mode alternatif de résolution des conflits : Dockès E., « *Injustes alternatives et justes conflits. Critique des justices alternatives à partir du droit social* », Droit et cultures [En ligne], 65, 2013/1, mis en ligne le 12 septembre 2013, consulté le 01 mai 2018, p. 3, http://journals.openedition.org/droitcultures/3033.

d) Différences entre rupture amiable et rupture conventionnelle

Une démarcation principale entre la rupture amiable et la rupture conventionnelle ressort de ce que la rupture amiable est exclue dans le cadre d'un CDI[845]. Ainsi, la rupture amiable est pour les CDD et contrats d'apprentissages la seule possibilité d'obtenir une rupture anticipée d'un commun accord sur la base du Code Civil.

Remarquons et rappelons qu'en droit français, l'article 12 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 pose que la nouvelle rupture conventionnelle ne remet pas en cause les modalités de rupture existantes du contrat à durée indéterminée, et que les parties au contrat peuvent donc recourir à une rupture négociée inscrite dans l'ancien article 1134 dans son ancien alinéa 3 du Code civil, en dehors de cette rupture conventionnelle pour rompre un contrat[846].

Cependant, malgré que l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 pose que la rupture conventionnelle ne remet pas en cause, entre autres, la rupture amiable des articles 1103, 1193 et 1104 du Code civil, remarquons que les juges du fond ont jugé que l'instauration de la rupture conventionnelle interdisait aux parties le recours à la rupture amiable, sauf dans les hypothèses où la rupture conventionnelle n'est pas envisageable[847]. C'est à dire dans les accords collectifs de GPEC[848], dans les plans de sauvegarde de l'emploi[849], dans la rupture anticipée de CDD et dans les contrats de travail temporaire et de contrats d'apprentissage.

Dans cet arrêt de la Cour de Riom du 12 juin 2012, le salarié en CDI a signé avec son employeur un acte intitulé rupture du contrat de travail à l'amiable dans lequel les parties précisaient qu'elles ont décidé de le rompre à l'amiable, que le salarié se déclare rempli de ses droits et qu'il renonce à faire toute demande issue du contrat de travail. Était également précisé dans l'acte que cette rupture a valeur de transaction définitive en application des articles 2044 à 2058

---

[845] Taquet F., *Départs négociés et ruptures conventionnelles, la rupture amiable, la rupture conventionnelle, la transaction*, Droit du travail, Gereso, Collection l'essentiel pour agir, 4ème édition, 2015, p. 39.
[846] Bossu B., Dumont F., Verkindt P.-Y., *Droit du travail*, lextenso éditions, 2011, p. 293.
[847] Arrêt de la Cour d'appel de Dijon, 5 mai 2011, numéro de pourvoi 10-160 ; Arrêt de la Cour d'appel de Riom, 12 juin 2012, RG numéro de pourvoi 11/0099, position approuvée par la Cour de cassation, Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 15 octobre 2014, numéro de pourvoi 11-22.251, publié au bulletin (rejet).
[848] Article L. 1237-16 du Code du travail.
[849] Article L. 1237-16 du Code du travail et voir Pujolar O., *Rupture conventionnelle et régime de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée*, Le Droit Ouvrier, juin 2010, n° 743, p. 314.

du code civil[850]. Seulement, ce document a été trouvé non conforme aux dispositions de l'article L. 1237-14 du Code du travail, d'autant que l'homologation n'avait pas eu lieu[851]. La Cour d'appel en a déduit que cet acte ne pouvait avoir pour effet de valablement rompre le contrat de travail. Par ailleurs, la Cour d'appel soutient le salarié dans sa contestation de l'existence d'une transaction, une transaction ne pouvant avoir pour objet de rompre le contrat de travail, mais seulement d'en régler les conséquences sous la condition de prévoir des concessions réciproques effectives, qui n'étaient pas données dans ce cas[852].
La Cour d'appel a ici jugé que l'acte signé par les deux parties était litigieux et n'avait pu valablement rompre le contrat de travail et produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Nous comprenons ici que ce jugement change la donne, en ce qu'un CDI rompu à l'amiable entre deux parties ne peut être valable qu'en respectant le formalisme de la rupture conventionnelle. Cette position a été approuvée par l'arrêt du 15 octobre 2014 de la chambre sociale de la Cour de cassation.

Les parties au contrat peuvent-elles donc recourir ou pas à la rupture négociée inscrite dans les articles actuels 1103, 1193 et 1104 du nouveau Code civil pour rompre leur contrat en dehors de la rupture conventionnelle ? Nous venons de voir que cela n'est pas vrai en pratique et nous allons continuer à répondre à cette question à la lumière de jugements rendus par des cours d'appel et le conseil de prud'hommes.

[850] Arrêt de la Cour d'appel de Riom, 12 juin 2012, numéro de pourvoi 11-0099.
[851] Une convention ne peut valablement rompre le contrat de travail que si régulièrement homologuée. Voir Géa F., *Réflexions sur la volonté du salarié de rompre son contrat*, *La volonté du salarié*, sous la direction de Sachs T., Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012, p. 144.
[852] Arrêt de la Cour d'appel de Riom, 12 juin 2012, numéro de pourvoi 11-0099.

e) Le sort de la rupture amiable du Code civil depuis l'apparition de la rupture conventionnelle dans le Code du travail

Il est bon de se pencher sur d'autres décisions de Cours, comme ce sujet incertain, avec l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 posant que la nouvelle rupture conventionnelle ne remet pas en cause les modalités de rupture existantes du contrat à durée indéterminée et dû au fait que pour certains auteurs, il n'y aurait pas encore de précision sur le fait de savoir si la rupture amiable conserve un domaine d'application ou si la rupture conventionnelle est exclusive de toute autre rupture de commun accord[853].

Pour ces auteurs, dans le cas d'une rupture conventionnelle non homologuée, celle-ci sera en droit français privée de « *validité* », selon l'article L. 1237-14 du Code du travail, mais sera-t-elle alors peut-être analysable comme une rupture amiable de droit commun ?

Nous allons donc nous pencher sur d'autres décisions de cours d'appel pour confirmer la tendance à donner l'exclusivité à la rupture conventionnelle.

Rappelons d'un côté ce que le Code civil contient sur la résiliation amiable en son ancien article 1134 et désormais contenu dans les articles 1103, 1193 et 1104 : « *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 ; Elles doivent être exécutées de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* »[854]. Cet article est considéré comme la base posant le consentement mutuel pour rompre un contrat de travail. Et de l'autre côté les nouveaux articles L. 1237-11 et suivants posant la rupture conventionnelle complètent et sont depuis devenus la norme de toute résiliation amiable.

---

[853] Dockès E., Peskine E., Wolmark V., *Droit du travail*, HyperCours, 5ème édition Dalloz, 2010, p. 348-443 ; Sur les opinions divergentes, voir Cesaro J.-F., *La résiliation conventionnelle des contrats de travail*, Dr. Soc., 2011, 640, mais aussi Mouly J., Note, Dr. Soc., 2014 sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 15 octobre 2014 et Couturier G., Note, Dr. Soc., 2015, 32 ; Mihman N., *La mobilité juridique des rapports de travail, Essai sur la coordination des normes et des prérogatives juridiques*, thèse, 11 décembre 2018.

[854] Ancien article 1134 du Code Civil, créé par la loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804 valable du 17 février 1804 au 1er octobre 2016; Réinscrit dans les articles 1103, 1193 et 1104 du nouveau Code Civil depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

L'arrêt de la Cour de cassation du 15 octobre 2014[855] pose la nécessité pour les parties de respecter les dispositions de l'article L. 1237-11 du Code du travail qui assurent le respect de la liberté de consentement des parties. Il n'y avait pas dans cet arrêt de nécessité pour la Cour d'appel de chercher si le consentement de la salariée « *avait été vicié, de quelque manière que ce soit, lors de la signature du document constatant l'accord des parties* ». Il suffit en effet pour la Cour de cassation que la Cour d'appel de Dijon ait considéré dans son jugement du 30 juin 2011 que « *le document signé par les parties ne satisfaisait pas aux exigences de l'article L. 1237-11 du Code du travail* ». Ceci étant suffisant pour transformer la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse.
Cet arrêt de la Cour de cassation du 15 octobre 2014 pose clairement, que la nouvelle résiliation conventionnelle est désormais la voie exclusive de la résiliation par accord du contrat de travail à durée indéterminée.

Pour l'auteur Mouly J., « *la solution de l'arrêt doit être approuvée car elle est la seule qui permette d'assurer de manière efficace l'application de la réglementation que le législateur de 2008 a entendu mettre en place pour protéger le salarié qui consent à une résiliation conventionnelle et se trouve ainsi privé des garanties attachées au licenciement.* »[856]. Il regrette toutefois à raison une interprétation « *trop flexible* » de cette réglementation, qui ne permet que grâce au vice de consentement de mener à la nullité d'une rupture conventionnelle[857].

La circulaire n° 2009-04 du 17 mars 2009 pose dans son champ d'application que « *la rupture conventionnelle, telle qu'elle a été reconnue par l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 puis par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 est, en conséquence, une forme organisée de rupture amiable* »[858].

---

[855] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 15 octobre 2014, numéro de pourvoi 11-22.251, publié au bulletin (rejet).
[856] Mouly J., *La résiliation conventionnelle, voie exclusive de la rupture négociée du contrat de travail à durée indéterminée*, Dr. Soc., décembre 2014, n° 12, p. 1068.
[857] Leroy Y., SSL, 2014, n° 1617 et Mouly J., *La résiliation conventionnelle, voie exclusive de la rupture négociée du contrat de travail à durée indéterminée*, Dr. Soc., décembre 2014, n° 12, p. 1068: « (…) *hors vice de consentement, point de salut pour le salarié. EN somme, chassé par la porte, le droit commun revient… par la fenêtre*. ».
[858] Circulaire 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 2.

En effet, les arrêts de la cour d'appel de Riom[859] en 2012 et de Toulouse[860] en 2013 vont dans ce sens. Principalement sur la base que la principale différence entre la rupture amiable du Code civil et la nouvelle rupture conventionnelle du Code du travail réside dans les nombreuses formalités à respecter dans cette dernière et notamment l'ajout permettant au salarié de prétendre aux allocations chômage, ce que la résiliation amiable ne prévoit pas dans tous les cas.

Dans l'arrêt de 2012, le salarié handicapé embauché en CDI après plusieurs CDD préalables a vu son contrat de travail rompu « *selon acte signé des deux parties le 31 mai 2010 intitulé rupture du contrat de travail à l'amiable dans lequel il est précisé que les parties ont décidé de rompre à l'amiable le contrat de travail, que le salarié se déclare rempli de ses droits et qu'il renonce à faire toute demande issue du contrat de travail* ». La cour d'appel de Riom a considéré qu'un « *tel document, non conforme aux dispositions de l'article L. 1237-14 (…) ne peut être considéré comme une convention de rupture au sens de ce texte et, n'ayant, en outre, pas fait l'objet de l'homologation requise, ne peut avoir eu pour effet de rompre valablement le contrat de travail* ».

Ainsi, la cour d'appel s'est basée sur les dispositions de l'article L. 1237-11 du Code du travail qui pose la rupture conventionnelle comme « *étant soumise aux dispositions de la présente section destinées à garantir la liberté du consentement des parties* » pour décider que la rupture du contrat de travail « *s'assimile en un licenciement sans cause réelle et sérieuse* ».

L'arrêt 2013 de la cour d'appel de Toulouse fait lui suite à la décision du Conseil de prud'hommes de Toulouse de statuer que la rupture amiable du contrat de travail à durée indéterminée de Madame Nathalie R. « *produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse* ».
En appel, l'employeur a argumenté que « *contrairement à ce qu'a jugé le conseil de prud'hommes, le principe même de la rupture d'un commun accord existe toujours, nonobstant la création d'un mode de rupture amiable dit « rupture conventionnelle » par le législateur* » et que « *compte tenu de la volonté de la salariée de rompre rapidement les relations*

[859] Arrêt de la Cour d'appel de Riom, chambre sociale, 12 juin 2012, numéro de pourvoi 11/00992, Olivier T. c/ EURL Lomet.
[860] Arrêt de la Cour d'appel de Toulouse, chambre sociale, 24 janvier 2013, numéro de pourvoi 11-03522, décision déférée du 20 juin 2011 (Conseil de prud'hommes).

contractuelles les parties ne pouvaient pas procéder à une rupture conventionnelle qui nécessite un délai minimum de deux mois pour recueillir l'homologation administrative ».

On retrouve dans cette argumentation la volonté des employeurs d'échapper à la nouvelle rupture conventionnelle avec toutes ses obligations et à raccourcir les délais menant à la fin définitive du contrat le plus rapidement possible. Ici le ministère du travail va dans leur sens en acceptant qu'un « accord express des parties » puisse contourner l'obligation de continuer l'exécution du contrat de travail normalement durant toute la procédure d'élaboration et d'homologation de la convention jusqu'à la date de rupture[861].

Les décisions de l'employeur dans cet arrêt ont eus comme conséquences que Pôle Emploi a considéré la salariée comme démissionnaire et que l'employeur lui ayant « *laissé croire qu'elle se trouvait dans le cadre d'une rupture conventionnelle* », la rupture amiable lui a au final fait perdre ses droits aux indemnités chômages, qu'elle n'a pas reçu « *d'équivalents d'indemnités légales dans le cadre de la rupture*», ni n'a eu de délai de réflexion, ce qui aurait été automatique en cas de rupture conventionnelle.

La cour d'appel a condamné dans cet arrêt la pratique d'user de la rupture amiable pour échapper aux dispositions de la rupture conventionnelle, d'avoir de plus exclu le paiement de « *toutes les indemnités versées en cas de rupture intervenant du fait de l'employeur (indemnité de licenciement, de préavis et de congés payés sur préavis)* » et constate une mauvaise information de la salariée sur ses droits et les suites de cette rupture. Le tout poussant la cour d'appel à confirmer la décision du conseil de prud'hommes.

Plus récemment, l'arrêt du 21 décembre 2017 de la Cour de cassation a reconfirmé qu'une rupture ne respectant pas le cadre légal de la rupture conventionnelle produit alors les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse[862]. Cela même sans qu'il n'y ait besoin de se poser la question de l'imputabilité de la rupture[863]. Dans cet arrêt, l'employeur cherchait à

---

[861] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015 et le 11 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee#Quelles-sont-les-indemnites-dues-au-salarie.
[862] Arrêt de la Cour de cassation, 21 décembre 2017, numéro de pourvoi 16-12.780 (rejet).
[863] Geiger C., Note sur l'arrêt de la Cour de cassation *La Maison du Surgelé*, 21 décembre 2017, Le Droit Ouvrier, février 2018, n°835, p. 101.

imputer la rupture comme découlant d'une démission de sa salariée plutôt que de reconnaitre une rupture amiable. Rupture amiable qui en dehors du cadre légal de la rupture conventionnelle devrait être requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse, ce que l'employeur voulait éviter à tout prix. En l'espèce, les juges du fond ont reconnu qu'il s'agissait d'une rupture amiable et non d'une démission, même si la lettre n'avait été signée que par la salariée pour la raison que l'écriture et la signature de cette lettre avait eu lieu en présence de l'employeur[864]. La Cour de cassation en a conclu que la question de l'imputabilité de la rupture ne se pose pas et jugé la rupture comme s'analysant en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Ces décisions allant vers la qualification de ruptures amiables basées sur l'article du Code civil en licenciements sans cause réelle et sérieuse[865] dès lors que les dispositions de la rupture conventionnelle ne sont pas respectées tend à poser la règle qu'une rupture amiable entre dans le cadre d'une rupture conventionnelle et qu'elle doit ainsi respecter les formalités et obligations nouvellement posées par le texte.

La rupture amiable reste donc possible seulement quand insérées dans des dispositifs spécifiques, c'est-à-dire pour le congé de mobilité, la rupture du contrat d'apprentissage, le contrat à durée déterminée ainsi que pour les ruptures suivant un accord collectif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et d'un plan de sauvegarde de l'emploi[866]. Le fait que le CDD devienne plus simple à rompre que le CDI est un paradoxe, vu que le régime du CDD est pourtant « *marqué par un souci de stabilité plus fort que celui du second* »[867].

---

[864] La Cour de cassation, laquelle laisse une libre appréciation aux juges du fond pour caractériser l'existence d'une rupture amiable ; Geiger C., Note sur l'arrêt de la Cour de cassation *La Maison du Surgelé*, 21 décembre 2017, Le Droit Ouvrier, février 2018, n°835, p. 101.

[865] Ceci a notamment posé des problèmes, dans les cas de transferts conventionnels par exemple, voir ici Favennec-Héry F., *Vers la reconnaissance d'un droit spécifique du transfert des salariés*, SSL, 2015, n° 1664 et Favennec-Héry F., Verkindt P.-Y., *Droit du travail*, LGDJ, 6ème édition, 2018, p. 524.

[866] Lokiec P., *Droit du travail*, Tome I, *Les relations individuelles de travail*, Thémis droit, Puf, 2011, p. 312; Couturier G., *Sur le motif économique des départs volontaires*, Dr. Soc., 2007, p. 978 et Fabre A., *Coup de froid sur la GPEC. Quand anticipation ne rime plus avec exonération*, SSL, 2011, 1483.

[867] Lokiec P., *Droit du travail*, Tome I, *Les relations individuelles de travail*, Thémis droit, Puf, 2011, p. 312; Couturier G., *Les ruptures d'un commun accord*, Dr. Soc., 2008, p. 923.

II. Exclusions et autorisations de ruptures au sein des ruptures conventionnelles

1. Ruptures d'un commun accord suivant un motif économique

a) France

En France, les conditions dans lesquelles une rupture conventionnelle peut être conclue sont posées par la loi. L'instruction DGT du 23 mars 2010[868] admet qu'une rupture conventionnelle soit conclue même si l'entreprise se trouve dans une phase de difficultés économiques pouvant la pousser à vouloir se séparer de salariés. Ceci remet en cause les dispositions de l'amendement Mandon[869], qui posait que toute rupture intervenant suite à une cause économique, relevait de la législation afférente aux seuls licenciements pour motif économique[870].

Cependant, deux ruptures de motif économique ne peuvent, selon la loi avec l'article L. 1233-3 du Code du travail, faire l'objet d'une telle rupture conventionnelle, sans quoi il s'agirait d'une méthode pour les employeurs d'éviter d'appliquer les règles du licenciement économique collectif[871]. Il en va selon l'article L. 1237-16 du Code du travail des ruptures résultant des

---

[868] Instruction DGT n° 2010-02 du 23 mars 2010, relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée (texte non paru au JO).

[869] Amendement Mandon porté à la loi n° 92-722 du 29 juillet 1992; Voir aussi Alves-Conde M., *L'aptitude à consentir du salarié*, thèse, 29 novembre 2018, p. 241 : Était né de la jurisprudence de la Cour de cassation, une nette distinction entre le projet de suppression d'emploi et l'acte de rupture, la Cour considérant que « *si la rupture du contrat de travail pour un motif économique est soumise pour sa mise en œuvre aux dispositions sur le licenciement économique en vertu de l'article L. 321-1 alinéa 2, du code du travail, il n'en résulte pas que toute rupture d'un contrat de travail procédant d'un motif économique entraîne les effets d'un licenciement* » : posé par les arrêts de la Cour de cassation en sa chambre sociale, le 25 juin 2002, numéro de pourvoi 00-18.907, *Bull. civ. V*, n° 214 et le 18 mars 2008, numéro de pourvoi 07-40.269, Savatier J., Observations, Dr. Soc., 2008, p. 755 et RDT 2008, p. 527. La Cour avait continué en affirmant qu'un employeur doit « *respecter les dispositions d'ordre public des articles L. 321-1 et suivants du code du travail, peu important que les emplois ne soient supprimés que par voie de départs volontaires* » : Cour de cassation, chambre criminelle, 29 novembre 1994, numéro de pourvoi 93-81.321, *Bull. civ. V*, n°385; Cour de cassation, chambre soc. 22 février 1995, numéro de pourvoi 92-11.566, *Bull. civ. V*, n°68; Ray J.-E., Observations, Dr. soc. 1995, p. 390; SSL, 1995, n° 726, p. 6; Chauvy Y., conclusions, JCP G 1995, II, 22433; Mouly J., *La renonciation du salarié entre ordre public social et déréglementation : un nouvel état des lieux*, sous la direction de Sachs T., Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012, p. 129.

[870] Béraud J.-M., *Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique: un rapport à décrypter*, RDT, 2011, p. 226: en ce que les salariés se retrouvent privé de protections. Protections auxquelles ils auraient eu droit en résiliant leur contrat de travail sous une autre forme qu'une rupture conventionnelle.

[871] A ce sujet, l'auteur Lokiec conclu cependant que si « *les départs volontaires compris dans un projet de compression d'effectifs ne seront plus comptabilisés pour déterminer l'application de la procédure de licenciements pour motif économique. Cette solution n'est pas sans présenter de sérieux dangers de*

accords collectifs de gestion prévisionnelle des emplois et compétences (GPEC) selon les conditions de l'article L. 2242-15 du Code du travail, ainsi que des ruptures suivant des plans de sauvegarde de l'emploi (PSE), selon les conditions des articles L. 1233-61 et L. 1237-16 du Code du travail.

Ces deux exclusions trouvent leur fondement selon le ministère du travail dans le fait qu'« *il existe déjà, de par la loi ou l'accord collectif, des dispositifs visant à garantir et à organiser la liberté de consentement du salarié et la protection de ses droits* »[872] comme cela est le cas pour les accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ainsi que pour les plans de sauvegarde de l'emploi.

Il y a ici interdiction pour les employeurs mettant en place un PSE, de prévoir des ruptures conventionnelles individuelles. Ceci vaut également pour les ruptures conventionnelles collectives[873]. Ceci constitue une différence d'avec la rupture amiable du code civil, où nous avons vu[874] que certaines règles du licenciement pour motif économique y sont applicables[875].

La conséquence étant que l'autorité administrative, quand elle sera face à un contournement des procédures de licenciement collectif, refusera l'homologation de la rupture conventionnelle[876].

Cependant, ce risque de fraude d'utilisation de la rupture conventionnelle pour éviter d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi peut être difficile à réguler. Pour M. Bonnechère de

---

contournement », voir Lokiec P., Rep. trav. Dalloz, Janvier 2009, n° 10 et s.; Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 2 ; Aussi Chirez A., *La rupture conventionnelle pour cause économique*, Le Droit Ouvrier, août 2011, n° 757, p. 473.

[872] Circulaire 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 3.

[873] Voir la partie de ce travail « Pas de mise en œuvre d'une rupture conventionnelle collective en même temps qu'un Plan de sauvegarde de l'emploi ».

[874] Voir la partie de ce travail « Décisions portant sur les ruptures amiables du Code civil touchant au droit du licenciement économique ».

[875] Pour les auteurs Wolmark et Peskine, il s'agit à travers cette exclusion d'« *un beau coup de grâce porté à la construction jurisprudentielle qui, depuis des années, tendait à faire application des règles relatives au licenciement pour motif économique aux divers modes de rupture, dès lors que la rupture du contrat de travail intervenait pour un motif économique* », Peskine E., Wolmark C., *Droit du travail,* Hypercours, 2017, 11ème édition Dalloz, 2016, p. 378, 563.

[876] Instruction DGT n° 2010-02 du 23 mars 2010, relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée, p. 2.

l'Université d'Evry, « *la loi exclut des PSE la rupture conventionnelle, mais cela ne signifie nullement que les ruptures conventionnelles excluent le PSE !* »[877].

Le directeur général du travail Jean-Denis Combrexelle donne des indices à l'autorité administrative pour déceler un contournement du licenciement collectif en indiquant qu'il est nécessaire de vérifier dès lors qu'un « *contexte économique difficile* » a été identifié[878].

Les indices pouvant faire comprendre qu'un plan de sauvegarde de l'emploi a été contourné comprennent le dépassement de « *dix demandes d'homologation sur une période de trente jours, au moins une demande sur une période de trois mois, faisant suite à dix demandes s'étant échelonnées sur la période de 3 mois immédiatement antérieure ; une demande au cours des trois premiers mois de l'année faisant suite à plus de dix-huit demandes au cours de l'année civile précédente »*[879]. Il est précisé qu'une « *combinaison de ces demandes avec des licenciements pour motifs économiques aboutissant au dépassement des mêmes seuils peut également constituer un indice* »[880].

L'affaire IBM et le refus de la DDTEFP des Hauts-de-Seine en décembre 2009 d'homologuer une douzaine de ruptures conventionnelles pour la raison qu'elles correspondaient manifestement à des suppressions d'emplois montrait dès la mise en place de la rupture conventionnelle avec la loi du 25 juin 2008, que la peur de fraude était justifiée.

Par ailleurs, pour M. Bonnechère, « *les départs volontaires dans le cadre de l'accord GPEC contournent le « formalisme » protecteur prévu pour la rupture conventionnelle, sans que la fraude puisse directement être invoquée compte tenu de l'exclusion déclarée par la loi du 25*

---

[877] Exposé : Bonnechère M., *Les plans de départs volontaires,* 22 février 2010, dans la conférence organisée par la Commission de droit social (formation continue) du Barreau de Paris à l'auditorium du Harlay, Le Droit Ouvrier, mai 2010, n° 742, p. 233.
[878] Instruction DGT n° 2010-02 du 23 mars 2010, relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée, p. 3.
[879] Rousseau D., avec la collaboration de Fricotté L., Renaud A., *Le Mémo social 2015,* Liaisons Sociales Quotidien, Wolters Kluwer, avril 2015, p. 926; Instruction DGT n° 2010-02 du 23 mars 2010, relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée, p. 3. Les ruptures conventionnelles ne doivent ainsi pas être utilisées de manière frauduleuse dans le but de contourner le droit du licenciement pour motif économique : arrêt de la Cour de cassation, 22 juin 2016, numéro de pourvoi 15-16.994, voir notamment Tournaux S., Note, Lexbase Hebdo, édition Sociale, n° 662 et Auzero G., Baugard D., Dockès E., *Droit du travail*, 31ème édition Dalloz, 2017, p. 512.
[880] Instruction DGT n° 2010-02 du 23 mars 2010, relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée, p. 3.

juin 2008, qui prive ainsi le salarié de certaines garanties, dont le délai de rétractation. Il y a dans la loi même une contradiction (voulue ?). Finalement seuls les « petits » plans de départs volontaires, hors accords de GPEC et PSE, peuvent être construits sur la nouvelle rupture conventionnelle.[881]» Elle continue, notant que pour « *les « grands » plans de départs volontaires, le formalisme et les garanties de celle-ci sont inapplicables » et que pour éviter cette situation il faudrait exclure toute autre rupture d'un commun accord à l'exception de la nouvelle rupture conventionnelle, ce que la loi « empêche, à propos des accords de GPEC* ».

Nous comprenons que malgré l'interdiction de contourner les garanties comprises dans les licenciements économiques et collectifs, ne sont cependant pas interdites les ruptures conventionnelles conclues pour « *cause économique* »[882]. Cela signifie qu'en cas de suppression de postes de travail suivant des difficultés économiques, une rupture conventionnelle est envisageable quand le salarié a été expressément informé des droits plus avantageux auxquels il pourrait avoir droit en cas de licenciement économique[883]. Il y a ici une interdiction d'appliquer la rupture conventionnelle pour contourner les dispositions plus favorables d'un licenciement économique sans la connaissance du salarié.

Par ailleurs, dans l'arrêt fondamental *Dentressangle* de la Cour de cassation du 9 mars 2011[884], plusieurs sociétés formaient une unité économique et sociale et avaient en 2008 opéré un licenciement pour motif économique de neuf salariés au sein d'une de ces entreprises, suivi dans les autres sociétés de nombreux départs volontaires ayant pris la forme de ruptures conventionnelles. Le choix de conclure des ruptures conventionnelles relevait dans cet arrêt du choix des employeurs qui souhaitaient « *utiliser les ruptures conventionnelles plutôt que le plan de sauvegarde de l'emploi* » en raison du contexte de suppression d'emplois dû à la baisse d'activité.

---

[881] Exposé : Bonnechère M., *Les plans de départs volontaires,* 22 février 2010, dans la conférence organisée par la Commission de droit social (formation continue) du Barreau de Paris à l'auditorium du Harlay, Le Droit Ouvrier, mai 2010, n° 742, p. 233, 234.
[882] Circulaire DGT n° 2012-07 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés Fiche 14 : Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 57.
[883] L&S Avocats, Stibon C., *La rupture conventionnelle du droit du travail*, janvier 2015, http://www.ls-avocats.com/articleenligne/71-la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail, page 2 sur 11 du pdf.
[884] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 9 mars 2011, numéro de pourvoi 10-11.581, publié au bulletin (cassation partielle) ; Voir Favennec-Héry F., Note, JCP S, 2011, 1200 ; Favennec-Héry F., *Ruptures collectives pour motif économique, Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Dalloz, mars 2011; Pélissier J., SSL, 2011, n° 1484, p. 7 ; Loiseau G., Note, Droit Social, 2011, p. 681 ; Dalmasso R., *La place du consentement du salarié dans les contentieux de la rupture conventionnelle*, sous la direction de Sachs T., Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012, pp. 227 et 228.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation a imposé aux employeurs de prendre en compte les ruptures conventionnelles s'inscrivant dans un processus de réduction des effectifs pour déterminer la procédure à suivre en matière d'information et de consultation des représentants du personnel ainsi que les obligations liées à l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi[885]. Cette imposition à l'employeur de la Cour de cassation a pour but d'empêcher toute tentative de contournement de la législation applicable aux licenciements économiques[886].

La Cour de cassation a dans cet arrêt du 9 mars 2011 ainsi exigé que les ruptures conventionnelles soient comptabilisées dans le but de savoir si le seuil était atteint, pour mettre en place le licenciement pour motif économique. Pour en 2013 nuancer, ne prenant plus que les ruptures homologuées en compte.

L'arrêt du 29 octobre 2013[887] pose en effet que les ruptures conventionnelles prises en compte pour l'application de l'article L. 1233-26 du Code du travail dès lors qu'elles « *constituent une modalité d'un processus de réduction des effectifs pour une cause économique* », seront uniquement les ruptures conventionnelles ayant résulté en une rupture définitive du contrat de travail après avoir été homologuées par l'administration du travail. La Cour remarque que c'est dans le cadre de l'entreprise que le plan de sauvegarde de l'emploi doit être envisagé et non pas dans chaque établissement individuel.

---

[885] Ceci ressort notamment des articles L. 1233_3 alinéa 2 du Code du travail, de l'alinéa 12 de l'accord interprofessionnel étendu du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, tout ceci appliqué eu égard à la Directive n° 98159/CE, du Conseil du 20 juillet 1998 sur le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs : posant que lorsque les ruptures conventionnelles « *ont une cause économique et s'inscrivent dans un processus de réduction des effectifs dont elles constituent la ou l'une des modalités, les ruptures conventionnelles doivent être prises en compte pour déterminer la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel applicable ainsi que les obligations de l'employeur en matière de plan de sauvegarde de l'emploi* »;
Tous ces articles sont devenus les articles L. 1237-11 et suivants du Code du travail;
Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 29 octobre 2013, numéro de pourvoi 12-15.382, publié au bulletin (cassation partielle) ; Voir aussi Leroy Y, observations, RDT, 2013, p. 764 sur cet arrêt du 29 octobre 2013.

[886] Cependant, dans cet arrêt du 29 octobre 2013, le sort des salariés signataires des ruptures est, avant la mise en place du plan, incertain. Voir Montvalon L. de., *Rupture conventionnelle et réticence dolosive, Quelle protection du consentement face à l'asymétrie d'information ?*, JCP S, 4 février 2020, n° 5, 1028, pp. 30 et 31; Béraud J.-M., *Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique: un rapport à décrypter*, RDT, 2011, p. 226; Dossier jurisprudence théma, *la rupture conventionnelle*, ruptures atypiques, n° 83/2014, 6 mai 2014, p. 2; Voir également l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 9 mars 2011, numéro de pourvoi 10-11.581 et notamment Favennec-Héry F., Note, JCP S, 2011, 1200 ; Pélissier J., Note, SSL, 2011, n° 1484 ; Couturier G., Note, RJS, 2011, p. 347; Lokiec P., *Droit du travail*, Tome I, *Les relations individuelles de travail*, Thémis droit, Puf, 2011, p. 312.

[887] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 29 octobre 2013, numéro de pourvoi 12-15.382, publié au bulletin (cassation partielle).

Un conseil des auteurs Wolmark et Peskine[888] à ce sujet revient à « *éviter les ruptures conventionnelles pour motif économique…* », ceci étant donné la complexité résultant des limites posées entre rupture conventionnelle « économique » et plan de sauvegarde de l'emploi.

On retrouve par ailleurs dans cet arrêt du 29 octobre 2013 de la Cour de cassation la situation que le directeur général du travail a mis en garde plus haut. En effet, l'entreprise avait selon la Cour d'appel eu recours à des ruptures conventionnelles dans plusieurs de ses sociétés établies dans des départements différents, faisant que les ruptures conventionnelles demandées excédaient le seuil de 10 salariés posé pour la procédure de licenciement collectif et qu'il s'avérait que ces ruptures avaient bien été négociées dans un contexte de réduction d'effectifs prévue par l'entreprise suite à des difficultés économiques.

Cependant, la Cour de cassation a, après contrôle, posé que la Cour d'appel avait comptabilisé les ruptures conventionnelles « demandées » alors que certaines avaient été rejetées par l'administration et n'auraient pas dû compter ; que certaines ruptures conventionnelles différaient dans leur cause des difficultés économiques touchant l'entreprise et enfin la Cour de cassation a reproché à la Cour d'appel d'avoir « *inversé la charge de la preuve* [889]» en ce que c'était au salarié de prouver que sa société avait licencié plus de 10 salariés pour motif économique et non à la société de démontrer qu'elle avait remplacé les salariés, parties à une rupture conventionnelle[890].

Revenons cependant sur le seuil des dix ruptures en un mois. Il reste en effet que les ruptures conventionnelles postérieures aux dix ruptures dans un mois qui sont comprises dans le délai de 3 mois, devaient ainsi être aussi comptées dans le « *calcul du seuil de l'effectif édicté en matière de licenciement économique de plus de dix salariés* »[891]. La conséquence légale étant que les employeurs ne peuvent pas, après avoir « *procédé pendant trois mois consécutifs à des licenciements économiques de plus de dix salariés au total, sans atteindre les dix salariés dans*

---

[888] Peskine E., Wolmark C., *Droit du travail,* Hypercours, 2017, 11ème édition Dalloz, 2016, p. 378, 564.
[889] En violation de l'article 9 du Code de procédure civile qui pose qu'« *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ».
[890] Pour l'auteur Pélissier J., en cas de cause non apparente d'une rupture conventionnelle qui a été conclue dans le cadre de nombreuses autres ruptures, il y a présomption simple de cause économique quand le salarié n'est pas remplacé: Pélissier J., SSL, 2011, n° 1484, p. 59.
[891] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 29 octobre 2013, numéro de pourvoi 12-15.382, publié au bulletin (cassation partielle).

une même période de trente jours », procéder à d'autres licenciements dans les trois mois suivants sans élaborer au préalable un plan de sauvegarde de l'emploi conforme aux dispositions de l'article L. 1233.26 du Code du travail[892]. La sanction pour l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi obligatoire dans le contexte d'un licenciement économique collectif et comprenant plus de dix salariés entraîne la nullité de la procédure de licenciement[893].

b) Allemagne

En France, nous venons de voir que malgré l'interdiction de contourner les garanties comprises dans les licenciements économiques et collectifs, ne sont cependant pas interdites les ruptures conventionnelles conclues pour « *cause économique* »[894]. Sachant que le risque de fraude d'utilisation de la rupture conventionnelle pour éviter d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi peut être difficile à réguler[895]. Ainsi, en cas de suppression de postes de travail suivant des difficultés économiques, une rupture conventionnelle est possible quand le salarié a été expressément informé des droits plus avantageux auxquels il pourrait avoir droit en cas de licenciement économique[896].

Il est également possible en Allemagne de conclure des « Aufhebungsverträge » quand l'entreprise est sujette à des difficultés économiques. Un employeur allemand peut donc inclure des « Aufhebungsverträge » dans le cadre de la restructuration de son entreprise qui comprend une réduction de personnel. Il devra cependant notifier ces licenciements collectifs à l'agence pour

[892] Article L. 1233-26 du Code du travail, modifié par la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008, art. 3; Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 29 octobre 2013, numéro de pourvoi 12-15.382, publié au bulletin (cassation partielle).
[893] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 29 octobre 2013, numéro de pourvoi 12-15.382, publié au bulletin (cassation partielle).
[894] Circulaire DGT n° 2012-07 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés Fiche 14 : Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 57.
[895] Exposé : Bonnechère M., *Les plans de départs volontaires,* 22 février 2010, dans la conférence organisée par la Commission de droit social (formation continue) du Barreau de Paris à l'auditorium du Harlay, Le Droit Ouvrier, mai 2010, n° 742, p. 233 : « *la loi exclut des PSE la rupture conventionnelle, mais cela ne signifie nullement que les ruptures conventionnelles excluent le PSE !* ».
[896] L&S Avocats, Stibon C., *La rupture conventionnelle du droit du travail*, janvier 2015, http://www.ls-avocats.com/articleenligne/71-la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail, page 2 sur 11 du pdf.

l'emploi « Agentur für Arbeit » [897]. Cette procédure qui ressort du § 17 KSchG s'applique logiquement aussi aux « Aufhebungsverträge », si ceux-ci sont utilisés par l'employeur en plus des licenciements[898]. Ils font alors partie des « licenciements » et doivent être additionnés dans un délai de trente jours civils avant d'être notifiés à l'agence du travail[899]. Une incertitude actuelle demeure en droit allemand et concerne le cas de défaut de notification ou de notification incorrecte dans le cadre d'un tel licenciement collectif[900]. Un non-respect de l'obligation légale s'appliquant rétroactivement, cela peut entraîner l'invalidité des « Aufhebungsverträge » qui avaient été conclus[901]. À l'heure actuelle, cette question n'a pas encore été tranchée par la plus haute juridiction et, compte tenu notamment de la forte autonomie contractuelle de ces contrats de résiliations, la situation reste floue pour les employeurs et les salariés ; il est dans la pratique recommandé aux employeurs de ne signer des contrats de résiliation dans le cadre de licenciement collectifs que lorsqu'ils ont une vue d'ensemble claire des seuils du § 17 I de la loi allemande sur la protection contre le licenciement (KSchG)[902].

2. Rupture conventionnelle et licenciement économique

Concernant les autres ruptures d'un commun accord, telle celle intervenant dans une procédure de licenciement pour motif économique, l'article L. 1237-11 précisant que la rupture conventionnelle est exclusive du licenciement, toutes les mesures d'accompagnement social des procédures de licenciement[903] ne sont donc pas à même d'être des ruptures conventionnelles.

---

[897] Ludwig D., Hinze J., *Das Massenentlassungsanzeigeverfahren, häufige Fehler und Vermeidungsstrategien*, NZA 2020, 694.
[898] Ludwig D., Hinze J., *Das Massenentlassungsanzeigeverfahren, häufige Fehler und Vermeidungsstrategien*, NZA 2020, 699.
[899] BAG 20.01.2016, 6 AZR 601/14, BAGE 154, 53 = NZA 2016, 490; § 17 I KSchG: „(*1) Der Arbeitgeber ist verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er 1. In Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als 5 Arbeitnehmer, 2. In Betrieben mit in der Regel mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern 10 vom Hundert der im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer oder aber mehr als 25 Arbeitnehmer, 3. In Betrieben mit in der Regel mindestens 500 Arbeitnehmern mindestens 30 Arbeitnehmer; innerhalb von 30 Kalendertagen entläßt. Den Entlassungen stehen andere Beendigungen des Arbeitsverhältnisses gleich, die vom Arbeitgeber veranlasst werden*.".
[900] Voir également, BAG, 19.03.2015, 8 AZR 119/14, BeckRS 2016, 70521; BAG 28.06.2012, 6 AZR 780/10, BAGE 142, 202 = NZA 2012, 1029; Ludwig D., Hinze J., *Das Massenentlassungsanzeigeverfahren, häufige Fehler und Vermeidungsstrategien*, NZA 2020, 699.
[901] Ludwig D., Hinze J., *Das Massenentlassungsanzeigeverfahren, häufige Fehler und Vermeidungsstrategien*, NZA 2020, 699.
[902] Ludwig D., Hinze J., *Das Massenentlassungsanzeigeverfahren, häufige Fehler und Vermeidungsstrategien*, NZA 2020, 699.
[903] Section 6, chapitre 3, Titre III, Livre II, Première partie du Code du travail.

La rupture conventionnelle instaurée en 2008 dans le droit français ne restreint pas la mise en place de départs volontaires au sein d'un plan de réduction des effectifs[904]. C'est pourquoi, concernant l'arrêt du 26 octobre 2010 de la Cour de cassation, la position de la Cour d'appel de Versailles du 1er avril 2009 est confirmée en ce que dès lors qu'un plan d'ajustement des effectifs qui est basé sur le volontariat, comme cela était le cas au sein de la société Renault où n'était prévu aucun licenciement, alors il n'y a pas d'obligation pour l'employeur d'établir un plan de reclassement ainsi qu'il aurait dû le faire au sein du plan de sauvegarde de l'emploi[905]. Ceci pour la raison simple qu'un plan de reclassement s'applique, selon la Cour, pour les salariés dont le licenciement est inéluctable.

Rappelons la loi[906] qui pose qu'aucune rupture conventionnelle et aucune homologation d'une rupture conventionnelle ne sera applicable aux ruptures suivant un plan de sauvegarde de l'emploi suivant les conditions de l'article L. 1233-61 ou d'un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences suivant les conditions de l'article L. 2242-15 du Code du travail[907]. Ceci s'opposant aux dispositions sur le licenciement, lesquelles s'appliquent comme nous l'avons déjà indiqué à toutes les ruptures, à l'exception de la rupture conventionnelle[908].

Si l'on revient sur l'article L. 1237-11 du code du travail posant que la rupture conventionnelle est « *exclusive du licenciement ou de la démission* », malgré la clarté de la volonté du législateur ici, celle-ci n'est cependant pas certaine d'être respectée.

En effet, la convention internationale n° 158 de l'OIT (Organisation Internationale du Travail) semble elle opposée à l'exclusion du droit du licenciement en son article 3 : « *Aux fins de la présente convention, le terme licenciement signifie la cessation de la relation de travail à*

---

[904] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 26 octobre 2010, numéro de pourvoi 09-15.187, publié au bulletin (rejet) ; Voir aussi pour plus d'informations, Dockès E., *Le plan de sauvegarde de l'emploi sans reclassement : naissance d'une chimère*, SSL, 2010, n° 1465, p. 11 et suivantes et Roussel F., Concl., RDT, 2015, 321, sur l'arrêt de la CAA de Paris, 12 mars 2015, n° 14PA05025; Auzero G., Baugard D., Dockès E., *Droit du travail*, 31ème édition Dalloz, 2017, p. 662.

[905] Cela concerne les entreprises comprenant un minimum de 50 salariés et quand le projet de licenciement prévoit de licencier au moins dix salariés sous trente jours : Article L. 1233-61 du Code du travail, modifié par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, art. 43.

[906] Code du travail, article L. 1237-16.

[907] Ainsi que posé par l'article L. 1237-16 du Code du travail.

[908] Article L. 1233-3 du Code du travail ; Voir aussi Lokiec P., *Droit du travail*, Tome I, *Les relations individuelles de travail*, Thémis droit, Puf, 2011, p. 312.

l'initiative de l'employeur ». En comparant cette définition à l'article L. 1237-11 du Code du travail posant la rupture conventionnelle comme « *exclusive du licenciement ou de la démission* », il n'est ainsi pas certain que lorsqu'une rupture conventionnelle a été conclue à l'initiative de l'employeur, qu'elle puisse s'abstraire des règles imposées en matière de licenciement par cette convention internationale[909]. Les auteurs Wolmark et Peskine reprennent cette interprétation dans leur ouvrage actualisé de 2016[910], considérant « *largement contestable* » le refus d'admettre la nullité de la convention de rupture quand celle-ci a été initiée par l'employeur. Ils concluent sur ce point en considérant que cela « *confirme, s'il en était besoin, que la rupture conventionnelle relève d'une illusion : comment songer qu'aucune des deux parties n'a pris l'initiative d'une telle rupture ? Illusion qui procède d'une confusion : une chose est l'accord de volonté ; une autre est l'initiative de la rupture* ».

Toujours concernant l'article L. 1237-11 prévoyant que la rupture conventionnelle est exclusive du licenciement ou de la démission, on peut ainsi comprendre que la procédure de licenciement économique n'est pas à respecter en cas de rupture conventionnelle. A cela s'ajoute que le législateur a modifié l'article L. 1233-3, alinéa 2 du code du travail, lequel détermine le champ d'application du licenciement économique et posant désormais que « *les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail, à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants* ». Nous observons ici que la loi fait reculer le champ d'application du droit du licenciement économique.

Avant cette modification il n'était pas possible d'échapper aux règles procédurales du licenciement économique, dès lors que la rupture trouvait son origine dans un motif économique[911].

Les conséquences sont lourdes pour les salariés, vu que dès lors qu'un salarié accepte une rupture de son contrat de travail pour des motifs qui ne sont pas inhérents à sa personne, mais résultent d'une modification ou suppression d'emploi suite à des mutations technologiques ou à des difficultés économiques[912], celui-ci se verra alors privé des garanties comprises dans le

---

[909] Dockès E., Peskine E., Wolmark V., *Droit du travail*, HyperCours, 5ème édition Dalloz, 2010, p. 348 – 443.
[910] Peskine E., Wolmark C., *Droit du travail,* Hypercours, 2017, 11ème édition Dalloz, 2016, p. 379, 566.
[911] Bossu B., Dumont F., Verkindt P.-Y., *Droit du travail*, lextenso éditions, 2011, p. 293.
[912] L'autorité administrative a notamment admis, qu'une rupture conventionnelle individuelle intervienne alors même que l'entreprise rencontre des difficultés économiques : DGT n° 2 du 23 mars 2010 et voir Chirez A., *La rupture conventionnelle pour cause économique*, Le Droit Ouvrier, août 2011, n° 757, p. 475.

licenciement économique, telles que la priorité de réembauchage et l'obligation de reclassement[913].

Cependant, afin d'assurer que le salarié français ne soit pas privé des garanties liées aux accords de gestion prévisionnelle des emplois et compétences et aux plans de sauvegarde de l'emploi que nous avons vu plus haut, le droit français donne une grande importance à l'obligation d'information du salarié concernant ses droits. Ceci dans le but de lui permettre d'opter ou non pour une rupture conventionnelle si son poste est supprimé après avoir vérifié qu'elles garanties seront plus avantageuses pour lui, celles de la rupture conventionnelle ou du licenciement économique[914].

En pratique le salarié peut donc décider de ne pas opter pour une rupture conventionnelle quand il y a possibilité qu'il soit éligible à une convention de reclassement personnalisé (CRP) ou à un contrat de transition professionnelle (CTP), sachant que ces CRP et CTP ont été remplacés par le contrat de sécurisation professionnelle (CSP)[915]. L'aspect négatif reste que même si le ministère du travail souligne que « *sur ce point, un effort d'information des salariés sur l'étendue de leurs droits sera une priorité de l'administration du travail, notamment via ses différents sites internet traitant de la rupture conventionnelle* », il ajoute que cela n'est pas « *un point de contrôle au stade de l'homologation* »[916], ce qui au final diminue l'obligation d'information qu'ont les employeurs envers leurs salariés si cela ne rentre pas dans ce qui est inspecté lors de l'homologation.

Rappelons les garanties auxquelles aurait droit le salarié (et pourquoi il peut être plus avantageux pour le salarié d'être licencié pour motif économique au lieu de signer une rupture conventionnelle) en cas de licenciement économique :

---

[913] Pélissier J., Auzero G., Dockès E., *Précis de Droit du travail*, 25ème édition, Dalloz, 2011, p. 498 – 438.
[914] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015 et le 11 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee#Quelles-sont-les-indemnites-dues-au-salarie.
[915] Instruction DGT n° 2010-02 du 23 mars 2010, relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée, p. 2.
[916] Instruction DGT n° 2010-02 du 23 mars 2010, relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée, p. 2 ; Voir à ce sujet également Alves-Conde M., *L'aptitude à consentir du salarié*, thèse, 29 novembre 2018, p. 243.

Tout d'abord concernant les groupes et entreprises de moins de mille salariés qui sont en liquidation judiciaire ou redressement, l'employeur se doit de proposer le « contrat de sécurisation professionnelle »[917] comprenant une allocation d'environ 80 % du salaire journalier de référence versée pendant douze mois maximum, un entretien individuel servant à mettre au clair un projet de reclassement, un plan de sécurisation professionnelle qui peut comporter un bilan de compétences, un suivi individuel allant jusqu'à 6 mois après le reclassement s'assurant du bon déroulement du plan de sécurisation, une préparation aux entretiens d'embauche et des techniques pour rechercher un emploi ; ainsi que la possibilité de lui faire bénéficier dans certains cas d'une indemnité différentielle de reclassement[918].

Pour les groupes ou entreprises de mille salariés ou plus apparaît l'obligation de proposer un « congé de reclassement ». Dans le cadre de ce congé de reclassement, l'employeur doit attribuer une allocation comprise de 65 % du salaire brut de référence mais qui ne doit pas être inférieure à 85 % du salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC) durant la durée du congé excédant le préavis[919]. Un congé de mobilité peut aussi être suggéré par l'employeur aux salariés quand il a conclu un accord collectif relatif à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et que cet accord fixe et prévoit les conditions du congé[920].

---

[917] Article L. 1233-65 et suivants du Code du travail.
[918] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015 et le 11 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee#Quelles-sont-les-indemnites-dues-au-salarie.
[919] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015 et le 11 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee#Quelles-sont-les-indemnites-dues-au-salarie. Pour obtenir plus d'informations sur le SMIC et notamment sur les salaires minimums légaux en France et en Allemagne, voir Dabosville B., *Le salaire minimum légal, la convention collective et le juge, comparaison franco-allemande*, RDT, janvier 2018.
[920] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015 et le 11 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee#Quelles-sont-les-indemnites-dues-au-salarie.

3. Ruptures conventionnelles et licenciements

a) France

Remarquons qu'un salarié qui conclut une rupture conventionnelle va plus rapidement perdre sa relation de travail qu'en étant licencié. Ceci comme entre la date de sortie et la convocation à l'entretien préalable, environ six semaines passent, contre un préavis de trois mois, après les quinze jours de procédure pour un cadre licencié par exemple. En effet, il n'y a pas de préavis dans la rupture conventionnelle.

(a) Rupture conventionnelle après notification d'un licenciement

Un arrêt du 3 mars 2015 de la Cour de cassation[921] admet en l'espèce qu'une rupture conventionnelle puisse être signée après qu'un licenciement ait été prononcé[922]. La Cour de cassation y statue en effet « *que lorsque le contrat de travail a été rompu par l'exercice par l'une ou l'autre des parties de son droit de résiliation unilatérale, la signature postérieure d'une rupture conventionnelle vaut renonciation commune à la rupture précédemment intervenue* ».

Ceci va cependant, ainsi que le reconnaît la Cour de cassation dans ce même arrêt, à l'encontre de l'article L. 1237-11 du Code du travail posant que la rupture conventionnelle étant exclusive du licenciement ou de la démission, cela signifie que normalement « *aucune rupture conventionnelle ne peut donc intervenir après la notification d'un licenciement* ». Cependant, la Cour d'appel de Colmar du 7 mai 2013 avait déjà donné effet à cette convention de rupture et la Cour de cassation l'a tout de même bien admise aussi en respectant le commun accord des parties.

Dans l'arrêt, le salarié directeur régional qui a conclu une rupture conventionnelle après avoir fait l'objet d'un licenciement, souhaitait tout de même bénéficier de la contrepartie financière

---

[921] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 3 mars 2015, numéro de pourvoi 13-20.549, publié au bulletin (rejet) ; Wolters Kluwer, *Il est possible de revenir sur un licenciement par une rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16789, 9 mars 2015, p. 1.

[922] Cela vaut aussi en cas de démission, c'est à dire que si les parties signent ensuite une rupture conventionnelle, cela vaudra renonciation commune de la démission. Voir Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 3.

à son obligation de non-concurrence dès la date de rupture de son contrat de travail par le licenciement et non à la date de rupture posée par la rupture conventionnelle. Cette demande a été rejetée par la Cour de cassation, laquelle considère qu'en cas de rupture conventionnelle conclue postérieurement à un licenciement valant renonciation commune de ce licenciement, c'est la date de rupture fixée lors de la convention de rupture qui va « *déterminer le respect par l'employeur du délai contractuel* ».

Remarquons que si la conclusion d'une rupture conventionnelle après licenciement est possible[923], cela vaut aussi après une démission, la rupture conventionnelle valant renonciation commune à la démission[924].

(b) Rupture conventionnelle avant notification d'un licenciement

Rien ne s'oppose à la notification d'un licenciement après qu'une rupture conventionnelle entre les parties n'a pas aboutie, par exemple si le salarié s'est rétracté[925].

Remarquons seulement que dans l'hypothèse d'un licenciement disciplinaire, l'employeur a un délai légal à respecter de deux mois à compter du jour où il a eu connaissance du fait fautif[926]. Une exception est faite en cas de poursuites pénales. Or si une rupture conventionnelle est négociée entre les faits passibles de licenciement pour motif disciplinaire et la notification du licenciement, alors la rupture conventionnelle peut avoir sérieusement raccourci ou même fait dépasser ce délai. Ceci a été précisé par la Cour de cassation dans son arrêt du 3 mars 2015[927] où le salarié avait des absences injustifiées et s'est rétracté de la convention de rupture de son

---

[923] RF, *Rupture conventionnelle individuelle*, octobre 2019, 1108, 23, p. 460.
[924] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 3.
[925] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 3 ; RF, *Rupture conventionnelle individuelle*, octobre 2019, 1108, 23, p. 460.
[926] Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, *La sanction disciplinaire*, publié le 21 septembre 2015 et mis à jour le 20 novembre 2015, accès le 24 avril 2016, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/relations-au-travail/pouvoir-disciplinaire-sanction/article/la-sanction-disciplinaire; Arrêt de la Cour de cassation, 3 mars 2015, numéro de pourvoi 13-23.348 ; Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 3 ; Miné M., *Le grand livre du droit du travail en pratique*, Eyrolles, 29ème édition, 2018, p. 359.
[927] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 3 mars 2015, numéro de pourvoi 13-23.348, publié au bulletin (rejet).

contrat de travail signé avant d'être convoqué à un entretien préalable au licenciement. La Cour pose que « *la signature par les parties d'une rupture conventionnelle ne constitue pas un acte interruptif de la prescription prévue par l'article L. 1332-4 du Code du travail* », faisant qu'en l'espère, il y avait eu prescription des faits fautifs.

Rappelons que la sanction disciplinaire peut comprendre une faute « légère », « sérieuse » ou « grave », lesquelles mènent à des troubles sérieux et rendant impossible le maintien du salarié dans la société ; ou peut encore comprendre une faute « lourde », dans l'hypothèse ou le comportement du salarié s'est opéré dans l'intention de nuire à son employeur ou à la société[928]. De plus, la sanction disciplinaire se doit d'être proportionnée à la faute commise et comprend par exemple un blâme, une mise à pied disciplinaire non payée, une rétrogradation, une mutation, un licenciement pour faute réelle et sérieuse ou un licenciement pour faute grave, ce dernier ne comportant pas de préavis ou d'indemnité, un licenciement pour faute lourde ne comportant lui pas de préavis et d'indemnité non plus, et le non-paiement des congés payés[929].

Toujours concernant le pouvoir disciplinaire de l'employeur, quand celui-ci a fait venir un salarié à un entretien préalable à la notification d'un licenciement disciplinaire et qu'une rupture conventionnelle fut conclue mais rétractée par la suite par le salarié, l'employeur reste à même de reprendre la procédure de licenciement préalablement engagée et de réinviter le salarié à un entretien préalable, tout en étant encore une fois soucieux de respecter le délai de prescription[930]. La Cour de cassation considère dans l'arrêt du 3 mars 2015[931], que la conclusion de la rupture conventionnelle n'a pas porté « *renonciation de l'employeur à son pouvoir disciplinaire* » et qu'en l'état, l'employeur était donc bien fondé à prononcer un licenciement pour faute grave[932].

---

[928] Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, *La sanction disciplinaire*, publié le 21 septembre 2015 et mis à jour le 20 novembre 2015, accès le 24 avril 2016, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/relations-au-travail/pouvoir-disciplinaire-sanction/article/la-sanction-disciplinaire.

[929] Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, *La sanction disciplinaire*, publié le 21 septembre 2015 et mis à jour le 20 novembre 2015, accès le 24 avril 2016, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/relations-au-travail/pouvoir-disciplinaire-sanction/article/la-sanction-disciplinaire.

[930] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 3.

[931] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 3 mars 2015, numéro de pourvoi 13-15.551, publié au bulletin (rejet).

[932] Voir aussi Wolters Kluwer, Dossier *Rupture atypiques*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 198, 3 novembre 2015, p. 4.

b) Allemagne : „Aufhebungsvertrag“ conclu après ou pendant un licenciement : clause de renonciation d’action en justice « Klageverzicht et clause sur les frais de procédure « Verfahrenskosten »

Un contrat de résiliation allemand « Aufhebungsvertrag » est normalement conclu entre les parties sans qu’aucune procédure de protection du licenciement ne soit pendante, ce qui constitue l’avantage principal pour les employeurs. Il se peut cependant qu’avant ou conjointement aux négociations du « Aufhebungsvertrag », un licenciement soit prononcé[933]. Dans ce cas, il est important que le salarié dépose plainte de manière préventive, en raison du court délai de trois semaines seulement pour le dépôt d’une plainte selon la première phrase du paragraphe 4 du KSchG « Kündigungsschutzgesetz »[934].
Si les parties décident ensuite de conclure un « Aufhebungsvertrag », la plainte déposée devra être retirée[935]. Les parties doivent dans ce cas prévoir de manière préventive dans le cadre du « Aufhebungsvertrag » une clause, réglant le sort des frais dûs à la procédure judiciaire pendante, par exemple de prévoir que chaque partie supporte ses frais extra judiciaires « außergerichtlichen Kosten » et la moitié des frais de justice « Gerichtskosten »[936].

En revanche, si les parties et principalement l’employeur décident de prévoir une clause dans le « Aufhebungsvertrag » après prononciation d’un licenciement posant que le salarié renonce à agir en justice et donc renonce à bénéficier de la protection du licenciement « Klageverzicht », cette clause sera contrôlée de manière stricte dans le cadre du contrôle des conditions générales « AGB-Kontrolle »[937]. Contrôle strict, d’autant que selon le tribunal fédéral du travail « BAG », une telle renonciation à agir en justice sans qu’il y ait de contrepartie compensatoire pour le

---

[933] Voir ici Hesse, BeckOK ArbR, 57. Ed., 01.09.2020, BGB § 620, *Kündigung in ein Angebot auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages*, in Rolfs, Giesen, Kreike-bohm, Udsching, Rn. 46.
[934] § 4 KSchG Satz 1: ce paragraphe pose que le salarié n’a que trois semaines après réception de l’avis écrit de licenciement pour invoquer devant le tribunal du travail « Arbeitsgericht » que le licenciement était socialement injustifié ou encore pour invoquer d’autres raisons prouvant que ce licenciement ne porte pas d’effet de droit « rechtsunwirksam » et que le contrat de travail n’est pas rompu : « *Will ein Arbeitnehmer geltend machen, dass eine Kündigung sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist, so muss er innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist.* »; voir ici notamment Günther in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 29.
[935] Lingemann, Groneberg, *Der Aufhebungsvertrag* (Teil 4), NJW 2011, „19. Klageverfahren/Kosten“, S. 2939.
[936] Lingemann, Groneberg, *Der Aufhebungsvertrag* (Teil 4), NJW 2011, „19. Klageverfahren/Kosten“, S. 2939.
[937] Lingemann, Groneberg, *Der Aufhebungsvertrag* (Teil 4), NJW 2011, „19. Klageverfahren/Kosten“, S. 2939.

salarié au travers d'une indemnité par exemple, constitue un préjudice inapproprié « unangemessene Benachteiligung » selon le § 307 Ab. 1 du paragraphe 307 BGB[938].

Il est aussi possible en droit allemand de transformer un licenciement nul en une proposition de conclusion d'un « Aufhebungsvertrag »[939]. Pour cela, il doit être clair pour les deux parties, que le licenciement est nul « unwirksam » et la proposition doit être écrite[940].

[938] Voir partie « interdiction de la compensation dans le « Aufhebungsvertrag » sur la décision du BAG 24.02.2016, 5 AZR 258/14 (2. Instanz: LAG Sachsen-Anhalt); BAGE Band 124, S. 59, NZA Jahr 2008 S. 219: Lingemann, Groneberg, *Der Aufhebungsvertrag* (Teil 4), NJW 2011, „19. Klageverfahren/Kosten", S. 2939

[939] Tschöpe, Schulte/Lingscheid, *Arbeitsrecht Handbuch*, 11. Auflage, Ottoschmidt, 2019, S., 1400, Rz.120: « *Umdeutung einer Kündigung in ein Angebot auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages* ».

[940] § 623 BGB, code civil allemand; Voir également Stoffels in Rolfs, Giesen, Kreike-bohm, Udsching, *Online-Kommentar Arbeitsrecht*, BGB § 626, 57. Ed., 01.09.2020, Rn. 10.

III. Indemnité de départ

« On dit qu'il y a trois millions de personnes qui veulent du travail. C'est pas vrai, de l'argent leur suffirait »[941].

Coluche

Nous verrons les indemnités de départ de la rupture conventionnelle en deux temps. Nous regarderons les indemnités minimales[942] valant pour toutes les ruptures conventionnelles conclues avant le 27 septembre 2017 ; pour ensuite voir, suite à la réforme Macron[943], le nouveau calcul de l'indemnité de rupture conventionnelle pour les ruptures conventionnelles conclues après le 27 septembre 2017[944]. L'article L. 1235-3 du Code du travail ayant été modifié par l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail. L'ordonnance de 2017 a été ratifiée par la loi n°2018-217 du 29 mars 2018[945].

Précisons que l'indemnité légale en tant que minimum à verser[946] dans le cadre d'une rupture conventionnelle individuelle ou collective, ne se cumule pas avec toute indemnité de même nature. Par exemple l'indemnité conventionnelle de licenciement, l'indemnité de départ ou de mise à la retraite, entre autres.

---

[941] Coluche (1944-1986), Sketch Le Chômeur, 1986.
[942] Dépendant des indemnités légales de licenciement.
[943] Réforme Macron qui a également instauré la rupture conventionnelle collective, rupture conventionnelle collective qui fait l'objet d'une partie de ce travail.
[944] Réforme Macron qui, au travers de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 en son article 39 et le décret n° 2017-1398 du 25 septembre 2017 a prévu l'augmentation par revalorisation du montant minimal des indemnités de licenciement légales.
[945] Publication au JO du 31.
[946] Le salarié peut bénéficier de l'indemnité conventionnelle de licenciement, si celle-ci est plus favorable que l'indemnité légale. Comme posé par l'avenant du 18 mai 2009, consolidé dans l'arrêté du 26 novembre 2009 au JO du 27 novembre. Voir Auzero G., observations, RDT, 2010, p. 97 et Lokiec P., *Droit du travail*, Tome I, *Les relations individuelles de travail*, Thémis droit, Puf, 2011, p. 316.

Il n'y a pas de distinction, lors du calcul de l'indemnité légale de licenciement, entre un licenciement d'origine économique ou non économique[947].

Il est également important de spécifier dès maintenant, que le versement d'une indemnité de rupture conventionnelle inférieure à la loi ne constitue pas de cause de nullité[948]. Le salarié peut toutefois réclamer le versement du différentiel, s'il agit dans le délai de douze mois à compter de la date d'homologation[949].
L'indemnité constitue surement la part la plus importante de la rupture conventionnelle, individuelle ou collective, l'indemnité étant très souvent la raison principale derrière l'accord des salariés de conclure une telle rupture[950].

En Allemagne, précisons dès maintenant qu'il n'existe pas de droit au paiement d'une indemnité, ce qui est souvent inattendu. Il n'y a donc pas de paiement automatique d'une indemnité, faisant que dans la pratique, c'est au travers d'accords individuels ou d'accords collectifs[951],

---

[947] Ministère du travail, *L'indemnité légale de licenciement*, publié le 17 septembre 2015, mis à jour le 26 septembre 2017, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/licenciement/article/l-indemnite-legale-de-licenciement.
[948] Les causes de nullité étant peu nombreuses dans le cadre de la rupture conventionnelle. Les cas de nullité comprennent notamment le cas de défaut de remise d'un exemplaire de la convention de rupture conventionnelle au salarié, le non-respect du délai de rétractation, ainsi que les conditions portant sur l'existence et l'intégrité du vice du consentement. Voir Loiseau G., *Le harcèlement moral ne vicie pas en soi le consentement*, JCP S, 26 février 2019, n° 8, 1057, p. 28; Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 14 janvier 2016, numéro de pourvoi 14-26.220; Loiseau G., JCP S, 2016, 1079; Mouly J., Dr. soc., 2016, p. 291; Icard J., Observations, Cah. Soc., 2016, p. 145; Patin M., Note sous arrêt, Cour de cassation, 6 février 2013, numéro de pourvoi 11-27.000, JCP S, 2013, 1162; Taquet F., Note sous arrêt, RDT 2013, p. 258; Ferrer A., Note sous arrêt, Le Droit Ouvrier, 2013, p. 507; Icard J., observations, Cah. Soc., 14 janvier 2013 ; Wolters Kluwer, *Une indemnité de rupture conventionnelle inférieure à la loi n'est pas une cause de nullité*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16874, 16 juillet 2015, p. 1.
Arrêt de la Cour de cassation, 8 juillet 2015, numéro de pourvoi 14-10.139, publié au bulletin (cassation partielle) : dans cet arrêt, l'employeur n'avait pas intégré diverses primes dans la moyenne des salaires qui servent de base de calcul à l'indemnité de rupture conventionnelle. La Cour de cassation n'a pas voulu reconnaitre de nullité automatique de la convention de rupture : « *qu'en statuant ainsi, par des motifs dubitatifs et inopérants, alors que si la stipulation par les deux parties d'une indemnité dont le montant est inférieur à celle prévue par l'article L. 1237-13 du code du travail (…) n'entraînent pas, en elles-mêmes, la nullité de la convention de rupture, (…)* ».
[949] Le juge doit, en cas de montant insuffisant, prononcer une condamnation pécuniaire : Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 10 décembre 2014, numéro de pourvoi 13-22.134, Wolters Kluwer, actualité, n° 16735, 17 décembre 2014.
[950] L'indemnité donc et nous verrons aussi plus loin dans ce travail, que l'accès à l'assurance chômage aide aussi à convaincre un salarié à la conclusion. Voir Bourieau P., DARES Analyses, Les salariés ayant signé une rupture conventionnelle. Une pluralité de motifs conduit à la rupture du contrat de travail, octobre 2013, n° 064 ; Montvalon L. de., *Rupture conventionnelle et réticence dolosive, Quelle protection du consentement face à l'asymétrie d'information ?,* JCP S, 4 février 2020, n° 5, 1028, p. 30.
[951] Haufe.de, *Abfindung: Aufhebungsvertrag und arbeitsgerichtlicher Vergleich*, accès le 7 novembre 2017, https://www.haufe.de/personal/personal-office-premium/abfindung-aufhebungsvertrag-und-arbeitsgerichtlicher-vergleich_idesk_PI10413_HI3549839.html.

par exemple grâce à un contrat de résiliation, « Aufhebungsvertrag » ou une convention collective, « Tarifvertrag », que le salarié pourra y avoir droit. Le meilleur moyen pour obtenir un semblant d'indemnité en Allemagne, est donc de prévoir non pas le versement d'une indemnité mais à la place ou en plus, un délai de préavis plus long (plusieurs mois en plus) avec une exemption de travail.

1. Indemnités en France

a) Avant la réforme française Macron

(a) Choix et montant de l'indemnité

Les conditions de la rupture conventionnelle française d'un contrat à durée indéterminée établi d'un commun accord entre l'employeur et le salarié dans une convention homologuée, sont définies dans l'article L. 1237-13 du code du travail. Il y est posé que le montant de l'indemnité dû au travailleur ne peut être inférieur à l'indemnité légale de licenciement[952] ou à l'indemnité conventionnelle de licenciement dans le cas où celle-ci est plus avantageuse pour le salarié (avenant n° 4 du 18 mai 2009 à l'ANI du 11 janvier 2008, étendu par arrêté du 26 novembre 2009 et Instruction DGT n° 2009-25 du 8 décembre 2009)[953].

Concernant le choix de l'indemnité qui est la plus avantageuse, choix qui reste avant et après la réforme Macron, il est important de prendre note de la position de la Cour de cassation à cet égard. Dans son arrêt du 6 février 2013[954], la Cour de cassation a considéré que la Cour d'appel de Lyon[955] avait « *violé par fausse application les articles 1108 du code civil[956] et L. 1237-13*

---

[952] Indemnité légale de licenciement prévue à l'article L. 1234-9 du Code du travail dont le taux et les modalités sont prévues par voie réglementaire à l'article R. 1234-2 du Code du travail (article L. 1237-13 du Code du travail).
[953] Coeuret A., Gauriau B., Miné M., *Droit du travail,* Université, Sirey, 3ème édition, 2013, p. 444.
[954] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 6 février 2013, numéro de pourvoi 11-27.000, publié au bulletin, point 6.
[955] Arrêt de la Cour d'appel de Lyon, 23 septembre 2011, numéro de pourvoi 10-09122, RJS 1/12, n° 4.
[956] L'article 1108 du Code civil ici posé n'est actuellement plus le même, ayant été modifié au 1er octobre 2016 par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, art. 2. Dans l'ancienne version en vigueur alors, cet article posait les quatre conditions essentielles pour la validité d'une convention, celles-ci étant le

du code du travail »[957]. Ceci pour la raison que le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle décidée dans la convention de rupture[958] était inférieur au montant qui ressortait du calcul de l'indemnité légale de licenciement et que la Cour d'appel a retenu cette « *non-conformité à la règle légale du montant de l'indemnité spécifique de rupture indiqué à la convention* » pour retenir nulle en son entier la convention de rupture conventionnelle. La Cour de cassation a rappelé le principe que dans le cas où une « *clause d'un contrat n'est pas conforme à ce qu'impose une règle légale impérative telle que la fixation par la loi d'un quantum ou d'une durée, seule la clause non conforme est invalidée, la règle légale devant s'y substituer automatiquement* ».

Nous retenons ici que dans le choix à faire du montant le plus favorable au salarié, ceci valant pour la rupture conventionnelle, mais nous pouvons avancer que ce principe vaudra éventuellement également pour la rupture conventionnelle collective, le mauvais choix ne mène pas à la nullité totale de la convention de rupture, mais seulement à la substitution automatique.

Ajoutons que dans un cas où la convention collective comprend deux indemnités différentes de licenciement, la première pour motif personnel et la seconde pour motif économique, alors l'indemnité de rupture conventionnelle doit obligatoirement être au moins égale à l'indemnité légale si l'une des deux y est inférieure ; ou être au moins égale à l'indemnité conventionnelle la plus faible si elles sont toutes deux supérieures à l'indemnité légale[959]. Cependant, la règle est que « *l'indemnité de licenciement est* (...) *calculée de manière identique quel que soit le motif du licenciement (personnel ou économique*) »[960].

Dans le dessein de s'assurer que l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle convenue entre bien dans le minimum légal, un « tableur de calcul » a aussi été créé dès 2008 pour les

---

consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contacter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement et une cause licite dans l'obligation.

[957] Sachant que l'article L. 1237-13 du Code du travail prévoit que l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle qui y est prévue ne peut être inférieure au montant de l'indemnité de licenciement, c'est-à-dire (avant la réforme Macron dans cet arrêt) un cinquième de mois de salaire par année et par mois complet d'ancienneté

[958] Il s'agit ici de 1300 euro, contre 1336,41 euros avec application de l'indemnité légale de licenciement.

[959] Instruction DGT n° 2009-25 du 8 décembre 2009, « 2. Effet de l'avenant n° 4 à l'ANI du 11 janvier 2008 », p. 2.

[960] Circulaire n° DSS/DGPD, SD5B/2009/210 du 10 juillet 2009, relative au régime social des indemnités versées en cas de rupture conventionnelle ou à l'issue d'un contrat à durée déterminée à objet défini, et des indemnités versées en cas de rupture du contrat de travail ou de cessation forcée des fonctions de mandataire social, p. 3.

DDTEFP et est toujours en place pour les DIRECCTE, lequel prend la forme d'un « tableur de vérification automatique »[961].

Un montant insuffisant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle représente une cause majeure de refus d'homologation par l'administration française[962].

Par exemple, si on reprend pour la rupture conventionnelle le même raisonnement que pour le licenciement personnel ainsi que rendu dans l'arrêt du 24 septembre 2014 de la Cour de cassation[963], « *le fait que les cadres dirigeants soient plus exposés au licenciement que les autres salariés, car directement soumis aux aléas de l'évolution de la politique de la direction générale, peut justifier qu'une indemnité de licenciement plus élevée leur soit accordée par des dispositions conventionnelles* »[964].

L'employeur doit donc aussi s'assurer que la convention collective dont il dépend ne prévoit pas une plus grande indemnité. Cette indemnité doit par ailleurs être exonérée de cotisations sociales et d'impôt sur le revenu dans les conditions du code général des impôts et du code de la sécurité sociale, quand versée à un salarié ne bénéficiant pas encore d'un régime de retraite obligatoire légalement[965]. Nous nous pencherons plus loin en détail sur les conséquentes sociales[966] de la rupture conventionnelle.

Le calcul de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle implique en France que l'employeur prenne en compte la moyenne la plus favorable des 3 ou 12 derniers salaires bruts mensuels, ainsi que posé dans l'article R 1234-4 du Code du travail[967]. Dans le cas où le salarié a été absent sans être rémunéré pendant la période prise en compte pour le calcul, l'employeur est obligé de « *reconstituer un salaire brut mensuel moyen correspondant à ce que le salarié*

---

[961] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 6.
[962] L&S Avocats, Stibon C., *La rupture conventionnelle du droit du travail*, janvier 2015, p. 9 sur 11 du pdf, http://www.ls-avocats.com/articleenligne/71-la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail.
[963] Cour de cassation, chambre sociale, 24 septembre 2014, numéro de pourvoi 13-15074, publié au bulletin (rejet).
[964] L'actualité n° 16682 du jeudi 2 octobre 2014.
[965] Coeuret A., Gauriau B., Miné M., *Droit du travail,* Université, Sirey, 3ème édition, 2013, p. 444.
[966] Mais également sur les conséquences fiscales.
[967] Article R. 1234-4 du Code du travail créé par le décret n° 2008-244 du 7 mars 2008, Art. (V).

aurait perçu s'il avait normalement travaillé »[968]. Ainsi, si le salarié était malade et donc absent durant ses congés maladie, la base de calcul est reconstituée selon son salaire habituel[969].

Il en va de même si le salarié a travaillé à temps complet mais est passé à temps partiel, l'indemnité devra être calculée proportionnellement à la durée de temps plein et de temps partiel[970].

L'ancienneté du salarié est également à prendre en compte et s'apprécie à la date envisagée de la rupture[971].

(b) Calcul de l'indemnité pour une rupture conventionnelle conclue avant le 27 septembre 2017

Ainsi, l'indemnité se doit d'être supérieure à 1/5ème d'un mois de salaire multiplié par le nombre d'années d'ancienneté. Dès lors que les dix années d'ancienneté sont atteintes, il faut alors ajouter 2/15èmes d'un mois de salaire par année supplémentaire[972].

Dans le cas où le salarié a été employé moins d'une année, son employeur calculera l'indemnité au prorata du nombre de mois de présence[973]. Ainsi, un salarié employé pendant 7 mois verra son indemnité de rupture conventionnelle calculée avec son salaire brut mensuel moyen multiplié par 1/5ème, puis multiplié par 7/12ème[974].

---

[968] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015 et le 11 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee#Quelles-sont-les-indemnites-dues-au-salarie.
[969] L&S Avocats, Stibon C., *La rupture conventionnelle du droit du travail*, janvier 2015, p. 9 sur 11 du pdf, http://www.ls-avocats.com/articleenligne/71-la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail.
[970] Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), Service-public.fr, Questions-Réponses, *Comment calculer l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ?*, vérifié le 21 février 2018, https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F31539.
[971] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 9; Arrêt du Conseil de Prud'hommes de Bobigny, 6 avril 2010, numéro de pourvoi 08-4910.
[972] Article R. 1234-2 du Code du travail ; Voir aussi Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 235.
[973] Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), Service-public.fr, Questions-Réponses, *Comment calculer l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ?*, mis à jour le 07.04.2014, vérifié le 21 février 2018, https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F31539.
[974] Circulaire 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 6.

Ceci ressort de la Circulaire DGT n° 2009-4 du 17 mars 2009 mais il est bon pour les salariés de rester prudents, étant donné que la Cour d'appel de Montpelier a dans son arrêt du 1er juin 2011[975] décidé, que le salarié qui n'avait qu'un peu plus de quatre mois d'ancienneté lors de la conclusion de la convention de rupture et six mois d'ancienneté lors de l'homologation, ne pouvait pas percevoir d'indemnité de rupture conventionnelle en posant qu'un minimum d'une année de pleins services était la norme pour pouvoir en bénéficier[976]. Cette interprétation de la Cour allant à l'encontre du texte administratif constitue une insécurité pour les salariés n'ayant pas encore une année d'ancienneté.
Allant dans le même sens, la circulaire DSS du 10 juillet 2009 pose que « *la durée d'ancienneté dans l'entreprise requise pour bénéficier de cette indemnité a été ramenée à un an* »[977].

Cette méthode de calcul n'est pas en contradiction avec le principe que l'indemnité de rupture conventionnelle est librement négociée entre le salarié et son employeur, tant qu'elle reste supérieure à l'indemnité légale. Ce principe ressort de l'avenant n° 4 du 18 mai 2009 à l'accord national interprofessionnel (ANI) sur la modernisation du marché du travail du 11 janvier 2008 qui ne s'appliquait alors qu'aux employeurs adhérents du MEDEF (Mouvement des Entreprises de France), CGPME (Confédération générale des petites et moyennes entreprises) et de l'UPA (Union Professionnelle Artisanale)[978]. Cet avenant a été étendu avec l'arrêté du 26 novembre 2009 (JO du 27 novembre) pour les ruptures conventionnelles conclues depuis le 28 novembre 2009 à tous les employeurs qui entrent dans le champ d'application de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008. Sont désormais compris les employeurs du secteur privé avec l'exception des professions libérales, des employeurs de salariés agricoles et du secteur associatif.

Nous avons vu dans le cadre de la date de prise de fin du contrat de travail, qu'il est légal de prévoir que la date de rupture intervienne avec un délai plus long après l'homologation de la rupture conventionnelle. Il est important de noter ici concernant la base de calcul de l'indemnité

---

[975] Arrêt de la Cour d'appel de Montpelier, 4ème chambre sociale, 1er juin 2011, numéro de pourvoi 10-06114.
[976] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 9.
[977] Circulaire n° DSS/DGPD, SD5B/2009/210 du 10 juillet 2009, relative au régime social des indemnités versées en cas de rupture conventionnelle ou à l'issue d'un contrat à durée déterminée à objet défini, et des indemnités versées en cas de rupture du contrat de travail ou de cessation forcée des fonctions de mandataire social, p. 3.
[978] Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 235.

spécifique versée qui prend en compte les douze salaires qui précèdent la demande d'homologation, que ce sera au salarié de contrôler eu égard aux rémunérations qui seront versées jusqu'à la date effective de la rupture de son contrat de travail s'il y aura défaveur pour sa base de calcul de l'indemnité[979]. Ainsi, le principe étant de choisir au plus favorable pour le salarié, notamment en faisant la moyenne des trois ou douze derniers salaires bruts mensuels, dans le cas d'une date de rupture différée, alors à l'instar de l'indemnité de licenciement, il faudra dans le cas où le salarié aura perçu des sommes exceptionnelles telle une prime annuelle, le salaire brut mensuel moyen devra être reconstitué en « *lissant au prorata ces sommes* »[980].

Il n'est pas possible en France de faire en sorte que le salarié renonce au versement de cette indemnité de rupture conventionnelle[981].

Notons encore l'exception pour ce qui est des salariés bénéficiaires d'indemnités de rupture mais dont le mode de calcul est dérogatoire du droit commun et dont le droit actuel ne précise pas si c'est le droit commun qui doit s'appliquer ou les dispositions spécifiques que nous venons de préciser, les cours d'appel restant contradictoires sur ce point[982]. Concernés sont ici les journalistes[983] par exemple ou encore les voyageurs, représentants et placiers (VRP)[984].

On remarque ici que le droit français, malgré le vide juridique concernant les salariés bénéficiant d'un régime de calcul dérogatoire du droit commun, pose tout de même un minimum pour

---

[979] Circulaire 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 6.
[980] Circulaire 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 6.
[981] Arrêt de la Cour d'appel d'Angers, 5 janvier 2010, numéro de pourvoi 09-1048 ; Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 8; Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 9.
[982] Arrêt de la Cour d'appel de Paris, pôle 6, ch. 6, 23 octobre 2013, numéro de pourvoi 11-12386 et arrêt de la Cour d'appel de Paris, pôle 6, ch. 5, 24 octobre 2013, numéro de pourvoi 11-12343; Dossier jurisprudence théma, *la rupture conventionnelle*, ruptures atypiques, n° 83/2014, 6 mai 2014, p. 15; Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 9.
[983] Article L. 7112-3 du Code du travail, modifié par la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008, art. 3.
L'arrêt de la Cour de cassation du 3 juin 2015, numéro de pourvoi 13-26.799 a montré que les journalistes qui signent une rupture conventionnelle ne peuvent exiger de percevoir l'indemnité spécifique de licenciement des journalistes de l'article L. 7112-3 du Code du travail, mais sont alors soumis au droit commun ; Wolters Kluwer, *Indemnité de rupture conventionnelle : les journalistes soumis au droit commun*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16850, 10 juin 2015.
[984] Article L. 7313-13 du Code du travail ; un placier est une personne qui prend à ferme les places d'un marché public pour les sous- louer aux marchands qui y apportent leurs marchandises en vue de les vendre : voir https://www.cnrtl.fr/definition/placier.

le calcul de l'indemnité de rupture conventionnelle légale qui doit être favorable au salarié, ce qui n'est pas le cas en Allemagne comme nous allons le voir.

b) Depuis la réforme Macron

(a) Changements apportés par la réforme Macron du Code du travail de 2017 concernant le montant minimal des indemnités de licenciement légales et touchant aux ruptures conventionnelles conclues après le 27 septembre 2017

La réforme du Code du travail de 2017, également appelée réforme Macron[985] a, à travers l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 en son article 39 et le décret n° 2017-1398 du 25 septembre 2017 prévu l'augmentation par revalorisation du montant minimal des indemnités de licenciement légales

La contrepartie de cette augmentation est la décision du gouvernement d'encadrer, grâce à des plafonds, les montants des indemnités prud'homales[986], contrepartie que nous analyserons dans une partie propre dans ce travail[987]. Nous avons par ailleurs vu l'encadrement des indemnités prud'homales en amont dans ce travail[988].

Désormais, le salarié a droit comme indemnité de licenciement à un quart de son salaire mensuel brut par année d'ancienneté pour les dix premières années et à un tiers de son salaire mensuel brut par année d'ancienneté à compter de la onzième année[989].

---

[985] Roig É., *Réforme du Code du travail 2017 (Réforme Macron)*, Droit-finances, novembre 2017, http://droit-finances.commentcamarche.net/faq/61943-reforme-du-code-du-travail-2017-reforme-macron.
[986] Roig É., *Indemnités aux Prud'hommes – barème 2017*, Droit-finances, novembre 2017, http://droit-finances.commentcamarche.net/faq/54743-indemnites-aux-prud-hommes-bareme-2017.
[987] Voir notre partie « Changements pour les barèmes 2017 des indemnités aux prud'hommes depuis la réforme Macron dans la troisième ordonnance de la loi Travail ».
[988] Voir partie « Nouvelle rupture conventionnelle collective mise en place par la réforme Macron de 2017 »: Changements pour les barèmes 2017 des indemnités aux prud'hommes depuis la réforme Macron dans la troisième ordonnance de la loi Travail.
[989] Roig É., *Indemnités de licenciement – Calcul et montant*, Droit-finances, novembre 2017, http://droit-finances.commentcamarche.net/contents/591-indemnites-de-licenciement-calcul-et-montant.

Avant la réforme Macron, un salarié ayant moins de dix ans d'ancienneté ne recevait qu'un cinquième de son salaire par année d'ancienneté (désormais un quart) et deux quinzièmes par année au-delà de dix ans (désormais un tiers).

Un exemple pratique pour démontrer l'augmentation, un salarié qui touche 2000 euros par mois et qui a dix ans d'ancienneté obtiendra 5000 euros et non plus 4000 euros comme cela était le cas avant la réforme de 2017[990]. Hausse officialisée grâce au décret n° 2017-1398 au 25 septembre 2017, donc récemment.

En cas d'année incomplète, l'indemnité sera calculée proportionnellement au nombre de mois complets[991].

Concernant le salaire brut de référence pour le calcul, il faut choisir la formule la plus avantageuse, c'est-à-dire la moyenne mensuelle des douze derniers mois[992], sachant que « *lorsque l'ancienneté du salarié est inférieure à douze mois, la moyenne mensuelle de la rémunération des mois précédant la rupture du contrat* »[993] ; ou le 1/3 des trois derniers mois. Sachant que les gratifications et primes exceptionnelles et annuelles sont prises en compte selon le temps de travail effectué et qu'il faut ajouter 1/12ème du montant de la prime à chacun des trois derniers mois de référence si une prime annuelle a été perçue.

Le travail exécuté à temps complet ou partiel doit être considéré proportionnellement dans le calcul de l'indemnité. Cela signifie que si le salaire pris en compte est très inférieur au salaire habituel, il faut retenir le salaire habituel, c'est-à-dire perçu en temps normal[994].

---

[990] Roig É., *Réforme du Code du travail 2017 (Réforme Macron)*, Droit-finances, novembre 2017, http://droit-finances.commentcamarche.net/faq/61943-reforme-du-code-du-travail-2017-reforme-macron.
[991] Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), Service-public.fr, Questions-Réponses, *Comment calculer l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ?*, vérifié le 21 février 2018, https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F31539.
[992] Précédant la rupture du contrat de travail.
[993] Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), Service-public.fr, Questions-Réponses, *Comment calculer l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ?*, vérifié le 21 février 2018, https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F31539.
[994] Il s'agit du salaire normal, hors période d'activité partielle ou hors période d'absence pour maladie qui n'a pas été indemnisée en totalité; Ministère du travail, *L'indemnité légale de licenciement*, publié le 17 septembre 2015, mis à jour le 26 septembre 2017, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/licenciement/article/l-indemnite-legale-de-licenciement.

Les indemnités correspondant au remboursement de frais engagés par le salarié, par exemple pour ses déplacements ou ses repas, ne sont pas prises en compte dans le calcul[995].

Remarquons une autre hausse de la réforme Macron favorable aux salariés licenciés, en ce que le seuil d'ancienneté à partir duquel les indemnités sont dues a été abaissé d'un an à huit mois[996].

(b) Conclusion des changements dus à cette réforme Macron[997] avec l'augmentation par revalorisation du montant minimal des indemnités de licenciement légales

Les changements portent essentiellement sur le montant de l'indemnité de rupture dûe, pour nous, dans le cadre de l'indemnité de rupture conventionnelle, faisant que les conditions restent les mêmes.

Dans les deux cas, l'indemnité est calculée à partir de la rémunération brute perçue par le salarié avant la rupture conventionnelle. Également, le salaire de référence prend toujours en compte la formule la plus avantageuse, c'est-à-dire soit la moyenne mensuelle des douze derniers mois précédant la rupture du contrat de travail, soit le 1/3 des trois derniers mois. Par ailleurs on retrouve la nécessité de calculer l'indemnité proportionnellement à la durée travaillée à temps partiel et à temps plein. Dans les deux cas, une autre forme de calcul peut être prévue si l'indemnité en découlant est plus avantageuse pour le salarié et reste la possibilité d'ajouter une indemnité majorée supra légale à l'indemnité de licenciement, base de l'indemnité de rupture conventionnelle.

---

[995] Ministère du travail, *L'indemnité légale de licenciement*, publié le 17 septembre 2015, mis à jour le 26 septembre 2017, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/licenciement/article/l-indemnite-legale-de-licenciement.
[996] RF, *Rupture conventionnelle individuelle*, octobre 2019, 1108, 23, p. 480.
[997] Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 en son article 39 et le décret n° 2017-1398 du 25 septembre 2017.

c) Hors du champ d'application de l'avenant n°4 du 18 mai 2009

Il convient cependant de notifier tout d'abord, que si l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail[998] a créé ce mode bien spécifique qu'est la rupture conventionnelle de rupture du contrat de travail pour les contrats à durée indéterminée, c'est l'avenant n° 4 du 18 mai 2009 à l'accord national interprofessionnel et étendu par l'arrêté du 26 novembre 2009 qui fixe que le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ne doit pas être inférieur au montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement, si celle-ci est plus favorable que l'indemnité légale de licenciement[999]. Cet avenant régit ainsi tous les salariés et tous les employeurs compris dans le champ d'application de l'accord national interprofessionnel[1000]. Ne sont ainsi pas comprises les entreprises ayant une activité ne relevant pas du champ d'application d'une convention collective de branche signée par une fédération patronale adhérente de la CGPME, du MEDEF ou de l'UPA et n'étant pas membre d'une des organisations qui ont signé cet accord national interprofessionnel[1001]. Pour citer clairement les parties qui ne sont pas comprises, il s'agit des employeurs des professions agricoles et libérales, des particuliers employeurs, du secteur de l'économie sociale, du secteur sanitaire, social et de la presse[1002]. Si ces secteurs ne peuvent pas faire usage de cet avenant, la Cour de cassation a, dans sa décision du 3 juin 2015[1003], soutenu que pour ces employeurs, le montant minimal de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle à laquelle peut prétendre le salarié est celui de l'indemnité légale de licenciement[1004].

Le résultat financier pour ces salariés est un montant minimal de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle qui sera inférieur au montant de l'indemnité statutaire ou

---

[998] Loi n°2008-596 du 25 juin 2008.
[999] Avenant n° 4 du 18 mai 2009. Voir aussi Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 229.
[1000] Cour de cassation, rapport annuel 2015, Propositions de réforme en matière civile, Indemnité spécifique de rupture conventionnelle : modification de l'article L. 1237-13 du code du travail, p. 69.
[1001] Cour de cassation, rapport annuel 2015, Propositions de réforme en matière civile, Indemnité spécifique de rupture conventionnelle : modification de l'article L. 1237-13 du code du travail, p. 69.
[1002] Cour de cassation, rapport annuel 2015, Propositions de réforme en matière civile, Indemnité spécifique de rupture conventionnelle : modification de l'article L. 1237-13 du code du travail, p. 69.
[1003] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 3 juin 2015, numéro de pourvoi 13-26.799.
[1004] L'argument de la cour dans son arrêt du 3 juin 2015, numéro de pourvoi 13-26.799 est que l'article L. 1237-13 du code du travail ne fait que se référer à l'article L. 1234-9 du code du travail : https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000019068108&dateTexte=&categorieLien=cid.

conventionnelle de licenciement à laquelle il aurait eu droit en cas de licenciement[1005]. Or ceci est contraire à la volonté de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, lequel prévoit dans son article 11 l'institution d'une « (…) *indemnité de rupture interprofessionnelle unique dont le montant ne peut être inférieur, sauf dispositions conventionnelles plus favorables, à partir d'un an d'ancienneté dans l'entreprise, à 1/5ème de mois par année de présence* ».

Face à cette contradiction, la Cour de cassation a proposé dans son Livre 2 de son rapport annuel de 2015, d'envisager « *de modifier l'article L. 1237-13 du code du travail afin de prévoir que l'indemnité spécifique de rupture ne peut être inférieure à l'indemnité de licenciement prévue par un accord collectif ou des dispositions légales plus favorables. Une telle réforme permettrait de renforcer les droits des salariés parties à une convention de rupture et d'éviter de laisser perdurer une différence de régime entre les salariés selon que leur employeur est ou non lié par l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail* »[1006].

Dans le rapport 2016 de la Cour de cassation, la direction des affaires civiles et du sceau s'est montrée favorable à cette proposition de 2015, réitérant que cela est nécessaire pour harmoniser les règles d'indemnisation des ruptures conventionnelles entre les salariés de différents secteurs conventionnels et que cela a été transmis au ministère du travail mais que cette proposition va nécessiter l'avis des partenaires sociaux[1007]. Le rapport 2017 a encore une fois repris cette proposition mais annoncé qu'aucune modification n'est encore intervenue, la direction générale du travail ayant seulement indiqué « *prendre bonne note de cette proposition* »[1008].

Un arrêt récent de la Cour de cassation du 27 juin 2018 confirme l'état actuel, concernant ici le montant de l'indemnité de rupture minimale devant être versé dans le cadre d'une rupture conventionnelle individuelle[1009]. La cour a confirmé « *que l'avenant n°4 du 18 mai 2009 à l'ANI*

[1005] Cour de cassation, rapport annuel 2015, Propositions de réforme en matière civile, Indemnité spécifique de rupture conventionnelle : modification de l'article L. 1237-13 du code du travail, p. 69.
[1006] Cour de cassation, rapport annuel 2015, Propositions de réforme en matière civile, Indemnité spécifique de rupture conventionnelle : modification de l'article L. 1237-13 du code du travail, p. 70.
[1007] Cour de cassation, rapport annuel 2016, Propositions de réforme en matière civile, Indemnité spécifique de rupture conventionnelle : modification de l'article L. 1237-13 du code du travail, p. 36.
[1008] Cour de cassation, rapport annuel 2017, Propositions de réforme en matière civile, Indemnité spécifique de rupture conventionnelle : modification de l'article L. 1237-13 du code du travail, p. 42.
[1009] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 27 juin 2018, numéro de pourvoi 17-15948, non publié au bulletin.

du 11 janvier 2008 ne s'applique pas aux entreprises qui ne sont pas membres d'une des organisations signataires de cet accord et dont l'activité ne relève pas du champ d'application d'une convention collective de branche signée par une fédération patronale adhérente du Mouvement des entreprises de France (le MEDEF), de l'Union professionnelle artisanale (l'UPA) ou de la Confédération des petites et moyennes entreprises (la CGPME) »[1010].

La Cour de cassation retient donc que sera retenue la valeur conventionnelle que si l'entreprise est membre des organisations signataires de l'avenant n°4 à l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008. Dans cet arrêt, le salarié rédacteur en chef du service politique économique et social de France 3 invoquait les effets de cet avenant, sans que sa société ne soit membre d'une des organisations signataires de l'accord et sans que son activité ne relève du champ d'application du MEDEF, de l'UPA ou de la CGPME, faisant que la Cour de cassation a confirmé la décision de la Cour d'appel de Paris de déduire que le salarié ne pouvait prétendre qu'au montant minimal de l'indemnité de rupture conventionnelle individuelle prévu à l'article L. 1234-9 du Code du travail. Il n'y a donc actuellement pas obligation de verser l'indemnité de licenciement conventionnelle en cas de rupture conventionnelle quand elle est supérieure à l'indemnité légale pour ces entreprises.

[1010] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 27 juin 2018, numéro de pourvoi 17-15948, non publié au bulletin.

2. Indemnités en Allemagne

a) Paiement (non obligatoire) d'une indemnité

En Allemagne, les contrats de résiliation sont dans environ 90% des cas accompagnés du paiement d'une indemnité de départ[1011]. Ces indemnités sont cependant principalement intéressantes pour le salarié à partir du moment où il a déjà un autre emploi en vue, ou dans le cas où il a l'intention de se mettre à son propre compte.
L'indemnisation est en principe à négocier, mais la pratique a vu l'application d'une règle de base suivant laquelle l'indemnité revient à la moitié d'un salaire mensuel par année d'emploi « ein halbes Bruttomonatsgehalt pro Beschäftigungsjahr »[1012].

Toutefois, il n'est pas rare que le montant de l'indemnité soit revu à la baisse en Allemagne, surtout si le contrat de résiliation remplace un licenciement. A l'inverse, le montant peut être augmenté, notamment si l'employeur chercher à terminer un contrat de travail avec un salarié faisant par exemple l'objet d'une protection spéciale contre le licenciement, tel un salarié handicapé ou un membre du comité d'entreprise. En règle générale, le montant de l'indemnité accordée en Allemagne dépend en pratique de la perspective hypothétique d'une action en contestation d'un licenciement[1013].

Nous avons vu que quand le versement d'une indemnité a été décidé, celle-ci est normalement due au salarié à la date de rupture du contrat de travail[1014]. Cela n'est toutefois pas impératif, la loi allemande posant au § 271 BGB qu'une prestation est exigible immédiatement quand une date d'échéance n'a pas été convenue[1015]. En effet, le droit allemand donne une assez grande importance à l'interprétation, « Auslegung », par laquelle il sera décidé selon la situation, quand

---

[1011] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 31.
[1012] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 31.
[1013] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 31.
[1014] BAG 15.7.2004, 2 AZR 630/03, NZA 2005, 292.
[1015] Rolfs, *Der Arbeitsvertrag*, A 100, Aufhebungsvertrag, Preis, 5. Auflage 2015, S. 408, Rz. 13.

l'indemnité se doit d'être versée[1016]. En ce sens, si le contrat de résiliation est conclu avant la date convenue de cessation du contrat de travail, alors l'interprétation « Auslegung » révèlera généralement que l'indemnité doit être versée à la date de fin de la relation de travail[1017].

Les salariés allemands doivent être prudents par rapport à l'indemnité, car même si celle-ci est d'un montant important, il faut faire le calcul pour savoir combien il pourra vraiment toucher de ce montant brut. En effet, l'indemnité du contrat de résiliation allemand est soumise à une imposition élevée et entraine avec elle une période de carence « Sperrzeit » sur le droit du salarié à son allocation chômage pouvant lui coûter plus d'argent ou du moins une bonne partie du montant de son indemnité. Nous verrons l'imposition de l'indemnité et la période de carence allemande dans d'autres parties de ce travail[1018].

b) Héritabilité en cas du décès du salarié

A l'inverse, si les parties n'ont pas expressément convenu, que l'indemnité ne doit être versée que dans le cas où le salarié connaît la date de rupture convenue « vereinbarter Beendigungszeitpunkt », il devra alors être supposé que suite au décès du salarié, l'indemnité devra être versée aux héritiers[1019].

Cette possibilité de rendre l'indemnité prévue dans un contrat de résiliation héréditaire dans cette décision du 22 mai 2003 de la Cour fédérale du travail allemande va cependant à l'encontre de différentes décisions de cette même cour datant du 16 mai 2000 et du 22 mai 2003 entre autres. En effet dans ces dernières décisions qui concernent l'héritabilité de l'indemnité en Allemagne, la cour fédérale du travail a donné une réponse négative au caractère héréditaire de

---

[1016] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 3. Wirkungen, Rn 10a.
[1017] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 3. Wirkungen, Rn 10a; BAG 15.7.2004, NZA 2005, 292.
[1018] Pour l'imposition de l'indemnité en Allemagne, voir la partie « Exonérations fiscales, Allemagne » ; Pour la période de carence allemande, voir la partie « la période de carence allemande ».
[1019] BAG 22.5.2003, AP ZPO § 767 Nr. 8.

l'indemnité de départ en cas de mort du salarié avant la date de résiliation convenue contractuellement[1020]. Afin de remédier à cela, un conseil pour les salariés serait de faire prévoir dans l'accord que l'indemnité de départ est héréditaire.

Concernant l'héritabilité de l'indemnité en France, la règle générale est que l'employeur ne doit pas d'« indemnité de rupture » aux héritiers si la rupture n'a pas été causée par lui[1021]. C'est pourquoi il y a droit au versement dans la succession du salarié décédé d'une indemnité de rupture de contrat quand le salarié était en instance de rupture conventionnelle ou même de licenciement[1022].

On constate de manière globale que le versement à la date de la résiliation est la pratique la plus fréquente en Allemagne[1023].

c) Période de versement de l'indemnité

En droit allemand, le principe vaut que ces indemnisations ne puissent bénéficier d'un avantage fiscal que si elles sont versées au salarié au sein d'une unique période d'imposition correspondant à une année civile[1024]. Ceci est appelé en Allemagne le principe d'accumulation, « Zusammenballungsprinzip »[1025].

Le montant des indemnités est, comme nous l'avons préalablement évoqué, librement négociable lors de la conclusion du Aufhebungsvertrag et n'est pas soumise à une limite[1026]. Cependant, une indemnité d'un montant supérieur à un-demi mois par année d'ancienneté comme

---

[1020] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 125
BAG 16.5.2000, 9 AZR 277/99, NZA 2000, 1236 ; BAG 26.8.1997, NZA 1998, 643 ; BAG 22.5.2003, 2 AZR 250/02, BB 2004, 894 ff.
[1021] Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), Ministère en charge du travail, Service-Public-Pro.fr, *Que doit faire l'employeur en cas de décès d'un salarié ?*, vérifié le 16 décembre 2015, accès le 13 avril 2016, https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F24249.
[1022] Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), Ministère en charge du travail, Service-Public-Pro.fr, *Que doit faire l'employeur en cas de décès d'un salarié ?*, vérifié le 16 décembre 2015, accès le 13 avril 2016, https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F24249.
[1023] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 126
BAG 26.8.1997, 9 AZR 227/96, NZA 1998, 643.
[1024] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 178.
[1025] BFH 4.3.1998,XI R 46/97, NZA-RR 1998, 418 f.
[1026] Teschke U., Bährle, *Arbeitsrecht schnell erfasst*, 6. Auflage Springer 2007, S. 151.

« conseillé » par l'agence du travail allemande, mènera à l'application d'une période de carence des allocations chômages. A partir du moment où les parties se sont décidées sur le montant de l'indemnité, elles doivent le noter dans l'accord de résiliation. Remarquons encore que le droit à l'indemnité relève en Allemagne du délai de prescription de trois années[1027].

3. Les différences entre la rupture conventionnelle individuelle du présent Code du travail et les ruptures consenties présentées dans la proposition de Code du travail 2017 par E. Dockès

Ce travail va dans cette partie présenter les principales propositions et différences apportées à la rupture conventionnelle actuelle, considérant que ce travail étant un travail de comparaison de droit franco-allemand, cherchant ainsi à montrer les avantages et inconvénients des différentes réglementations françaises et allemandes, que les propositions de ce Code contribuent également à présenter un autre modèle ayant considéré et réfléchi à des améliorations pour la réglementation française actuelle.

Pour le droit allemand, une telle proposition de code alternatif résumant l'ensemble du droit du travail présente une nouveauté audacieuse bien française[1028], par comparaison à l'Allemagne qui n'a qu'une ébauche de loi sur le contrat de travail[1029].

Ce que propose ce Code du travail[1030] concernant la rupture conventionnelle, est de la maintenir mais en la réformant en la scindant en deux parties. La nomination change, cette proposition de code parlant de « *ruptures consenties à l'initiative de l'employeur* » et de « *ruptures consenties à l'initiative du salarié* ». Le but de cette séparation est de rapprocher, « *à certains égards* », la

---

[1027] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 3. Wirkungen, Rn 10a ;
BAG 15.6.2004 NZA 2005, 295.

[1028] Däubler W., *Une utopie sortie du désert ? Le « Code du travail alternatif » en France*, Le Droit Ouvrier, mai 2019, n°850, p. 276.

[1029] *Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht, Welche wesentlichen Inhalte sollte ein nach Art. 30 des Einigungsvertrages zu schaffendes Arbeitsvertragsgesetz haben?*, Partie D du 59ème Jour des juristes allemands (DJT), Hanovre 1992; Henssler/Preis, *Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes*, NZA Beilage 1/2007, 6-32.

[1030] Proposition de Code du travail, 2017, sous l'égide du centre de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), sous la direction de Dockès E., Dalloz, chapitre 2, section 5.

rupture initiée par l'employeur au droit du licenciement et inversement de rapprocher la rupture initiée par le salarié à la démission. Le rapprochement du droit du licenciement a pour objet d'introduire un contrôle restreint du motif de la rupture[1031] et le rapprochement à la démission permet au salarié de prendre véritablement l'initiative en envoyant notamment à son employeur « *une lettre recommandée avec accusé de réception mentionnant sa proposition de rompre et les conditions de cette proposition* »[1032].

Dès le premier paragraphe[1033] est clairement précisé que le mécanisme proposé a pour but de restreindre l'attractivité de la rupture conventionnelle actuelle, celle-ci étant un « *moyen commode de contourner les exigences du droit du licenciement* », ce qui ne peut être contesté.

Cependant, la nouvelle rupture conventionnelle collective faisant suite au succès établit de la rupture conventionnelle individuelle de 2008, il est peu probable que cette proposition de code trouve une application. Il s'agit cependant d'une position à contre-courant véritablement nécessaire aujourd'hui. Ceci considérant la vitesse à laquelle le code du travail, outil devant pourtant servir à protéger les intérêts des parties, c'est-à-dire de l'employeur et du salarié, mais en prenant compte de la situation d'infériorité dans laquelle est placé le salarié et justifiant donc la mise en place d'une protection plus forte ; mais qui se voit être tourné en un outil plus favorable aux intérêts des employeurs[1034]. Il n'est cependant pas exclu que cette proposition serve, suite à un revirement politique qui ramènerai le droit français du travail à son niveau de protection élevé pour les travailleurs, bien connu internationalement.

[1031] Dans un délai limité.
[1032] Proposition de Code du travail, 2017, sous l'égide du centre de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), sous la direction de Dockès E., Dalloz, chapitre 2, section 5, p. 51.
[1033] Réglementant la rupture consentie prise à l'initiative de l'employeur, voir page 52 de la proposition du Code du travail.
[1034] Voir la prise de position de E. Dockès sur la loi travail.

E. Dockès[1035] avait déjà pris position sur la loi travail de 2016[1036], notamment concernant les régressions[1037] apportées au Code du travail[1038].
Commençons dans le même ordre que cette proposition de Code avec la rupture consentie initiée par l'employeur.

Cette proposition comprend comme changements importants, tout d'abord l'obligation pour l'employeur de mentionner un motif réel et sérieux pour justifier sa proposition de rupture conventionnelle individuelle, motif pouvant être contesté par son salarié[1039].

Une lettre de convocation à l'entretien préalable[1040] est nécessaire, suivie d'une lettre de proposition de rupture[1041]. Les conditions incorporant plus de protection des salariés que la rupture conventionnelle actuelle est la nécessité que le salarié consente à la rupture par lettre recommandée avec accusé de réception et que l'envoi de cette lettre ne puisse avoir lieu que dans la semaine suivant la réception de la lettre de proposition de l'employeur[1042]. Une autre différence de taille proposée est que le silence du salarié pendant plus de deux semaines vaille refus[1043].

[1035] Auteur de la proposition de Code du travail que nous avons vu et contenant donc des améliorations profondes pour la société à travers ce code, posé comme étant une ambition modeste d'un Code du travail convenable qui déjà permettrait de prouver la possibilité d'avoir un code plus petit mais plus protecteur pour éviter des situations inacceptables. Telles celles concernant les horaires décalés, un mauvais droit du chômage pouvant priver trop rapidement d'allocations… (sachant qu'en 2015, Dockès E. avait pris position sur ce droit chômage, pas si mauvais que ça selon lui au vu des autres pays ; propos retranscrits de la vidéo postée par Médiapart de Dockès E., *Espace de travail : simplifier le code du travail ? oui, mais en mieux*, 24 septembre 2015.
[1036] Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, loi dite « Travail ».
[1037] Petites mais multiples agencées et insérées subtilement selon lui pour obtenir une possibilité de licencier sans devoir apporter de justification réelle.
[1038] Propos constatant alors la manière déguisée d'intervenir dans les termes à travers l'expression difficultés économiques, définis alors par une simple baisse de trésorerie par exemple. Dans un but de venir à la rencontre des demandes du patronat, acceptant l'envers, c'est-à-dire une régression humaine en n'ayant plus à donner des justifications convaincantes à l'épreuve grave que représente le licenciement. Il faisait ici déjà une allusion à « l'indécence inhumaine » qui en résulte.
[1039] Contestation du salarié possible mais dans des conditions plus difficiles que pour un motif justifiant un licenciement (la cause réelle et sérieuse est présumée exister et le délai de contestation est limité à trois mois).
[1040] Devant le cas échéant prendre en compte la protection de la parentalité et de la santé.
[1041] Après l'entretien et envoyée en recommandé avec accusé de réception et comprenant motif, conditions et indemnité.
[1042] Il faut cependant ici prendre note du mot « peut » dans la phrase « *le salarié peut consentir à la rupture, aux conditions proposées par l'employeur, par lettre recommandée avec accusé de réception.* » S'il ne s'agit ici pas d'une obligation et que comme nous allons le voir son silence vaut de tout manière refus, si l'utilisation de ce mot expressément protecteur pour le salarié n'est pas redondante, Article L. 25-5 de cette proposition de Code du travail, 2017, sous l'égide du centre de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), sous la direction de Dockès E., Dalloz, chapitre 2, section 5.
[1043] Article L. 25-6 de cette proposition de Code du travail 2017, chapitre 2, section 5, sous l'égide du centre de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), sous la direction de Emmanuel Dockès, Dalloz.

Un autre changement intéressant à mentionner, est l'autorisation de mise en place de la rupture consentie initiée par l'employeur et proposée pour une cause économique, seulement après la mise en place de la procédure de licenciement pour motif économique[1044].

Concernant désormais la rupture initiée par le salarié, cette proposition de Code insiste sur la nécessité de procéder en quelque sorte à un examen de la volonté du salarié pour s'assurer que celle-ci est véritable[1045]. L'usage de lettre recommandée est retrouvé et comprend une obligation envers l'employeur de convocation à un entretien[1046]. Prenons note ici de l'absence de motif nécessaire ou de proposition du contenu[1047], ces informations ne devant être communiquées à l'employeur que « *au moins deux jours ouvrables après la date prévue pour l'entretien* » avec la mention des indemnités de rupture à verser en cas d'acceptation[1048].
L'acceptation par l'employeur suivra également la forme d'une lettre recommandée avec accusé de réception et son silence de plus de deux semaines vaudra aussi refus, ainsi que la non convocation à l'entretien préalable[1049].

Cette rupture consentie, qu'elle soit initiée par l'employeur ou le salarié est bien plus portée sur la protection du salarié que dans la rupture conventionnelle individuelle, nouvelle rupture conventionnelle collective ou que le contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag » et pourra peut-être contribuer à un changement de direction si de trop grandes dérives ou des dérives de plus en plus importantes seront constatées dans les prochaines années, bien entendu à condition que la volonté d'y remédier se fasse entendre.

[1044] Article L. 25-10 de cette proposition de Code du travail 2017, chapitre 2, section 5, sous l'égide du centre de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), sous la direction de Emmanuel Dockès, Dalloz.
[1045] § 2 de cette proposition de Code du travail 2017, de cette proposition de Code du travail, 2017, sous l'égide du centre de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), sous la direction de Dockès E., Dalloz, chapitre 2, section 5.
[1046] Il semble que ce code ne prévoit qu'un seul entretien (devant avoir lieu dans le mois suivant la réception de la lettre) mais que l'accent est posé sur la sanction en cas de non-respect de l'employeur.
[1047] Telles les conditions souhaitées de mise en place et le montant souhaité de l'indemnité de rupture consentie
[1048] Le minimum étant l'indemnité de licenciement pour cause réelle et sérieuse, article L. 25-14 de cette proposition de Code du travail, 2017, sous l'égide du centre de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), sous la direction de Dockès E., Dalloz, chapitre 2, section 5.
[1049] Sachant que la non convocation à l'entretien est quant à elle sanctionnée.

CONCLUSION DE CHAPITRE

Le succès des ruptures conventionnelles individuelles ressort clairement des résultats de la Dares qui, sur une période de quatre ans, de 2010 à 2014 a constaté que « *près de 95% des demandes de rupture conventionnelle ont été autorisées par l'inspection du travail* »[1050]pour les salariés protégés.
Les ruptures conventionnelles françaises nécessitant à l'inverse de l'Allemagne une autorisation préalable pour les salariés protégés, celles-ci sont ainsi rarement refusées dans la pratique.

Qui a conclu un contrat de travail est libre de le rompre à l'amiable. Ceci ressort du principe de la liberté contractuelle au § 311 I BGB, code civil allemand et est similaire au champ d'application de la rupture conventionnelle française qui fait également application libre du principe de liberté contractuelle.

Cependant, si en Allemagne la conclusion d'un « Aufhebungsvertrag » est possible et utilisé fréquemment pour mettre un terme à un CDD, cela n'est pas autorisé en droit français.
Les deux droits considèrent la forme écrite comme étant une nécessité, en droit français sur la base de l'article L. 1237-11 du Code du travail[1051] et en droit allemand depuis le 1er mai 2000 sur la base du paragraphe 623 BGB[1052]. Cette forme écrite[1053] présuppose un consentement éclairé et libre, exempt de violence, menace, pression ou contrainte.

[1050] La DARES pose également qu'il y a un risque plus élevé pour les salariés protégés d'être face à un risque de rupture de leur contrat de travail dans un établissement de petite taille, sachant que ce risque vaut pour la rupture conventionnelle mais aussi pour le licenciement.
[1051] La signature peut avoir lieu immédiatement après l'entretien entre les parties. Voir Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 6 ; Arrêts de la Cour de cassation, chambre sociale, 3 juillet 2013, numéro de pourvoi 12-19.268 et du 19 novembre 2014, numéro de pourvoi 13-21.979.
[1052] Rolfs, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, *SGB III § 159, Ruhen bei Sperrzeit*, 20. Auflage, 2020, Rn. 7; Gildeggen, Lorinser, Willburger, Buchmann, Brönneke, Eisenberg, Harriehausen, Jautz, Schmitt, Schweizer, Tavakoli, Thäle, Wechsler, *Wirtschaftsprivatrecht*, 7 Dienst- und Arbeitsvertrag, De Gruyter Oldenbourg, 4. Auflage, 2020, S., 22, 7.9.1.
[1053] Sur la forme écrite en droit allemand conformément à l'article 623 du Code civil allemand, il faut bien comprendre qu'aucun „Aufhebungsvertrag" ne peut être conclu uniquement suite au silence d'un ou d'une salarié(e) en réponse à un licenciement prononcé par son employeur: voir Volk in Brose, Weth, Volk, *(6) Beendigung durch Aufhebungsvertrag,* Kommentar MuSchG § 17 Kündigungsverbot, 9. Auflage 2020, Rn. 131.

Néanmoins, à l'inverse du droit français, le droit allemand n'a pas de définition légale[1054] du « Aufhebungsvertrag » [1055] qui est un contrat d'un genre particulier[1056]. Il s'agit bien d'un accord consensuel entre employeur et salarié qui constitue la seule raison pour la rupture du contrat de travail[1057], mais le salarié perd l'ensemble de sa protection contre le licenciement. Il est ainsi nécessaire que la volonté du salarié de rompre le contrat de travail ressorte clairement[1058].

L'exigence de forme écrite en Allemagne est finalement la seule exigence légale requise pour conclure un « Aufhebungsvertrag »[1059]. Une démarcation du droit français par rapport au droit allemand, est qu'il préconise pour la validité de la rupture conditionnelle un ou plusieurs entretiens préalables. Nous avons vu que le ou les entretiens sont primordiaux à la mise en accord des parties sur les modalités de la rupture[1060]. Toutefois, l'entretien préparatoire à la rupture conventionnelle française n'est pas tenu par le formalisme de l'entretien préalable au licenciement[1061] et il est parfaitement légal en droit français, tout comme en droit allemand, de signer la rupture conventionnelle au cours d'un unique entretien[1062].

Pour qu'il y ait accord durant un entretien, le salarié devrait être parfaitement informé par son employeur sur ses droits. Cependant, nous avons vu qu'en France, l'administration ne va finalement vérifier que si le salarié a eu l'opportunité de s'informer auprès des administrations

---

[1054] BAG, 12.01.2000, 7 AZR 48/99 - 18, „*b) Der Abschluss eines solchen Aufhebungsvertrags ist nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit zulässig (vgl. § 305 BGB). Gesetzliche Vorgaben bestehen dafür derzeit nicht*"; Sur le § 305 BGB, voir Clemenz S., Burghard K, Krause R., *AGB-Arbeitsrecht*, Dr. Otto Schmidt, 2. Auflage, 2019, S. 121, 37; Stoffels in Rolfs, Giesen, Kreike-bohm, Udsching, *Online-Kommentar Arbeitsrecht*, BGB § 626, 57. Ed., 01.09.2020, Rn. 10.

[1055] BAG, 12.01.2000, 7 AZR 48/99, 18 *„(...) Weder muß der Arbeitgeber einen Grund für sein Angebot auf vorzeitige Beendigung der arbeitsvertraglichen Beziehungen benennen noch ist die Wirksamkeit der daraufhin getroffenen Vereinbarung von dem Vorliegen eines Sachgrunds im Sinne des Befristungsrechts abhängig. Es ist vielmehr Ausdruck der freien Entscheidung des Arbeitnehmers, ob er an seinem Dauerarbeitsverhältnis festhalten will oder dem Aufhebungsangebot des Arbeitgebers zustimmt (...)*".

[1056] §§ 311 et 241 du BGB.

[1057] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 24.

[1058] Teschke U., Bährle, *Arbeitsrecht schnell erfasst*, 6. Auflage Springer 2007, S. 150.

[1059] Notzon M., *Aktuelles zum Aufhebungsvertrag und zur Anfechtung*, öAT, 2020, 4: „*Grundsätzlich bedarf es über die Schriftform hinaus keiner weiteren Wirksamkeitserfordernisse*".

[1060] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 4.

[1061] Cour d'appel de Rouen, 12 avril 2011, numéro de pourvoi 10-4389, RJS 7/11 n° 604 et Cour d'appel de Lyon, 23 septembre 2011, numéro de pourvoi 10-09122, RJS 1/12, n° 4 et voir Alves-Conde M., *L'aptitude à consentir du salarié*, thèse, 29 novembre 2018, p. 238.

[1062] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 5 novembre 2014, numéro de pourvoi 13-16.372, non publié au bulletin (rejet) et arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 12 février 2014, numéro de pourvoi 12-29.208, non publié au bulletin (rejet).

compétentes et auprès du service public de l'emploi[1063]. A cela s'ajoute que tant qu'il n'y a pas eu vice de consentement, une absence d'information sur la possibilité de prendre contact avec le service public de l'emploi ne constitue par une cause de nullité[1064]. Ainsi, dans la pratique, un salarié va souvent consentir à conclure une rupture conventionnelle avec un manque flagrant d'informations, contrairement à son employeur[1065]. Or pour qu'un équilibre soit atteint, une négociation loyale devrait avoir lieu[1066]. La relation employeur salarié étant déjà inégalitaire[1067], la rupture conventionnelle illustre ici la règle « *nul n'est censé ignorer la loi* »[1068] au désavantage des salariés. La situation est semblable en Allemagne, car malgré la gravité des conséquences sociales et financières, on ne trouve pas d'obligation pesant sur l'employeur d'informer son salarié sur les conséquences juridiques de la conclusion d'un tel contrat[1069]. Ceci ressort des règles générales de la jurisprudence allemande, posant que chaque partie doit s'informer de manière indépendante sur les conséquences juridiques pouvant résulter d'une décision prise de manière autonome[1070]. Seuls certains cas exceptionnels obligent le cocontractant à informer l'autre partie de risques particuliers existant[1071]. Il s'agit d'obligations d'information appelées

---

[1063] Arrêt de la Cour de cassation, crim., 11 février 2009, numéro de pourvoi 07-44.809.
[1064] Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 233, voir l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 29 janvier 2014, numéro de pourvoi 12-25.951.
[1065] Le salarié est en effet face à une offre pécuniaire alléchante qu'est l'indemnité de rupture ; or souvent une dissimulation d'information de la part de l'employeur va vicier son consentement, si au final la RC n'est pas si avantageuse que ça ou s'il aurait pu rompre son contrat dans des conditions plus intéressantes (par exemple s'il avait pu avoir un PDV avec une indemnité plus élevée comme dans l'arrêt de la Cour d'appel de Grenoble, 8 juin 2017, numéro de pourvoi 15/03823). Voir ici Chauvel P., *Le dol*, Rép. civ., Dalloz, n° 62 et Montvalon L. de., *Rupture conventionnelle et réticence dolosive, Quelle protection du consentement face à l'asymétrie d'information ?*, JCP S, 4 février 2020, n° 5, 1028, p. 27.
[1066] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 28 novembre 2001, numéro de pourvoi 00-11.209 et Cour de cassation, chambre sociale, 9 octobre 2019, numéro de pourvoi 19-10.780; Bossu B., Note sous arrêt, JCP S, 2019, 1337; Montvalon L. de., *Rupture conventionnelle et réticence dolosive, Quelle protection du consentement face à l'asymétrie d'information ?*, JCP S, 4 février 2020, n° 5, 1028, p. 27.
[1067] L'employeur étant ici le „sachant", se pose la question si l'obligation générale d'information prévue par le Code civil à son égard, peut enjoindre l'employeur à donner à son salarié les informations nécessaires. Voir ici l'article 1112-1 du Code civil, venant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et notamment la *fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information* de Mekki M., Gaz. Pal., 12 avril 2016, p. 15; Mais aussi Pagnerre Y., *Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail*, Dr. soc., 2016, p. 727 sur la réorganisation de l'entreprise postérieure à la rupture et Teyssié B., *Guide de la rupture du contrat de travail*, LexisNexis, 3ème édition, 2015, n° 86 concernant l'information sur l'indemnisation par Pôle Emploi.
[1068] Colombet H., *L'obligation d'information sur les règles de droit*, thèse, 2016 et Alves-Conde M., *L'aptitude à consentir du salarié*, thèse, 29 novembre 2018, p. 163: « *En effet, si nul n'est censé l'ignorer, alors nul ne devrait être tenu d'en indiquer le contenu à autrui* ».
[1069] Holbeck-Schwindl, *Referendarpraxis Lernbücher für die Praxisausbildung, Arbeitsrecht*, Verlag Franz Vahlen München, 11. Auflage 2012, S. 143 – 602.
[1070] *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 968; BAG 11.12.2001, AP BetrAVG § 1 Auskunft Nr. 2; LAG HM 07.06.2005 NZA-RR 2005, 606, 608; MüKoBGB/*Hesse* Vor § 620 Rn. 40a.
[1071] *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 968.

« Aufklärungspflichten » et leur application dépend des circonstances spécifiques du cas d'espèce[1072], spécifiquement suivant la question de savoir qui a eu l'initiative de conclure le contrat de résiliation[1073] et de quelle catégorie de salarié il s'agit. Ainsi, quand un salarié est proche de l'âge de sa retraite, il est reconnu qu'il a un droit légitime à une rente intacte autant que possible, lequel droit est supérieur à l'intérêt de l'employeur de terminer plus tôt la relation de travail[1074]. L'employeur a ici une obligation d'indiquer les désavantages découlant d'une résiliation du contrat de travail prématurée.

Concernant l'assistanat aux entretiens (souvent à l'entretien) en France et Allemagne, celui-ci est très différent. Si en France la faculté d'assistance attribuée au salarié se fait dans les mêmes conditions que lors de l'entretien de licenciement[1075], celle-ci est clairement régulée. Ainsi, le salarié peut se faire assister d'une personne choisie par elle mais devant appartenir au personnel de l'entreprise. L'employeur a lui aussi la possibilité de se faire assister, mais dans des conditions très précises posées à l'article L. 1237-12 du code du travail[1076] et seulement dans le cas où son salarié use de sa prérogative. En Allemagne, le choix de la personne qui assiste est libre et n'appartient pas forcément à l'entreprise. Ainsi une personne de l'entreprise peut être choisie, mais aussi un ou une amie hors de l'entreprise ou même le conjoint ou partenaire, du moment que l'employeur en est informé et accepte. Ceci peut être plus agréable pour le salarié qui pourra être accompagné par une personne plus neutre vis-à-vis de l'entreprise. Ces deux droits se

---

[1072] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 5. Aufklärungspflichten, Rn 12; BAG 11.12.2001, AP BetrAVG § 1 Auskunft Nr. 2.

[1073] BAG 11.12.2001, AP BetrAVG § 1 Auskunft Nr. 2; 21.2.2002 EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 7; 24.2.2011, NZA-RR 2012, 148.

[1074] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 213.

[1075] Il y a ici point commun entre licenciement et rupture conventionnelle, malgré la volonté du législateur d'éloigner ces deux dispositifs l'un de l´autre, comme posé dans l'article L. 1237-11, alinéa 1er du Code du travail: la rupture conventionnelle est « *exclusive du licenciement ou de la démission* » ; Tricoit J.-P., *Solitude du salarié et nullité de la rupture conventionnelle*, JCP S, 23 juillet 2019, n° 29, 1223, pp. 37 et 38.

[1076] Néanmoins, la qualité de la capacité d'assistanat de l'employeur par son conseil interpelle, certains auteurs ayant pensé que le Code du travail prévoyait une liste restrictive, ainsi que posé dans le circulaire d'interprétation de la Direction générale du travail. Voir ici la Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008 et Brédon G., Flament L, *La rupture conventionnelle: une rupture amiable encadrée*, JCP S, 2008, 1431; Chassagnard-Pinet S., Verkindt P.-Y., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, JCP S, 2008, 1365; Tricoit J.-P., *Solitude du salarié et nullité de la rupture conventionnelle*, JCP S, 23 juillet 2019, n° 29, 1223, p. 38. Or la décision de la Cour de cassation, chambre sociale, 5 juin 2019, numéro de pourvoi 18-10.901 ne tranche pas cette question.

ressemblent néanmoins dans la nécessité d'informer l'autre partie de l'usage de sa prérogative d'être accompagné[1077].

L'une des plus grandes différences reste que l'Allemagne ne prévoit pas de procédure d'homologation, contrairement à la France où l'autorité administrative doit accepter durant le délai d'instruction[1078] le dossier de rupture conventionnelle explicitement ou de par son silence[1079], tout comme elle ne peut décliner une homologation qu'en motivant son refus[1080]. L'administration a donc pour rôle de vérifier certaines informations conséquentes aux parties, telle la rémunération, l'ancienneté et la tenue d'un entretien minimum entre autres. Si l'homologation administrative requise en France n'emporte aucune force de chose jugée, faisant que l'accès au juge reste ouvert[1081], en Allemagne, les salariés peuvent agréer à intégrer une clause dans le « Aufhebungsvertrag » comprenant leur renonciation à aller devant le juge.

Une autre particularité allemande par rapport à la France, concerne l'usage de contrats de résiliation pré-formulés[1082]. On retrouve également une pré-formulation en France au sein de la conclusion d'une rupture conventionnelle, comme retrouvé dans l'arrêt de la Cour d'appel d'Amiens du 13 juin 2012[1083], mais dans les deux pays, cette pratique présente un aspect problématique, résultant du fait que les salariés n'ont pas tous une bonne maîtrise de la langue tendant vers une faible capacité de compréhension. Ainsi, un formulaire pré-formulé va aggraver une non-compréhension du contenu d'un contrat de rupture amiable. Cependant, en Allemagne, les contrats de résiliation restent rédigés librement, la forme écrite et la signature des

---

[1077] En France, voir Coeuret A., Gauriau B., Miné M., *Droit du travail,* Université, Sirey, 3ème édition, 2013, p. 443; Peskine E., Wolmark C., *Droit du travail,* Hypercours, 2017, 11ème édition Dalloz, 2016, p. 377, 562 ; Voir sur les liens entre la qualité du consentement du salarié et son assistance durant les entretiens, Fabre-Magnan, *Le forçage du consentement du salarié*, Le Droit Ouvrier, 2012, 459.

[1078] Selon l'article L. 1237-14 alinéa 2 du code du travail.

[1079] Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 229.

[1080] Coeuret A., Gauriau B., Miné M., *Droit du travail,* Université, Sirey, 3ème édition, 2013, p. 445.

[1081] Dockès E., Peskine E., Wolmark V., *Droit du travail*, HyperCours, 5ème édition Dalloz, 2010, p 348 – 443.

[1082] Contrat pré formulé, qui sera alors soumis dans sa clause annexe à un contrôle de son contenu, conformément aux §§ 305 et suivants du BGB. Ce contrôle ne vaut cependant pas pour la rupture du contrat de travail en elle-même, l'accord de résiliation étant un accord principal contrôlé par le paragraphe 307 III 1 BGB. Voir ici *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 963 ; Également contrôle de la transparence « Transparenzkontrolle » des « Aufhebungsverträge » pré-formulés « vorformuliert » : Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 15; BAG 15.02.2007, 6 AZR 286/06, NZA 07, 614.

[1083] Arrêt de la Cour d'appel d'Amiens, 5ème chambre sociale, 13 juin 2012, numéro de pourvoi 11-03684, faisant suite au jugement du conseil de prud'hommes d'Amiens du 6 septembre 2011.

parties étant véritablement la seule nécessité, contrairement à la France où les parties doivent utiliser le formulaire Cerfa de l'administration.

En France, la rupture conventionnelle est à différencier de la transaction[1084] qui « *est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* »[1085]. La transaction n'est pas un mode de rupture, mais un contrat passé entre le salarié et son employeur après un licenciement pour régler un éventuel litige qui est apparu durant les entretiens. Sachant que le salarié renonce avec la transaction à tout recours judiciaire, d'où la contrepartie financière[1086]. La rupture conventionnelle est également à différencier de l'ancienne rupture amiable du Code civil. En effet, l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 pose que la nouvelle rupture conventionnelle ne remet pas en cause les modalités de rupture existantes du CDI. Qu'en est-il alors de la rupture amiable, conserve-t-elle un domaine d'application ou la rupture conventionnelle est-elle exclusive de toute autre rupture de commun accord ? Les décisions des cours ont, en cas de non-respect des dispositions de la rupture conventionnelle, requalifié les ruptures amiables en licenciements sans cause réelle et sérieuse[1087]. Ainsi, la rupture amiable reste possible, mais uniquement quand elle est insérée dans des dispositifs spécifiques, c'est-à-dire pour le congé de mobilité, la rupture

---

[1084] La transaction a elle-même été l'objet de controverses doctrinales, ayant été considérée comme contraire à l'intention du législateur par notamment Camerlynck G.-H., Note sous arrêt, Cour de cassation, chambre sociale, 13 novembre 1959, JCP 1960 II 11450; Assouline Y., note sous arrêt, Cour d'appel de Paris, 11 juin 1975, JCP 1976 II 18 357 et Pélissier J., *Les départs négociés*, *Dr. soc*. 1981. 228; tandis que d'autres auteurs remarquaient qu'elle ne posait qu'une simple application du droit commun des contrats: Savatier J., *La résiliation amiable du contrat de travail*, Dr. soc. 1985, p. 692; Teyssié B., *Sur la résiliation conventionnelle du contrat de travail*, JCP E, 1986. I. 15511; Voir également Alves-Conde M., *L'aptitude à consentir du salarié*, thèse, 29 novembre 2018, p. 274 ; Sur la distinction entre transaction et reçu pour solde, voir Mouly J., *La renonciation du salarié entre ordre public social et déréglementation : un nouvel état des lieux*, sous la direction de Sachs T., Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012, pp. 120 et 121.

[1085] Article 2044 du Code Civil, modifié par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, art. 10 ; On retrouve une explication de la transaction dans l'arrêt de principe de la Cour de Cassation du 29 mai 1996 : « *la transaction, consécutive à une rupture du contrat de travail par l'une ou l'autre des parties, a pour objet de mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultant de cette rupture. Par suite, 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* » : Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 29 mai 1996, numéro de pourvoi 92-45.115, publié au bulletin. 1996 V N° 215 p. 150 et cassant l'arrêt de la Cour d'appel de Riom du 28 septembre 1992.

[1086] Dans la transaction, „*les parties déclarent renoncer à intenter ou poursuivre toute instance ou action de quelque nature que ce soit dont la cause ou l'origine aurait trait au contrat de travail, à son exécution ou à sa rupture*", voir RJS, observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 20 février 2019, numéro de pourvoi 17-19.676, mai 2019, n° 289, p. 371; Sur la transaction, voir aussi Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 237.

[1087] Ceci a notamment posé des problèmes, dans les cas de transferts conventionnels par exemple, voir ici Favennec-Héry F., *Vers la reconnaissance d'un droit spécifique du transfert des salariés*, SSL, 2015, n° 1664 et Favennec-Héry F., Verkindt P.-Y., *Droit du travail*, LGDJ, 6ème édition, 2018, p. 524.

du contrat d'apprentissage, le contrat à durée déterminée ainsi que pour les ruptures suivant un accord collectif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et d'un plan de sauvegarde de l'emploi[1088]. Le fait que le CDD devienne plus simple à rompre que le CDI est un paradoxe, vu que le régime du CDD est pourtant « *marqué par un souci de stabilité plus fort que celui du second* »[1089].

Il est de même important en Allemagne de bien différencier entre le « Aufhebungsvertrag » comme contrat de résiliation, d'autres formes de contrats de résiliation qui en diffèrent : Notamment la particularité allemande ressortant du § 158 I BGB avec la possibilité de conclure un contrat de résiliation qui pose comme condition la réalisation d'un évènement futur, « aufschiebende Bedingung »[1090]; Ou quand une rupture du contrat de travail est associée à une garantie de réembauche conditionnelle[1091], « bedingte Wiedereinstellungsgarantie »[1092]. Le contrat d'exécution, « Abwicklungsvertrag », va lui, régler la relation entre les parties après l'annonce d'un licenciement valable par l'employeur[1093]. L'Allemagne distingue aussi du « Aufhebungsvertrag » le contrat de modification, « Änderungsvertrag », qui va poursuivre la continuation du contrat de travail sous des conditions différentes conclues amiablement[1094].

[1088] Lokiec P., *Droit du travail*, Tome I, *Les relations individuelles de travail*, Thémis droit, Puf, 2011, p. 312; Couturier G., *Sur le motif économique des départs volontaires*, Dr. Soc., 2007, p. 978 et Fabre A., *Coup de froid sur la GPEC. Quand anticipation ne rime plus avec exonération*, SSL, 2011, 1483.

[1089] Lokiec P., *Droit du travail*, Tome I, *Les relations individuelles de travail*, Thémis droit, Puf, 2011, p. 312; Couturier G., *Les ruptures d'un commun accord*, Dr. Soc., 2008, p. 923.

[1090] Par exemple si un employeur fait signer par son salarié, dès la conclusion du contrat de travail, un contrat de départ amiable conditionnel prévoyant que le contrat sera rompu d'un commun accord, en cas d'absence de plus de quinze jours du salarié pour raison de maladie sur une période de six mois. La jurisprudence allemande va ici contrôler la validité de tels contrats de résiliation conditionnels suspensifs, « aufschiebender bedingter Aufhebungsverträge », faisant qu'un contrat de départ amiable conditionnel ne sera valide que s'il est conclu sur la base d'une raison objective, « sachlicher Grund ». Par ailleurs, un contrôle peut avoir lieu sur la base des paragraphes 305 et suivants du BGB posant l'insertion de conditions générales dans le contrat. Voir *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 966, S. 967 ; Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 15.

[1091] L'exemple que nous avions vu ici comprenait un salarié quittant son emploi en raison d'un contrat de résiliation avant son départ en vacances, avec la garantie d'une réembauche s'il en fait la demande au premier jour après la fin de sa période de vacances. Voir BAG 25.06.1987, AP Nr. 14 zu § 620 Bedingung; Stoffels in Rolfs, Giesen, Kreike-bohm, Udsching, *Online-Kommentar Arbeitsrecht*, BGB § 626, 57. Ed., 01.09.2020, Rn. 10.

[1092] Preis, Temming, *Arbeitsrecht*, Weitere Beendigungstatbestände, Dr. Otto Schmidt, 6. Auflage 2020, S. 703, Rz. 3401.

[1093] Il en va par exemple du paiement d'une indemnisation ou du renoncement à exprimer ses griefs en rapport à une sélection sociale insuffisante, *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 962; Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 147-519; Clemenz S., Burghard K, Krause R., *AGB-Arbeitsrecht*, Kommentar, Dr. Otto Schmidt, 2013, S. 304, 130.

[1094] Preis, Temming, *Arbeitsrecht*, Weitere Beendigungstatbestände, Dr. Otto Schmidt, 6. Auflage 2020, S. 698, Rz. 3377.

Une autre différence importante à noter entre le droit français et le droit allemand concerne la transformation d'un CDI en CDD. Il est effectivement interdit en droit français de transformer un CDI en CDD, un tel CDD n'ayant aucune valeur juridique[1095]. Tandis qu'en Allemagne, les parties peuvent ne pas viser la rupture rapide du contrat de travail, mais plutôt une continuation du contrat en un CDD, tant que le contrat contient une raison objective au sens du « Befristungskontrollrechts » allemand, c'est à dire du droit de contrôle des limitations de la durée du travail[1096]. Cette transformation de CDI en CDD est donc possible en Allemagne, mais elle reste séparée du « Aufhebungsvertrag », lequel est uniquement une convention qui porte sur le départ prématuré et rapide d'un salarié de son contrat de travail[1097]. Il est donc nécessaire en Allemagne de démarquer le contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag » de l'aménagement d'un contrat « Vertragsgestaltung ». Ceci va en effet à l'encontre de la fonction du « Aufhebungsvertrag », sujet de ce travail, lequel vise le départ anticipé du salarié de son emploi à travers une rupture prompte du contrat de travail[1098].

En France, sans « préavis » de prévu dans la rupture conventionnelle, le terme « préavis » étant utilisé dans le cadre du licenciement et de la démission[1099], les parties peuvent se mettre librement d'accord sur une date de rupture du contrat de travail, tant qu'elles prennent en compte le délai laissé au DDTEFP pour qu'il statue sur la demande présentée[1100]. On retrouve l'absence d'obligation de préavis, délai « Frist » dans le « Aufhebungsvertrag » allemand, les parties

---

[1095] Cour de cassation, chambre sociale, 25 mars 2009, numéro de pourvoi 06-46.330, publié au bulletin.
[1096] *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 963; Preis, Temming, *Arbeitsrecht*, Weitere Beendigungstatbestände, Dr. Otto Schmidt, 6. Auflage 2020, S. 698, Rz. 3378.
[1097] BAG, 12.01.2000, 7 AZR 48/99, 17 : „*Ein Aufhebungsvertrag ist eine Vereinbarung über das vorzeitige Ausscheiden eines Arbeitsnehmers aus einem Dauerarbeitsverhältnis*"; BAG, 36.08.1997, 9 AZR 227/96, AP BGB § 620 BGB Aufhebungsvertrag Nr. 8 = EzA BGB § 611 Aufhebungsvertrag Nr. 29; BAG 13.11.1996, 10 AZR 640/96, AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 4 = EzA BetrVG 1972 § 112 Nr. 90 zu II 1 der Gründe; BAG, 12.01.2000, 7 AZR 48/99, 17 „(...) *Er (der Aufhebungsvertrag) ist seinem Regelungsgehalt nach auf eine alsbaldige Beendigung der arbeitsvertraglichen Beziehungen gerichtet. Das bringen die Parteien durch die Wahl einer zeitnahen Beendigung, die sich häufig an der jeweiligen Kündigungsfrist orientiert, und weiteren Vereinbarungen über Rechte und Pflichten aus Anlaß der vorzeitigen Vertragsbeendingung zum Ausdruck.*"; Voir aussi BAG, 12.01.2000, 7 AZR 48/99 sur la délimitation claire du « Aufhebungsvertrag ».
[1098] *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 962 ; Voir partie « Contrat de résiliation pour transformer un CDI en CDD ».
[1099] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015 et le 11 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee#Quelles-sont-les-indemnites-dues-au-salarie.
[1100] Circulaire 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 5.

pouvant également décider dans le contrat de rompre le contrat de travail immédiatement, ou usant d'un délai.

Le traitement des salariés protégés est différent dans les deux pays. Dans le cadre d'une rupture conventionnelle, le statut protecteur d'un salarié protégé nécessite que l'employeur demande une autorisation de l'inspecteur du travail[1101]. La procédure d'homologation est ici écartée au profit d'une procédure d'autorisation dès qu'un salarié protégé est concerné[1102]. Nous allons récapituler les positions des droits français et allemands concernant les congés maternités, salariés malades ou ayant connu un accident du travail ainsi que les handicapés :

Concernant les congés maternité, le droit français qui sur le papier passe pour plus protecteur que le droit allemand, ne permet au final de faire annuler une rupture conventionnelle conclue durant une période normalement protectrice pour les salariés que de manière limitée. C'est-à-dire en admettant que seul un cas de fraude ou un vice du consentement invoqué puisse entacher une rupture conventionnelle de nullité. Ainsi, seul un contrôle minutieux de l'administration sur le fond des raisons et du contexte de ruptures conventionnelles pourra vraiment protéger les salariés avant l'homologation. Cela est difficile, étant donné que les informations concernant une grossesse ne sont souvent pas indiquées dans le formulaire Cerfa de l'administration[1103]. Le droit allemand qui ne cache pas être peu protecteur concernant les femmes enceintes ou ayant accouché durant leur congé maternité dans le cadre du contrat de résiliation[1104], admet la conclusion d'un « Aufhebungsvertrag » sans limitations[1105]. La protection spéciale contre le

---

[1101] Wolters Kluwer, *Les salariés protégés*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16967, 1er décembre 2015, p. 5.
[1102] Bossu B., Dumont F., Verkindt P.-Y., *Droit du travail*, lextenso éditions, 2011, p. 293.
[1103] Leroy Y., Note sous arrêt, Cour de cassation, chambre sociale, 25 mars 2015, N. contre société Sword, numéro de pourvoi 14-10.149, Le Droit Ouvrier, juin 2015, n° 803, p. 363.
[1104] Contrairement à la France où il ressort de l'article L. 1225-4 du Code du travail qu'aucune rupture conventionnelle ne peut (normalement : voir cependant arrêt du 25 mars 2015) avoir lieu durant un congé maternité ; Article L. 1225-4 Code du travail, modifié par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, art. 10 : « *Aucun employeur ne peut rompre le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté, pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles elle a droit au titre du congé de maternité, qu'elle use ou non de ce droit, et au titre des congés payés pris immédiatement après le congé de maternité ainsi que pendant les dix semaines suivant l'expiration de ces périodes. Toutefois, l'employeur peut rompre le contrat s'il justifie d'une faute grave de l'intéressée, non liée à l'état de grossesse, ou de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement. Dans ce cas, la rupture du contrat de travail ne peut prendre effet ou être notifiée pendant les périodes de suspension du contrat de travail mentionnées au premier alinéa* » ; Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 25 mars 2015, numéro de pourvoi 14-10.149, publié au bulletin (cassation partielle).
[1105] Haufe.de, *Aufhebungsvertrag: Voraussetzungen, 3 Aufhebungsverträge mit besonderen Personengruppen*, https://www.haufe.de/personal/personal-office-premium/aufhebungsvertrag-voraussetzungen-3-aufhebungsvertraege-mit-besonderen-personengruppen_idesk_PI10413_HI940927.html.

licenciement, laquelle s'applique sur la durée des congés de maternité ou paternité n'a pas d'effet sur des solutions de ruptures amiables tel le « Aufhebungsvertrag »[1106]. Le seul « avantage » de la conclusion d'un « Aufhebungsvertrag » durant une période de congé maternité « Mutterschutz » ou congé parental « Elternzeit » en droit allemand, sera un montant (éventuellement) supérieur de l'indemnité[1107].

Concernant les salariés déclarés inaptes ou victimes d'un accident de travail ou en arrêt pour maladie professionnelle, le droit français pose que certaines situations rendent l'application d'une rupture conventionnelle difficile[1108]. Il n'existe néanmoins pas d'interdiction spécifique concernant les personnes âgées approchant l'âge de la retraite. A l'opposé de la France, il n'y a en Allemagne aucune exception et aucune obligation de demander une autorisation préalable à l'utilisation du « Aufhebungsvertrag » pour rompre un contrat de travail. Les classifications de salariés protégés en droit allemand ne sont valables que pour le licenciement, ce qui donne au « Aufhebungsvertrag » son aspect opportuniste pour l'employeur.

Concernant les personnes handicapées, si les décisions des cours françaises varient eu égard à l'appréciation du consentement donné par un salarié handicapé, mental ou physique, c'est surtout au salarié de pouvoir prouver que son consentement était bien vicié lors de la signature de la rupture conventionnelle individuelle. En Allemagne, la conclusion d'un contrat de résiliation avec une personne gravement handicapée ne donnera pas lieu à l'application de la protection contre le licenciement des paragraphes §§ 85 à 91 du SGB IX. Il n'y a ainsi pas de nécessité d'obtenir l'accord de l'office de l'intégration « Integrationsamt » pour un « Aufhebungsvertrag », contrairement au licenciement[1109]. De ce fait, les salariés handicapés allemands qui concluent un contrat de résiliation ne se voient pas attribuer d'avantages par rapport aux non handicapés et la jurisprudence étant changeante, tout comme les instructions de l'agence fédérale

---

[1106] Concernant une démission durant une période de congés maternité et paternité, le § 19 BEEG pose qu'il faut respecter un délai de trois mois: § 19 Kündigung zum Ende der Elternzeit « *Der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin kann das Arbeitsverhältnis zum Ende der Elternzeit nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten kündigen* ».

[1107] Grundmann S., Georgiou C., *Die Aufhebung von Arbeitsverträgen*, Rieder, 3. Auflage 2014, S. 40.

[1108] Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), *Rupture conventionnelle : conditions*, situations rendant impossible la rupture conventionnelle, mis à jour le 6 juin 2013, Service-Public.fr.

[1109] Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 50; Pauken, *Leitfaden für die Beschäftigung schwerbehinderter Menschen*, Teil 2, ArbRAktuell 2016, S. 183; L'employeur allemand devant en cas de licenciement renseigner les représentants des personnes gravement handicapées sur la situation : « die Schwerbehinderten Vertretung unterrichten ».

du travail sont souvent modifiées, ils doivent être extrêmement prudents avant de rompre leur contrat de travail.

A présent, sur le rapport entre rupture conventionnelle et motif économique, deux ruptures de motif économique (GPEC[1110] et PSE[1111]) ne peuvent[1112], en France, faire l'objet d'une rupture conventionnelle. Cela signifie que les employeurs mettant en place un PSE ne sont pas autorisés à prévoir des ruptures conventionnelles individuelles. L'objectif est que les employeurs ne puissent pas éviter d'appliquer les règles du licenciement économique collectif[1113]. Toutefois, malgré l'interdiction de contourner les garanties comprises dans les licenciements économiques et collectifs, ne sont pas interdites les ruptures conventionnelles conclues pour « *cause économique* »[1114]. Cela signifie qu'en cas de suppression de postes de travail suite à des difficultés économiques, une rupture conventionnelle est envisageable quand le salarié a été expressément informé des droits plus avantageux auxquels il pourrait avoir droit en cas de licenciement économique[1115]. Ainsi, le risque de fraude à travers l'utilisation de la rupture conventionnelle pour éviter d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi reste difficile à réguler, comme bien exprimé par Bonnechère M. : « *la loi exclut des PSE la rupture conventionnelle, mais cela ne signifie nullement que les ruptures conventionnelles excluent le PSE !* »[1116].

[1110] Accords collectifs de gestion prévisionnelle des emplois et compétences ; Voir les conditions de l'article L. 2242-15 du Code du travail.

[1111] Ainsi que des ruptures suivant des plans de sauvegarde de l'emploi, voir les conditions des articles L. 1233-61 et L. 1237-16 du Code du travail.

[1112] Selon l'article L. 1233-3 du Code du travail.

[1113] A ce sujet, l'auteur Lokiec conclu cependant que si « *les départs volontaires compris dans un projet de compression d'effectifs ne seront plus comptabilisés pour déterminer l'application de la procédure de licenciements pour motif économique. Cette solution n'est pas sans présenter de sérieux dangers de contournement* », voir Lokiec P., Rep. trav. Dalloz, Janvier 2009, n° 10 et s.; Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 2 ; Aussi Chirez A., *La rupture conventionnelle pour cause économique*, Le Droit Ouvrier, août 2011, n° 757, p. 473.

[1114] Circulaire DGT n° 2012-07 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés Fiche 14 : Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 57 ; L'instruction DGT du 23 mars 2010 admet qu'une rupture conventionnelle soit conclue même si l'entreprise se trouve dans une phase de difficultés économiques pouvant la pousser à vouloir se séparer de salariés : Instruction DGT n° 2010-02 du 23 mars 2010, relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée (texte non paru au JO).

[1115] L&S Avocats, Stibon C., *La rupture conventionnelle du droit du travail*, janvier 2015, http://www.ls-avocats.com/articleenligne/71-la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail, page 2 sur 11 du pdf.

[1116] Exposé : Bonnechère M., *Les plans de départs volontaires,* 22 février 2010, dans la conférence organisée par la Commission de droit social (formation continue) du Barreau de Paris à l'auditorium du Harlay, Le Droit Ouvrier, mai 2010, n° 742, p. 233 ; Le directeur général du travail Jean-Denis Combrexelle donne des indices à l'autorité administrative pour déceler un contournement du licenciement collectif en indiquant qu'il est nécessaire de vérifier dès lors qu'un « *contexte économique difficile* » a été identifié : Instruction DGT n°

Nous avons vu que l'article L. 1237-11 du code du travail pose que la rupture conventionnelle est « *exclusive du licenciement ou de la démission* ». Cette volonté du législateur est également loin d'être toujours respectée. Certains auteurs tels Wolmark et Peskine[1117], considèrent même le refus d'admettre la nullité de la convention de rupture quand celle-ci a été initiée par l'employeur comme étant « *largement contestable* ». La procédure de licenciement économique n'étant pas à respecter en cas de rupture conventionnelle, cela constitue certainement un tournant, étant donné qu'avant cette modification il n'était pas possible en droit français d'échapper aux règles procédurales du licenciement économique, dès lors que la rupture trouvait son origine dans un motif économique[1118]. Avec la rupture conventionnelle, le mal est fait et les salariés peuvent se retrouver privés des garanties comprises dans le licenciement économique, telles que la priorité de réembauchage et l'obligation de reclassement[1119]. Seul garde-fou du droit français reste désormais l'obligation d'information du salarié concernant ses droits, afin qu'il puisse décider d'opter ou non pour une rupture conventionnelle en vérifiant (souvent de par lui-même) les garanties qui lui seront plus avantageuses, celles de la rupture conventionnelle ou celles du licenciement économique[1120].

Pour finir sur le nerf de la guerre que représente le versement de l'indemnité au salarié, la situation a changé avec la réforme Macron de 2017. Si le montant de l'indemnité[1121] ne peut être inférieur à l'indemnité légale de licenciement[1122] ou à l'indemnité conventionnelle de licenciement dans le cas où celle-ci est plus avantageuse pour le salarié ; depuis la réforme Macron, le salarié a droit comme indemnité de licenciement à un quart de son salaire mensuel brut par année d'ancienneté pour les dix premières années et à un tiers de son salaire mensuel brut par année d'ancienneté à compter de la onzième année[1123]. Ces barèmes encadrent désormais de

---

2010-02 du 23 mars 2010, relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée, p. 3.

[1117] Peskine E., Wolmark C., *Droit du travail,* Hypercours, 2017, 11ème édition Dalloz, 2016, p. 379, 566.

[1118] Bossu B., Dumont F., Verkindt P.-Y., *Droit du travail*, lextenso éditions, 2011, p. 293.

[1119] Pélissier J., Auzero G., Dockès E., *Précis de Droit du travail*, 25ème édition, Dalloz, 2011, p. 498 – 438.

[1120] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015 et le 11 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee#Quelles-sont-les-indemnites-dues-au-salarie.

[1121] Article L. 1237-13 du code du travail.

[1122] Indemnité légale de licenciement prévue à l'article L. 1234-9 du Code du travail dont le taux et les modalités sont prévues par voie réglementaire à l'article R. 1234-2 du Code du travail (article L. 1237-13 du Code du travail).

[1123] Article R. 1234-2 du Code du travail.

manière rigide le montant des indemnités, sans égard à la situation individuelle des salariés et limitent les négociations en ne correspondant plus à des dommages et intérêts réparant l'intégralité d'un préjudice subi par un salarié[1124]. Les salariés allemands font face au même dilemme pour les environs 90% des « Aufhebungsverträge » accompagnés du versement d'une indemnité de départ[1125] (en France, toutes les ruptures conventionnelles sont accompagnées du versement d'une indemnité). Libres de négocier, sachant qu'ils doivent rester prudents, car même si l'indemnité proposée est d'un montant important, il faut calculer pour connaître le montant après imposition. Mais si l'indemnisation en Allemagne est en principe à négocier, la pratique a vu l'application d'une règle de base suivant laquelle l'indemnité revient à la moitié d'un salaire mensuel par année d'emploi « *ein halbes Bruttomonatsgehalt pro Beschäftigungsjahr* »[1126]. Ces deux systèmes sont ainsi plus proches qu'il n'y paraît, avec une liberté de négociation limitée. A cela s'ajoute que les indemnités versées en Allemagne, et dans une certaine mesure en France, ne seront finalement intéressantes pour le salarié qu'à partir du moment où un autre emploi est en vue, ou s'il ou elle a l'intention de se mettre à son propre compte.

[1124] « *(…) Selon le régime classique de la responsabilité contractuelle* », voir Morin M.-L., *Travail et liberté contractuelle, une mise en perspective*, Le Droit Ouvrier, mars 2018, n°836, p. 122.
[1125] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 31.
[1126] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 31.

Chapitre 2. Nouvelle rupture conventionnelle collective mise en place par la réforme Macron de 2017

Le code du travail prévoit à présent en son article L. 1237-17 qu'un accord collectif peut prévoir une rupture conventionnelle collective[1127]. A l'origine est l'ordonnance du 22 septembre 2017, la loi de ratification ayant été adoptée par le Sénat le 14 février 2018 et soumise au Conseil Constitutionnel qui a validé ce dispositif dans sa très grande majorité dans sa décision du 21 mars 2018[1128].

Cette ordonnance du 22 septembre 2017 qui change profondément la philosophie du droit français permet de poursuivre une plus grande flexibilité dans la conduite des affaires. Ceci au travers de la décentralisation de la négociation collective au niveau de l'entreprise notamment[1129]. La possibilité donnée à un accord d'entreprise de prévaloir sur un accord de branche[1130] et ce même s'il contient des stipulations moins favorables pour les salariés, rappelle notamment les mesures « Troïka » de Grèce, lesquelles abaissaient le niveau de protection par la décentralisation de la négociation collective[1131]. Tout d'abord, la négociation d'entreprise a

---

[1127] Article L. 1237-17 du Code du travail : « *Un accord collectif portant gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ou rupture conventionnelle collective peut définir les conditions et modalités de la rupture d'un commun accord du contrat de travail qui lie l'employeur et le salarié. Ces ruptures, exclusives du licenciement ou de la démission, ne peuvent être imposées par l'une ou l'autre des parties. Elles sont soumises aux dispositions de la présente section.* ».

[1128] Conseil Constitutionnel, 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi d'habilitation n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social : Le Conseil Constitutionnel a considéré conforme à la Constitution la suppression du Comité d'hygiène et de sécurité, mais aussi la réduction du nombre d'heures de délégation, les règles de financement des expertises et les modalités d'organisation des élections au CSE dans les articles L. 2314-5 et L. 2314-10 du Code du travail entre autres. Voir ici Morin J., *Regard sur la conformité des nouvelles institutions représentatives du personnel aux normes supra-légales*, Le Droit Ouvrier, juillet 2018, n°840, p. 458 ; Voir aussi Recueil Dalloz, actualités, 29 mars 2018, n° 12, 621.

[1129] Däubler W., *Une utopie sortie du désert ? Le « Code du travail alternatif » en France*, Le Droit Ouvrier, mai 2019, n°850, p. 275. En allemand, voir Däubler, *Eine Utopie aus der Wüste? Der « Code du Travail Alternatif » in Frankreich*, SR 2018, 97-107.

[1130] Depuis la loi Macron mais hors exceptions prévues dans l'article 2253-1 du Code du travail: « (…) *Dans les matières énumérées au 1° à 13°, les stipulations de la convention de branche ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large prévalent sur la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date de leur entrée en vigueur, sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes. Cette équivalence des garanties s'apprécie par ensemble de garanties se rapportant à la même matière.* » ; voir aussi Lokiec P., *Hiérarchie des normes et négociation : le pari de la confiance*, Le Droit Ouvrier, mars 2018, n° 836, p. 142 ; Mehrez F., Recueil Dalloz, 14 septembre 2017, n° 30, 1713.

[1131] Däubler W., *Wiederaufbau statt Deregulierung in Griechenland*, HSI-Working Paper n°09, 15 mars 2018; Däubler W., *Une utopie sortie du désert ? Le « Code du travail alternatif » en France*, Le Droit Ouvrier, mai 2019, n°850, p. 275.

comme limite le déséquilibre intrinsèque des négociations, un risque de droit du travail « à la carte » et des difficultés de contrôle de ces accords d'entreprise par les juges ou inspecteurs du travail[1132], le tout accompagné d'un risque de dumping social[1133]. Si les accords collectifs d'entreprise ont leurs avantages en matière de négociation de temps de travail ou de salaires entre autres, les garde-fous devraient continuer d'être présents pour protéger au mieux les salariés, parties vulnérables, surtout dans les entreprises de moins de onze salariés[1134] et non pas laisser la seule « confiance » protéger leurs intérêts[1135]. Nécessaire alors, dès lors que le droit du travail se construit désormais autour du dialogue social dans l'entreprise, est de revoir la gouvernance de l'entreprise en plus des champs et modalités de la négociation[1136]. Car si la rupture conventionnelle « *n'est pas seulement volonté mais aussi confiance* »[1137], celle-ci peut indubitablement subir une exploitation ou être juste porteuse d'illusions[1138].

Pour notre sujet, l'arrêté du 8 octobre 2018[1139] a fixé un modèle type de bilan des accords portants rupture conventionnelle collective. Il s'agit, comme pour la rupture conventionnelle, d'un

---

[1132] Lokiec P., *Hiérarchie des normes et négociation : le pari de la confiance*, Le Droit Ouvrier, mars 2018, n° 836, p. 142 : pose qu'il est en effet plus compliqué pour les juges et inspecteurs du travail de contrôler de nombreux accords d'entreprise, plutôt qu'une loi unique.

[1133] Risque de dumping social particulièrement important étant donné que les primes, qui représentent une part élevée de la rémunération, entrent dans le champ de la primauté de l'accord d'entreprise : voir Lokiec P., *Hiérarchie des normes et négociation : le pari de la confiance*, Le Droit Ouvrier, mars 2018, n° 836, p. 142.

[1134] Lokiec P., *Hiérarchie des normes et négociation : le pari de la confiance*, Le Droit Ouvrier, mars 2018, n° 836, p. 143 : garde-fous étant présents avec tout d'abord le principe de faveur, lequel recule avec les ordonnances et va même jusqu`à disparaître dans les rapports entre accords d'entreprise et de branche, étant remplacé par la « garantie au moins équivalente » ; ensuite comme deuxième garde-fou, la capacité de résistance individuelle du salarié, laquelle recule avec les accords de compétitivité (l'entreprise n'aura désormais qu'à se prévaloir des nécessités de son bon fonctionnement, ce qui est très ouvert, pour limiter la capacité de refus par les salariés de changements prévus par accords collectifs); et le troisième garde-fou étant les conditions de conclusion des accords collectifs, lequel devient le principal garde-fou, même si loin d'être rassurant ; Sur les salariés d'une entreprise de moins de onze salariés et notamment concernant l'application de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse et sa soumission à la CSG et CRDS, voir aussi Jeansen E., *Cotisations et contributions sociales, L'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse soumise à CSG/CRDS, entre passé et présent*, JCP S, 2 avril 2019, n° 13, 1101, pp. 27 et 28.

[1135] Lokiec P., *Hiérarchie des normes et négociation : le pari de la confiance*, Le Droit Ouvrier, mars 2018, n° 836, p. 144.

[1136] Ce qui n'est pas fait dans le cadre des ordonnances Macron, le texte étant silencieux sur la gouvernance. Voir ici Lokiec P., *Vers un nouveau droit du travail ?*, Recueil Dalloz, 26 octobre 2017, n° 36, 2113.

[1137] Comme dans le contrat, voir Carbonnier J.*, Droit civil, Les Obligations*, tome 4, n° 30 et Chirez A., *De la confiance en droit contractuel*, thèse, 1977.

[1138] Chirez A., *La rupture conventionnelle pour cause économique*, Le Droit Ouvrier, août 2011, n° 757, p. 476.

[1139] Arrêté du 8 octobre 2018, relatif à la précision du contenu des bilans des ruptures d'un commun accord dans le cadre d'un accord collectif, JO n°0237 du 13 octobre 2018.

mode de rupture exclusif du licenciement[1140] ou de la démission et l'accent est mis sur le volontariat. Une rupture conventionnelle collective ne peut donc être imposée par les employeurs à leurs salariés et vice versa.

La rupture conventionnelle collective repose d'un côté sur un accord collectif qui a lieu entre l'employeur et les organisations syndicales[1141] et sur un accord individuel. Le régime de l'accord individuel est, selon le Ministère du travail, « déconnecté » du droit du licenciement économique[1142], mais aussi « déconnecté » de la rupture conventionnelle individuelle[1143].

Il est important de souligner dès maintenant que si la rupture conventionnelle collective se veut différente de la rupture conventionnelle individuelle et des plans de départs volontaires, ce mode de rupture reprend cependant certains de leurs éléments, ce qui peut faire douter d'une réelle autonomie et même pertinence[1144]. Nous verrons que dans la RCC, la validation de l'administration repose sur le contrôle de l'accord d'entreprise et non sur l'accord du salarié, sauf en cas de salarié protégé. Si une RCC mène bien à la conclusion d'une rupture d'un commun accord, il s'agit de ruptures amiables négociées et signées par l'employeur et son salarié qui se mettent d'accord pour mettre fin au contrat de travail. Pour certains auteurs, cela est judicieusement montré du doigt comme prouvant que « *le choix du terme de rupture conventionnelle collective pourrait sembler inadéquat et trompeur : avec cet accord, on se trouve plus dans un plan de départs négociés que dans des ruptures conventionnelles, mêmes collectives. (…) On voit (…) apparaître ici le véritable enjeu de cette dénomination : donner à ce dispositif une apparence de sécurité juridique, à l'instar des RCH[1145], qui ont un succès pratique important, avec un faible contentieux*. »[1146]. L'auteur Dalmasso R. en conclut que la dénomination de « rupture conventionnelle collective » a été choisie pour sa dénomination rassurante pour

---

[1140] Selon le Ministère du travail, « *si l'accord prévoit des suppressions d'emplois, il doit expressément exclure tout licenciement pour atteindre l'objectif fixé de suppression.* », Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 1.
[1141] Ou organismes signataires habilités.
[1142] Article L. 1233-3 du Code du travail.
[1143] Article L. 1237-16 du Code du travail.
[1144] Voir notamment Dalmasso R., *La « rupture conventionnelle collective » : une chimère ?*, Le Droit Ouvrier, novembre 2017, n°832, p. 651.
[1145] RCH, rupture conventionnelle homologuée.
[1146] Dalmasso R., *La « rupture conventionnelle collective » : une chimère ?*, Le Droit Ouvrier, novembre 2017, n°832, p. 652.

l'employeur, alors que ce dispositif était présenté comme une forme de PDV dans la version provisoire des ordonnances du 31 août[1147].

Concernant les PDV, la rupture conventionnelle collective n'y est donc pas assimilable et n'en porte pas le qualificatif. Les plans de départs volontaires ressortant de la pratique de gestionnaires des ressources humaines, d'une catégorie juridique jurisprudentielle par nature[1148], ils servent à réduire les effectifs des entreprises au travers d'un volontariat au départ, contre aides et/ou indemnités pour un reclassement hors de leur entreprise. Les deux différents types théoriques de PDV sont les suivants : une catégorie « à froid » ou « autonome », mise en place avant tout projet de licenciement économique collectif, où l'employeur indique seulement sa volonté de réduire les effectifs de l'entreprise, sans qu'il n'envisage la prononciation des licenciements dans le cas où le nombre des départs volontaires n'a pas été atteint[1149]. Suit une catégorie plus fréquente « à chaud », qui intègre le PDV dans une procédure de licenciement économique collectif et ainsi, le cas échéant, dans un plan de sauvegarde de l´emploi[1150]. Dans cette catégorie, l'employeur qui vise des licenciements économiques va proposer de réduire leur nombre au travers des départs volontaires, sachant qu'ici le PDV se doit d´être intégré au PSE[1151].

L'Allemagne ne comprend pas de véritable équivalent de la rupture conventionnelle collective, mais les « Aufhebungsverträge » connaissent un usage courant dans le cadre de « Abfindungsplänen » et « Freiwilligkeitsprogrammen », qui sont les équivalents des plans de départs volontaires français. En effet, un employeur allemand peut tout à fait, avant d'opérer une réduction du personnel[1152], inciter des salariés à quitter l'entreprise de telle manière que ceux-ci se portent volontaires[1153] pour conclure un « Aufhebungsvertrag ». Ce sont surtout les indemnités de départs proposées, échelonnées comme dans un plan social « Sozialplan » et dépendant de l'ancienneté, qui sont attrayantes pour les salariés allemands. Rappelons que lors de la

---

[1147] Dalmasso R., *La « rupture conventionnelle collective » : une chimère ?*, Le Droit Ouvrier, novembre 2017, n°832, p. 652.
[1148] Dalmasso R., *La « rupture conventionnelle collective » : une chimère ?*, Le Droit Ouvrier, novembre 2017, n°832, p. 652.
[1149] Dalmasso R., *La « rupture conventionnelle collective » : une chimère ?*, Le Droit Ouvrier, novembre 2017, n°832, p. 652.
[1150] Dalmasso R., *La « rupture conventionnelle collective » : une chimère ?*, Le Droit Ouvrier, novembre 2017, n°832, p. 652 ; Dumoulin F., Observations, Le Droit Ouvrier, 2012, Bull. V n° 22, p.600.
[1151] Voir l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 25 janvier 2012, n°10-23.516, Bull. V n° 22, Dumoulin F., Le Droit Ouvrier, 2012, p.600 et l'arrêt de la Cour de Cassation, 9 octobre 2012, n°11-23.142, Bull. V n° 254.
[1152] Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 11.
[1153] « freiwilliges Ausscheiden ».

conclusion d'un « Aufhebungsvertrag », le versement d'une indemnité n'est pas automatique en Allemagne, contrairement à la France[1154], mais dépend toujours des circonstances et notamment si le contrat de résiliation est plutôt souhaité par l'employeur (indemnité fort probable) ou par le salarié (où il n'y aura pas forcément d'indemnité). Les „primes turbo" „Turboprämien" en particulier, peuvent fortement inciter un salarié à mettre fin à son contrat de travail dans le cadre d'un « Aufhebungsvertrag » encore plus rapidement, c'est à dire en renonçant contre paiement à son délai de préavis allant d'un à sept mois[1155].

L'auteur allemand Däubler conseille aux employeurs d'accorder à leurs salariés un délai de réflexion (délai de réflexion qui n'est pas obligatoire en droit allemand dans le cadre de contrats de résiliations) d'au moins quelques jours, afin que ses salariés puissent consulter, sans être mis sous pression, des personnes compétentes, notamment au vu de la « *portée de la décision à prendre (...) cela même si l'employé a lui-même exprimé son intérêt pour le « programme volontaire » « Freiwilligkeitsprogramm »* » ; ainsi que d'offrir davantage de possibilités de formation, qui sont trop peu souvent proposées dans le cadre de programmes volontaires[1156].

Malgré la nécessité légale d'inclure le comité d'entreprise « Betriebsrat » dans les programmes volontaires, notamment pour décider des indemnités proposées[1157], il reste possible que des départs volontaires se fassent sans son implication[1158]. En effet, l'usage de ces mesures ne sera nul « unwirksam », que si ces « *programmes volontaires touchent à un nombre élevé de salariés tel, que les conditions d'un changement d'activité « Betriebsänderung » selon le § 111 S. 3 Nr. 1 BetrVG sont remplies ou que les taux du § 112 a I BetrVG sont atteints* » [1159].

[1154] Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 12.
[1155] Voir Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 10, 12 sur l'utilisation de la „Turboprämie": prime turbo; Cette prime „Turbopämie" est aussi appelée „prime de sprinter" „Sprinterprämie" ou encore „prime de décideur rapide" „Schnellentscheiderprämie".
[1156] Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 12:„*Tragweite der zu treffenden Entscheidung (...) auch dann, wenn der Arbeitnehmer selbst sein Interesse an dem „Freiwilligkeitsprogramm" bekundet hat*".
[1157] Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 15.
[1158] Siehe Urteil vom LAG Schleswig-Holstein, NZA-RR 2008, 244 und Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 13.
[1159] Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 13; BAG, NZA 2015, 1207: Eine Unwirksamkeit dieser Maßnahmen wird hier erst stattfinden, wenn durch die „*Freiwilligenprogramme so viele Arbeitnehmer erreicht werden, dass die Voraussetzungen einer Betriebsänderung nach § 111 S. 3 Nr. 1 BetrVG erfüllt oder die Sätze des § 112 a I BetrVG erreicht sind" (...) "so liegt eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts analog §§ 112, 112 a BetrVG und evtl. der Mitbestimmungsrechte nach § 95 I und § 87 I Nr. 10 BetrVG vor.*".

Ces « Aufhebungsverträge » conclus dans le cadre d'un plan de départ volontaire « Abfindungsplan » doivent aussi être pris en compte[1160] dans la limite des seuils qui caractérisent l'existence d'un licenciement collectif « Massenentlassung » selon les §§ 17 et suivants KSchG[1161]. Le droit allemand permet en effet depuis longtemps d'inclure la conclusion de « Aufhebungsverträge » dans un licenciement collectif[1162], ce qui ressort de manière claire des propos de Naber S.: « *Les licenciements collectifs se font souvent par la conclusion en masse de « Aufhebungsverträgen* » [1163] et ces « *« Aufhebungsverträge » permettent à l'employeur (…) d'éviter les aléas de la législation actuelle allemande sur le licenciement collectif* » [1164].

Grace à la rupture conventionnelle collective, la France se rapproche de l'Allemagne, car même si les procédures sont différentes, les entreprises françaises ont désormais également la possibilité de résilier à l'amiable, massivement, des contrats de travail.

Précisons encore une différence marquante qui distingue la rupture conventionnelle collective de la rupture conventionnelle individuelle. Il s'agit de la volonté du gouvernement d'aligner la fiscalité et les charges sociales sur le régime applicable aux indemnités d'un plan de sauvegarde

---

[1160] Cela implique que tous les cas de licenciement, dont les contrats de résiliations, doivent être comptés et déclarés dans un délai de trente jours civils auprès de l'agence du travail « Agentur für Arbeit » : Siehe Ludwig D., Hinze J., *Das Massenentlassungsanzeigeverfahren, häufige Fehler und Vermeidungsstrategien*, NZA 2020, 694, 699; Voir également, BAG, 19.03.2015, 8 AZR 119/14, BeckRS 2016, 70521; BAG 28.06.2012, 6 AZR 780/10, BAGE 142, 202 = NZA 2012, 1029.

[1161] BAG 20.01.2016, 6 AZR 601/14, BAGE 154, 53 = NZA 2016, 490; § 17 I KSchG: „(*1) Der Arbeitgeber ist verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er 1. In Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als 5 Arbeitnehmer, 2. In Betrieben mit in der Regel mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern 10 vom Hundert der im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer oder aber mehr als 25 Arbeitnehmer, 3. In Betrieben mit in der Regel mindestens 500 Arbeitnehmern mindestens 30 Arbeitnehmer; innerhalb von 30 Kalendertagen entläßt. Den Entlassungen stehen andere Beendigungen des Arbeitsverhältnisses gleich, die vom Arbeitgeber veranlasst werden*.".

[1162] Naber S., *Der massenhafte Abschluss arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge*, Dissertation, Centaurus Verlag & Madie UG, Forum Arbeits- und Sozialrecht, Band 30, 2009, S. 255, ff; BAG, AP BGB § 613 a Nr. 464 = BackRS 2015, 70521; zustimmen Moll in APS, Kündigungsschutzrecht, 5. Auflage 2017, § 17 KSchG Rn. 33.

[1163] „*Massenentlassungen werden oftmals durch den massenhaften Abschluss von Aufhebungsverträgen durchgeführt*": Naber S., *Der massenhafte Abschluss arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge*, Dissertation, Centaurus Verlag & Madie UG, Forum Arbeits- und Sozialrecht, Band 30, 2009, S. 202.

[1164] „*Aufhebungsverträge ermöglichen es dem Arbeitgeber (…), den Unwägbarkeiten des gegenwärtigen deutschen Massenentlassungsrechts auszuweichen.*": Naber S., *Der massenhafte Abschluss arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge*, Dissertation, Centaurus Verlag & Madie UG, Forum Arbeits- und Sozialrecht, Band 30, 2009, S. 254; Siehe dazu auch Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 10; Ainsi, "*les contrats de résiliation peuvent remplir les conditions d'un licenciement collectif*": „*Aufhebungsverträge die Voraussetzungen einer Massenentlassung erfüllen*", Siehe Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 15; BAGE 91, 107 = NZA 1999, 761 (unter II 2); Weigand in KR, 12. Auflage 2019, § 17 KSchG Rn. 66, für ein Freiwilligenprogramm; Meyer, Röger, NZA-RR 2011, 393 (396).

de l'emploi PSE pour la RCC. Cet alignement démontre une volonté de rendre la rupture conventionnelle collective plus avantageuse que son modèle, en tout cas d'un point de vue fiscal. Nous verrons en effet dans cette partie que les indemnités de la rupture conventionnelle collective sont exonérées d'impôt sur le revenu en totalité[1165]. Concernant les avantages sociaux[1166] de la nouvelle rupture conventionnelle collective sur la rupture conventionnelle individuelle, ceux-ci sont moindres, sauf concernant le régime du forfait social qui est plus avantageux pour la nouvelle rupture conventionnelle collective[1167].

Sont notamment analysées dans ce chapitre les dispositions des ordonnances n° 2017-1387[1168] et n° 2017-1718[1169] et la loi du 29 mars 2018 les ratifiant[1170].

[1165] Tandis que pour la rupture conventionnelle individuelle, un salarié bénéficiant d'un départ à la retraite légale sera imposé dès le premier euro et qu'un salarié ne bénéficiant pas du départ à la retraite légale, se verra exonéré d'impôt sur le revenu avec une limitation portant sur soit le montant de l'indemnité de licenciement légale ou conventionnelle, soit sur le montant le plus élevé entre deux fois sa rémunération annuelle brute perçue l'année travaillée précédence ou 50% de l'indemnité versée avec une limite de 6 Pass (six fois le plafond annuel de la sécurité sociale).

[1166] Le régime des cotisations de sécurité sociale est le même, avec la limite de deux fois le plafond de la sécurité sociale, c'est-à-dire exonération jusqu'à la somme de 79464 € pour 2018 ; Ou la part qui n'est pas assujettie à l'impôt sur le revenu. Voir l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale en son dernier alinéa : « *Est exclue de l'assiette des cotisations mentionnées au premier alinéa, dans la limite d'un montant fixé à deux fois la valeur annuelle du plafond mentionné à l'article L. 241-3, la part des indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail (…)* » ;

Pour les cotisations CSG et CRDS exonération jusqu'au montant de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement. Ceci seulement s'il n'y a pas de part exclue de cotisations ou s'il n'y a pas de montant légal ou conventionnel notamment sur la part du montant prévu par la convention collective de branche l'accord professionnel ou interprofessionnel ou par la loi ; également sauf si dépassement des dix Pass (que nous verrons dans ce travail) ;

Article L. 136-2 du Code de la sécurité sociale en son point 5 : « *Sont inclus dans l'assiette de la contribution :* » (…) « *5° Indépendamment de leur assujettissement à l'impôt sur le revenu, les indemnités de licenciement ou de mise à la retraite et toutes autres sommes 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, ou, en l'absence de montant légal ou conventionnel pour ce motif, pour la fraction qui excède l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement. En tout état de cause, cette fraction ne peut être inférieure au montant assujetti aux cotisations de sécurité sociale en application du douzième alinéa de l'article L. 242-1. Toutefois, les indemnités d'un montant supérieur à dix fois le plafond annuel défini par l'article L. 241-3 du présent code sont assujetties dès le premier euro. Sont également assujetties toutes sommes versées à l'occasion de la modification du contrat de travail ;* ».

[1167] Pour l'instant, suite à un manque de précisions ayant valeur de droit, il se peut même qu'aucun forfait social ne s'applique pour la rupture conventionnelle collective si l'on suit seulement l'alignement proposé par le Ministère du travail sur les PSE et ignore les instructions de l'Urssaf et Acoss.

[1168] Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017.

[1169] Ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017.

[1170] La loi du 29 mars 2018 a ratifié les ordonnances n° 2017-1387 et n° 2017-1718, sachant qu'elle est applicable aux accords dont la négociation commence à partir du 1er avril 2018.

Selon le site du Ministère du travail, « *les dispositions relatives à la transmission par la voie dématérialisée de certaines informations et demandes sont entrées en vigueur à compter du 4 janvier 2018 »,* Ministère du travail, *La rupture conventionnelle collective*, droit du travail et rupture du contrat, publié et mis à jour le 11 avril 2018 et le 19 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-collective.

Dans un esprit de clarification, la première section de ce chapitre va se consacrer sur la mise en œuvre et les modalités de la nouvelle rupture conventionnelle collective (Section 1), pour ensuite se pencher sur les indemnités et conséquences fiscales et sociales (Section 2), suivi d'une section sur les recours et litiges (Section 3) et d'une présentation des particularités qui touchent cette nouvelle rupture conventionnelle collective (Section 4). La dernière section introduira le changement des barèmes prud'homaux ainsi que l'augmentation des indemnités légales de licenciement et ce que cachent ces objectifs (Section 5).

Section 1. Mise en œuvre et modalités de la nouvelle rupture conventionnelle collective

« *Le droit du travail procède traditionnellement de l'inégalité juridique, consubstantielle au contrat de travail subordonné. C'est pourquoi son objet principal est la protection du salarié, assurée par des règles d'ordre public et la reconnaissance de droits collectifs permettant de dépasser cette inégalité* »[1171].

Marie-Laure Morin

L'arrivée de la nouvelle rupture conventionnelle collective ne s'est pas faite du jour au lendemain, il s'agit bien d'une évolution, préparée ces trente dernières années par les lois qui se sont succédées et ce changement comprend une certaine gravité[1172]. C'est pourquoi cette section va notamment se pencher sur l'historique et la volonté politique derrière cette RCC ainsi que sur les tentatives de mise en place antérieures. Nous verrons par ailleurs, que les nouvelles ordonnances vont au contraire vers la formation d'un droit du travail qui sert prioritairement la compétitivité des entreprises sous prétexte de favoriser l'emploi[1173].

Plus particulièrement nous nous pencherons sur le nouveau barème qui transforme la nature même de l'indemnisation, laquelle ne correspond plus à des dommages et intérêts réparant l'intégralité d'un préjudice subi par un salarié [1174]. Au contraire, ce barème ne comprend pas les motifs propres à la personne du salarié.

[1171] Morin M.-L., ancienne Directrice de recherche au CNR et ancienne Conseillère à la Cour de cassation, voir Morin M.-L., *Travail et liberté contractuelle, une mise en perspective*, Le Droit Ouvrier, mars 2018, n°836, p. 118 ; Sur l'inégalité par nature de la relation, voir aussi Couturier G., *Les ruptures d'un commun accord*, Dr. Soc., 2008, p. 926.

[1172] Voir Dockès E. et notamment sa proposition de code du travail qui introduit une différente rupture conventionnelle.

[1173] Ces ordonnances modifient également fortement l'équilibre entre les cinq principes essentiels du droit du travail français, que sont la liberté contractuelle (Dans le contrat de travail subordonné), la liberté d'entreprendre, la liberté syndicale, le principe de participation (Droit à la participation à la gestion des entreprises et droit à la négociation collective), ainsi que le droit à l'emploi ; voir Morin M.-L., *Travail et liberté contractuelle, une mise en perspective*, Le Droit Ouvrier, mars 2018, n°836, p. 118.

[1174] « *(…) Selon le régime classique de la responsabilité contractuelle* », voir Morin M.-L., *Travail et liberté contractuelle, une mise en perspective*, Le Droit Ouvrier, mars 2018, n°836, p. 122.

Il faut également noter que l'Union européenne n'est pas compétente pour réglementer directement la liberté syndicale et le droit de la négociation collective, c'est pourquoi il convient de se tourner vers les conventions de l'OIT, la CEDH et la Charte sociale européenne, qui en tant que systèmes normatifs protègent le droit à la négociation collective[1175]. Ces dispositions relatives à la négociation collective et à la liberté syndicale ont effet direct, pouvant être donc invoquées devant le juge interne par les justiciables[1176].

I. Historique et volontés derrière la nouvelle rupture conventionnelle collective

1. Rupture conventionnelle, rupture conventionnelle collective et plan de départs volontaires

a) Les plans de départs volontaires, antérieurs et distincts de la rupture conventionnelle

Rappelons tout d'abord qu'un plan de départ volontaire se démarque d'une rupture conventionnelle, d'un licenciement et d'une démission. En effet, une rupture conventionnelle est impossible en cas de plan de sauvegarde de l'emploi PSE, tandis qu'un plan de départ volontaire autonome peut être mis en place par accord PSE[1177]. Le périmètre de mise en place du plan de sauvegarde de l'emploi, apparu en 1974[1178] a pour objectif de proposer des mesures de reclassement pour limiter le nombre de rupture de contrats de travail ou à en aménager les conséquences[1179].

[1175] Étroitement avec le principe de la liberté syndicale. Voir ROSA F., *La « négociation » dans les petites entreprises et les normes internationales*, Le Droit Ouvrier, juillet 2018, n° 840. p. 451.
[1176] ROSA F., *La « négociation » dans les petites entreprises et les normes internationales*, Le Droit Ouvrier, juillet 2018, n° 840. p. 451.
[1177] Un plan de départ volontaire autonome a aussi la possibilité d'être mis en place grâce à un document unilatéral PSE. Voir également sur
[1178] Autrefois appelé plan social, il est apparu dans l'avenant du 21 novembre 1974 qui complétait l'ANI du 10 janvier 1969.
[1179] Articles L. 1233-61 et L. 1233-62 du Code du travail. Voir arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 16 novembre 2010, numéro de pourvoi 09-69.485, Bull. civ. V 2010, n° 258, RJS 02/2011, pp. 126-128 ; Auzero G., Note, *Les conditions de mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi peuvent s'apprécier au niveau de l'unité économique et sociale*, n° Lexbase N835BQM; Dauxerre N., Note, *Appréciation du*

Le plan de départ volontaire étant distinct de ces trois modes de rupture, la procédure est ainsi connue pour être plus « accessible », l'employeur n'ayant pas d'obligation de convoquer son salarié à un entretien préalable et ne devant pas prévoir de préavis ou de reclassement[1180].

L'employeur devra néanmoins au préalable consulter les délégués du personnel pour élaborer son plan et s'il lui est interdit de cibler une catégorie de personnel, il pourra désigner un secteur particulier de son entreprise. Le salarié aura une priorité de réembauche pour les emplois se libérant dans l'entreprise qu'il a quittée pendant une période d'un an après la rupture de son contrat de travail[1181].

Au fil des années, les plans de départs volontaires ont connu une grande ascension en France. Basés sur le volontariat, intégrés aux plans de licenciements collectifs de l'employeur, ces plans de départs volontaires apparaissent suite au souhait des salariés de quitter l'entreprise avant

---

nombre de licenciements dans le cadre d'une UES, JCP S 11 janvier 2011, n°1, 1007, Pécaut-Rivolier L., Note, *L'UES a franchi le gué*, SSL 2011, n°1477, p. 6-11; Couturier G., *Le licenciement collectif dans une unité économique et sociale*, Dr. Soc. 2011, pp. 175-180; Darves-Bornoz P., Note, *Du nouveau du côté de l'UES ?*, Le Droit Ouvrier 2011, n°754, pp. 289-296. Voir aussi l'arrêt de la Cour de Cassation, chambre sociale, 3 mai 2011, numéro de pourvoi 09-72611, Auzero G., *Les conditions d'un plan de sauvegarde de l'emploi peuvent s'apprécier au niveau d'une UES?*, BMIS, 2011, n° 8, pp. 735 à 737, ainsi que l´arrêt de la Cour de Cassation, chambre sociale, 9 mars 2011, numéro de pourvoi 10-11581, Bull. civ. V 2011, n° 70; D. 2011, p. 886 ; Voir encore la note de Favennec-Héry F., *La rupture conventionnelle du contrat de travail à l'ombre du droit du licenciement collectif*, JCP S n°16, 19 avril 2011, 1200; Pélissier J., *Ruptures conventionnelles assujetties au droit du licenciement économique*, SSL, 2011, n°1484, pp. 7-11; Géa F., Note, *Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique*, RDT 2011, pp. 244-248; Couturier G., Note, *Ruptures conventionnelles et licenciements collectifs*, RJS 05/2011, pp. 347-351; Loiseau G., Note, *Les ruptures conventionnelles pour motif économique*, Dr. Soc. 2011, pp. 681-688; Saintourens B., Note, *Plan de sauvegarde de l'emploi : incidence de la structure juridique de l'entreprise et du mode de rupture des contrats de travail*, BMIS 2011, n°6, pp. 514-519 ; Chirez A., Note, *La rupture conventionnelle pour cause économique*, Le Droit Ouvrier 2011, n°757, pp. 473-479. Voir encore l'arrêt de la Cour de Cassation, chambre sociale, 27 février 2013, numéro de pourvoi 11-27095, arrêt inédit, dans lequel les juges réfutent une application des conditions de mise en œuvre du plan de sauvegarde de l'emploi à un groupe d'entreprises au sens strictement économique: voir ici Mussier A., *Les périmètres du droit du travail*, thèse, 15 février 2018, pp. 247 et 248.

[1180] La RCC en évitant le plan de reclassement et surtout le reclassement interne, enlève une protection de l'emploi aux salariés, étant donné qu'auparavant, un licenciement économique ne pouvait être prononcé qu'après avoir recouru à un effort de reclassement interne puis externe : voir Morin M.-L., *Travail et liberté contractuelle, une mise en perspective*, Le Droit Ouvrier, mars 2018, n°836, p. 123 ; Le plan de reclassement a été créé par l'accord interprofessionnel sur la sécurité de l'emploi du 19 février 1969 (puis modifié) et l'obligation de reclassement se trouve dans la directive sur les licenciements économiques de 1975, directive reprise dans la directive 98/59/CE du 20 juillet 1998 et dans les lois sur le licenciement économique du 2 août 1998 et du 27 janvier 1993.

[1181] Cour de Cassation, chambre sociale, 13 septembre 2005; Exposé : Bonnechère M., *Les plans de départs volontaires,* 22 février 2010, dans la conférence organisée par la Commission de droit social (formation continue) du Barreau de Paris à l'auditorium du Harlay, Le Droit Ouvrier, mai 2010, n° 742, p. 234.

même que l'employeur n'ait désigné les personnes qu'il compte licencier[1182], avec comme contrepartie une prime de départ.

Un plan de départ volontaire est, de par son caractère volontaire, une rupture amiable du contrat de travail possible durant la période de volontariat proposée par l'entreprise en difficultés économiques ou encore dans le cadre de la gestion prévisionnelle des emplois[1183]. Après le délai de volontariat, l'employeur peut s'engager à ne pas licencier ou alors à intégrer le plan de départ volontaire PDV dans le plan de sauvegarde de l'emploi PSE qui prévoira des licenciements dès la période volontaire passée.

C'est bien ce cadre de difficultés économiques d'une entreprise entourant cette rupture amiable volontaire devant être demandée dans un délai imparti, qui a été dès le début de sa mise en place fortement critiqué. Pour M. Bonnechère, il est difficile de « *parler de volonté libre, de projet individuel à réaliser, alors que celui-ci devra être élaboré dans les délais fixés par ledit plan, que dans certains cas le montant de la prime sera d'autant plus élevé que la candidature sera vite présentée ? Sans parler des aspects psychologiques (la peur de l'avenir, le doute) : ce sont bien là des éléments de pression.*[1184]»

Si le plan de départ volontaire n'est pas réglementé par le Code du travail, contrairement à la rupture conventionnelle individuelle et rupture conventionnelle collective, on le retrouve dans des conventions collectives et la Cour de cassation l'a reconnu valide dès 1984[1185]. Ces PDV comme pratique courante des entreprises n'étaient encadrés ainsi que par la jurisprudence[1186].

[1182] Suivant un mode de sélection basé sur différents critères selon les pays, mais avec un choix s'effectuant souvent suivant l'ancienneté, les critères sociaux; Voir l'étude comparative de Engelstad F., *The significance of seniority in Layoffs : A comparative analysis*, Social Justice Research, Volume 11, Nr. 2, 1988, comprenant la France et l'Allemagne (aussi le Brésil, la Norvège et les États-Unis); Engelstadt F., *Layoffs and Local Justice*, Institutt for samfuunsforsning, report 94:4, 1994; Engelstad F., *Needs and social justice : the criterion of needs when exempting employees from layoff*, Social Justice Research, 1997, 10(2), 203-223.

[1183] Voir notamment Favennec-Héry F., *Rupture du contrat de travail, Nullité du PSE et convention de rupture*, JCP S, 5 février 2019, n° 5, 1028 sur la nullité affectant un PDV qui ne répond pas aux exigences légales et s'étend ainsi à tous les actes subséquents (voir ici l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 17 octobre 2018, numéro de pourvoi 17-16.869, FS-P+B sur une rupture d'un commun accord conclue dans le cadre d'un PDV).

[1184] Exposé : Bonnechère M., *Les plans de départs volontaires,* 22 février 2010, dans la conférence organisée par la Commission de droit social (formation continue) du Barreau de Paris à l'auditorium du Harlay, Le Droit Ouvrier, mai 2010, n° 742.

[1185] Cour de cassation, chambre sociale, 26 novembre 1984.

[1186] Pagnerre Y., Pagani K., *Le vade-mecum des ordonnances « Macron »*, Gualino, 2018, p. 66.

La conséquence de l'absence de législation étant que chaque entreprise opérant un plan de départ volontaire différent. A ce sujet, l'article de R. Bourguignon et P. Garaudel a porté sur l'analyse empirique de 67 plans de départs volontaires en France, desquels est ressorti que « *un peu moins de la moitié des plans étudiés comportent des mesures pour maîtriser le risque chômage* »[1187] et que « *parmi ceux-ci, on peut distinguer les plans adoptant une définition restrictive du projet professionnel, au risque de limiter la portée du volontariat et des plans retenant une définition plus floue et incertaine mais couplée avec un processus adapté de validation du projet.* [1188]»

L'avantage d'un plan de départ volontaire, comme pour les ruptures conventionnelles, réside principalement dans la contrepartie financière[1189], celle-ci étant supérieure à celle du licenciement économique ; à cela s'ajoute que les indemnités sont exonérées de l'impôt sur le revenu, qu'ils ont droit aux indemnités chômage[1190] et qu'il y a aussi possibilité de bénéficier de diverses aides[1191].

A la vue de cette brève présentation des plans de départs volontaires, nous voyons bien que la rupture conventionnelle actuelle est beaucoup plus récente que le plan de départ volontaire PDV mais qu'elle se situe dans la même logique, seule la forme diffère. D'autant que le plan de départ volontaire, requiert la volonté du salarié et de l'employeur, lequel n'est pas obligé d'accepter, mais est libre de conclure cette rupture amiable ou pas.

Avec la rupture conventionnelle collective, les plans de départs volontaires restent théoriquement possibles, cependant la RCC prend en quelque sorte leur place et pourrait bien faire accentuer le recul du licenciement pour motif économique[1192]. Pour l'auteur Favennec-Héry F., « *reconnaître la survie des PDV* (depuis la mise en œuvre de la RCC) *et de leur régime particulier semble envisageable et même souhaitable : encore faut-il pouvoir distinguer les*

[1187] « *En mettant au centre du dispositif la notion de projet professionnel des salariés volontaires* ».
[1188] Bourguignon R., Garaudel P., Revue @ GRH, 2015/3 (n° 16), Cairn.info, *L'appropriation de la règle de droit : impératif de sauvegarde de l'emploi et dispositifs de départs volontaires*, p. 41-62, 4, https://www-cairn-info.faraway.u-paris10.fr/revue-@grh-2015-3-page-41.htm.
[1189] L'indemnité financière du PDV est calculée sur la base du salaire brut et prend en compte son ancienneté
[1190] Dû au fait que les salariés ayant choisi un PDV sont assimilés aux salariés licenciés pour motif économique; nécessité de s'inscrire à Pôle Emploi pour les percevoir.
[1191] Aides à la création d'entreprise, à la reconversion professionnelle et à la rupture négociée du CDI.
[1192] Lokiec P., *Points d'interrogation*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n°852, p. 469.

deux mécanismes. »[1193]. Pour ce faire, il convient de « *réorienter la rupture intervenant dans le cadre d'un PDV vers le droit du licenciement.* »[1194]. Car si le PDV constitue une véritable rupture amiable, il sera forcément remplacé par la nouvelle rupture conventionnelle collective[1195].

On retrouve dans la rupture conventionnelle, objet de notre recherche, la logique première trouvée dans les plans de départs volontaires : l'obtention du consentement des salariés dans le cadre de départs volontaires dans une fin de pacification des relations et le report sur les volontaires de la responsabilité du risque du chômage[1196]. L'indemnité est, selon R. Bourguignon et P. Garaudel, Maîtres de conférence à Paris-Sorbonne, « *le prix que le salarié juge acceptable pour cette prise de risque* ».

La France a agi en l'espèce grâce à un contexte juridique contraignant pour les entreprises[1197], celles-ci devant user des critères sociaux et professionnels pour sélectionner les salariés licenciés[1198]. Nous avons vu que les plans de départs volontaires sont, dans une certaine mesure, dérogatoires aux critères sociaux mais que l'impératif de sauvegarde de l'emploi reste et que le droit français cherche à encadrer la volonté du salarié[1199].

La rupture conventionnelle est, depuis son apparition, plus souvent l'objet de choix des employeurs, car elle a l'avantage de le prémunir contre les recours éventuels sur le motif de la

---

[1193] Favennec-Héry F., *Rupture du contrat de travail, Nullité du PSE et convention de rupture*, JCP S, 5 février 2019, n° 5, 1028, p. 19.
[1194] Favennec-Héry F., *Rupture du contrat de travail, Nullité du PSE et convention de rupture*, JCP S, 5 février 2019, n° 5, 1028, p. 19.
[1195] Favennec-Héry F., *Rupture du contrat de travail, Nullité du PSE et convention de rupture*, JCP S, 5 février 2019, n° 5, 1028, p. 19.
[1196] Bourguignon R., Garaudel P., Revue @ GRH, 2015/3 (n° 16), Cairn.info, *L'appropriation de la règle de droit : impératif de sauvegarde de l'emploi et dispositifs de départs volontaires*, p. 41-62, 2, https://www-cairn-info.faraway.u-paris10.fr/revue-@grh-2015-3-page-41.htm.
[1197] Ce qui n'est pas le cas dans les économies anglo-saxonnes où d'après R. Bourguignon et P. Garaudel (voir Chhinzer 2007, Clarke 2007 et Wass 1996 entre autres), où une telle logique marchande est contrairement à la France assumée : Bourguignon R., Garaudel P., Revue @ GRH, 2015/3 (n° 16), Cairn.info, *L'appropriation de la règle de droit : impératif de sauvegarde de l'emploi et dispositifs de départs volontaires*, p. 41-62, 2, https://www-cairn-info.faraway.u-paris10.fr/revue-@grh-2015-3-page-41.htm.
[1198] Et ainsi protéger les salariés handicapés par exemple, ou tout autres salariés nécessitant une plus grande protection, notamment au vu de la difficulté supplémentaire qu'ils auraient sur le marché du travail.
[1199] Pierre Bailly, doyen de la chambre sociale de la cour de cassation « *la place (du salarié lors de départs volontaires) qui lui est accordée dépend en réalité de la possibilité de la concilier avec d'autres impératifs* », Bailly, P., *La place de la volonté du salarié dans les restructurations*, *La volonté du salarié* (pp.199-206), In Sachs, T. (dir.), Dalloz, 2012, p. 206 ; Bailly P., Morvan P., Villboeuf L., *Les plans de sauvegarde de l'emploi*, Rencontres de la chambre sociale 2014, Table ronde n° 4, https://www.courdecassation.fr/publications_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2014_6090/n_807_6794/table_ronde_n_4_6801/

rupture[1200]. Mais même avant la rupture conventionnelle, le développement des départs volontaires permettait déjà aux employeurs de s'assurer que ses salariés ayant consenti à leur départ, seraient moins enclin à le contester devant les juges.

b) Les plans de départs volontaires et les plans de sauvegarde de l'emploi, remplacés ou complémentaires de la rupture conventionnelle collective

Comme nous l'avons écrit dans la partie sur la réforme Macron comprenant la nouvelle rupture conventionnelle collective[1201], cette nouvelle rupture volontaire a pour objet de permettre de mieux encadrer les plans de départ volontaires. Certains auteurs journalistiques[1202] avancent que de cette manière, les plans de départ volontaires peuvent enfin faire leur entrée dans le code du travail à travers un régime juridique propre, à l'inverse de leur passé essentiellement jurisprudentiel[1203]. Ceci sans licenciement collectif et dissocié de la procédure des plans de sauvegarde de l'emploi[1204].

Si des sources journalistiques mélangent plans de départs volontaires et rupture conventionnelle collective, notre rôle est de les démarquer, tout en analysant leurs similitudes et leurs différences.

Un point de démarcation entre une RCC et un PDV ressort du fait que l'accord collectif d'une RCC contient des mesures de reclassement externe, lesquelles ne peuvent pas être uniquement des sommes d'argent (on parle ici de la prohibition du « chèque-valise »), faisant que les

---

[1200] Bourguignon R., Garaudel P., Revue @ GRH, 2015/3 (n° 16), Cairn.info, *L'appropriation de la règle de droit : impératif de sauvegarde de l'emploi et dispositifs de départs volontaires*, p. 41-62, 7 et notes, https://www-cairn-info.faraway.u-paris10.fr/revue-@grh-2015-3-page-41.htm.

[1201] Partie de ce travail : Nouvelle rupture conventionnelle collective mise en place par la réforme Macron de 2017 : « *L'objectif de cette rupture conventionnelle collective est de mieux encadrer les plans de départs volontaires, lesquelles étaient jusqu'à présent principalement régis par la jurisprudence*. ».

[1202] Éditions législatives, Bariet A., *Les plans de départs volontaires font leur entrée dans le code du travail*, 1er septembre 2017, http://www.editions-legislatives.fr/content/les-plans-de-départs-volontaires-font-leur-entrée-dans-le-code-du-travail.

[1203] Bien entendu, les plans de départs volontaires PDV restent différents de la rupture conventionnelle collective ; même si, en soit, les RCC sont un outil du gouvernement pour instaurer tel un nouveau régime juridique pour les PDV, sans licenciement collectif et dissocié de la procédure des PSE : voir Bariet A., *Projets d'ordonnances : ruptures conventionnelles collectives*, Recueil Dalloz, 14 septembre 2017, n° 30, 1716.

[1204] Éditions législatives, Bariet A., *Les plans de départs volontaires font leur entrée dans le code du travail*, 1er septembre 2017, http://www.editions-legislatives.fr/content/les-plans-de-départs-volontaires-font-leur-entrée-dans-le-code-du-travail.

employeurs doivent former leurs salariés au départ[1205]. Par ailleurs, la rupture conventionnelle collective n'exige aucune justification économique, contrairement au PDV[1206].

La raison politique derrière la rupture conventionnelle collective est bien entendu l'obtention d'une sécurité juridique, car l'usage jusqu'à présent jurisprudentiel du régime des plans de départs volontaires, a été critiqué par l'entourage du ministère français, notamment par rapport aux potentiels revirements en découlant, posés comme étant à craindre[1207]. Le changement opéré pour les départs volontaires fait qu'ils deviennent dans le cadre de la rupture conventionnelle collective, non plus des licenciements économiques mais plutôt des ruptures de contrat d'un commun accord.

Le gouvernement a annoncé que dans la rupture conventionnelle collective, « *il s'agit de transposer la rupture conventionnelle, mise en place après une négociation interprofessionnelle en 2008, au niveau collectif* » [1208] et que « *les entreprises peuvent y avoir recours pour renouveler leurs compétences, en cas du lancement d'une nouvelle activité, par exemple, ou pour rajeunir leur pyramide des âges* »[1209].

Le Ministère du travail a pris soins d'expliquer en quoi la rupture conventionnelle collective diffère des plans de départs volontaires autonomes PDVA en reconnaissant leur nature proche mais soutenant que leur logique s'articulera sans se concurrencer[1210].
Les trois points de démarcation des plans de départs volontaires autonomes des ruptures conventionnelles collectives sont les suivants : La rupture conventionnelle collective est

---

[1205] Pagnerre Y., Pagani K., *Le vade-mecum des ordonnances « Macron »*, Gualino, 2018, p. 68.
[1206] Sportes J., *Rupture conventionnelle collective et PSE: deux dispositifs aux modalités divergentes mais répondant à des finalités similaires*, Les cahiers Lamy du CSE, 2018, n° 18.
[1207] Éditions législatives, Bariet A., *Les plans de départs volontaires font leur entrée dans le code du travail*, 1er septembre 2017, http://www.editions-legislatives.fr/content/les-plans-de-départs-volontaires-font-leur-entrée-dans-le-code-du-travail.
[1208] Dalmasso R., *La « rupture conventionnelle collective » : une chimère ?*, Le Droit Ouvrier, novembre 2017, n°832, p. 649.
Éditions législatives, Bariet A., *Les plans de départs volontaires font leur entrée dans le code du travail*, 1er septembre 2017, http://www.editions-legislatives.fr/content/les-plans-de-départs-volontaires-font-leur-entrée-dans-le-code-du-travail.
[1209] Bariet A., *Projets d'ordonnances: ruptures conventionnelles collectives*, Recueil Dalloz, 14 septembre 2017, n° 30, 1716.
[1210] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 2 ; Pélicier-Loevenbruck S., Dumel C., Le nouveau paysage des dispositifs d'adaptation de l'emploi alternatifs au PSE, SSL, 2018, n° 1800 et Fabre A., *Rupture conventionnelle collective et congé de mobilité : deux faux jumeaux*, SSL, 2018, n° 1800.

obligatoirement mise en place suite à un accord collectif[1211] ; la rupture conventionnelle collective ne pose pas d'obligation préalable pour l'employeur de prouver qu'il existe un motif économique[1212] ; et la rupture conventionnelle n'est pas sujette à des seuils, faisant que le nombre de départs envisagés par l'employeur et la taille de l'entreprise importent peu.

Le gouvernement Macron souhaite faire comprendre que la rupture conventionnelle collective est un régime nouveau et non une substitution aux régimes antérieurs, tels les plans de départs volontaires autonomes PDVA et les plans de sauvegarde de l'emploi PSE[1213].

Nous avons cité à plusieurs reprises l'ordonnance 2017-1387 en son article 10, lequel pose qu'« *un accord collectif peut déterminer le contenu d'une rupture conventionnelle collective excluant tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppression d'emplois* »[1214]. Le Ministère du travail avance que ces termes impliquent la possibilité de continuer à mettre en place des plans de départs volontaires autonomes car la rédaction au sein de l'article 10 de l'ordonnance n'est « *donc pas limitative et laisse subsister la possibilité d'une solution alternative, si les départs sont bien exclusifs de tout licenciement* »[1215].

Il faudra ici continuer à appliquer le régime des plans de sauvegarde de l'emploi suivant les règles jurisprudentielles de la Cour de cassation[1216]. Mais aussi maintenir le régime jurisprudentiel de la Cour de cassation[1217] des plans de sauvegarde de l'emploi « mixtes » qui ont une

---

[1211] Tandis qu'un plan de départ volontaire autonome PDVA, qui peut également être négocié dans le cadre d'un accord, mais un accord portant PSE négocié avec les organisations syndicales ou le conseil d'entreprise uniquement ; peut aussi être fixé unilatéralement dans un document (document unilatéral), voir Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 2.

[1212] Article L. 1233-3 du Code du travail ; Voir également Fabre A., *Rupture conventionnelle et congé mobilité : deux faux jumeaux*, SSL, 2018, n° 1800 et Loiseau G., *Quelques observations sur les ruptures conventionnelles collectives d'un commun accord*, SSL, 2017, n° 1788.

[1213] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 3.

[1214] Ordonnance 2017-1387, article 10 : Sous-section 2, Rupture d'un commun accord dans le cadre d'un accord collectif portant rupture conventionnelle collective, Art. L. 1237-19; Un accord collectif peut déterminer le contenu d'une rupture conventionnelle collective excluant tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppression d'emplois. « *L'administration est informée sans délai de l'ouverture d'une négociation en vue de l'accord précité.* ».

[1215] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 3.

[1216] Dès lors qu'il y a un motif économique ; un PSE adapté ; une procédure d'information-consultation encadrée ; des mesures de reclassement externe : voir Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 3.

[1217] Ici aussi il y a exigence d'un motif économique ; mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi ; une procédure d'information-consultation encadrée ; un plan de reclassement interne ; et des catégories professionnelles définies.

phase de volontariat préalable dans le cadre d'un projet de réduction d'effectifs de l'employeur, qui prévoit des suppressions d'emplois, de salariés ne voulant ou ne pouvant quitter leur poste de travail dans un plan de départ volontaire.

Un autre indice pouvant permettre aux autorités administratives de ne pas homologuer une rupture conventionnelle collective pour cause de fraude, pour la raison qu'elle est mise en place dans un contexte de difficultés économiques[1218], est si la rupture conventionnelle collective est proposée alors que l'entreprise va fermer[1219]. La conséquence étant l'absence de caractère volontaire et vu que l'obligation de maintien de l'emploi[1220] serait inexistante.

Allant vers la protection des salariés, l'impossibilité pour les entreprises de combler le manque de volontaires avec des suppressions d'emplois fait qu'elles devront plutôt soigner leur manière de vendre leur rupture conventionnelle collective[1221].

Une grande différence entre la rupture conventionnelle collective et le plan de sauvegarde de l'emploi, est que la déconnection de la rupture conventionnelle collective de tout motif économique implique que tout salarié volontaire à ce dispositif n'aura droit ni à la priorité de réembauche, ni au contrat de sécurisation de l'emploi CSP[1222], ni au congé de reclassement[1223].

[1218] Ce qui ne doit pas être le cas.
[1219] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 4.
[1220] Or cet engagement du maintien de l'emploi doit être compris dans l'accord collectif, afin que les salariés puissent décider entre le départ volontaire ou le maintien dans leur emploi. Voir RF, *Rupture conventionnelle collective*, octobre 2019, 1108, 24, p. 487.
[1221] Grâce aux conditions de mises en œuvre des mesures d'accompagnement et des indemnités par exemple.
[1222] Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), Service-public.fr, *contrat de sécurisation professionnelle CSP*, vérifié le 1er décembre 2017, https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F13819: Il est mis en place par Pôle Emploi pour les salariés dont le licenciement économique est envisagé et qui remplissent les conditions du bénéfice du chômage l'ARE (allocation de retour à l'emploi). Pour les entreprises de moins de 1000 salariés, elles devront le proposer si elles engagent la procédure de licenciement économique ; pour les entreprises de plus de mille salariés, elles devront proposer un congé de reclassement et un tel contrat de sécurisation professionnelle ne sera possible que si l'entreprise est en redressement ou liquidation judiciaire. L'avantage du CSP tient au suivi plutôt intensif, des demandeurs d'emplois ayant fait l'objet d'un licenciement économique, pendant une année, leur assurant une indemnité plus importante que l'indemnité de base ; Voir aussi Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 3, posant qu'il peut être plus avantageux d'être licencié pour motif économique plutôt que de conclure une RC, si le salarié peut bénéficier un contrat de sécurisation professionnelle (CSP).
[1223] Direction de l'information légale et administrative du Premier ministre, Service-public.fr, *Congé de reclassement*, vérifié le 1er janvier 2018 https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2906: Il doit être proposé aux salariés travaillant pour une entreprise ou un établissement grand d'au moins mille salariés en cas de menace de licenciement pour motif économique. Sauf si un congé de mobilité est choisi par le salarié ou si l'entreprise se trouve en redressement ou liquidation judiciaire.

F. Angeï de la CGT pose la rupture conventionnelle collective comme étant « *un miroir aux alouettes pour les salariés* », « *ils pensent avoir des avantages mais en réalité ils subissent un PSE en moins bien, les obligations sociales sont allégées, il y a moins de garanties, moins de droits.* [1224]».

Pour conclure cette partie concernant le remplacement ou la complémentarité des plans de sauvegarde de l'emploi avec la rupture conventionnelle collective, même si le Ministère du travail affirme que la rupture conventionnelle collective sera complémentaire, il reste que la probabilité réside plutôt dans le fait qu'elle va réduire le champ d'application des PSE. En effet, les plans de sauvegarde de l'emploi restent avantageux en cas de véritables difficultés économiques, les entreprises pouvant à travers ce dispositif supprimer des postes précis[1225] plus facilement que dans une rupture conventionnelle collective, laquelle concerne seulement les salariés qui se portent véritablement volontaires.

La rupture conventionnelle collective va donc forcément remplacer des plans de sauvegarde de l'emploi qui auraient eu lieu sans elle, ce qui baisse tout de même le niveau d'information et de protection des salariés, surtout pour les mesures de reclassement[1226].

Nous pouvons même aller plus loin, car si le Ministère du travail et C. Chevrier en tant que directrice de la délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle considèrent ici que « *la volonté du gouvernement n'est pas de faire disparaître les plans de départ autonomes : on ne peut pas appliquer la jurisprudence de 2014 à la rupture conventionnelle collective* », le professeur de droit[1227] A. Fabre a raison de juger comme « *déséquilibrante* » la cohabitation

---

[1224] Le Monde Économie, Bougon F. Jacqué P., Belouezzane S., *Les salariés de PSA, Pimkie, groupe Figaro… cobayes de la rupture conventionnelle collective* , 9 janvier 2018, http://www.lemonde.fr/economie-francaise/article/2018/01/09/les-salaries-de-psa-pimkie-groupe-figaro-cobayes-de-la-rupture-conventionnelle-collective_5239114_1656968.html.

[1225] Cette possibilité de cibler des postes précis est également donnée dans la rupture conventionnelle collective

[1226] Le site gouvernemental français confirme cette baisse de protection dans son article : Direction de l'information légale et administrative, vie-publique.fr, *Réforme du Code du travail : que change la rupture conventionnelle collective*, 17 janvier 2018, http://www.vie-publique.fr/actualite/dossier/rcc/reforme-du-code-du-travail-que-change-rupture-conventionnelle-collective.html: « *Le nouveau dispositif, dont l'initiative revient à l'employeur, est a priori moins contraignant à mettre en œuvre qu'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), notamment en ce qui concerne les mesures d'accompagnement des salariés.* ».

[1227] Fabre A., professeur de droit à l'Université d'Artois.

entre la rupture conventionnelle collective et le plan de départ volontaire[1228]. Ceci pour la raison que « *si la négociation ne fonctionne pas, l'entreprise pourra faire un plan de départs volontaires autonome. Cela ne biaise-t-il pas la négociation et le déséquilibre en défaveur des syndicats ?* »[1229].

Ainsi, certains avaient plaidé pour la suppression des plans de départs volontaires, avançant que la logique de la rupture conventionnelle individuelle, exclut toute autre forme de rupture à l'amiable.

(a) Pas de mise en œuvre d'une rupture conventionnelle collective en même temps qu'un plan de sauvegarde de l'emploi

La simultanéité de mise en place d'une rupture conventionnelle collective et d'un plan de sauvegarde de l'emploi, n'est pas autorisée par le ministère du travail : « *La RCC est conçue comme un dispositif de restructuration à « froid », non liée à un motif économique. Elle n'a donc pas vocation à être mise en œuvre simultanément à un PSE dans le cadre d'un même projet de restructuration et de compression des effectifs* (…) »[1230].

Ceci correspond au propos de V. Descacq de la CFDT, propos retenus par E. Barthet du journal Le Monde : « *Les RCC remplaceront-elles, à terme, les plans de sauvegarde de l'emploi ? Non, parce que si les syndicats ont le sentiment, lors de la négociation, qu'ils n'ont pas accès aux informations nécessaires et ne disposent pas des leviers suffisants pour obtenir des formations ou des reconversions, ils peuvent bloquer le processus et demander à revenir au dispositif plus classique du PSE*. »[1231].

[1228] Éditions législatives, *rupture conventionnelle collective : les questions qui restent en suspens*, 20 février 2018, http://www.editions-legislatives.fr/content/rupture-conventionnelle-collective-les-questions-qui-restent-en-suspens.

[1229] Fabre A., professeur de droit à l'Université d'Artois, propos rapportés par : Éditions législatives, *rupture conventionnelle collective : les questions qui restent en suspens*, 20 février 2018, http://www.editions-legislatives.fr/content/rupture-conventionnelle-collective-les-questions-qui-restent-en-suspens.

[1230] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 4

[1231] Barthet E., *Ruptures conventionnelle collectives: Véronique Descacq craint des « discriminations par l'âge »*, Le Monde, 9 janvier 2018, https://www.lemonde.fr/economie-francaise/article/2018/01/09/ruptures-conventionnelles-collectives-veronique-descacq-craint-des-discriminations-par-l-age_5239181_1656968.html.

Ainsi, si une entreprise prévoit de faire coexister des départs volontaires avec des licenciements contraints, cela ne pourra se faire qu'au sein d'une procédure PSE mixte[1232].

(b) Interchangeabilité des ruptures conventionnelles collectives et des plans de départs volontaires

Si, après avoir débuté avec les négociations d'un accord collectif pour mettre en place une rupture conventionnelle collective, la situation de l'entreprise change de façon à plutôt mettre en place un plan de départs volontaires dans un PSE, l'employeur devra obligatoirement ouvrir une nouvelle procédure de négociation pour un plan de sauvegarde de l'emploi[1233]. L'inverse est également possible, de passer d'un début de négociations pour implémenter un plan de départs volontaires pour au final mettre en place une rupture conventionnelle collective, cependant la même obligation de reprendre la procédure de mise en place du début s'appliquera. L'administration devra également dans tous ces cas de figure être tenue informée, dès le début, des changements et reprises des négociations afin de pouvoir contrôler les procédures prises.

2. Tentatives antérieures de mise en place de la rupture conventionnelle collective

La volonté politique de mettre les accords d'entreprises au-dessus de la loi sur certains points[1234], considérée par M. Valls comme une révolution, est plutôt une évolution du droit du travail pour le professeur E. Dockès[1235]. Car si certains avancent qu'il s'agit d'accords pris avec les syndicats français et que forcément ces accords sont équilibrés, cela cache pour lui le vrai problème. Le problème véritable étant à son avis que permettre que tout ait lieu au niveau de la convention d'entreprise, la position de force inhérente à l'entreprise ouvrira la possibilité d'obtenir la destruction probable de toutes les protections.

[1232] PSE mixte car prévoyant une phase de volontariat préalable.
[1233] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 4
[1234] Par exemple concernant l'organisation du temps du travail.
[1235] Dockès E., voir note de bas de page sur sa proposition concernant la rupture conventionnelle dans sa proposition de code du travail.

Car tous les syndicats ne sont pas forts et il ne faut pas oublier la possibilité de se retrouver face à un chantage à l'emploi, sachant que les autres entreprises vont sauter sur l'occasion pour faire la même chose. Le danger vient de la tendance des lois à encourager depuis plusieurs années, sournoisement, la remise du pouvoir aux accords d'entreprises.

La loi Macron du 6 août 2015 a continué le processus de modification et de destruction du contenu des contrats individuels de travail au travers de l'accord collectif, cela suite aux différentes lois ; petites réformes qui changent substantiellement le droit du travail.

Dès la loi Rebsamen du 17 août 2015, l'unification de la représentation du personnel dans l'entreprise en une seule délégation unique du personnel avait été poursuivie et est incitée par la loi, même si celle-ci n'est pas présente dans la loi[1236]. Ceci se fait de deux manières selon l'auteur G. Auzero, d'une part en étendant la délégation unique du personnel et d'autre part par la possibilité donnée aux entreprises ayant plus de 300 salariés, de fusionner en une seule institution qui elle n'est pas nommée par cette loi : les délégués du personnel (DP), le comité d'entreprise (CE) et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT). Cette possibilité donnée de simplifier est laissée aux partenaires sociaux, à la négociation collective[1237].

Dans une autre allocution du professeur E. Dockès par Médiapart[1238], notamment sur le rapport Combrexelle sur « la négociation collective, le travail et l'emploi » et la préparation de la loi du travail de 2015, il est revenu sur sa volonté que le code du travail doit être simplifié, étant devenu trop volumineux et incompréhensible selon lui, tout en soulignant qu'il ne souhaite surtout pas l'éradiquer ni l'abaisser. Il soutient qu'il peut trop facilement se cacher derrière une complexité des réformes impopulaires, dont la loi Macron de 2015 est un exemple, avec un ajout d'une centaine d'articles pouvant servir à supprimer des protections fondamentales[1239]. Par exemple en voulant toucher à la durée maximale du travail, qui est une protection simple mise en place dès le début du XXème siècle. La négociation collective[1240] est une des bases du

[1236] Voir aussi Lokiec P., *Vers un nouveau droit du travail ?*, Recueil Dalloz, 26 octobre 2017, n° 36, 2117.
[1237] Dockès E., Dalloz, *quels sont les apports de la loi Macron, du 6 août 2015 sur le droit du travail*, 7 octobre 2015.
[1238] Dockès E., Médiapart, *Espace de travail : simplifier le code du travail ? oui, mais en mieux*, 24 septembre 2015.
[1239] Dockès E., Médiapart, *Espace de travail : simplifier le code du travail ? oui, mais en mieux*, 24 septembre 2015.
[1240] Pour information sur la représentation collective, seulement au niveau de l'Union européenne, celle-ci est consacrée dans le traité TFUE le dialogue social entre partenaires sociaux au niveau européen (L'article 151 TFUE pose que le « dialogue social » constitue l'un des objectifs que se donnent l'Union et les États

droit du travail, cependant elle peut devenir menaçante pour des protections fondamentales si, à travers la négociation collective d'entreprise, sont par exemple abandonnées les limites maximales de temps de travail (allant jusqu'à 48 heures)[1241]. Car pour lui, avantager la négociation collective par rapport à la loi, c'est encourager un mode de communication entre parties n'étant pas sur le même niveau de négociation et où l'employeur doit dans tous les cas donner son accord, ce qui frêne forcément le progrès social, tandis que la loi qui est écrite au travers du parlement élu est le fruit de la démocratie.
Le professeur P. Lokiec souligne également qu'il est nécessaire de conserver, face à la négociation collective, « *une juste proportion entre droit imposé et droit négocié ; le rapport de force qui, très souvent, habite les négociations collectives, ne peut gouverner l'élaboration du droit du travail tout entier.* »[1242].

Le professeur P. Lokiec a dans son livre « Il faut sauver le droit du travail ! » cherché à répondre aux critiques allant de plus en plus à l'encontre de ce droit, qui pourtant vaut pour environ 90 pour cent de la population active et est qualifié de droit trop complexe, comme l'avais également fait remarquer le professeur E. Dockès ; or, pour le professeur P. Lokiec, si ce droit du travail français est sans aucun doute complexe, il agit dans le cadre d'une société complexe elle aussi et il ne souhaite pas de simplification du code du travail pour atteindre un code du travail « *pour les nuls* » en quelque sorte[1243].

---

membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, en matière de politique sociale). Mais si l'Union a de la compétence pour harmoniser les législations nationales concernant la représentation et la négociation collectives, ce pouvoir est limité (voir Schmitt M., *Négocier la représentation collective en droit de l'Union européenne*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n°852, p. 440). De ce fait, si l'article 153 § 1 du TFUE donne à l'Union européenne le pouvoir d'harmoniser les législations nationales qui sont relatives à « *l'information et la consultation des travailleurs et à la représentation et la défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs (...)* », cette compétence ne vaut actuellement que pour les représentants nationaux des travailleurs afin d'harmoniser le contenu de leurs droits à l'information et à la consultation (voir Schmitt M., *Négocier la représentation collective en droit de l'Union européenne*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n°852, p. 440 ; Laulom S., *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2005). La notion de « négociations collectives » elle-même ne se trouve qu'une fois dans l'article 156 TFUE (« *La Commission encourage la coopération entre les États membres et facilite la coordination de leur action dans tous les domaines de la politique sociale (...) notamment dans les matières relatives (...) aux négociations collectives entre employeurs et travailleurs* ») et l'Union ne réglemente pas la négociation collective au niveau des État (voir Schmitt M., *Négocier la représentation collective en droit de l'Union européenne*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n°852, p. 441).

[1241] L'article L. 3121-20 du Code du travail, pose qu'au cours d'une même semaine, la durée maximale hebdomadaire de travail est de 48 heures; Dockès E., Médiapart, *Espace de travail : simplifier le code du travail ? oui, mais en mieux*, 24 septembre 2015.

[1242] Lokiec P., *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, février, 2015, p. 153.

[1243] Lokiec P., *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, février, 2015 et Librairie Mollat, 6 juin 2015.

Entre la complication des situations de travail, notamment avec les télétravailleurs dont le temps et le lieu de travail dépassent les frontières de l'entreprise et les différents seuils sociaux protégeant des personnes humaines, il tient à souligner dans son livre qu'« *un salarié n'est pas simplement un agent économique au service d'une finalité économique* », mais qu'il est une personne humaine, que le droit du travail protège, tant sa vie privée, que sa santé et sa sécurité. Pour se faire, le fonctionnement de notre société ne peut selon lui pas tout laisser faire au nom du progrès économique sans également développer le progrès social[1244].
La santé a par ailleurs été définie par l'organisation mondiale de la santé OMS comme étant un « *état de complet bien-être physique, mental et social qui ne se réduit pas à l'absence de maladie ou d'infirmité* »[1245], ce qui comprend donc la santé physique ainsi que les risques psychosociaux[1246].

Dans une autre prise de position, l'auteur P. Lokiec conclut que, au vu de l'Allemagne et du Japon, ce dernier a un gouvernement de droite mais a aussi un des plus protecteurs droit du licenciement économique au monde auquel il ne touche pas. Ces exemples montrent bien que toucher à la protection des salariés, porte atteinte à la productivité du travail et que si la France est l'un des premiers pays au monde concernant la productivité du travail, cela est notamment dû à sa haute protection des salariés ; cette protection des salariés est la contrepartie même du lien de subordination qui se situe au fondement du droit du travail et le professeur P. Lokiec affirme justement que cette protection n'est pas une option à mettre de côté[1247].

Il ajoute que si les réformes touchant au droit du travail en France, vont dans le sens de donner plus de poids à la négociation d'entreprise, cela va forcément favoriser le dumping social[1248] et ainsi créer une concurrence entre entreprises sur les règles sociales. On retrouve dans son argumentation la différenciation entre loi et négociation au niveau de l'entreprise, la loi définissant

---

[1244] Lokiec P., *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, février, 2015 et Librairie Mollat, 6 juin 2015.
[1245] Préambule de la Constitution de l'OMS, adopté les 19-22 juin 1946 par la Conférence internationale sur la santé de New-York.
[1246] Voir Lokiec P., *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, février, 2015, p. 93 et Friedmann G., *Le travail en miettes*, Gallimard, 1956 : « *Les salariés ne sont pas des machines que l'on peut déplacer au gré des nécessités de production, éteindre et rallumer en fonction des besoin, réparer lorsqu'elles ne fonctionnent plus.* ».
[1247] Lokiec P., Agora de l'humanité, *Le Travail défend ses droits*, 25 mars 2016.
[1248] Définition de la délégation de l'Assemblée Nationale sur le dumping social en 2000 : "*Toute pratique consistant, pour un État ou une entreprise, à violer, à contourner ou à dégrader, de façon plus ou moins délibérée, le droit social en vigueur – qu'il soit national, communautaire ou international – afin d'en tirer un avantage économique, notamment en termes de compétitivité*." : https://www.glossaire-international.com/pages/tous-les-termes/dumping-social.html#xbMgf2dACqLfee3S.99.

des règles devant valoir pour tout le monde, tandis qu'au niveau de l'entreprise, les règles vont varier d'une entreprise à l'autre, comme cela est le cas aux États-Unis, pays construit sur la négociation d'entreprise[1249].

Le professeur P. Lokiec, contrairement au professeur E. Dockès, considère la complexité du droit du travail comme inévitable et n'est pas pour réécrire le code pour le simplifier mais plutôt de s'occuper de l'accessibilité du droit au travers d'un « *service public de l'accès au droit* »[1250]. Notamment pour les salariés et petits chefs d'entreprises, lesquels sont face à des difficultés pour appliquer le code du travail, n'ayant pas les ressources juridiques internes nécessaires. Sur la critique qu'il serait très dur de licencier en France, le professeur P. Lokiec cite les ruptures conventionnelles, lesquelles sont très nombreuses et permettent de rompre de nombreux contrats de travail ; il semble évident que la rupture conventionnelle collective a depuis également encouragé les départs.

3. Différencier la nouvelle rupture conventionnelle collective du nouvel accord de performance collective

Pour présenter très brièvement ce nouveau dispositif, il ressort d'une autre ordonnance instaurée par Macron, entrée en vigueur au 1er janvier 2018 que l'accord de performance collective, prévoit un principe de modification du contrat de travail par accord collectif. Notamment pour ce qui est de l'aménagement de la rémunération, de la durée du travail et des conditions de mobilité interne. Il en va de l'unification et de la simplification des régimes juridiques de ces dispositifs à travers un accord de compétitivité, vu que cette pluralité de dispositifs répondait jusque-là à des règles propres[1251]. L'accord de performance collective peut intervenir tant en cas de

---

[1249] Aux États-Unis, Lokiec P. prend l'exemple de Walmart, où les prix sont très bas, car l'entreprise joue sur les règles sociales, pouvant le faire, n'ayant pas de syndicats d'entreprises et des salaires bas. Le résultat étant que les autres commerçants se voient obligé de pratiquer la même pratique, menant infailliblement à un environnement social très peu favorable aux salariés. A été créé ici une concurrence entre salariés et consommateurs, alors que pourtant ces deux parties sont les mêmes. Voir : Lokiec P., Agora de l'humanité, *Le Travail défend ses droits*, 25 mars 2016.

[1250] Lokiec P. soutient qu'une réécriture du Code du travail fera sauter la jurisprudence et il n'y aura plus de droit constant, alors que le travail des juges et inspecteurs du travail consacre des décennies de travail, voir Lokiec P., Agora de l'humanité, *Le Travail défend ses droits*, 25 mars 2016.

[1251] Tissot Éditions, Négociations collectives, *Création d'un accord dit de performance collective : primauté de la norme négociée sur le « socle » contractuel au service de l'emploi*, 23 mars 2018, https://www2.editions-tissot.fr/actualite/representants-du-personnel-ce/creation-d-un-accord-dit-de-performance-collective-primaute-de-la-norme-negociee-sur-le-socle-contractuel-au-service-de-l-emploi.

difficultés économiques[1252] que pour des besoins de croissance et de développement de l'entreprise sans qu'il y ait de difficultés[1253], faisant que cet accord s'impose de plein droit au contrat de travail du salarié si celui-ci ne s'y oppose pas.

Ce dispositif est donc différent de la rupture conventionnelle collective qui, comme nous allons le voir, poursuit une convention individuelle de rupture entre employeur et salarié à travers un accord collectif portant rupture conventionnelle collective[1254].

II. Raisonnement et procédure de mise en place de la rupture conventionnelle collective

1. Volonté politique

La réforme du Président Emmanuel Macron touchant au droit du travail français a été fortement décriée, étant donné la nouvelle possibilité donnée permettant aux grandes entreprises de procéder unilatéralement à une rupture conventionnelle dite collective avec les syndicats en se soustrayant aux procédures traditionnelles.

Si la rupture conventionnelle individuelle était depuis 2008 porteuse d'un attrait pas moindre, d'éviter notamment « *tout débat judiciaire sur la légitimité économique des suppressions d'effectifs* »[1255], avec la nouvelle rupture conventionnelle collective arrive une vraie sécurité juridique qui ne peut être ignorée pour les entreprises. Malgré les plans de sauvegarde de l'emploi et les plans de départs volontaires autonomes déjà usités, ceux-ci étaient connus pour être fortement soumis aux aléas des décisions judiciaires. Ainsi, la ministre du travail actuelle Muriel Pénicaud a confirmé que la volonté à travers la mise en place de la nouvelle rupture

[1252] Contexte dit « défensif ».
[1253] Contexte dit « offensif », Tissot Éditions, Négociations collectives, *Création d'un accord dit de performance collective : primauté de la norme négociée sur le « socle » contractuel au service de l'emploi*, 23 mars 2018, https://www2.editions-tissot.fr/actualite/representants-du-personnel-ce/creation-d-un-accord-dit-de-performance-collective-primaute-de-la-norme-negociee-sur-le-socle-contractuel-au-service-de-l-emploi.
[1254] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle collective*, droit du travail et rupture du contrat, publié et mis à jour le 11 avril 2018 et le 19 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-collective.
[1255] Lokiec P., *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, février, 2015, p. 122.

conventionnelle collective était de créer un avantage pour fixer un cadre connu des acteurs à l'avance[1256]. On retrouve cette préoccupation des auteurs de l'ordonnance relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, qui recherchent un concept de sécurité juridique fort[1257]. Comme souligné par R. Dalmasso, membre du Cerit-Institut François Gény, cela sous-entend une « *sécurisation », c'est-à-dire « la garantie d'une utilisation claire et peu contentieuse du nouveau dispositif, pour l'employeur comme pour les salariés et leurs représentants* »[1258].

La rupture conventionnelle collective[1259] est donc le produit de la réforme Macron de 2017 et a pour but de permettre aux employeurs d'instaurer un dispositif de rupture conventionnelle collective au sein d'une entreprise. Cette rupture conventionnelle collective est fixée par un accord négocié avec les syndicats et a pour base la rupture conventionnelle individuelle actuelle1260. La conséquence logique est que seuls les départs volontaires sont concernés, qu'il y a contrôle de l'administration et que le montant des indemnités versées aux salariés doit être fixé dans l'accord d'entreprise[1261].

L'objectif de cette rupture conventionnelle collective est de mieux encadrer les plans de départs volontaires, lesquels étaient jusqu'à présent principalement régis par la jurisprudence. Nous avons vu que la rupture conventionnelle collective est cependant bien distincte des plans de départs volontaires autonomes, lesquels sont eux mis en place au sein d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Cette nouvelle rupture conventionnelle collective de l'ordonnance 1387 constitue donc un mode de départ volontaire de plusieurs salariés au sein de l'entreprise reposant toujours

---

[1256] „*L'avantage de la loi travail est de fixer un cadre connu des acteurs à l'avance*": propos tenus par la ministre du travail Muriel Pénicaud et cités par le journal Le Monde Économie, Bougon F. Jacqué P., Belouezzane S., *Les salariés de PSA, Pimkie, groupe Figaro… cobayes de la rupture conventionnelle collective*, 9 janvier 2018, http://www.lemonde.fr/economie-francaise/article/2018/01/09/les-salaries-de-psa-pimkie-groupe-figaro-cobayes-de-la-rupture-conventionnelle-collective_5239114_1656968.html.

[1257] Dalmasso R., *La « rupture conventionnelle collective » : une chimère ?*, Le Droit Ouvrier, novembre 2017, n°832, p. 649 ; Voir aussi Sachs T., *« Quand la sécurité juridique se perd dans l'analyse économique »*, Droit Social, 2015, pp. 1019 et s.

[1258] Dalmasso R., *La « rupture conventionnelle collective » : une chimère ?*, Le Droit Ouvrier, novembre 2017, n°832, p. 649.

[1259] Roig É., *La rupture conventionnelle collective : définition et procédure*, Droit-finances, novembre 2017, http://droit-finances.commentcamarche.net/contents/14811-la-rupture-conventionnelle-collective-definition-et-procedure.

[1260] Roig É., *Réforme du Code du travail 2017 (Réforme Macron)*, Droit-finances, novembre 2017, http://droit-finances.commentcamarche.net/faq/61943-reforme-du-code-du-travail-2017-reforme-macron.

[1261] Roig É., *Réforme du Code du travail 2017 (Réforme Macron)*, Droit-finances, novembre 2017, http://droit-finances.commentcamarche.net/faq/61943-reforme-du-code-du-travail-2017-reforme-macron.

sur la base d'un accord commun non imposé entre employeur et salarié et non assimilable à une démission ou à un licenciement.

Ainsi, en cas de difficultés économiques, il reste vrai que l'employeur peut tout de même utiliser la rupture conventionnelle collective[1262] pour organiser des départs volontaires de ses salariés, sans avoir à justifier de difficultés économiques, tant qu'il négocie un accord collectif au sein de son entreprise[1263]. Cependant, certains indices, telle la fermeture de l'entreprise mènent au refus de l'homologation par l'autorité administrative.

2. Avis consultatif du Conseil d'État

Le Conseil d'État s'est vu être saisi en date du 13 juin 2017 pour prononcer un avis consultatif du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances, les mesures pour la rénovation sociale, long de neufs articles et devant habiliter le Gouvernement à, entre autres, élargir le champ de la négociation collective et de rendre plus prévisibles les règles régissant la relation de travail[1264].

Concernant cette étude d'impact du projet de loi, transmise au Conseil d'État le 15 juin 2017, si un projet de loi d'habilitation n'est normalement pas soumis à l'obligation de consultation

---

[1262] Aknin F., *Rupture du contrat de travail, L'autonomie de la RCC*, JCP S, 30 avril 2019, n° 17-18, 1136, p. 42 et voir arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles, 4ème chambre, 14 mars 2019, n° 18VE04158, JurisData n° 2019-004411.

[1263] RJS, observations sur l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles, 14 mars 2019, n° 18VE04158, mai 2019, n° 287, p. 368.

[1264] Aussi pour habiliter le Gouvernement à définir la nouvelle articulation de l'accord d'entreprise et de l'accord de branche et de réorganiser les institutions représentatives du personnel au sein de l'entreprise.
Par ailleurs, « *l'un de ces articles permet par ailleurs au Gouvernement de décaler d'un an, au 1er janvier 2019, l'entrée en vigueur du prélèvement à la source et d'aménager en conséquence les années de référence des mesures transitoires et de reporter également d'un an l'entrée en vigueur de l'acompte de crédit d'impôt pour emploi d'un salarié à domicile ou pour garde d'enfants de moins de six ans.* »: Voir Conseil d'État, avis consultatif, rendu public par le gouvernement sur le projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour la rénovation sociale (réforme Macron), section sociale, section des finances, assemblée générale du jeudi 22 juin 2017, n° 393357, 29 juin 2017.

comme cela est le cas pour les projets de loi[1265], l'article L. 1 du Code du travail[1266] pose néanmoins que « *tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation* « et qu'à « *cet effet, le Gouvernement leur communique un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options.* » Cet article du Code du travail qui impose la communication d'un document d'orientation aux partenaires sociaux en cas de projet de réforme, le Conseil d'État l'étend à ce projet de loi d'habilitation.

Dans le cadre de son avis consultatif, le Conseil d'État a constaté la succession rapide de jurisprudences et normes législatives[1267] que la réforme implique et à lui-même prévenu que cela représente « *un facteur d'inflation législative et d'instabilité du droit du travail* », mais que ce projet a l'ambition d'y remédier[1268].

Concernant le point qui nous intéresse le plus dans le cadre de ce travail, le Conseil d'État a, dans son avis consultatif, adressé les habilitations relatives aux conditions et conséquences de la rupture du contrat de travail[1269].

Tout d'abord concernant le référentiel obligatoire pour les dommages et intérêts prononcés en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le Conseil d'État[1270] n'y voit « *pas de difficulté*

[1265] Ainsi que posé par le Conseil d'État lui-même, « *le seul effet d'une loi d'habilitation est, pendant un délai limité, d'étendre provisoirement le domaine du règlement par rapport à celui de la loi, sans édicter de règle de fond* »: Conseil d'État, avis consultatif, rendu public par le gouvernement sur le projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour la rénovation sociale (réforme Macron), section sociale, section des finances, assemblée générale du jeudi 22 juin 2017, n° 393357, 29 juin 2017 ; Conseil d'État, rapport public 2014, *Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives,* rapport adopté par l'assemblée générale du Conseil d'État, 6 mars 2014, p. 221.
[1266] Article L. 1 du Code du travail, créé par la loi n°2008-67 du 21 janvier 2008, art. 3.
[1267] Donnant potentiel à de nouvelles décisions de justice en découlant.
[1268] Conseil d'État, avis consultatif, rendu public par le gouvernement sur le projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour la rénovation sociale (réforme Macron), section sociale, section des finances, assemblée générale du jeudi 22 juin 2017, n° 393357, 29 juin 2017.
[1269] Conseil d'État, avis consultatif, rendu public par le gouvernement sur le projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour la rénovation sociale (réforme Macron), section sociale, section des finances, assemblée générale du jeudi 22 juin 2017, n° 393357, 29 juin 2017, points 11 à 13.
[1270] Le Conseil d'État se borne à proposer de « *définir avec une précision suffisante les situations particulières dans lesquelles ce référentiel ne sera pas appliqué » et n'exige pas un degré de détail « excessivement contraignant* ».

juridique particulière dans son principe » et se réfère au jugement du Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015[1271].

Ensuite concernant la volonté du Gouvernement de « *favoriser et sécuriser les dispositifs de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ainsi que les plans de départs volontaires.* » Le Conseil d'État comprend ces deux séries de dispositifs comme ayant été conçus et développés distincts les uns des autres étant donné leurs objectifs qui diffèrent. Il propose ici uniquement une modification de la rédaction en deux habilitations.

Cet avis aura servi comme document d'information du Gouvernement, notamment pour les concertations avec les organisations syndicales et patronales, puis pour l'adoption de la loi d'habilitation à l'Assemblée nationale au 2 août 2017 pour, malgré les grèves et manifestations, la publication au Journal Officiel le 23 septembre 2017 des cinq ordonnances réformant le droit du travail[1272], dont la nouvelle rupture conventionnelle collective.

3. Procédure de mise en œuvre de la nouvelle rupture conventionnelle collective

Seul l'employeur a l'initiative d'une rupture conventionnelle collective en ce que le processus de mise en œuvre doit relever de son initiative[1273].

Les modalités d'application de la rupture conventionnelle collective ont été fixées par le décret n° 2017-1724[1274] ; le décret n° 2017-1723 du 20 décembre 2017 pose lui les règles applicables

---

[1271] Conseil Constitutionnel, 5 août 2015, n° 2015-715, Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

[1272] Pour les renommer, il s'agit de l'ordonnance 2017-1385, relative au renforcement de la négociation collective, de l'ordonnance 2017-1386, relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, de l'ordonnance 2017-1387, relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, de l' ordonnance 2017-1388, portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective et de l'ordonnance 2017-1389, relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention.

[1273] Direction de l'information légale et administrative, vie-publique.fr, *Réforme du Code du travail : que change la rupture conventionnelle collective*, 17 janvier 2018, http://www.vie-publique.fr/actualite/dossier/rcc/reforme-du-code-du-travail-que-change-rupture-conventionnelle-collective.html.

[1274] Décret n° 2017-1724 du 20 décembre 2017, relatif à la mise en œuvre des ruptures d'un commun accord dans le cadre d'un accord collectif ; voir à ce sujet, Dedessus-Le-Moustier G., *Mise en œuvre de dispositions relatives à l'accord collectif portant rupture conventionnelle*, JCP G, 8 janvier 2018, n° 1-2-8, 15, p. 26.

d'un projet d'accord collectif portant rupture conventionnelle collective qui inclut des établissements qui relèvent de la compétence de plusieurs Direccte[1275].

a) Conclusion de l'accord collectif d'entreprise

Le droit français oblige dès à présent la négociation d'un accord collectif dans la mise en place d'une rupture conventionnelle collective. Cet accord collectif doit être conclu au niveau de l'entreprise ou de l'établissement. Il doit exclure tout licenciement[1276], même s'il fixe aussi les objectifs attendus en termes de suppression d'emplois.

C'est lui qui va déterminer le contenu des ruptures conventionnelles collectives au travers d'accords majoritaires[1277] ou validés par référendum dans les conditions de l'ordonnance sur le renforcement de la négociation collective[1278].
Il y a possibilité de déployer plusieurs phases de départ pour négocier un accord collectif, si cela est prévu dans l'accord même[1279].

Nous allons désormais présenter les différents accords majoritaires nécessaires concernant les différentes modalités de conclusion selon la taille des entreprises.
Afin de conclure l'accord collectif, les modalités doivent être différenciées selon la taille de l'entreprise.

[1275] Dedessus-Le-Moustier G., *Mise en œuvre de dispositions relatives à l'accord collectif portant rupture conventionnelle*, JCP G, 8 janvier 2018, n° 1-2-8, 15, p. 26.
[1276] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle collective*, droit du travail et rupture du contrat, publié et mis à jour le 11 avril 2018 et le 19 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-collective.
[1277] L'accord majoritaire est nommé ainsi pour la raison que l'accord collectif négocié puis conclu doit l'être avec les organisations syndicales majoritaires, donc celles ayant 50% des suffrages exprimés lors des élections professionnelles ; Voir également Fabre A., *Ruptures conventionnelles collectives et congés mobilité : deux faux jumeaux*, SSL, 2018, n°1800.
[1278] Juri-lawyers consultants, *La réforme du code du travail : les ordonnances Macron*, p. 24.
[1279] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 5.

Ainsi, une entreprise ayant moins de onze salariés verra une ratification de l'accord collectif avec une majorité des deux tiers du personnel[1280]. Ce mécanisme mis en place pour les entreprises de moins de onze salariés (ou entre onze et vingt salariés en l'absence de membre élu de la délégation du personnel du CSE[1281]) est devenu « *contraire à l'idée même de négociation collective* »[1282]. En effet, dans ces entreprises, l'employeur peut proposer un projet d'accord[1283] ou un avenant de révision aux salariés, lequel porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise prévus par le présent code[1284] ; ceci ressemble à un contrat d'adhésion[1285], l'employeur rédigeant unilatéralement un document que ses salariés « *sont invités à approuver dans le cadre d'un referendum qui ne dit pas son nom* » et étant au final une « *assimilation légale* »[1286]. Il y a ici clairement atteinte à la liberté syndicale[1287], les salariés donnant une portée collective à un acte pourtant unilatéral[1288]. Seul l'acte de dénonciation verra dans ce cas de figure une véritable initiative des salariés[1289].

[1280] Article L. 2232-21 et L. 2232-22 du Code du travail. L'article L. 2232-21 modifié par la loi n°2018-217 du 29 mars 2018, art. 2 prévoit entre autres que « *la consultation du personnel est organisée à l'issue d'un délai minimum de quinze jours courant à compter de la communication à chaque salarié du projet d'accord.* » tandis que l'article L. 2232-22 modifié par la loi du 29 mars 2018 pose la majorité des deux tiers du personnel pour la validation de l'accord d'entreprise ainsi que les conditions pour la dénonciation de l'accord par l'employeur et par les salariés si ces derniers représentent les deux tiers du personnel et si la dénonciation est faite par écrit et dans un délai d'un mois avant chaque date d'anniversaire de la conclusion de l'accord.

[1281] Extension prévue dans l'article L. 2232-23 du Code du travail qui n'est pas conditionnée à la mise en place d'un procès-verbal de carence au préalable. Voir ici Fabre A., *Regard constitutionnel sur la « négociation » dans les très petites entreprises*, Le Droit Ouvrier, juillet 2018, n°840, p. 441.

[1282] Voir Fabre A., *Regard constitutionnel sur la « négociation » dans les très petites entreprises*, Le Droit Ouvrier, juillet 2018, n°840, p. 441; Morin M.-L., *Derrière le « pragmatisme » des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux du travail*, Le Droit Ouvrier, octobre 2017, p. 590 ; Adam P., *La négociation (collective) sans la négociation. À propos de l'article 8 de l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017*, Sem. Soc. Lamy, n° 1790, supplément du 13 novembre 2017, p. 52 ; Canut F., *La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux*, Dr. Soc., 2017, p. 1033 ; Tarraud I., *La négociation dans les TPE depuis les ordonnances Macron*, Le Droit Ouvrier, 2018, p. 292.

[1283] Domergue B., Davoine J.-B., *Projets d'ordonnances: rôle du nouveau comité social et économique*, Recueil Dalloz, 14 septembre 2017, n° 30, 1714.

[1284] Article L. 2232-21 du Code du travail.

[1285] Fabre A., *Regard constitutionnel sur la « négociation » dans les très petites entreprises*, Le Droit Ouvrier, juillet 2018, n°840, p. 441; Pagnerre Y. et Pagani K., Le Vade-mecum des ordonnances *«Macron »,* Gualino, 2018, pp. 205-206.

[1286] Fabre A., *Regard constitutionnel sur la « négociation » dans les très petites entreprises*, Le Droit Ouvrier, juillet 2018, n°840, pp. 441 et 442.

[1287] ROSA F., *La « négociation » dans les petites entreprises et les normes internationales*, Le Droit Ouvrier, juillet 2018, n° 840, p. 451.

[1288] Fabre A., *Regard constitutionnel sur la « négociation » dans les très petites entreprises*, Le Droit Ouvrier, juillet 2018, n°840, p. 442.

[1289] ROSA F., *La « négociation » dans les petites entreprises et les normes internationales*, Le Droit Ouvrier, juillet 2018, n° 840, p. 450 ; Article L. 2232-22 du Code du travail : la dénonciation des salariés n'a lieu que dans un délai d'un mois avant chaque date d'anniversaire de la conclusion de l'accord.

Une entreprise comprenant onze à vingt salariés et n'ayant pas de comité social et économique, devra également ratifier avec une majorité des 2/3 du personnel[1290]. Ce cadre de figure des entreprises comprenant moins de vingt salariés se retrouve dans la loi de ratification des ordonnances adoptée par la Sénat au 14 février 2018 avec une validation du Conseil Constitutionnel[1291] au 21 mars 2018[1292]. Ainsi, dans ces entreprises et comme posé ci-dessus dans les entreprises de moins de onze salariés, l'employeur pourra proposer un projet d'accord qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective[1293].

Continuons avec les entreprises comprenant onze à quarante-neuf salariés, on retrouve la possibilité d'avoir des salariés mandatés[1294] membres du comité social et économique avec la signature des membres de ce comité qui doivent donner une majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles[1295] ; ou des salariés mandatés non membres du comité social économique avec l'approbation par les salariés par consultation apportant une majorité des suffrages exprimés ; ou encore des membres du comité social et économique non mandatés mais avec la signature des membres du comité social et économique apportant une majorité des suffrages exprimés dans les dernières élections professionnelles.

Les entreprises comprenant plus de cinquante salariés doivent-elles être départagées entre entreprises n'ayant pas de délégués syndicaux, entreprises avec des délégués syndicaux mais sans conseil d'entreprise et les entreprises avec conseil d'entreprise.

Pour les entreprises[1296] sans délégués syndicaux, la conclusion de l'accord collectif requiert soit les membres du comité social et économique mandatés et qui ont l'approbation des salariés par consultation à la majorité des suffrages exprimés[1297], soit des membres non mandatés du comité

[1290] Il y a ici aussi application des articles L. 2232-21 à L. 2232-23 du Code du travail; Sachant que si des salariés sont mandatés, il faut l'approbation par les salariés suite à travers une consultation avec une majorité des suffrages exprimés, voir article L. 2232-23-1 du Code du travail.
[1291] Validation pour la majorité des dispositions.
[1292] Ici concernant notamment la dénonciation et la révision des accords collectifs pour les entreprises comprenant moins de vingt salariés.
[1293] Avec une consultation devant intervenir dans un délai minimum de quinze jours à compter de la communication aux salariés du projet d'accord collectif.
[1294] Ou un seul salarié mandaté.
[1295] Article L. 2232-23-1 Code du travail.
[1296] Plus de cinquante salariés.
[1297] Article L. 2232-24 du Code du travail, article modifié par la loi n°2018-217 du 29 mars 2018, art. 2, alinéa 1 : « *Dans les entreprises dont l'effectif habituel est au moins égal à cinquante salariés, en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise ou l'établissement, les membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique peuvent négocier, conclure, réviser ou dénoncer des accords collectifs*

social et économique avec la signature des membres du comité qui représentent la majorité des suffrages exprimés durant les dernières élections professionnelles[1298], ou encore un ou plusieurs salariés mandatés ayant l'approbation des salariés par leur consultation à la majorité des suffrages exprimés[1299].

Les entreprises[1300] ayant des délégués syndicaux mais pas de conseil d'entreprise[1301], ce seront ces délégués syndicaux représentant un minimum de 50 % des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles qui décideront, sachant que l'accord collectif pourra être valide s'il est signé par un ou plusieurs délégués syndicaux qui représentent un minimum de 30 % des suffrages[1302] avec une ratification par consultation des salariés[1303].

Pour les entreprises[1304] ayant un conseil d'entreprise est valable soit la signature par la majorité des membres titulaires élus du conseil d'entreprise, soit la signature par un ou plusieurs membres titulaires ayant plus de 50% des suffrages[1305], ainsi que posé par l'article L. 2321-9 du Code du travail[1306].

---

de travail s'ils sont expressément mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel. Une même organisation ne peut mandater qu'un seul salarié. » alinéa 2 : « *Les organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, les organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel sont informées par l'employeur de sa décision d'engager des négociations.* » ; alinéa 3 : « *La validité des accords ou des avenants de révision conclus en application du présent article est subordonnée à leur approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, dans des conditions déterminées par décret et dans le respect des principes généraux du droit électoral.* ».

[1298] Article L. 2232-25 du Code du travail.

[1299] Article L. 2232-26 du Code du travail, alinéa 3: « *A l'issue de ce délai, la négociation s'engage avec les salariés qui ont indiqué être mandatés par une organisation mentionnée au même article L. 2232-24 ou, à défaut, avec des salariés élus non mandatés, conformément à l'article L. 2232-25.* ».

[1300] Toujours plus de cinquante salariés.

[1301] S'applique l'article L. 2232-12 du Code du travail (modifié par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, art. 4), ces règles de validité des accords présentes dans cet article étant d'application immédiate pour les accords collectifs portant rupture conventionnelle collective.

[1302] Exprimés lors des dernières élections professionnelles.

[1303] A la majorité des suffrages exprimés.

[1304] Encore avec plus de cinquante salariés.

[1305] Exprimés lors des dernières élections professionnelles ; Il s'agit des suffrages recueillis lors du premier tour des élections pour les élus au premier tour de scrutin, ainsi que des suffrages recueillis lors du second tour pour les élus au second tour de scrutin.

[1306] Article L. 2321-9 du Code du travail, modifié par l'ordonnance n° 2017-1718 du 21 décembre 2017, nota ord. N° 2017-1386 du 22 septembre 2017, art. 9.

b) Contenu de l'accord collectif d'entreprise

L'accord des ruptures conventionnelles collectives comprend les conditions[1307] suivantes, posées dans les articles L. 1237-19-1 [1308] et L. 1237-19-2 du Code du travail :
L'accord doit comprendre les conditions et modalités d'information du comité social et économique[1309]et inscrire le nombre maximal de départs envisagés durant sa durée[1310]. Également retranscrire le nombre de suppressions d'emplois associées et la durée de la mise en œuvre de la rupture conventionnelle collective[1311]. Poser quelles seront les modalités de choix[1312] des candidats volontaires au départ[1313], sachant que l'employeur dispose du droit d'accepter ou non la candidature du ou des salariés[1314], mais que doivent être également inscrites dans l'accord collectif les « *modalités de présentation et d'examen des candidatures* ».

[1307] Contenu obligatoire.
[1308] Article L. 1237-19-1 du Code du travail, créé par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 en son article 10 (V): « *L'accord portant rupture conventionnelle collective détermine :*
1° Les modalités et conditions d'information du comité social et économique ;
2° Le nombre maximal de départs envisagés, de suppressions d'emplois associées, et la durée de mise en œuvre de la rupture conventionnelle collective ;
3° Les conditions que doit remplir le salarié pour en bénéficier ;
4° Les critères de départage entre les potentiels candidats au départ ;
5° Les modalités de calcul des indemnités de rupture garanties au salarié, qui ne peuvent être inférieures aux indemnités légales dues en cas de licenciement ;
6° Les modalités de présentation et d'examen des candidatures au départ des salariés, comprenant les conditions de transmission de l'accord écrit du salarié au dispositif prévu par l'accord collectif ;
7° Des mesures visant à faciliter le reclassement externe des salariés sur des emplois équivalents, telles que des actions de formation, de validation des acquis de l'expérience ou de reconversion ou des actions de soutien à la création d'activités nouvelles ou à la reprise d'activités existantes par les salariés ;
8° Les modalités de suivi de la mise en œuvre effective de l'accord portant rupture conventionnelle collective.
NOTA : Conformément aux dispositions du X de l'article 40 et du III de l'article 10 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, les dispositions résultant de l'article 10 de ladite ordonnance et nécessitant des mesures d'application entrent en vigueur à la date de publication des décrets d'application, et au plus tard le 1er janvier 2018. ».
[1309] Ou du CE ou des délégués du personnel tant que le CSE n'aura pas été mis en place. Nous verrons le CSE dans le point suivant. Ici il n'y a ici plus la nécessité de suivre la lourde procédure d'information-consultation du PSE.
[1310] Selon l'article L. 1237-19-1, alinéa 2, la durée de mise en œuvre de la rupture conventionnelle collective doit figurer dans l'accord et est déterminante, en ce qu'elle fixe le délai en deçà duquel des licenciements pour motif économique ne pourront être envisagés: Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 2.
[1311] C'est-à-dire la durée durant laquelle les ruptures peuvent être engagées sur le fondement de l'accord ; Loi du 29 mars 2018.
[1312] L'accord doit comprendre des critères de départage entre les potentiels candidats volontaires.
[1313] Cela peut être l'ancienneté par exemple; Ministère du travail, *La rupture conventionnelle collective*, droit du travail et rupture du contrat, publié et mis à jour le 11 avril 2018 et le 19 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-collective.
[1314] Roig É., *La rupture conventionnelle collective : définition et procédure*, Droit-finances, novembre 2017, http://droit-finances.commentcamarche.net/contents/14811-la-rupture-conventionnelle-collective-definition-et-procedure.

Obligation également d'inscrire le calcul des indemnités de rupture auxquelles le salarié a droit[1315] et les mesures obligatoires concernant l'accompagnement et le reclassement des salariés. S'y ajoute une obligation pour l'employeur de consulter les représentants du personnel durant l'accord et d'informer l'administration dès l'ouverture des négociations.

Cependant, concernant l'obligation d'information de l'administration, le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a décidé dans son arrêt du 16 octobre 2018[1316] par rapport au moyen avancé par les parties d'un non-respect de l'article L. 1237-19 du Code du travail[1317] (portant sur la rupture conventionnelle collective) en ce que la DIRECCTE avait été informée trop tardivement de l'ouverture des négociations en vue de la conclusion de l'accord collectif portant rupture conventionnelle collective : étant donné que les négociations avaient débutées le 10 janvier 2018 mais que l'administration n'avait été informée qu'au 1er février 2018. Cependant, pour la cour : « (…) *l'observation du délai d'information imparti par les dispositions précitées n'est pas prescrite à peine de nullité de la procédure* (…) » et que ce délai « (…) *a pour objet principal de permettre à l'administration du travail d'exercer un suivi de la négociation collective, ainsi que de procéder* (…) *à la désignation du directeur régional compétent* (…) »[1318]. Cette obligation d'information de l'administration sans délai n'est donc pas une condition de validité de l'accord pour le tribunal administratif[1319], mais plutôt une condition permettant le suivi de la négociation collective. Étant donné que le tribunal considère le suivi suffisant, il est difficile de voir ici une véritable garantie de procédure[1320].

Concernant le dernier point requis dans l'accord collectif, ainsi qu'inscrit dans l'article L. 1237-19-1 du Code du travail, il s'agit des modalités de suivi de la mise en œuvre effective de l'accord

---

[1315] Qui ne peuvent, tout comme pour la rupture conventionnelle normale, être inférieures aux indemnités légales dues en cas de licenciement.
[1316] Arrêt du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 16 octobre 2018, numéro de pourvoi 1807099, *Fédération Sud Activités postales et de télécommunications et autres.*
[1317] Article L. 1237-19 Code du travail : « *(…) l'administration est informée sans délai de l'ouverture d'une négociation en vue de l'accord précité* » ; et non-respect de l'article D. 1237-7 du Code du travail.
[1318] Arrêt du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 16 octobre 2018, numéro de pourvoi 1807099, *Fédération Sud Activités postales et de télécommunications et autres,* p. 4, 5, point 5.
[1319] RJS, observations sur l'arrêt du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 16 octobre 2018, n° 1807099, n° 15, p. 24.
[1320] Géa F., *Rupture conventionnelle collective, étape 2: le regard du juge administratif*, RDT, novembre 2018, p. 763.

portant rupture conventionnelle collective. Un exemple est, selon le Ministère du travail, une mise en place d'un comité de suivi réuni selon la périodicité fixée par l'accord.

Concernant le contenu obligatoire ainsi qu'exigé par l'article L. 1237-19-1 du code du travail d'un accord portant rupture conventionnelle collective, peut se poser la question si le contenu de ces clauses minimales obligatoires, c'est-à-dire si les critères et modalités de départage des candidats doivent garantir un « *principe d'égalité de traitement* »[1321]. Ce « *principe d'égalité de traitement* » avait notamment été soutenu dans le document ministériel d'avril 2018[1322] posant que l'employeur peut réserver les départs dans la rupture conventionnelle collective à certains types de salariés, si les dispositions prises pour ce faire par l'employeur et les organisations syndicales respectent le principe d'« *égalité de traitement* ». Or, le juge du tribunal administratif de Cergy-pontoise a, dans son arrêt du 16 octobre 2018, retenu que l'administration n'a que à vérifier la présence de ces clauses et que pour ce qui est des modalités des critères de départage entre les salariés, que ceux-ci ne peuvent donc pas entraîner la nullité de l'accord en cas de non observation[1323].

(a) L'obligation de reclassement et d'accompagnement des salariés

Concernant les mesures à prendre pour faciliter le reclassement et l'accompagnement des salariés, cela devra se faire sur des emplois équivalents. Une énumération se retrouve dans l'article L. 1237-19-1 nr. 7 et comprend le congé de mobilité[1324], des actions de validation des acquis

---

[1321] Arrêt du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 16 octobre 2018, numéro de pourvoi 1807099, *Fédération Sud Activités postales et de télécommunications et autres*, p. 2.
[1322] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 4, point 7.
[1323] Arrêt du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 16 octobre 2018, numéro de pourvoi 1807099, *Fédération Sud Activités postales et de télécommunications et autres*, p. 7, point 16.
[1324] Depuis la loi du 29 mars 2018 il n'y a plus de condition d'effectif des entreprises pour pouvoir mettre en place un congé de mobilité. Un congé de mobilité peut être proposé par les employeurs dans le cadre d'un accord collectif portant une rupture conventionnelle collective selon les conditions des articles L. 1237-19 à L. 1237-19-8 du Code du travail et ce depuis l'entrée en vigueur de la loi de ratification ;
Mais aussi dans les entreprises qui ont conclu un accord collectif portant sur la gestion des emplois et des compétences GPEC. Dans la pratique, le congé de mobilité qui pouvait ici être (antérieurement à la publication du projet de loi de ratification pour la RCC) proposé dans un accord GPEC, faisait que l'accord collectif de rupture conventionnelle collective pouvait tout simplement renvoyer à l'accord GPEC pour la mise en place d'un congé de mobilité (les candidats volontaires devaient cependant opter pour un dispositif), voir Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 6; Décret du 20 décembre 2017 pris pour l'application de l'ordonnance du 22 septembre 2017, loi du 29 mars 2018 en vigueur depuis le 1er avril 2018; Ministère du travail, *Le congé de mobilité*, publié le 9 avril 2018,

de l'expérience VAE[1325], des actions de formation, de reconversion, de soutien à la création d'activités nouvelles ou encore des actions à la reprise d'activités existantes par les salariés[1326]. Sachant que cette liste est non exhaustive.

(b) Le congé de mobilité

Le congé de mobilité n'est pas nouveau mais a été instauré en 2006 par la loi n° 2006-1770[1327]. Pour l'auteur Fabre A., si le congé de mobilité et la rupture conventionnelle collective figurent dans une même section, « *tels Castor et Pollux, les Dioscures de la mythologie grecque, ces deux dispositifs s'opposent plus qu'ils ne se ressemblent* »[1328]. Ces deux régimes se soustraient

---

http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/temps-de-travail-et-conges/conges-et-absences/article/le-conge-de-mobilite; Dedessus-Le-Moustier G., *Mise en œuvre de dispositions relatives à l'accord collectif portant rupture conventionnelle*, JCP G, 8 janvier 2018, n° 1-2-8, 15, p. 26 ; Fabre A., *Rupture conventionnelle collective et congé mobilité : deux faux jumeaux*, SSL, 2018, n° 1800 et Meftah I., *Les accords collectifs de gestion de l'emploi*, thèse, 30 novembre 2018, pp. 38 et 39.

[1325] Ministère du travail, *La validation des acquis de l'expérience (VAE)*, publié le 14 septembre 2015 et mis à jour le 2 mars 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/formation-professionnelle/evoluer-professionnellement/vae.

[1326] Il est important de noter que ces dispositifs d'accompagnement incorporés au régime de la rupture conventionnelle collective (tel le congé de mobilité) sont similaires au congé de reclassement ou au contrat de sécurisation professionnelle, rattachés au régime du licenciement économique. Il est cependant important de préciser que si ces dispositifs sont similaires, sur le plan juridique ils ne doivent pas être usés étant donné que la RCC est déconnectée du licenciement économique ;
Pour rappeler brièvement les mesures prévues par le Plan de sauvegarde de l'emploi de l'article L. 1233-62 du Code du travail, article modifié par l'ordonnance n°2017-1718 du 20 décembre 2017, art. 1 : « *Le plan de sauvegarde de l'emploi prévoit des mesures telles que : 1° Des actions en vue du reclassement interne sur le territoire national, des salariés sur des emplois relevant de la même catégorie d'emplois ou équivalents à ceux qu'ils occupent ou, sous réserve de l'accord exprès des salariés concernés, sur des emplois de catégorie inférieure ; 1° bis Des actions favorisant la reprise de tout ou partie des activités en vue d'éviter la fermeture d'un ou de plusieurs établissements ; 2° Des créations d'activités nouvelles par l'entreprise ; 3° Des actions favorisant le reclassement externe à l'entreprise, notamment par le soutien à la réactivation du bassin d'emploi ; 4° Des actions de soutien à la création d'activités nouvelles ou à la reprise d'activités existantes par les salariés ; 5° Des actions de formation, de validation des acquis de l'expérience ou de reconversion de nature à faciliter le reclassement interne ou externe des salariés sur des emplois équivalents ; 6° Des mesures de réduction ou d'aménagement du temps de travail ainsi que des mesures de réduction du volume des heures supplémentaires réalisées de manière régulière lorsque ce volume montre que l'organisation du travail de l'entreprise est établie sur la base d'une durée collective manifestement supérieure à trente-cinq heures hebdomadaires ou 1 600 heures par an et que sa réduction pourrait préserver tout ou partie des emplois dont la suppression est envisagée.* ».

[1327] Loi du 30 décembre 2006.

[1328] Il considère même, que le congé de mobilité peut être « *bien plus redoutable que la « très caricaturée » rupture conventionnelle collective.* », notamment parce que le congé de mobilité « *se présente comme une alternative à un licenciement, qui, s'il n'est pas encore envisagé, semble inéluctable à terme. Ce qui le distingue, sur ce point, de la rupture conventionnelle collective* » et que la RCC est entourée de garde-fous, tandis que « *le congé de mobilité offre des latitudes plus inquiétantes* », avec un encadrement qui fait « *pâle*

au droit du licenciement pour motif économique et n'ont pas à justifier d'un motif économique, ni ne sont soumis à une obligation de reclassement ; remplacés par un accord de volontés et un accompagnement des salariés[1329].

Depuis l'instauration de la rupture conventionnelle collective, un congé de mobilité[1330] peut être proposé par l'employeur dans ce cadre et a entre autres pour objectif de permettre aux employeurs de sécuriser les transitions professionnelles. Le congé de mobilité posé à l'article L. 1237-18 peut être donc utilisé par les entreprises négociant une RCC et ce même à titre exclusif, s'il s'agit de la seule mesure qui est prévue par l'accord RCC[1331].

L'employeur va ici proposer à son salarié de s'inscrire volontairement dans une « démarche de mobilité » qui devrait lui permettre un retour à un emploi stable au plus vite. Le salarié aura, à travers ce congé mobilité, la possibilité de participer à des formations ou périodes d'accompagnement par exemple, au sein ou en dehors de son entreprise, à la condition que son acceptation du congé mobilité emportera rupture du contrat de travail d'un commun accord des parties à la fin du congé mobilité[1332].

La rupture d'un commun accord qui découle de l'acceptation par le salarié au congé de mobilité requiert d'en faire part à l'autorité administrative DIRECCTE géographiquement en charge.

Concernant les salariés protégés, ils peuvent également participer au congé de mobilité, mais pour ces représentants élus du personnel ou délégués syndicaux par exemple, il faudra que leur rupture amiable résultant du congé mobilité soit soumise à l'autorisation de l'inspecteur du travail ; tandis que pour les médecins du travail, leur rupture nécessitera un avis préalable du médecin inspecteur du travail, avant d'être soumise à autorisation par l'inspecteur du travail[1333].

---

figure » : Fabre A., *Ruptures conventionnelles collectives et congés mobilité : deux faux jumeaux*, SSL, 2018, n°1800.

[1329] Fabre A., *Ruptures conventionnelles collectives et congés mobilité : deux faux jumeaux*, SSL, 2018, n°1800.

[1330] Congé de mobilité donc mis en place au sein de la rupture conventionnelle collective dans les conditions des articles L. 1237-18-1 à L. 1837-18-5 du Code du travail.

[1331] Pagnerre Y., Pagani K., *Le vade-mecum des ordonnances « Macron »*, Gualino, 2018, p. 67.

[1332] Contre paiement d'une indemnité, au minimum égale à l'indemnité due en cas de licenciement économique, Ministère du travail, *Le congé de mobilité*, publié le 9 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/temps-de-travail-et-conges/conges-et-absences/article/le-conge-de-mobilite.

[1333] Ministère du travail, *Le congé de mobilité*, publié le 9 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/temps-de-travail-et-conges/conges-et-absences/article/le-conge-de-mobilite.

Dès lors qu'un salarié fera usage du congé de mobilité au sein d'une rupture conventionnelle collective, la rémunération qui lui sera versée durant ce congé, fera l'objet du régime de cotisations et contributions sociales[1334] de l'article L. 1237-18-3 du Code du travail[1335]. La rémunération est donc d'un montant au moins égal à 65% de la rémunération brute moyenne des douze derniers mois précédant la date du début du congé et ne peut être inférieure à 85% du SMIC[1336].

(c) La validation des acquis de l'expérience VAE

La validation des acquis de l'expérience permet aux salariés d'obtenir une certification professionnelle sous forme de diplôme[1337] par exemple, à travers la validation des acquis de son expérience professionnelle[1338]. Elle requiert l'inscription au Répertoire national des certifications professionnelles RNCP et une recevabilité[1339] par l'organisme chargé d'établir le certificat.

[1334] Durant les douze premiers mois des versements dans le cadre du congé de mobilité, la rémunération suit le même régime de cotisations et contributions sociales que l'allocation du congé de reclassement.

[1335] Article L1237-18-3, créé par l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, art. 10 (V), « *Le montant de la rémunération versée pendant la période du congé de mobilité est au moins égal au montant de l'allocation prévue au 3° de l'article L.5123-2. Cette rémunération est soumise dans la limite des douze premiers mois du congé, au même régime de cotisations et contributions sociales que celui de l'allocation versée au bénéficiaire du congé de reclassement prévue au troisième alinéa de l'article L. 1233-72, à laquelle elle est assimilée.* ».

[1336] Cela représente sur la base de l'année 2018, 8,40 € (par rapport à la base du SMIC en vigueur depuis le 1er janvier 2018).

[1337] Possibilité d'obtenir un diplôme ou titre professionnel national délivré par l'État ; un diplôme délivré par un établissement d'enseignement supérieur ; un titre délivré par un organisme de formation ou une chambre consulaire ou un certificat de qualification professionnelle créé par la Commission paritaire nationale de l'emploi (CPNE) d'une branche professionnelle.

[1338] Ministère du travail, *La validation des acquis de l'expérience (VAE)*, publié le 14 septembre 2015 et mis à jour le 2 mars 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/formation-professionnelle/evoluer-professionnellement/vae

[1339] Durée d'expérience requise d'au moins un an en rapport avec la certification souhaitée et besoin de fournir des preuves des compétences acquises.

c) Double finalité de l'accord collectif, bilan et possibilités de réembauche(s) au sein de la rupture conventionnelle collective

Toujours relatif au contenu de l'accord collectif d'entreprise, il faut bien comprendre que la conclusion d'un accord collectif nécessaire à la mise en œuvre d'une rupture conventionnelle collective signifie que l'accord collectif va définir les modalités de conclusion d'une « convention individuelle de rupture » entre l'employeur et son salarié, ainsi que le droit de rétractation des parties[1340]. Cette convention individuelle de rupture est un document propre signé par les parties et peut comprendre une référence à la validation de l'accord collectif de la DIRECCTE ayant mené à cette convention individuelle[1341].

Par ailleurs, le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi DIRECCTE compétent géographiquement, doit recevoir, au plus tard un mois après la fin de la mise en œuvre des mesures devant faciliter le reclassement des salariés, un bilan[1342] de l'employeur afin qu'il puisse suivre les mesures prises.

L'entreprise est tout de même autorisée à réembaucher de suite, mais avec une interdiction de réembaucher sur le même poste[1343]. Cette autorisation de réembauchage découle du fait qu'il ne s'agit, dans le cadre de la rupture conventionnelle collective, aucunement d'un licenciement pour motif économique[1344].
Précisons que le nombre de départs volontaires prévus dans une rupture conventionnelle collective peut très bien être supérieur au nombre des suppressions d'emplois afin de recruter sur les emplois non supprimés mais devenus vacants, suite aux départs volontaires[1345].

[1340] Loi 29 mars 2018; Ministère du travail, *La rupture conventionnelle collective*, droit du travail et rupture du contrat, publié et mis à jour le 11 avril 2018 et le 19 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-collective.
[1341] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 10
[1342] La transmission du bilan se fait par voie dématérialisée ; L'arrêté du 8 octobre 2018, relatif à la précision du contenu des bilans des ruptures d'un commun accord dans le cadre d'un accord collectif, JORF n°0237 du 13 octobre 2018 a fixé un modèle type de bilan des accords portants rupture conventionnelle collective ; Voir également RF, *Rupture conventionnelle collective*, octobre 2019, 1108, 24, p. 492.
[1343] Éditions législatives, Bariet A., *Les plans de départs volontaires font leur entrée dans le code du travail*, 1er septembre 2017, http://www.editions-legislatives.fr/content/les-plans-de-départs-volontaires-font-leur-entrée-dans-le-code-du-travail.
[1344] Des licenciements pour motifs économiques obligeant normalement en droit français à une priorité de réembauchage, cela ne se retrouve également pas dans la rupture conventionnelle collective, voir Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 4.
[1345] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 1.

d) Le nouveau Comité social économique CSE

La deuxième des cinq ordonnances Macron organise une refonte des institutions représentatives du personnel[1346]. Nous allons ici nous pencher sur le passage du CE au CSE[1347]. Le Comité Social et Économique, CSE a vu le jour avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 et voit ses effets de droits différenciés selon deux mises en place distinctes :
Le CSE est devenu obligatoire dès un seuil de onze salariés[1348], mais il ne bénéficie de la personnalité juridique qu`à partir d'un seuil d'au moins cinquante salariés[1349].

Sachant que les organisations syndicales fixent par accord collectif les attributions des représentants élus et les modalités de fonctionnement[1350], notons qu'un « *droit conventionnel de la représentation* »[1351] n'est apparu que progressivement[1352], grâce notamment à l'adoption de lois habilitant les interlocuteurs sociaux sur un objet précis[1353], à l'extension du champ matériel de la négociation collective avec les « *conditions de travail* »[1354] et à la reconnaissance de la

---

[1346] À ce sujet, voir aussi Domergue B., Davoine J.-B., *Projets d'ordonnances: rôle du nouveau comité social et économique*, Recueil Dalloz, 14 septembre 2017, n° 30, 1714.
[1347] Pour un listing des mesures à caractère hétéroclite sur ce nouveau CSE, voir notamment Odoul-asorey I., *Droit des relations professionnelles*, RDT, février 2018.
[1348] Article L. 2311-2 du Code du travail; Dauxerre L., Chatard D., Rioche S., *Le comité social et économique, premier bilan*, JCP S, 19 février 2019, n° 7, 1045, p. 11.
[1349] Articles L. 2312-8 et suivants, ainsi que L. 2315-23 et suivants du Code du travail; Article L. 2315-23 alinéa 1 du Code du travail; Anciaux N., *La personnalité juridique du CSE dans les entreprises de moins de 50 salariés, Plaidoyer en faveur d'une personnification finalisée*, JCP S, 28 janvier 2020, n° 4, 1019, p. 21 ; Ces auteurs suivants, souhaitent que le bénéfice de la personnalité juridique lui soit appliqué : Auzero G., *Les transformations du comité social et économique*, JCP S, 2018, 1227 ; Loiseau G., *La personnalité juridique du comité social et économique des entreprises de moins de cinquante salariés*, BJT 2019, 110y3, pp. 23 et suivant ; Rioche S., *La représentation du personnel dans l'entreprise, Du regroupement à la fusion*, préface de Teyssié B., LexisNexis, 2019, p. 153, n° 276.
[1350] Ferkane Y., *La représentation du personnel comme objet de la négociation collective: le cas du CSE*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n°852, p. 446.
[1351] Concernant cette expression, voir Loiseau G., Lokiec P., Pécaut-Rivolier L., Verkindt P-Y., *Droit de la représentation du personnel*, 2019-2020, 1ère édition Dalloz Action, 2018, p.631.
[1352] Voir la thèse de Dirringer J., *Les sources de la représentation collective des salariés*, LGDJ, 2015 pour plus d'information.
[1353] Lois des 16 avril (n° 46-730 sur la désignation et les attributions des délégués du personnel) et du 16 mai (n° 46-1065 sur le fonctionnement ou les pouvoirs des comités d'entreprise) de 1946, lesquelles ne font pas obstacle aux clauses d'accords collectifs; Ferkane Y., *La représentation du personnel comme objet de la négociation collective: le cas du CSE*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n°852, p. 446.
[1354] Il s'agit ici d'une extension du champ matériel de la négociation collective avec la référence aux « *conditions de travail* » à travers la loi n° 50-205 du 11 février 1950, voir ici Despax M., *Négociations, conventions et accords collectifs*, T. 7, Traité de droit du travail, sous la direction de Camerlynck G-H., 2ème édition 1989, p. 120 ; Ferkane Y., *La représentation du personnel comme objet de la négociation collective: le cas du CSE*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n°852, p. 446.

validité d'accord collectif prévoyant des dispositions plus favorables que la loi concernant la représentation du personnel[1355]. La représentation du personnel n'a ainsi pas toujours fait partie de la négociation collective, faisant qu'auparavant, « *le droit des institutions représentatives du personnel était conçu alors comme un droit à part* », il s'agissait d'un droit « *d'ordre public, assurant le droit des salariés d'être représentés et dont la négociation collective ne pouvait pas disposer* »[1356]. Il s'agit ici d'un tournant pour la représentation du personnel qui avait donc été inscrite dans le champ de l'ordre public absolu il y a quelques décennies et à laquelle on ne pouvait pas déroger par accord collectif.

Désormais, le nouveau CSE devient largement tributaire de la négociation collective et nous verrons que c'est au gré de la négociation collective que celui-ci va être mis en place, aménagé, recevoir ses attributions ou être transformé en conseil d'entreprise par exemple[1357]. Le régime de la rupture conventionnelle collective habilite donc l'accord collectif à définir lui-même en quelque sorte le rôle du CSE[1358].

Remarquons que cette fusion des instances avait dans le passé déjà été souhaitée, notamment dans le rapport Bélier en 1990[1359]. Dans la loi Rebsamen du 17 août 2015[1360] était également prévu un possible regroupement, l'employeur étant en droit de mettre en place une DUP[1361] qui pouvait inclure le CHSCT, mais ceci seulement dans les entreprises de moins de 300 salariés.

[1355] Avis n°310.108 du Conseil d'État du 22 mars 1973 prévoyant qu'une convention collective est passible d'accroître les garanties et avantages légaux ou en créer de nouveaux. Voir Ferkane Y., *La représentation du personnel comme objet de la négociation collective: le cas du CSE*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n°852, p. 446.

[1356] Morin M-L., Le droit des salariés à la négociation collective: principe général du droit, LGDJ, 1994, p. 445.

[1357] Lokiec P., *Points d'interrogation*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n°852, p. 470.

[1358] En posant quand le CSE doit être réuni par exemple. Dans l'arrêt du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 16 octobre 2018, numéro de pourvoi 1807099, *Fédération Sud Activités postales et de télécommunications et autres,* le tribunal administratif évite de prendre position sur la question de savoir si le CSE doit être consulté, mais laisse plutôt cette question pour le juge judiciaire. Voir Géa F., *Rupture conventionnelle collective, étape 2: le regard du juge administratif*, RDT, novembre 2018, p. 763.

[1359] Bélier G., *rapport du 29 mars 1990 au ministre du Travail, relatif au développement des institutions représentatives du personnel dans les PME*, Semaine Sociale Lamy, n°'497, 2 avril 1990; voir Krivine J., *« Les Dalton dans le blizzard » - Des instances élues entravées ?*, Le Droit Ouvrier, mars 2018, n°836, p. 151.

[1360] Article L. 2326-1 du Code du travail modifié, en vigueur du 19 août 2015 au 1er janvier 2018.

[1361] Voir sur la délégation unique du personnel, Milet L., *Étude représentants du personnel*, RPDS, juin 2016, n° 854, pp. 187 à 194.

Dans les entreprises de plus de 300 salariés, un regroupement était prévu seulement avec un accord majoritaire le prévoyant[1362].

Ces essais ratés dans le passé de fusion ou regroupement ont désormais triomphé, la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 habilitant à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social en est l'épicentre avec l'objectif du Gouvernement de « *trouver les solutions innovantes pour articuler performance sociale et performance économique* », ceci « *au plus près du terrain dans le dialogue et dans un cadre souple et protecteur* »[1363]. Il s'agit ici d'une fusion des institutions représentatives du personnel forcée sur la base d'un « *modèle unique* »[1364]. Le maître de conférence Morin J., considère que la réglementation de l'instauration d'une institution représentative du personnel est renvoyée à la négociation collective, ce qui revient « *à confier aux interlocuteurs sociaux la responsabilité de son efficacité juridique, au risque de l'en priver si l'accord collectif ne présente pas de garanties suffisantes* »[1365].

Nous allons voir dans cette partie que désormais, avec la fusion des anciennes institutions représentatives du personnel et les nouvelles attributions du nouveau et unique comité social et économique qui en ressortent, les pouvoirs de la négociation collective sont considérables.

(a) L'introduction et la mise en place du CSE

L'article L. 1233-8 du Code du travail a été modifié et a introduit ce nouveau comité social économique en son premier alinéa dans les termes suivants : « *le comité social et économique dans les entreprises d'au moins onze salariés* »[1366]. Par ailleurs, dans la continuation des changements inhérents au comité social économique, l'article L. 1233-21 du Code du travail connait

---

[1362] Article L. 2391-1 du Code du travail qui était en vigueur jusqu'au 22 décembre 2017 ; Fabre A., *Ruptures conventionnelles collectives et congés mobilité : deux faux jumeaux*, SSL, 2018, n°1800.
[1363] Voir discours du Conseil des ministres du 28 juin 2017, *habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, prononcé le 28 juin 2017.
[1364] Champeaux F., *La mise en place du CSE*, Semaine Sociale Lamy, 15 janvier 2018, n°1798, p. 2.
[1365] Morin J., *Regard sur la conformité des nouvelles institutions représentatives du personnel aux normes supra-légales*, Le Droit Ouvrier, juillet 2018, n°840, p. 459.
[1366] Ceci remplace « *le comité d'entreprise dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, les délégués du personnel dans les entreprises de moins de cinquante salariés* », article L. 1233-8 Code du travail; Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail, 2017, p. 17.

lui un ajout à ces termes avec le « *recours à une expertise par le comité social et économique* »[1367].

Le comité social et économique doit être mis en place au sein des entreprises d'au moins onze salariés au 1er janvier 2021[1368] et selon l'article 9 de l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 « *soit par accord collectif, soit par décision de l'employeur après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ou, le cas échéant, de la délégation unique du personnel ou de l'instance regroupée* ». Étant donné la date limite, la mise en place peut requérir de changer la durée des mandats en cours[1369]. Il est impératif que l'accord collectif prévoie les modalités et conditions d'information du Comité social et économique sur le projet envisagé et son suivi[1370]. A condition bien entendu de l'existence du CSE. En raison du caractère récent de ce comité et dans l'attente de sa mise en place, c'est le comité d'entreprise CE ou encore les délégués du personnel[1371] qui exerceront éventuellement son rôle jusqu'à sa mise en place dans l'entreprise[1372].

L'élection des membres de la délégation du personnel du CSE se fait pour quatre années[1373] et le nombre de mandats successifs est limité à trois, sauf dans les entreprises de moins de

---

[1367] Mais le CE devra contribuer à 20 % du financement de l'expert, voir Ghenim A., *Rupture conventionnelle collective et révision des règles du licenciement : la fin du licenciement pour motif économique ?* Le Droit Ouvrier, mars 2018, n°836, p. 148 ; Et l'article L. 1233-21 du Code du travail, avant « *les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise applicables* ». Voir aussi le document informatif du Ministère du travail : Ministère du travail, *Comité social et économique 100 questions-réponses,* février 2018, https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/qr_comite_social_et_economique.pdf.

[1368] Les dispositions transitoires mises en place prévoient que le comité social et économique sera mis en place à partir du 1er janvier 2020 ou à une date antérieure fixée par accord d'entreprise ou par décision de l'employeur après consultation (CE, DP…) si un protocole d'accord préélectoral en vue d'élections professionnelles avait été conclu avant le 23 septembre 2017, donc avant la publication de l'ordonnance portant la réforme Macron qui fusionne les instances en un seul comité social et économique, voir Legisocial, *Calendrier des élections de la délégation du personnel du CSE*, publié le 31 janvier 2018, dernière mise à jour le 5 avril 2018, https://www.legisocial.fr/instances-representants-personnel/elections/calendrier-elections-delegation-personnel-cse-comite-social-economique.html?utm_source=LEGISOCIAL+-+Marketing&utm_medium=email&utm_campaign=LÃ©giSocial+-+Newsletter+-+%23351&hash=2bab89794abcce11eb0ff412eb63f1c8; Domergue B., *Réforme du code du travail : présentation d'une ordonnance balai*, Recueil Dalloz, 14 décembre 2017, n° 43, 2482.

[1369] Par accord collectif ou par décision des employeurs après consultation.

[1370] Voir aussi l'article L. 1237-19-1 1° du Code du travail: « *l'accord portant rupture conventionnelle collective détermine (…) les modalités et conditions d'information du comité social et économique* »; Ministère du travail, *La rupture conventionnelle collective*, droit du travail et rupture du contrat, publié et mis à jour le 11 avril 2018 et le 19 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-collective.

[1371] Voir article 40 III.

[1372] Cela est prévu dans les dispositions transitoires de l'ordonnance n° 2017-1387.

[1373] La possibilité de limiter la durée entre deux à quatre ans est possible au travers d'un accord de branche, de groupe ou d'entreprise, voir Legisocial, CSE, *la dérogation au nombre de mandats successifs est à durée*

cinquante salariés, ou dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 50 et 300 salariés, dans le cas où le protocole d'accord préélectoral prévoit autre chose[1374]. La limitation à trois mandats successifs peut toutefois dans certains cas priver une entreprise de leurs expériences, par exemple dans le domaine de la santé[1375]. Cette limitation peut également réduire la liberté d'expression des élus, étant donné qu'ils sont conscients qu'au bout d'un maximum de douze années, ils reprendront leur poste et fonctions et seront alors à la merci en quelque sorte, de leur employeur[1376].

(b) Rôle du CSE

Le Comité social et économique a comme rôle de contrôler régulièrement le suivi de la mise en œuvre effective de l'accord portant rupture conventionnelle collective et d'en informer la DIRECCTE régulièrement au travers d'avis[1377]. Ceci concerne le suivi de la mise en œuvre de l'accord collectif portant rupture conventionnelle collective et est à démarquer du rôle du CSE ainsi que posé par l'accord. En effet, si la loi n'impose pas « *une consultation avec remise obligatoire d'un avis* »[1378], les employeurs peuvent tout de même décider de procéder à une telle consultation[1379].

---

indéterminée, 19 novembre 2018, https://www.legisocial.fr/actualites-sociales/2926-cse-derogation-nombre-mandats-successifs-duree-indeterminee.html?utm_source=LEGISOCIAL+-+Marketing&utm_medium=email&utm_campaign=LÃ©giSocial+-+Newsletter+-+%23434&hash=2bab89794abcce11eb0ff412eb63f1c8.

[1374] Voir le décret n°2018-920 du 26 octobre 2018, relatif au comité social et économique et au financement mutualisé des organisations professionnelles d'employeurs et des organisations syndicales de salariés concernant la limitation à trois du nombre de mandats successifs comme étant à durée indéterminée ; Domergue B., Davoine J.-B., *Projets d'ordonnances: rôle du nouveau comité social et économique*, Recueil Dalloz, 14 septembre 2017, n° 30, 1714.

[1375] Bouton J., *Le comité social et économique et la santé au travail*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n°852, p. 459.

[1376] Krivine J., *« Les Dalton dans le blizzard » - Des instances élues entravées ?*, Le Droit Ouvrier, mars 2018, n°836, p. 152.

[1377] Article L. 1237-19-7 du Code du travail.

[1378] Ceci suit la nouvelle logique instaurée par la loi Macron du 17 août 2015 dans le cadre du droit commun des accords collectifs. Cette loi de 2015 avait fait disparaitre l'obligation de consultation du CE par les employeurs. Obligation qui valait alors pour les projets d'accords collectifs, leur révision ou dénonciation (article L. 2323-2 2°); Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 8.

[1379] Selon les modalités qu'ils souhaitent.

Le rôle de la DIRECCTE lui va varier selon le rôle attribué au comité social et économique. Si le rôle reste cantonné à une simple information du CSE, la DIRECCTE ne devra que contrôler si le comité a bien été informé. L'article L. 1237-19 du Code du travail énonce en effet sur l'accord portant RCC seulement : « *les modalités et conditions d'information du comité social et économique, s'il existe* ». Pour l'auteur Atkin, l'usage du mot « *information* » pour l'accord collectif portant RCC[1380], « *n'est d'aucune manière soumis à la consultation préalable du CSE, ou du CE, et a fortiori du CHSCT*. »[1381].

Si le rôle de la DIRECCTE est cependant élargi pour comprendre une consultation, la DIRECCTE devra contrôler si les modalités décidées sur ce point dans l'accord collectif ont bien été respectées.
Dans le cas de l'obligation de suivi, celle-ci peut être néanmoins évitée dans les cas où l'entreprise fait l'objet d'une dissolution, ou concernant un groupe de sociétés, quand une filiale est dissolue[1382].

Le CSE lui-même est régi par nombre de normes, notamment les accords collectifs, les accords de branche, le règlement intérieur du CSE, les accords entre le CSE et l'employeur, les décisions unilatérales de l'employeur ainsi que par les dispositions supplétives légales et réglementaires[1383]. L'agencement de ces normes se fait au travers d'une règle dite « supplétive », qui est mobilisée quand aucune autre règle portant sur le même objet m'est donnée[1384].

Le CSE est consulté annuellement sur les trois thèmes suivants : les orientations stratégiques ; la situation économique et financière de l'entreprise ; et la politique sociale, les conditions de travail et l'emploi[1385].

[1380] Qui obéit au droit commun de l'article L. 2232-12 du Code du travail.
[1381] Aknin F., *Rupture du contrat de travail, L'autonomie de la RCC*, JCP S, 30 avril 2019, n° 17-18, 1136, p. 45 et voir arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles, 4ème chambre, 14 mars 2019, n° 18VE04158, JurisData n° 2019-004411.
[1382] Pagnerre Y., Pagani K., *Le vade-mecum des ordonnances « Macron »*, Gualino, 2018, p. 70.
[1383] Ferkane Y., *La représentation du personnel comme objet de la négociation collective : le cas du CSE*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n°852, p. 451.
[1384] Ferkane Y., *La représentation du personnel comme objet de la négociation collective : le cas du CSE*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n°852, p. 451.
[1385] Des aménagements sont cependant permis, voir Krivine J., *« Les Dalton dans le blizzard » - Des instances élues entravées ?*, Le Droit Ouvrier, mars 2018, n°836, p. 154.

Le CSE a par ailleurs un large champ d'attributions (différent selon que l'entreprise a plus ou moins de cinquante salariés[1386]) et doit notamment être informé ainsi que consulté pour tout ce qui concerne la gestion et l'organisation de l'entreprise. Cela comprend entre autres les mesures de nature à affecter la structure ou le volume des effectifs, la modification de son organisation économique et juridique, les conditions de l'emploi (durée de travail et formation professionnelle) et l'introduction de nouvelles technologies[1387]. Pour lui permettre d'exercer ces missions d'« *une ampleur inédite* »[1388], le CSE dispose de moyens non négligeables[1389].

A côté du CSE central (CSEC) on trouve le CSE des établissements et si certains auxiliaires sont prévus par la loi[1390], d'autres sont laissés à l'appréciation des parties négociant[1391]. En effet, les attributions du CSE posées à l'article L. 2312-4 du Code du travail sont telles que « *Les dispositions du présent chapitre ne font pas obstacle aux dispositions plus favorables relatives aux attributions du comité social et économique résultant d'accords collectifs de travail ou d'usages*. ». Néanmoins, cette ouverture d'un grand domaine pour l'ordre public social ne garantit pas toujours une amélioration du droit à la représentation des salariés à partir du moment où il n'y a pas de plancher de prévu[1392].

[1386] Sur les missions du CSE, voir Dauxerre L., Chatard D., Rioche S., *Le comité social et économique, premier bilan*, JCP S, 19 février 2019, n° 7, 1045, pp. 18 à 20.

[1387] Bouton J., *Le comité social et économique et la santé au travail*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n°852, p. 454.

[1388] Rioche S., *La représentation du personnel dans l'entreprise, Du regroupement à la fusion*, thèse dactyl., 2018, Paris II, p. 220, n° 27.

[1389] Crédit d'heures, formations, moyens collectifs, budget sur patrimoine pour activités sociales et culturelles entre autres. Voir sur les moyens attribués au CSE: Dauxerre L., Chatard D., Rioche S., *Le comité social et économique, premier bilan*, JCP S, 19 février 2019, n° 7, 1045, pp. 13 à 18.

[1390] Pour exemple, certains auxiliaires vont être requis au sein du CSE à partir d'un certain seuil, tel le référent spécialisé dans la lutte contre les agissements sexistes et harcèlement sexuel dans les entreprises d'au moins 250 salariés (articles L. 1153-5-1 et L. 2314-1, alinéa 4 du Code du travail; loi n°2018-771 du 5 septembre 2018); ou encore la mise en place d'une CSSCT, commission santé sécurité et conditions de travail pour les entreprises et établissements distincts ayant un effectif d'au moins 300 salariés ou dans les établissements ayant soit une installation nucléaire de base, ou une exploitation d'un gisement minier ou classés Seveso (article L. 2315-18 du Code du travail) ou si estimé nécessaire par un inspecteur du travail.
L'accord Carrefour du 5 juillet 2018 a par exemple décidé d'instaurer la CSSCT dans tous les établissements distincts, sans condition d'effectif (Accord sur le dialogue social et la mise en place des Comités Sociaux et Économiques d'établissement au sein de la société Carrefour Hypermarchés SAS, du 5 juillet 2018). L'accord PSA a lui aussi instauré une CSSCT dans chaque CSE d'établissement sans condition d'effectif.

[1391] Bouton J., *Le comité social et économique et la santé au travail*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n°852, p. 454.

[1392] Ferkane Y., *La représentation du personnel comme objet de la négociation collective : le cas du CSE*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n°852, p. 448.

Le professeur Y. Ferkane prend comme exemple la possible mise en place des représentants de proximité par accord collectif prévus à l'article L. 2313-7 du Code du travail[1393]. Ces représentant de proximités qui ont pour utilité de compenser la disparition des délégués du personnel en permettant de maintenir une présence locale de représentants près des salariés ne sont pour lui qu'une « *faculté offerte aux interlocuteurs sociaux afin d'éviter une centralisation excessive de la représentation du personnel au niveau de l'entreprise* »[1394]. Leur existence et leur régime[1395] sont « *totalement abandonnés à la négociation collective* »[1396]. Le danger se trouve ainsi dans la mise en place de ces représentants. En effet, si celle-ci ne se fait que réciproquement, l'employeur peut très bien obliger les organisations syndicales à, par exemple, taire leurs prétentions concernant une augmentation des heures de délégation[1397].

Le CSE s'est vu recevoir les attributions anciennement du CHSCT[1398], notamment le traitement de toute question de santé au travail et l'initiation des démarches dans ce domaine, par exemple la réalisation d'enquêtes en cas de maladies professionnelle ou d'accident de travail[1399]. Les membres de la délégation du personnel du comité social et économique ont ainsi la possibilité de saisir l'inspection du travail pour faire part de toute plainte ou observation concernant l'application des dispositions légales dont elle doit assurer le contrôle[1400]. Néanmoins, la fusion des

---

[1393] Article L. 2313-7 du Code du travail : *« L'accord d'entreprise défini à l'article L. 2313-2 peut mettre en place des représentants de proximité. L'accord définit également : 1° Le nombre de représentants de proximité ; 2° Les attributions des représentants de proximité, notamment en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail ; 3° Les modalités de leur désignation ; 4° Leurs modalités de fonctionnement, notamment le nombre d'heures de délégation dont bénéficient les représentants de proximité pour l'exercice de leurs attributions. Les représentants de proximité sont membres du comité social et économique ou désignés par lui pour une durée qui prend fin avec celle du mandat des membres élus du comité. ».*

[1394] Ferkane Y., *La représentation du personnel comme objet de la négociation collective : le cas du CSE*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n°852, pp. 448 et 449.

[1395] Des représentants de proximités.

[1396] Lokiec P., *Points d'interrogation*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n°852, p. 469.

[1397] Ferkane Y., *La représentation du personnel comme objet de la négociation collective: le cas du CSE*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n°852, p. 449; Voir ici l'article L. 2315-7 du Code du travail posant que: *« L'employeur laisse le temps nécessaire à l'exercice de leurs fonctions : 1° A chacun des membres titulaires constituant la délégation du personnel du comité social et économique ; 2° Aux représentants syndicaux au comité social et économique dans les entreprises d'au moins cinq cent un salariés ; 3° Aux représentants syndicaux au comité social et économique central d'entreprise dans les entreprises d'au moins cinq cent un salariés dont aucun des établissements distincts n'atteint ce seuil. (…). ».*

[1398] Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

[1399] Bouton J., *Le comité social et économique et la santé au travail*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n°852, p. 453.

[1400] Bouton J., *Le comité social et économique et la santé au travail*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n°852, p. 453.

différentes institutions représentatives dans l'unique CSE, peut faire craindre qu'une prédominance de questions économiques vienne faire passer les questions de santé au deuxième plan[1401]. Avec le CSE, la possibilité est également ouverte de le transformer en conseil d'entreprise. Le conseil d'entreprise, si déployé, peut alors accroître les capacités d'intervention de la représentation du personnel sur la gestion de l'entreprise en confortant notamment l'influence dans le dialogue social d'organisations syndicales majoritaires par exemple[1402]. Cependant sa mise en place est difficile et même si le conseil d'entreprise obtient le monopole de la négociation collective, l'employeur n'est en aucun cas obligé de conclure un accord, il ne peut qu'y être incité[1403].

L'information-consultation spécifique du CSE comme posé dans la première version de l'ordonnance[1404] et qui pouvait être comparée à celle requise pour un plan de sauvegarde de l'emploi, ne se retrouve pas dans le texte publié au JO, lequel comprend un rôle du CSE réduit : seule une notification de l'accord au CSE et aux organisations syndicales est demandé, une fois l'accord validé[1405]. C'est l'administration qui a obtenu un rôle important dans le cadre de la RCC[1406], rôle semblable à celui mené dans le plan de sauvegarde de l'emploi. A l'exception du principe de proportionnalité entre les moyens dont dispose l'entreprise et les moyens affectés dans la restructuration, présent dans les PSE mais pas dans la RCC, ce qui faiblit le contrôle administratif[1407].

[1401] Borenfreund G., *La fusion des institutions représentatives du personnel, Appauvrissement et confusion dans la représentation*, RDT 2017, p. 608, spéc. p. 616.
[1402] Odoul-Asorey I., *La participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise par l'intermédiaire de leurs représentants*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n°852, pp. 464 et 465.
[1403] Par exemple pour obtenir des marges de gestion : voir Odoul-Asorey I., *La participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise par l'intermédiaire de leurs représentants*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n°852, p. 464.
[1404] Article L. 1237-19-2 du Code du travail, version du 31 août.
[1405] Article L. 1237-19-4 du Code du travail.
[1406] Information de l'ouverture des négociations, article L. 1237-19 du Code du travail, validation de l'accord, article L.1237-19-3 entre autres.
[1407] Dalmasso R., *La « rupture conventionnelle collective » : une chimère ?*, Le Droit Ouvrier, novembre 2017, n°832, p. 650.

(c) Limitation des attributions et moyens avec la mise en place du CSE

Si le nouveau CSE est en charge des attributions économiques et HSCT, réclamations et des activités sociales et culturelles, nous avons vu que la commission HSCT n'est obligatoire que pour les entreprises ou établissements de plus de trois cent salariés[1408], sauf demande de l'inspection du travail ou accord. Nous avons également vu, que les représentants de proximité, remplaçants des DP, ne seront présents que par voie d'accord, ce qui a pour effet de notamment éloigner les représentants du personnel du « terrain », comme souligné par l'avocate Krivine J.[1409].

A tout cela s'ajoute une réduction du nombre de réunions du CSE par rapport au CE[1410], lequel se réunissait un minimum de douze fois par an et le CHSCT au moins quatre fois. Avec le CSE, seules douze réunions sont prévues, comprenant quatre réunions sur des questions de HSCT[1411]. De surcroît, si la France n'a pas de cogestion, les élus ont toujours disposé d'un droit à information et consultation en matière économique et professionnelle, tout comme ils ont un droit de participation à la prévention de la sécurité et santé des salariés[1412] et à l'amélioration des conditions de travail. Or désormais, en plus de la formulation « *Les projets d'accord collectif, leur révision ou leur dénonciation ne sont pas soumis à la consultation du comité* » dans l'article L. 2312-14 alinéa 1 du Code du travail, y est ajouté que « *Les entreprises ayant conclu un accord relatif à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ne sont pas soumises, dans ce domaine, à l'obligation de consultation du comité social et économique* »[1413]. Ici les élus ne peuvent demander à être consultés et cela même concernant les modalités de mise en place d'un accord signé[1414].

[1408] Lokiec P., *Vers un nouveau droit du travail ?*, Recueil Dalloz, 26 octobre 2017, n° 36, 2118.
[1409] Krivine J., *« Les Dalton dans le blizzard » - Des instances élues entravées ?*, Le Droit Ouvrier, mars 2018, n°836, p. 153.
[1410] Sauf en cas de DUP.
[1411] Krivine J., *« Les Dalton dans le blizzard » - Des instances élues entravées ?*, Le Droit Ouvrier, mars 2018, n°836, p. 153.
[1412] Les articles 8 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946 garantissent le droit à la protection de la santé.
[1413] Article L. 2312-14 alinéa 3 du Code du travail; voir aussi Auzero G., Dockès E., *Droit du travail*, 33ème édition Dalloz, 2020, point 1252.
[1414] Krivine J., *« Les Dalton dans le blizzard » - Des instances élues entravées ?*, Le Droit Ouvrier, mars 2018, n°836, p. 153.

Enfin, le nerf de la guerre qu'est l'argent se voit aussi attaqué dans la mise en place du CSE. Nous avons vu que le CSE doit désormais prendre en charge à 20% les frais d'expertise[1415], mais à cela s'ajoute que l'employeur a obtenu de plus nombreuses possibilités pour contester ces expertises de par des référés sous un délai de dix jours[1416]. L'employeur peut ainsi contester le choix de l'expert, le coût final mais aussi la délibération même ayant décidé le recours à l'expertise[1417]. Si les frais augmentent, tout comme les recours pouvant être formés par l'employeur, le budget lui n'est pas augmenté et reste à 0,2 %, sauf dans les entreprises de plus de 2000 salariés, avec ici une augmentation de 0,02 %[1418].

La conséquence est que les élus du CSE doivent donc décider entre attribuer les dépenses, soit à ses attributions économiques et de la santé[1419] et des conditions de travail ; soit à son fonctionnement de CSE et activités culturelles et sociales ; soit pour recourir à une expertise ou un avocat ; il convient ici de citer à nouveau l'avocate Krivine J., qui indique que « *l'objectif semble être « diviser pour mieux régner »* »[1420].

[1415] Et non plus une limitation au tiers du budget comme cela était le cas auparavant. Les expertisent concernent l'utilisation d'un expert en orientations stratégiques ; en droit d'alerte; pour les opérations de concentration et offres publiques d'acquisition; mais aussi sur l'assistance à la négociation et expertise portant sur un projet important; voir Krivine J., *« Les Dalton dans le blizzard » - Des instances élues entravées ?*, Le Droit Ouvrier, mars 2018, n°836, pp. 154 et 155 ; Pour plus d'informations sur l'expertise du CHSCT et désormais du CSE concernant notamment son obligation de secret et discrétion, voir Lokiec P., *IV. Conditions de travail*, Recueil Dalloz, 19 avril 2018, n° 15, 820 ; Lokiec P., *Vers un nouveau droit du travail ?*, Recueil Dalloz, 26 octobre 2017, n° 36, 2118 ; Lokiec P., *Droit du travail – relations professionnelles*, Recueil Dalloz, 16 novembre 2017, n° 39, D., 2274.

[1416] Article R. 2315-49 du Code du travail créé par le décret n°2017-1819 du 29 décembre 2017 en son article 1.

[1417] Krivine J., *« Les Dalton dans le blizzard » - Des instances élues entravées ?*, Le Droit Ouvrier, mars 2018, n°836, p. 155.

[1418] Krivine J., *« Les Dalton dans le blizzard » - Des instances élues entravées ?*, Le Droit Ouvrier, mars 2018, n°836, p. 155.

[1419] Le principe de fusion fait ici logiquement débat: voir notamment Baumgarten C., Etievant G., Ghénin A., Milet L., Signoretto F., *Représentation du personnel: la fusion des instances signe la fin de la concertation dans les entreprises*, Le Droit Ouvrier, 2017, 529.

[1420] Krivine J., *« Les Dalton dans le blizzard » - Des instances élues entravées ?*, Le Droit Ouvrier, mars 2018, n°836, p. 155.

e) Validation de l'accord collectif pour applicabilité - homologation

L'applicabilité de l'accord collectif requiert qu'il réponde aux conditions de validité des accords collectifs majoritaires[1421].
L'accord collectif doit également être validé ou faire l'objet d'une acceptation tacite par la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi DIRECCTE.

L'employeur doit pour ce faire informer « sans délai »[1422], c'est-à-dire immédiatement la DIRECCTE, qu'une négociation a été ouverte en vue de conclure une rupture conventionnelle collective.
Il ressort des termes utilisés par le site du Ministère du travail français et de l'article D. 1237-7 du Code du travail, que l'employeur doit même informer la DIRECCTE dès son intention d'ouvrir une négociation[1423]. L'employeur peut aussi, le cas échéant, informer le directeur régional du siège de l'entreprise de sa volonté d'ouvrir une négociation, lequel directeur saisira ensuite sans délai le ministre chargé de l'Emploi qui désignera le directeur régional compétent[1424]. Cette désignation du directeur régional compétent devra être notifiée à l'entreprise sous dix jours à compter de la notification par l'employeur d'ouvrir une négociation[1425]. Le directeur régional doit informer l'employeur de sa compétence de telle manière qu'une date certaine en ressorte[1426], pour que l'employeur en informe ensuite le CSE et les organisations syndicales représentatives[1427].

[1421] Voir l'article L. 2232-12 du Code du travail, modifié par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, art. 4. Son alinéa 1 pose que « *la validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à sa signature par, d'une part, l'employeur ou son représentant et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants.* ».
[1422] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle collective*, droit du travail et rupture du contrat, publié et mis à jour le 11 avril 2018 et le 19 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-collective.
[1423] Information de la DIRECCTE du lieu où son entreprise ou l'établissement concerné est établi et ce par voie dématérialisée.
[1424] Pagnerre Y., Pagani K., *Le vade-mecum des ordonnances « Macron »*, Gualino, 2018, p. 68.
[1425] Pagnerre Y., Pagani K., *Le vade-mecum des ordonnances « Macron »*, Gualino, 2018, p. 68.
[1426] Pagnerre Y., Pagani K., *Le vade-mecum des ordonnances « Macron »*, Gualino, 2018, p. 68.
[1427] Article R. 1237-6-1 du Code du travail.

Concernant le rôle de la DIRECCTE, après information de l'employeur de sa volonté d'ouvrir une ou des négociations pour mettre en œuvre un rupture conventionnelle collective, la DIRECCTE peut à tout moment et par tout moyen adresser remarques et demandes à l'employeur[1428]. Cela de sa propre initiative ou après avoir échangé avec les organisations syndicales entre autres.

L'employeur transmet à la DIRECCTE l'accord finalisé pour validation et cela par voie dématérialisée[1429]. Pour ce faire le gouvernement exige que la transmission s'effectue pour les ruptures conventionnelles collectives, sur le site internet des plans de sauvegarde de l'emploi, PSE et des RCC[1430].

Le dossier à transmettre par voie dématérialisée sur le site internet du gouvernement est complet[1431] s'il contient l'accord prévu avec la totalité des clauses de l'article L. 1237-19-1 du code du travail, les informations prouvant la régularité des conditions dans lesquelles l'accord a été conclu[1432], si nécessaires les informations prouvant que l'information[1433] du CSE a bien été mise en œuvre et si le CSE n'est pas présent dans l'entreprise suite à une carence constatée dans les conditions de l'article L. 2314-9 du Code du travail, il faudra également joindre le procès-verbal de carence.

Dans le cas où le dossier transmis à la DIRECCTE n'est pas complet, ce sera à la DIRECCTE de demander un complément de dossier à l'employeur en adressant une copie de cette demande aux autre parties signataires de l'accord et au comité social et économique.

Tant que le dossier n'a pas été transmis au complet, le délai d'instruction ne courra pas[1434]. Précisons que la DIRECCTE, même si après avoir reçu un dossier complet, souhaite des

---

[1428] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 9.
[1429] Les dispositions relatives à la transmission par la voie dématérialisée de certaines informations et demandes sont entrées en vigueur à compter du 4 janvier 2018; Article D. 1237-8 et D. 1237-11 du Code du travail ; Lokiec P., *V. Rupture*, Recueil Dalloz, 19 avril 2018, n° 15, 824.
[1430] Ministère du travail, de l'emploi et du dialogue social pour transmission dématérialisée de la rupture conventionnelle collective, Portail PSE et RCC, http://www.portail-pse-rcc.emploi.gouv.fr.
[1431] Article D. 1237-9 du Code du travail.
[1432] Ce qui implique que le contenu sera différent selon la « qualité » des signataires.
[1433] Information du CSE qui est le minimum requis, cependant l'employeur peut éventuellement demander un avis au comité social et économique.
[1434] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 9.

documents justificatifs complémentaires de l'employeur, elle peut lui en faire la demande[1435] mais cette demande de justificatifs supplémentaires ne prorogera pas le délai d'instruction de 15 jours[1436].

Si l'accord collectif inclut des établissements qui relèvent de plusieurs DIRECCTE, l'employeur devra informer la DIRECCTE du siège de son entreprise[1437]. Cela est nécessaire pour que la DIRECCTE saisisse de suite le ministre chargé de l'emploi qui désignera la DIRECCTE compétente et communiquera sa décision à l'employeur dans un délai de dix jours[1438]. Si une décision expresse de la part du ministre chargé de l'emploi n'a pas lieu, la DIRECCTE chargée de la validation de l'accord collectif sera la DIRECCTE du siège de l'entreprise. Il sera nécessaire de voir la mise en pratique concernant cette nouvelle rupture conventionnelle collective, notamment au regard des délais qui seront nécessaires entre l'information par voie dématérialisée de l'employeur à la DIRECCTE et le temps nécessaire pour que la DIRECCTE en charge, informe l'employeur de sa compétence[1439].

Dès que la DIRECCTE compétente sera connue, l'employeur devra en informer, toujours « sans délai et par tout moyen », le Comité social économique et les organisations syndicales représentatives.

L'administration dispose de quinze jours[1440] à compter de la réception du dossier complet, après réception de l'accord collectif, pour le valider[1441]. La validation par la DIRECCTE signifie qu'elle s'est assurée de la conformité du dossier aux articles L. 1237-19[1442] et L. 1237-19-1 du

---

[1435] Dans le but d'opérer le contrôle prévu dans l'article L. 1237-19-3 du Code du travail.
[1436] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 9.
[1437] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle collective*, droit du travail et rupture du contrat, publié et mis à jour le 11 avril 2018 et le 19 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-collective.
[1438] Le délai de dix jours débute seulement à compter du jour de la notification par l'employeur de son intention d'ouvrir une négociation.
[1439] Sachant que ce sera à la DIRECCTE déclaré compétente d'informer l'employeur de sa compétence « par tout moyen » afin de conférer une date certaine. Ministère du travail, *La rupture conventionnelle collective*, droit du travail et rupture du contrat, publié et mis à jour le 11 avril 2018 et le 19 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-collective.
[1440] Article L. 1237-19-4 du Code du travail, modifié par la loi n°2018-217 du 29 mars 2018, art. 11.
[1441] Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 229.
[1442] L'article L. 1237-19 du Code du travail requiert qu'il s'agisse d'un accord collectif, qu'il ait été régulièrement conclu dans les conditions de droit commun, que soit déterminé le contenu d'une rupture conventionnelle collective qui exclue tout licenciement afin d'atteindre les objectifs de suppression d'emplois.

Code du travail ainsi que « *du caractère précis et concret des mesures (...)* visant à faciliter l'accompagnement et le reclassement externe des salariés sur des emplois équivalents ». La DIRECCTE s'assure également, « *le cas échéant, de la régularité de la procédure d'information du comité social économique* »[1443].

Le contenu du contrôle même de la DIRECCTE comprend ainsi l'absence de mesures de licenciement envisagées pour atteindre les objectifs assignés en termes de suppression d'emplois[1444], tout comme le contenu obligatoire de l'accord et la régularité de la procédure d'information du CSE[1445]. Mais le contrôle ne s'appliquera pas au caractère adéquat ou non des mesures d'accompagnement qui sont mises en place, ni à leur proportionnalité eu égard à la taille de l'entreprise, ses moyens et les moyens du groupe auquel l'entreprise appartient[1446].
Quant au contrôle du juge, celui-ci ne porte dans le cadre de la RCC que sur le respect des règles de procédures, c'est-à-dire sur le caractère majoritaire de l'accord, la régularité de l'accord, la régularité du mandat des signataires et la conformité de l'accord aux dispositions légales (procédure de consultation et d'information du CSE)[1447].

Une RCC sera plus avantageuse pour le futur des salariés selon le contrôle opéré par l'administration. C'est-à-dire si elle s'assure vraiment du caractère précis et concret des mesures de reclassement externe et d'accompagnement comme prévu dans la loi de ratification[1448]. En effet, si l'administration contrôle que l'accord négocié comprend bien de pertinentes mesures de reclassement externe, alors les mesures de retour à l'emploi profitant aux salariés seront plus effectives, ce qui ne sera pas le cas si seules des « chèques-valises » ont été accordées[1449]. Mais un tel contrôle n'est pour l'instant pas donné, ce qui donne à craindre pour cette forme de rupture nouvelle.

[1443] Article L. 1237-19-3 du Code du travail, modifié par la loi n°2018-217 du 29 mars 2018, article 11 ; Meftah I., *Les accords collectifs de gestion de l'emploi*, thèse, 30 novembre 2018, p. 113.
[1444] Meftah I., *Les accords collectifs de gestion de l'emploi*, thèse, 30 novembre 2018, p. 341.
[1445] Pagnerre Y., Pagani K., *Le vade-mecum des ordonnances « Macron »*, Gualino, 2018, p. 68.
[1446] Ghenim A., *Rupture conventionnelle collective et révision des règles du licenciement : la fin du licenciement pour motif économique ?* Le Droit Ouvrier, mars 2018, n°836, p. 148.
[1447] Ghenim A., *Rupture conventionnelle collective et révision des règles du licenciement : la fin du licenciement pour motif économique ?* Le Droit Ouvrier, mars 2018, n°836, p. 148.
[1448] Pagnerre Y., Pagani K., *Le vade-mecum des ordonnances « Macron »*, Gualino, 2018, p. 69.
[1449] Pagnerre Y., Pagani K., *Le vade-mecum des ordonnances « Macron »*, Gualino, 2018, p. 69.

La DIRECCTE doit informer sans délai et par tout moyen qui permette de donner date certaine qu'elle a reçu un dossier complet[1450]. Le délai de quinze jour donnant obligation à la DIRECCTE de notifier sa décision, vaut pour sa notification qui doit être motivée à l'instance de représentation du personnel dans l'entreprise ainsi qu'aux parties signataires[1451].

Cependant, une absence de réponse de la DIRECCTE vaut acceptation implicite. Dans la pratique, l'employeur transmettra à l'instance de représentation du personnel de l'entreprise et aux parties signataires, une copie de la demande de validation à la DIRECCTE avec l'accusé de réception de l'administration[1452].

La conséquence directe de la validation par la DIRECCTE de l'accord est que les parties pourront alors signer les conventions individuelles de rupture[1453].

(a) Refus de validation de l'accord collectif

Si la DIRECCTE refuse de valider l'accord, un nouvel accord collectif pourra être négocié en respectant les éléments de motivation posés par l'administration et en informant le comité social et économique de la reprise des négociations[1454]. La loi de ratification prévoit qu'en cas de négociation d'un nouvel accord, les parties devront avoir tenu compte des éléments de motivation qui ont accompagné la décision de l'administration[1455]. Suite à cela, l'autorité administrative se reprononcera.

Pour lier la procédure de validation de la DIRECCTE avec notre partie sur l'obligation de reclassement et d'accompagnement des salariés, la DIRECCTE doit apprécier globalement la

---

[1450] Pagnerre Y., Pagani K., *Le vade-mecum des ordonnances « Macron »*, Gualino, 2018, p. 69.
[1451] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle collective*, droit du travail et rupture du contrat, publié et mis à jour le 11 avril 2018 et le 19 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-collective.
[1452] Article L. 1237-19-4 du Code du travail, alinéa 4, article modifié par la loi n°2018-217 du 29 mars 2018, article 11.
[1453] Cette convention individuelle de rupture peut comprendre une référence à la décision de validation de la DIRECCTE.
[1454] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle collective*, droit du travail et rupture du contrat, publié et mis à jour le 11 avril 2018 et le 19 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-collective.
[1455] Pagnerre Y., Pagani K., *Le vade-mecum des ordonnances « Macron »*, Gualino, 2018, p. 69.

relation entre les objectifs recherchés par l'ordonnance[1456] et l'accord collectif négocié. Concernant les objectifs de l'ordonnance, il s'agit de pousser à encourager les dispositifs de mobilité volontaire d'un commun accord pour favoriser « à froid » les mutations économiques en garantissant des parcours professionnels « sécurisés » pour les salariés.
C'est pourquoi la DIRECCTE doit vérifier la nature précise et concrète des mesures de l'accord collectif relatif au reclassement et à l'accompagnement externe des salariés volontaires. C'est la DIRECCTE qui jugera du caractère légal ou pas des mesures prises dans le cadre de l'accord collectif en regardant notamment l'accompagnement opéré par l'employeur pour ses salariés volontaires. Sachant que l'employeur devra « *tenir compte du profil des salariés* », ce qui signifie que les salariés les plus fragiles ayant une moins grande chance que leur projet professionnel aboutisse, doivent être mieux accompagnés[1457].

D'autant que si les mesures d'accompagnement et de reclassement ne réussissent pas, les coûts de cet échec se reporteront sur la collectivité, alors que cette réforme cherche, à travers la rupture conventionnelle collective, à partager la responsabilité entre les acteurs.

(b) Contestation de la validation par l'autorité administrative

Les parties ont un droit de rétractation[1458], mais à ce droit de rétractation s'ajoute l'article L. 1235-7-1 du Code du travail qui pose les conditions des recours.
Les salariés concernés qui doivent être informés de la décision de validation et des délais pour les voies de recours ont la possibilité d'agir dans les deux mois de la décision devant le tribunal administratif, lequel devra statuer dans les trois mois. Peuvent également présenter un recours devant le juge administratif, l'employeur[1459] mais aussi les organisations syndicales[1460].

[1456] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 10.
[1457] Différence de traitement qui se retrouvera également dans l'indemnité de rupture versée. Quand le montant relève du dialogue social interne de l'entreprise.
[1458] Loi du 29 mars 2018.
[1459] A partir du moment où la décision de validation a été notifiée.
[1460] Comme pour les salariés, c'est-à-dire à partir du moment où la décision a été portée à leur connaissance.

Qu'il s'agisse de l'accord collectif, de son contenu ou de la régularité de la procédure avant validation par la DIRECCTE, ils ne feront pas l'objet d'un litige distinct du litige relatif à la décision de validation par l'administration devant le juge administratif[1461].

Le Ministère du travail pose que l'employeur affichera les voies et délais de recours mais aussi la décision de validation de l'accord ou les documents prouvant l'acceptation tacite par la DIRECCTE sur les lieux de travail des salariés, « *ou par tout autre moyen permettant de conférer date certaine* ».

Toute contestation de la convention aura donc lieu devant le juge administratif selon la procédure prévue pour les licenciements économiques collectifs[1462]. S'il y a dépassement du délai ou appel, c'est la cour administrative d'appel qui se prononcera sous trois mois et en cas de pourvoi en cassation ou de dépassement de ce délai, le litige sera porté devant le Conseil d'État[1463].

Le recours d'un accord collectif devant le tribunal administratif[1464] doit être présenté dans un délai de deux mois, soit par l'employeur à partir de la notification de la décision de validation, soit par les organisations syndicales et salariés à partir de la date à laquelle la décision de validation a été portée à leur connaissance[1465]. Le tribunal administratif (et la cour administrative d'appel) a trois mois pour statuer[1466].

Une seconde contestation peut être portée devant le Conseil de prud'hommes, quand initié par le salarié qui conteste l'exécution de la rupture conventionnelle collective et la rupture de son contrat de travail, avec un délai de prescription de douze mois dès la date de rupture effective

---

[1461] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle collective*, droit du travail et rupture du contrat, publié et mis à jour le 11 avril 2018 et le 19 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-collective.
[1462] Roig É., *La rupture conventionnelle collective : définition et procédure*, Droit-finances, novembre 2017, http://droit-finances.commentcamarche.net/contents/14811-la-rupture-conventionnelle-collective-definition-et-procedure.
[1463] Article L. 1235-7-1 du Code du travail, créé par la loi n°2013-504 du 14 juin 2013, art. 18 (V).
[1464] Article L. 1237-19-8 du Code du travail.
[1465] Pagnerre Y., Pagani K., *Le vade-mecum des ordonnances « Macron »*, Gualino, 2018, p. 70.
[1466] Pagnerre Y., Pagani K., *Le vade-mecum des ordonnances « Macron »*, Gualino, 2018, p. 71.

de son contrat de travail[1467]. Pour un salarié protégé, la contestation se fait devant le juge administratif[1468].

4. La rupture conventionnelle collective et la procédure du licenciement économique

La rupture conventionnelle collective étant la continuation des différents accords de maintien ou de préservation de l'emploi introduits avec la loi LSE de 2013[1469], puis la loi El Khomri de 2016[1470] et enfin l'ordonnance n°2017/1385 renforçant la négociation collective, elle a été créée pour « *répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou de développer l'emploi* »[1471]. Il en découle entre autres une volonté d'éviter la mise en œuvre de plans de sauvegarde de l'emploi. Ainsi, dans un arrêt du tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 16 octobre 2018, le tribunal estime par exemple que la rupture conventionnelle collective est bien à même d'être utilisée sans avoir à passer auparavant par la procédure de licenciement économique collectif[1472].

Cet arrêt, dans lequel les parties requérantes soutenaient qu'en voulant supprimer 226 postes à travers une rupture conventionnelle collective, leur employeur aurait éludé les règles impératives applicables en matière de plan de sauvegarde de l'emploi[1473], a été très critiqué, notamment par le professeur Dalmasso R. de l'Université de Lorraine[1474]. En l'espèce, la société employant 2175 salariés sur treize sites distincts, a engagé à partir de janvier 2018 des négociations

---

[1467] Dalmasso R., *La « rupture conventionnelle collective » : une chimère ?*, Le Droit Ouvrier, novembre 2017, n°832, p. 651 ; Icard J., *La prescription en droit du travail, Étude d'actualité des relations individuelles de travail*, Chronique, RJS, mai 2019, p. 332 ; Article du Code du travail, L. 1237-19-8, al. 2 ; Sachs T., *La raison économique en droit du travail, Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, thèse, 24 octobre 2009, p. 515.

[1468] RPDS, mai 2017, n° 965, p. 161; Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 26 mars 2014, numéro de pourvoi 12-21.136, assoc. Institut supérieur de l'agriculture de Beauvais.

[1469] Loi de sécurisation de l'emploi (LSE) de juin 2013.

[1470] Loi El Khomri du 8 août 2016.

[1471] Article L. 2254-2 I du Code du travail.

[1472] Arrêt du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 16 octobre 2018, numéro de pourvoi 1807099, *Fédération Sud Activités postales et de télécommunications et autres ;* Géa F., *Rupture conventionnelle collective, étape 2: le regard du juge administratif*, RDT, novembre 2018, p. 764.

[1473] Arrêt du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 16 octobre 2018, numéro de pourvoi 1807099, *Fédération Sud Activités postales et de télécommunications et autres*, p. 2.

[1474] Dalmasso R., *Rupture conventionnelle collective et procédure du licenciement économique : une cohabitation à établir – à propos du jugement du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 16 octobre 2018*, Le Droit Ouvrier, avril 2019, n°849.

avec les organisations syndicales représentatives pour signer un accord de RCC[1475]. Un accord ayant été conclu avec trois organisations syndicales représentatives pour ces 226 postes, cet accord a été transmis à la Direccte pour validation au 3 mai 2018 et validé au 18 mai 2018. Un syndicat non signataire et un salarié ont contesté devant la juridiction administrative la décision de validation de l'accord de RCC et demandé l'annulation, ce qui a été rejeté par le tribunal.

Nous avons déjà parlé de cette décision dans ce travail[1476], mais la question est de savoir si la RCC n'élude pas les règles impératives qui sont applicables en matière de procédure de licenciement économique collectif, notamment le plan de sauvegarde de l'emploi, qui est d'une grande importance.
En l'espèce, la suppression de postes étant supérieure à 10%, il en va de savoir s'il n'y a pas plutôt obligation de procéder à une procédure de licenciement économique collectif avant de mettre en place une RCC[1477].

Si en premier lieu, les dispositions de l'article L. 1237-19-3 du code du travail[1478] doivent avoir été respectées, ce qui a été le cas selon le tribunal administratif, le tribunal ajoute qu'en raison de l'engagement pris par la société « *de ne procéder à aucun licenciement pendant une période de douze mois suivant les premiers départs réalisés en application du même accord ; que ce délai raisonnable est de nature à établir 1'absence de contournement des règles relatives au licenciement pour motif économique* »[1479].

[1475] En application des articles L. 1237-19 et suivant du Code du travail.
[1476] Dans la partie sur « le contenu de l'accord collectif d'entreprise » : concernant l'obligation d'information de l'administration « sans délai », ceci ne signifiant cependant pas qu'il s'agit d'une condition de validité de l'accord, mais d'une condition pour permettre le suivi de la négociation collective.
[1477] Dalmasso R., *Rupture conventionnelle collective et procédure du licenciement économique : une cohabitation à établir – à propos du jugement du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 16 octobre 2018*, Le Droit Ouvrier, avril 2019, n°849, p. 194.
[1478] Article L. 1237-19-3 du Code du travail, modifié par la loi n°2018-217 du 29 mars 2018 en son article 11:
« *L'accord collectif mentionné à l'article L. 1237-19 est transmis à l'autorité administrative pour validation. L'autorité administrative valide l'accord collectif dès lors qu'elle s'est assurée :*
1° De sa conformité au même article L. 1237-19 ;
2° De la présence des clauses prévues à l'article L. 1237-19-1;
3° Du caractère précis et concret des mesures prévues au 7° du même article L. 1237-19-1 ;
4° Le cas échéant, de la régularité de la procédure d'information du comité social et économique. ».
[1479] Arrêt du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 16 octobre 2018, numéro de pourvoi 1807099, *Fédération Sud Activités postales et de télécommunications et autres*, p. 6 point 14 ; Voir aussi l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles, 4ème chambre, 14 mars 2019, n° 18VE04158, JurisData n° 2019-004411 et Aknin F., *Rupture du contrat de travail, L'autonomie de la RCC*, JCP S, 30 avril 2019, n° 17-18, 1136, p. 42. : La RCC est autonome, tant que sa mise en œuvre « *ne souffre pas de l'existence ou non d'une cause économique dès lors que l'engagement de ne procéder à aucun licenciement contraint est réel* ».

Ainsi, le fait que la société s'engage à ne pas licencier[1480] pendant une période de douze mois suivants les départs de la RCC, conforte le tribunal dans sa pensée qu'il n'y a pas erreur de droit. Le tribunal part du principe que s'il y a distinction entre droit du licenciement économique et droit de la rupture conventionnelle collective en raison ici de l'engagement de l'employeur à ne pas licencier pendant douze mois, alors la RCC est bien distincte et séparée d'un licenciement économique.

Cependant et comme souligné par le professeur Dalmasso R., il faut ici distinguer licenciement économique et procédure de licenciement économique[1481].
Ainsi, s'il n'y a pas ici de licenciement économique, cela ne signifie pas que la procédure de licenciement économique n'est pas réalisable, ou plutôt ne doit pas être mise en place, d'autant que la mise en place d'une procédure de licenciement économique n'aboutit pas forcément à des licenciements économiques[1482].

Rappelons que le grand avantage de la rupture conventionnelle collective réside dans la possibilité pour les employeurs de rompre des contrats de travail de manière collective et simultanée, tout en s'affranchissant du droit du licenciement économique et de ses obligations. Les salariés, qui eux n'acceptent cette RCC qu'une fois l'accord négocié et signé entre les syndicats et l'employeur, n'ont certainement pas véritablement initié cette rupture[1483]. La rupture est donc principalement avantageuse pour les employeurs.

[1480] Voir également sur l'engagement à ne pas licencier, Meftah I., *Les accords collectifs de gestion de l'emploi*, thèse, 30 novembre 2018, p. 340, 644 et Fabre A., *Ruptures conventionnelles collectives et congés mobilité : deux faux jumeaux*, SSL, 2018, n° 1800 : caractère illusoire du contrôle, le contrôle intervenant à un stade durant lequel on ne peut pas encore déterminer les actions de l'employeur face à une absence de candidats souhaitant partir.
[1481] Dalmasso R., *Rupture conventionnelle collective et procédure du licenciement économique : une cohabitation à établir – à propos du jugement du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 16 octobre 2018*, Le Droit Ouvrier, avril 2019, n°849, p. 194.
[1482] Dalmasso R., *Rupture conventionnelle collective et procédure du licenciement économique : une cohabitation à établir – à propos du jugement du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 16 octobre 2018*, Le Droit Ouvrier, avril 2019, n°849, p. 194.
[1483] Dalmasso R., *Rupture conventionnelle collective et procédure du licenciement économique : une cohabitation à établir – à propos du jugement du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 16 octobre 2018*, Le Droit Ouvrier, avril 2019, n°849, p. 194.

Le professeur Dalmasso R. s'appuie sur la directive n°98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998[1484] qui lie l'État français, pour supporter la nécessité de mettre en place la procédure de licenciement économique préalablement à la rupture conventionnelle collective[1485]. L'argumentation suit l'utilisation de la directive de la même manière que dans l'arrêt Dentressangle de la Cour de cassation du 9 mars 2011[1486]. Ainsi, ces ruptures (ici ruptures conventionnelles individuelles) « *peuvent être « assimilées à des licenciements » au sens de la directive à la condition, d'une part de revêtir un motif non inhérent à la personne des travailleurs, d'autre part, que les licenciements, ou ruptures assimilées, soient au moins au nombre de cinq et, enfin, de résulter d'une initiative de l'employeur* »[1487].

La condition de nombre est présente dans l'arrêt du tribunal administratif du 16 octobre 2018 avec ses 226 ruptures de contrats de travail.
Concernant la condition sur le motif de la rupture non inhérent à la personne des salariés, l'article L. 1237-19 du Code du travail mentionnant que les ruptures conventionnelles collectives ont un objectif de suppression d'emploi[1488], même si la RCC n'a pas à être justifiée et donc n'a pas à reposer sur des motifs économiques[1489]. Ceci signifie que les ruptures conventionnelles

---

[1484] Directive 98/59/CE du Conseil, 20 juillet 1998, relative au rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs.
[1485] Dalmasso R., *Rupture conventionnelle collective et procédure du licenciement économique : une cohabitation à établir – à propos du jugement du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 16 octobre 2018*, Le Droit Ouvrier, avril 2019, n°849, p. 195
[1486] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 9 mars 2011, n°10-11.581. V ; Voir aussi Borie J.-L., Note sous arrêt, Cour d'appel de Lyon, chambre sociale B, 11 janvier 2012, SA MGI Coutier contre C., Le Droit Ouvrier, août 2012, n° 769, p. 568 sur l'importance de l'arrêt Norbert Dentressangle qui a « *clairement tracé la ligne blanche à ne pas franchir* » que la rupture conventionnelle, ici individuelle, ne doit pas contourner la procédure de licenciement collectif. Dans cet arrêt que nous avons vu dans la partie de ce travail sur les « Exclusions et autorisations de ruptures au sein des ruptures conventionnelles », est posé l'intégration des conventions de RC dans les ruptures pouvant être prises en compte dans la détermination des seuils de déclenchement d'un PSE ; Voir également Dalmasso R., *L'incidence de l'intégration des ruptures conventionnelles au plan de sauvegarde de l'emploi : une nouvelle voie d'action pour annuler un licenciement économique*, RDT, 2012, 379 et Dalmasso R., *La place du consentement du salarié dans les contentieux de la rupture conventionnelle*, sous la direction de Sachs T., Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012, p. 229.
[1487] Dalmasso R., *Rupture conventionnelle collective et procédure du licenciement économique : une cohabitation à établir – à propos du jugement du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 16 octobre 2018*, Le Droit Ouvrier, avril 2019, n°849, p. 196.
[1488] Article L. 1237-19 du Code du travail: « *Un accord collectif peut déterminer le contenu d'une rupture conventionnelle collective excluant tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppression d'emplois.* ».
[1489] Tels que définis à l'article L. 1233-3 du Code du travail ; Voir aussi Aknin F., *Rupture du contrat de travail, L'autonomie de la RCC*, JCP S, 30 avril 2019, n° 17-18, 1136, p. 42 et l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles, 4ème chambre, 14 mars 2019, n° 18VE04158, JurisData n° 2019-004411.

collectives ont bien un motif d'ordre économique et que ce motif n'est donc pas inhérent à la personne du salarié[1490].
La troisième condition d'imputabilité de la rupture à l'initiative de l'employeur est également remplie, dès lors que c'est l'employeur qui va engager la négociation avec les syndicats, notamment concernant le nombre de ruptures de contrats de travail qu'il envisage et si les salariés signent, cela ne se fait qu'à la fin de la procédure.

Ces trois conditions de la directive étant remplies, l'auteur Dalmasso R. a raison de soutenir qu'une rupture conventionnelle collective doit donc, afin d'être valide, être précédée d'une procédure de licenciement économique collectif. Il encourage les juges français à coordonner cette nouvelle rupture conventionnelle collective avec le droit existant, tant national que communautaire, ce qui n'encourage pas les employeurs à mettre en place des ruptures conventionnelles collectives, mais cela souligne bien que ces ruptures de contrat de travail sont des actes graves[1491] qui ne doivent pas être conclus à la légère.

[1490] Voir Arrêt du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 16 octobre 2018, numéro de pourvoi 1807099, *Fédération Sud Activités postales et de télécommunications et autres*, p. 6 point 14 et Dalmasso R., *Rupture conventionnelle collective et procédure du licenciement économique: une cohabitation à établir – à propos du jugement du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 16 octobre 2018*, Le Droit Ouvrier, avril 2019, n°849, p. 196.
[1491] Dalmasso R., *Rupture conventionnelle collective et procédure du licenciement économique : une cohabitation à établir – à propos du jugement du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 16 octobre 2018*, Le Droit Ouvrier, avril 2019, n°849, p. 197.

Section 2. Les indemnités et leurs conséquences fiscales et sociales de la nouvelle rupture conventionnelle collective

La nouvelle rupture conventionnelle collective amène avec elle des conséquences fiscales et sociales, sachant que seule la pratique pourra en montrer la véritable portée sur les salariés concernés. Nous verrons dans cette section ce qu'il en est du montant de l'indemnité prévu, quel est le régime social et fiscal qui trouve à s'appliquer et quel est l'impact sur les allocations chômage.

I. Les indemnités de rupture conventionnelle collective

Concernant les indemnités de départ, les indemnités de rupture conventionnelle collective permettent au salarié, comme pour la rupture conventionnelle individuelle, de toucher des indemnités, indemnités qui ne peuvent être inférieures aux indemnités légales[1492] dues en cas de licenciement pour motif économique[1493]. Cependant, les indemnités perçues varieront, en ce que les indemnités de la rupture conventionnelle collective sont prévues dans l'accord collectif[1494].

[1492] Pour plus d'information sur le calcul du montant minimum de l'indemnité légale à verser, s'il n'y a pas l'application d'une plus haute indemnité conventionnelle, voir la partie de ce travail sur l'indemnité de rupture pour une rupture conventionnelle individuelle.
[1493] L'indemnité légale de licenciement constitue le droit minimal des salariés licenciés en contrat à durée indéterminée, sauf si le licenciement à eu pour cause une faute grave ou une faute lourde. Ce droit requiert une période d'ancienneté minimale de 8 mois (ancienneté requise d'un an pour les licenciements prononcés avant le 23 septembre 2017, voir ordonnance du 22 septembre 2017) ininterrompus à partir du jour de la notification du licenciement. Nous avons vu l'indemnité légale de licenciement dans la partie sur les indemnités de rupture dans le cadre de la rupture conventionnelle; Ministère du travail, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 11 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee#Quelles-sont-les-indemnites-dues-au-salarie.
[1494] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle collective*, droit du travail et rupture du contrat, publié et mis à jour le 11 avril 2018 et le 19 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-collective.

Déjà précisé dans la partie portant sur les indemnités dans le cadre de la rupture conventionnelle individuelle est l'absence de distinction, lors du calcul de l'indemnité légale de licenciement, entre un licenciement d'origine économique ou non économique[1495].

Nous avons vu que la DIRECCTE doit, avant de valider l'accord collectif portant rupture conventionnelle collective, s'assurer que les mesures d'accompagnement et de reclassement des salariés ont bien été mises en place et suivies, ainsi que s'être assurée que l'employeur a opéré un suivi plus protecteur et renforcé pour les salariés « faibles ». Ceci devra également être pris en compte lors de la fixation du montant des indemnités de rupture. La DIRECCTE contrôlera ainsi la présence d'un « *équilibre entre les mesures indemnitaires et les mesures d'accompagnement et de reclassement externe* »[1496].

Une remarque personnelle sur ce point et touchant également à la volonté gouvernementale de permettre une rupture conventionnelle collective à certains types de salariés, mais aussi à la volonté de ne pas exclure les séniors, entre autres, de cette rupture. Il ressort que si l'on associe cela à l'obligation d'« équilibrer » l'indemnisation aux mesures d'accompagnement et de reclassement mises en place selon le profil des salariés (faibles ou non), il est reconnu indirectement que la rupture conventionnelle collective est bien à même de mener à des pertes d'emplois pour nombre de salariés « faibles » et que cette perte d'emploi sera uniquement mieux rémunérée dans le cadre de l'indemnité de rupture.

[1495] Ministère du travail, *L'indemnité légale de licenciement*, publié le 17 septembre 2015, mis à jour le 26 septembre 2017, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/licenciement/article/l-indemnite-legale-de-licenciement.
[1496] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 10.

II. Régime social et fiscal des indemnités de départ dans la rupture conventionnelle collective

1. Régime social de la nouvelle rupture conventionnelle collective

a) Différentiation des différentes cotisations sociales

Les cotisations de sécurité sociale[1497] sont à la charge des employeurs et salariés. Ces cotisations couvrent l'assurance maladie, la maternité, l'invalidité, les décès et l'assurance vieillesse de base[1498] et ont comme base de calcul tous les éléments de rémunération obtenus par le salarié contre son travail effectif.

Le forfait social[1499] est à la charge des employeurs seulement. Les indemnités de rupture conventionnelle individuelle y sont soumises[1500].

La Contribution Sociale Généralisée et la Contribution au Remboursement de la dette sociale[1501], en tant que prélèvements sociaux sont prélevés à la source et sont à la charge des salariés. La CSG finance plus précisément l'assurance maladie, les prestations familiales et le fonds de solidarité vieillesse[1502] et la CRDS contribue à rembourser la dette sociale.

[1497] Explication notamment pour les allemands lisant ce travail, sachant que nous ne présenterons pas toutes les différentes cotisations sociales qui existent pour les employeurs et salariés mais seulement les cotisations de sécurité sociale, le forfait social et la CSG et CRDS. Celles-ci étant importantes à relever dans le cadre de ce travail.
[1498] A travers le régime général de la retraite ou le régime de protection sociale agricole.
[1499] Le forfait social est une contribution à la charge d'un employeur cotisant qui est prélevée sur les rémunérations ou gains exonérés de cotisations de sécurité sociale mais assujettie à la CSG, ces deux conditions étant cumulatives. Il peut y avoir exception à ce principe de respect des deux conditions cumulatives. Certaines sommes vont être expressément soumises au forfait social et d'autres en seront exclues, indépendamment de leur assujettissement à la CSG ou aux cotisations.
[1500] RF, *Rupture conventionnelle individuelle*, octobre 2019, 1108, 23, p. 480 et RF, 1105, § 1219.
[1501] Service-public.fr, *Contributions sociales (CSG, CRDS)*, https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/N17580.
[1502] FSV.

b) Conditions pour l'exonération des cotisations sociales et de la CSG, CRDS

L'article 80 duodecies du Code Général des Impôts a été modifié récemment par l'article 12 du projet de loi de finances pour 2018. En ressort une exonération partielle de cotisations sociales et de CSG/CRDS[1503]. L'exclusion de l'assiette des cotisations vaut pour la part non imposable de l'indemnité de rupture conventionnelle collective dans la limite de deux fois le plafond annuel de la sécurité sociale[1504].

Cependant, dès que les indemnités de ruptures passent au-dessus de dix Pass, c'est-à-dire qu'elles sont supérieures à dix fois le plafond de la sécurité sociale, ou bien supérieures à cinq Pass quand il s'agit d'un mandataire social, les indemnités de rupture seront alors intégralement soumises aux cotisations sociales ainsi qu'à la CSG et CRDS dès le premier euro[1505].
La limite de dix fois le plafond annuel de la sécurité sociale, également appelé 10 Pass, représente la limite au-delà de laquelle on parle de « parachutes dorés ». Le plafond annuel de la sécurité sociale PASS est en 2019 à hauteur de 40524 euros[1506].

c) CSG et CRDS

Quant aux indemnités de ruptures versées suite à une rupture conventionnelle collective, dès que la part des indemnités excède le montant prévu par soit la convention collective de branche, l'accord professionnel ou interprofessionnel, soit à défaut par la loi, soit en l'absence de montant légal ou conventionnel pour ce motif, la fraction qui excède l'indemnité légale ou

---

[1503] Voir les articles L. 242-1 et L. 136-2 du Code de la sécurité sociale CSS; Ainsi qu'une exonération totale d'impôt sur le revenu.
[1504] Le plafond de la sécurité social est nommé « Pass » par le réseau URSSAF; URSSAF, *les indemnités de rupture du contrat de travail ou des fonctions de mandataire » les indemnités de rupture conventionnelle*, https://www.urssaf.fr/portail/home/employeur/calculer-les-cotisations/les-elements-a-prendre-en-compte/les-indemnites-de-rupture-du-con/les-indemnites-de-rupture-conven.html.
[1505] URSSAF, *les indemnités de rupture du contrat de travail ou des fonctions de mandataire » les indemnités de rupture conventionnelle*, https://www.urssaf.fr/portail/home/employeur/calculer-les-cotisations/les-elements-a-prendre-en-compte/les-indemnites-de-rupture-du-con/les-indemnites-de-rupture-conven.html.
[1506] PMSS et PASS 2019, *Les Plafonds de la Sécurité Sociale*, https://bonne-assurance.com/lexique/plafonds-de-la-securite-sociale/; Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 237.

conventionnelle de licenciement, elle sera « *incluse dans l'assiette de la CSG-CRDS, sans que cette fraction puisse être inférieure au montant assujetti à cotisations* »[1507].

d) Le forfait social dans le cadre de la rupture conventionnelle collective

L'URSSAF a tout d'abord imposé la soumission des indemnités de rupture conventionnelle collective au forfait social d'un taux de 20 % pour la part exclue de l'assiette des cotisations sociales mais soumise à la CSG et CRDS[1508]. Pour ensuite changer d'avis et exonérer totalement les indemnités de rupture conventionnelle collective du forfait social[1509].
Sachant que le forfait social est une contribution versée par l'employeur et donc portée par lui, le fait de ne pas exiger la soumission de l'indemnité versée dès le premier euro dans le cadre de la rupture conventionnelle collective, est à comprendre comme un avantage non négligeable accordé aux employeurs.

(a) Différence entre le forfait social de la rupture conventionnelle individuelle et de la nouvelle rupture conventionnelle collective

L'indemnité de rupture conventionnelle individuelle est assujettie au forfait social, mais seulement si le salarié n'est pas en situation de bénéficier d'une pension de retraite légale. Le forfait social représente la contribution versée par l'employeur et est prélevée sur la part de l'indemnité qui est exonérée de cotisations sociales et il y a exonération totale en cas de parachutes dorés, c'est-à-dire d'un dépassement du seuil des dis Pass[1510].

[1507] URSSAF, *les indemnités de rupture du contrat de travail ou des fonctions de mandataire » les indemnités de rupture conventionnelle*, https://www.urssaf.fr/portail/home/employeur/calculer-les-cotisations/les-elements-a-prendre-en-compte/les-indemnites-de-rupture-du-con/les-indemnites-de-rupture-conven.html.
[1508] Pour retrouver les termes utilisés en avril 2018 par l'URSSAF posant le taux de 20%, voir: https://www.legisocial.fr/actualites-sociales/2725-rupture-conventionnelle-collective-forfait-social-urssaf-change-avis.html?utm_source=LEGISOCIAL+-+Marketing&utm_medium=email&utm_campaign=LÃ©giSocial+-+Newsletter+-+%23389&hash=2bab89794abcce11eb0ff412eb63f1c8.
[1509] Changement de direction de l'URSSAF au 12 juin et 9 juillet 2018 : URSSAF, *les indemnités de rupture du contrat de travail ou des fonctions de mandataire,* les indemnités de rupture conventionnelle collective, https://www.urssaf.fr/portail/home/employeur/calculer-les-cotisations/les-elements-a-prendre-en-compte/les-indemnites-de-rupture-du-con/les-indemnites-de-rupture-conv-2.html; RF, *Rupture conventionnelle collective*, octobre 2019, 1108, 24, p. 495.
[1510] Legisocial, *Régime social et fiscal des indemnités de rupture 2018*, dernière mise à jour le 20 avril 2018, https://www.legisocial.fr/reperes-sociaux/regime-social-fiscal-indemnites-rupture-2018.html.

L'Urssaf pose que « *l'indemnité de rupture conventionnelle est assujettie au forfait social sur la partie exonérée de cotisations, peu importe que cette fraction soit soumise à CSG ou non*. »[1511].

On observe donc que pour la rupture conventionnelle collective, il y a une moindre exposition au forfait social que pour la rupture conventionnelle individuelle.

(b) Exemple pratique

Pour mieux comprendre ces mécanismes, nous pouvons prendre l'exemple de l'URSSAF[1512] avec une indemnité de rupture conventionnelle collective d'un montant de 30000 €. Ce montant est exonéré en totalité des cotisations de Sécurité sociale comme le montant ne dépasse pas la limite de deux fois le plafond annuel de la sécurité sociale[1513]. Il faut par la suite regarder les dispositions de l'accord collectif qui s'appliquent à l'entreprise et prévoit par exemple un montant d'indemnité de rupture collective ne devant pas être inférieur à 25000€. Dans ce cas, l'indemnité qui a été versée au salarié d'un montant de 30000€ sera soumise à la CSG et à la CRDS sur la part de 5000€ et le forfait social au taux de 20% qui devait s'appliquer sur ce montant de 5000€ ne s'applique plus.

e) Difficultés et changements de décisions pour la mise en place de la réforme Macron concernant le régime applicable aux indemnités de la rupture conventionnelle collective : entre alignement du régime fiscal sur le PSE et forfait social

Nous avons préalablement posé que pour le réseau URSSAF, l'indemnité de rupture conventionnelle collective ne se voit plus appliquer le forfait social à 20%.

[1511] Quand l'indemnité de rupture conventionnelle collective était elle aussi assujettie au forfait social, selon l'Urssaf et l'Acoss (Caisse nationale du réseau des Urssaf), la formulation différait: « *Les indemnités de rupture conventionnelle collective sont soumises au forfait social au taux de 20 % pour la part exclue de l'assiette des cotisations sociales mais soumise à CSG-CRDS*. ».

[1512] https://www.urssaf.fr/portail/home/employeur/calculer-les-cotisations/les-elements-a-prendre-en-compte/les-indemnites-de-rupture-du-con/les-indemnites-de-rupture-conv-2.html.

[1513] 2 Pass qui est d'un montant de 79464 € en 2018.

Les raisons derrière cette décision sont les suivantes :

Pour la Caisse nationale du réseau des Urssaf, laquelle use des dispositions posées dans le code de la sécurité sociale, il ressort que le régime social de l'indemnité de rupture conventionnelle est moins favorable pour l'entreprise que celui du plan de sauvegarde de l'emploi en cas d'application du forfait social[1514]. Or, le Ministère du travail a posé que le régime social de la rupture conventionnelle collective est aligné sur le PSE, faisant que les indemnités qui vont être versées aux parties ayant conclu cette rupture conventionnelle collective, seront versées comme dans un plan de sauvegarde de l'emploi[1515]. Si le régime social de l'indemnité de la rupture conventionnelle collective doit être aligné sur le régime des indemnités versées dans le cadre d'un PSE[1516] selon le Ministère du travail et le site de l'URSSAF, cela doit donc forcément exclure le forfait social[1517].

Or, l'article L. 137-15[1518] du Code de la sécurité sociale posait dans le point 3 que sont exonérées seulement « *les indemnités de départ volontaire versées dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi qui sont exclues de l'assiette des cotisations de sécurité sociale* (…) ». Le groupe « revue fiduciaire »[1519] qui avait noté ce manquement (application du forfait social), a obtenu de l'Acoss l'information que en tant que caisse nationale du réseau des Urssaf, elle respecte à la lettre le code de la sécurité sociale et assujettit ainsi les indemnités de la nouvelle rupture conventionnelle collective au forfait social. Ceci à l'encontre donc de l'avis posé par le

---

[1514] RF Paye, groupe revue fiduciaire, dépêche du 19 avril 2018, http://rfpaye.grouperf.com/depeches/41364.html.

[1515] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 7.

[1516] Avec application de l'article 80 duodecies du CGI modifié par l'article 12 du projet de loi de finances pour 20018, qui pose une exonération totale d'impôt sur le revenu et une exonération partielle de cotisations sociales et de CSG et CRDS, comme inscrit aux articles L. 242-1 et L. 136- 2 du Code de la sécurité sociale.

[1517] Ceci est confirmé sur le site même de l'Urssaf: URSSAF, *Les indemnités de rupture du contrat de travail ou des fonctions du mandataire*, synthèse, https://www.urssaf.fr/portail/home/employeur/calculer-les-cotisations/les-elements-a-prendre-en-compte/les-indemnites-de-rupture-du-con/synthese.html.

[1518] L'article L. 137-15 du Code de la sécurité sociale, modifié par la loi 2015-1785 du 29 décembre 2015, art. 15 (V) pose que : « *Les rémunérations ou gains assujettis à la contribution mentionnée à l'article L. 136-1 et exclus de l'assiette des cotisations de sécurité sociale définie au premier alinéa de l'article L. 242-1 du présent code et au deuxième alinéa de l'article L. 741-10 du code rural et de la pêche maritime sont soumis à une contribution à la charge de l'employeur, à l'exception : (…) 3° Des indemnités de licenciement, de mise à la retraite ainsi que de départ volontaire versées dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi qui sont exclues de l'assiette des cotisations de sécurité sociale en application du douzième alinéa de l'article L. 242-1 du présent code ;* » et pour la rupture conventionnelle individuelle : « *Sont également soumises à cette contribution les indemnités versées à l'occasion de la rupture conventionnelle mentionnée aux articles L. 1237-11 à L. 1237-15 du code du travail, pour leur part exclue de l'assiette de la contribution mentionnée à l'article L. 136-1 du présent code en application du 5° du II de l'article L. 136-2.* ».

[1519] RF Paye, groupe revue fiduciaire, dépêche du 19 avril 2018, http://rfpaye.grouperf.com/depeches/41364.html.

Ministère du travail qui prévoit un alignement du régime des indemnité au régime des indemnités du PSE qui comprend une exonération du forfait social.

Cela ayant rendu la rupture conventionnelle collective moins attractive pour les employeurs, si comparée avec les plans de sauvegarde de l'emploi, cela a été rapidement modifié.
Bien qu'au départ le forfait social ait été appliqué, cela n'a pas découragé les entreprises de se saisir de ce nouveau dispositif et d'en user. Tels PSA et Pimkie par exemple. Les syndicats de PSA[1520] ont dans leur majorité[1521] signé l'accord de rupture conventionnelle collective. L'accord collectif signé prévoyait 1300 départs volontaires et 1400 embauches en CDI.

2. Régime fiscal de la nouvelle rupture conventionnelle collective

Comme pour le régime social, le régime fiscal de la rupture conventionnelle collective est également identique au régime du PSE. Ceci ressort de l'article 3 de la Loi de finances pour 2018[1522], dont il ressort que le régime fiscal des indemnités versées sous une rupture conventionnelle collective est aligné sur le régime en vigueur des indemnités de licenciement versées dans un PSE. Ainsi, une indemnité versée dans le cadre d'une rupture conventionnelle collective aura une exclusion de l'impôt sur le revenu.
Ceci diffère du régime de la rupture conventionnelle individuelle de 2008 qui prévoit dans le cadre du régime social une distinction incorporant la possibilité donnée ou pas de bénéficier d'une pension de retraite légale, cette distinction n'a pas été incorporée dans la rupture conventionnelle collective.
Cela s'avère être un réel avantage pour les salariés qui se portent volontaires à une rupture conventionnelle collective.

[1520] Le groupe PSA est un groupe automobile français exploitant les marques de voitures Peugeot, Citroën, DS, Vauxhall et Opel.
[1521] Avec l'exception de la CGT qui représentait 19,6 % des voix, les autres organisations syndicales FO, CFDT, CFE-CGC et GSEA ont signé le projet de rupture conventionnelle collective.
[1522] Loi de finances pour 2018 publiée au Journal officiel du 31 décembre 2017; Article 3 : *Au 1° du 1 de l'article 80 duodecies du code général des impôts, le mot : « et » est remplacé par le signe : « , » et, après la référence : « L. 1235-13 », sont insérées les références : « , au 7° de l'article L. 1237-18-2 et au 5° de l'article L. 1237-19-1* ».

En effet, dans le cadre de la rupture conventionnelle individuelle de l'article L. 1237-13 du Code du travail, le salarié se verra être imposé sur la totalité du montant de l'indemnité de rupture. Ceci car l'article 80 duodecies du Code général des impôts dans son point 6, ne prévoit pas d'exonération de l'imposition pour les salariés « *en droit de bénéficier d'une pension de retraite d'un régime légalement obligatoire* » [1523].

Tandis que pour la nouvelle rupture conventionnelle collective, l'article 80 duodecies du code général des impôts a été modifié par l'article 3[1524] de la loi de finances pour 2018[1525] n° 2017-1387 au 30 décembre 2017 qui a notamment rajouté dans l'énumération des rémunérations non imposables l'article L. 1237-19-1 dans son cinquième point les indemnités de rupture d'une Rupture conventionnelle collective.

[1523] Article 80 duodecies du Code général des impôts, modifié par la loi n° 2017-1837 du 30 décembre 2017, art. 3 : « *1. Toute indemnité versée à l'occasion de la rupture du contrat de travail constitue une rémunération imposable, sous réserve des dispositions suivantes.*
Ne constituent pas une rémunération imposable : » (…) « 6° La fraction des indemnités prévues à l'article L. 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 : a) 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, ou 50 % du montant de l'indemnité si ce seuil est supérieur, dans la limite de six 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 ; b) Soit le montant de l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective de branche, par l'accord professionnel ou interprofessionnel ou, à défaut, par la loi. ».

[1524] L'article 3 de la loi de finances pour 2018 n°2017-1387 du 30 décembre 2017, publiée au journal officiel le 31 décembre 2017, pose que « *au 1° du 1 de l'article 80 duodecies du code général des impôts, le mot : « et » est remplacé par le signe : «, » et, après la référence : « L. 1235-13 », sont insérées les références : «, au 7° de l'article L. 1237-18-2 et au 5° de l'article L. 1237-19-1 ».* ».

[1525] L'article L. 1237-19-1, modifié par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, art. 11 pose que « *l'accord portant rupture conventionnelle collective détermine :* » dans son point 5 « *Les modalités de calcul des indemnités de rupture garanties au salarié, qui ne peuvent être inférieures aux indemnités légales dues en cas de licenciement ;* » ;
Ainsi, l'article 80 duodecies du Code général des impôts comprend désormais une exonération totale d'impôts pour les indemnités de rupture conventionnelle collective.

III. Allocations chômage

La rupture conventionnelle collective donne droit à l'assurance chômage.
Si le salarié fait face à un échec de son projet professionnel et que son contrat a été rompu dans le cadre de l'accord collectif, il pourra cependant percevoir les allocations chômage dans les conditions de droit commun. Il pourra dans ce cadre prétendre à l'allocation d'aide au retour à l'emploi ARE[1526], mais aussi à l'allocation d'aide au retour à l'emploi formation ARE-F[1527]. Pour ce faire, le chômeur devra remplir les conditions nécessaires et s'inscrire notamment à Pôle Emploi.

Le législateur a ici mis en place un « filet de sécurité » à travers la modification des articles L. 5421-1 et L. 5422-1 du Code du travail, dans le cas où les salariés volontaires à la rupture d'un commun accord de leur contrat de travail[1528] n'ont pas décidé de s'inscrire à l'assurance chômage après la rupture. Ces articles prévoient dès à présent que ces salariés bénéficient de l'assurance chômage suite à une rupture d'un commun accord[1529].

[1526] Convention du 14 avril 2017 sur l'assurance chômage, applicable pour tous les salariés ayant perdu leur emploi après le 31 octobre 2017; Voir : Ministère du travail, *l'Allocation d'aide au retour à l'emploi (ARE)*, publié le 3 novembre 2017, http://travail-emploi.gouv.fr/emploi/indemnisation/article/allocation-d-aide-au-retour-a-l-emploi-are.
[1527] Selon l'Unedic, une mention de RC sur l'attestation d'employeur qui est destinée à Pôle emploi, suffit pour qualifier le chômage comme étant involontaire. Voir le Règlement général annexé à la convention Unédic, 14 mai 2014 ; Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 11 ; Unedic.fr, *Allocation d'aide au retour à l'emploi formation (ARE-F)*, dernière mise à jour le 1er mars 2018, https://www.unedic.org/indemnisation/fiches-thematiques/allocation-daide-au-retour-lemploi-formation-are-f.
[1528] Dans le cadre d'une rupture conventionnelle collective.
[1529] Rupture d'un commun accord dans les conditions des articles L. 1237-17 et suivants du Code du travail; Article L. 5421-1 du Code du travail, modifié par les ordonnances n°2017-1387 du 22 septembre 2017 et n° 2017-1718 du 20 décembre 2017, « Indemnisation des chômeurs »: « *En complément des mesures tendant à faciliter leur reclassement ou leur conversion, les travailleurs involontairement privés d'emploi (…) et ceux dont le contrat de travail a été rompu d'un commun accord selon les modalités prévues aux articles L. 1237-17 à L. 1237-19-14 du présent code, aptes au travail et recherchant un emploi, ont droit à un revenu de remplacement dans les conditions fixées au présent titre* ».

Section 3. Litiges et recours au sein de la rupture conventionnelle collective

Cette section va se pencher sur le règlement des litiges dans le cadre des ruptures conventionnelles collectives et particulièrement concernant les salariés protégés. Les séniors sont ici les grands désavantagés de ce mode de rupture, lequel les vise spécialement.

I. Règlement des litiges portant sur les ruptures des contrats de travail au sein de la rupture conventionnelle collective

Tout litige touchant à la rupture des contrats de travail suite à une rupture conventionnelle collective[1530] doit être porté, à peine d'irrecevabilité, dans un délai de 12 mois[1531] après la rupture effective du contrat de travail devant le conseil de prud'hommes.

En revanche, les litiges concernant le contenu de l'accord collectif et la régularité de la procédure relèvent eux de la compétence en premier ressort du tribunal administratif et ceci à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux[1532].

II. Les salariés protégés dans la rupture conventionnelle collective

Si tout salarié peut contester dans un délai de douze mois devant les prud'hommes pour ce qui est de la rupture de son contrat de travail suivant une rupture conventionnelle collective, les salariés protégés tels membres des DP, DS, élus CE, CHSCT et CSE ont la possibilité de contester devant le juge administratif l'autorisation de la DIRECCTE.

[1530] Diffère de la contestation de la convention, où il y a deux mois pour formuler le recours et le tribunal administratif a trois mois pour se prononcer.
[1531] Ce délai de douze mois était auparavant de vingt-quatre mois pour tout ce qui touchait à l'exécution ou la rupture des contrats de travail. Seules les contestations déposées avant le 23 septembre 2017 peuvent encore bénéficier du délai de deux ans.
[1532] Article L. 1237-19-8 du Code du travail; Pagnerre Y., Pagani K., *Le vade-mecum des ordonnances « Macron »*, Gualino, 2018, p. 70.

1. Les membres de la délégation du personnel

Un salarié protégé peut se porter volontaire à la nouvelle rupture conventionnelle, sous réserve de l'autorisation de l'inspection du travail. L'autorisation de l'inspecteur du travail se fera dans les mêmes conditions que pour un licenciement[1533] et si une autorisation est accordée, la rupture ne pourra être mise en place qu'au lendemain de l'autorisation.

La démarcation reste la même que dans la rupture conventionnelle individuelle : sachant que pour un salarié non protégé, l'acceptation par son employeur de sa candidature au départ volontaire résulte automatiquement en une rupture de son contrat de travail d'un commun accord[1534]. Il en va différemment pour un salarié dit protégé, tel un délégué du personnel, un délégué syndical ou un membre élu de la délégation du personnel du nouveau comité social et économique, l'autorisation de l'inspection du travail est obligatoirement requise[1535].

2. Les médecins du travail

Pour les médecins du travail, une autorisation de l'inspecteur du travail est également requise et elle aura lieu après que le médecin inspecteur du travail ait donné son avis[1536].

[1533] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle collective*, droit du travail et rupture du contrat, publié et mis à jour le 11 avril 2018 et le 19 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-collective.

[1534] Dalmasso R., *La « rupture conventionnelle collective » : une chimère ?*, Le Droit Ouvrier, novembre 2017, n°832, p. 650.

[1535] Article L.1237-19-2, alinéa 2 du Code du travail.

[1536] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle collective*, droit du travail et rupture du contrat, publié et mis à jour le 11 avril 2018 et le 19 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-collective.

3. Les séniors

Malgré le fait que la rupture conventionnelle collective requiert une absence de discrimination[1537] en raison de l'âge au sein des salariés, une possibilité de fraude au travers d'un plan social déguisé servant comme un système de préretraite perdure.

La seule mesure pour l'instant prise par le Ministère français du travail a été de « demander » aux DIRECCTEs d'être particulièrement attentives et de ne pas homologuer les demandes dès lors qu'il apparaît que les entreprises ciblent les séniors pour les pousser à la retraite[1538].

D'où la question de savoir si des mesures « séniors » sont passibles d'être ancrées dans un accord collectif de rupture conventionnelle collective. Le Ministère du travail ne répond pas expressément à cette question, en ce qu'il rappelle seulement la « *prohibition de toute discrimination, notamment à raison de l'âge* » qui est une règle d'ordre public et « *qui fera l'objet d'une attention toute particulière de la DIRECCTE* ». Nous observons que la réponse à cette question de savoir si oui ou non « *des mesures seniors peuvent figurer dans l'accord portant RCC* » n'est pas claire[1539], incorporant uniquement une nécessité « *d'être vigilant sur les critères de sélection (...) et de leur absence de caractère discriminatoire*[1540] ».
D'autant que le gouvernement va plus loin dans sa réponse, posant que « *dans ce cadre, l'appel au volontariat peut susciter l'intérêt des salariés âgés qui y voient un moyen de partir plus tôt à la retraite.* » et en rajoutant qu'« *il conviendra dans ce cas de s'assurer que le volontariat leur permet : soit de réaliser, comme tout autre salarié, un projet professionnel réel, soit de liquider leur pension de retraite immédiatement ou de manière différée via un portage financier couvert intégralement par l'entreprise.* »

[1537] Le droit français a une liste de motifs discriminatoire exhaustive, ce qui n'est pas le cas des textes européens et internationaux, voir notamment l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ; Lokiec P., Porta J., *Droit du travail : relations individuelles de travail*, Recueil Dalloz, 13 avril 2017, n° 15, 842.
[1538] Éditions législatives, Bariet A., *Les plans de départs volontaires font leur entrée dans le code du travail*, 1er septembre 2017, http://www.editions-legislatives.fr/content/les-plans-de-départs-volontaires-font-leur-entrée-dans-le-code-du-travail; Bariet A., «*Projets d'ordonnances : ruptures conventionnelles collectives*, Recueil Dalloz, 14 septembre 2017, n° 30, 1716.
[1539] A l'inverse, dans sa question sur la possibilité de réserver la rupture conventionnelle collective à certains types de salariés, le Ministère répondait par un résonnant « oui ». Voir Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 5.
[1540] Caractères discriminatoires ainsi qu'entendus dans l'article L. 1132-1 du Code du travail, article modifié par la loi n° 2017-256 du 28 février 2017, art. 10.

Nous voyons ici que la réforme Macron, sur ce point des conséquences de la rupture conventionnelle collective et notamment pour les personnes âgées, cibles souvent premières des ruptures des contrats de travail avant d'avoir atteint l'âge de départ à la retraite, ne les protège pas expressément. Au contraire, la rupture conventionnelle collective qui permet le ciblage de types de postes, lesquels peuvent éventuellement être pourvus en majeure partie par des séniors, peut être considérée comme un moyen de les faire partir en préretraite avec une indemnité comme moyen incitatif. Vouloir s'assurer que le départ volontaire permettra de réaliser un projet professionnel réel, ne se réalisera cependant sûrement pas au vu de la situation actuelle des séniors sans emplois, qui ont moins de chance de réaliser un tel projet alors qu'ils sont proches de l'âge de la retraite. Le portage financier différé couvert intégralement par l'entreprise est en revanche positif, attendons de voir qu'elle en sera la pratique réelle.

Une citation d'une cour allemande nous montre le sens que la protection des personnes âgées devrait prendre : dans le cadre de la décision du tribunal fédéral du travail BAG du 25 février 2010[1541], les juges ont posé que l'objectif véritable d'une interdiction de discrimination de l'âge est en principe atteint justement au travers du maintien de ces salariés âgés dans leur relation de travail[1542]. Ce travail est également de l'avis, que le maintien des personnes âgées au sein de leur entreprise doit être soutenu et qu'elles ne doivent au contraire pas être encouragées à mettre fin à leur contrat de travail.

Pour conclure ce point, le Ministère du travail a dans son document posé que la rupture conventionnelle collective « *ne doit surtout pas être détournée de son objet* » en usant d'un « *ciblage inapproprié sur les personnes séniors* ». L'usage encore une fois des mots « *ciblage inapproprié* »[1543] prouve bien, que le fait d'autoriser un tel « ciblage » avec comme garde-fou une seule nécessité de « *s'assurer que le volontariat* des séniors » est respecté et non détourné, que la volonté politique de protection des seniors reste faible. A moins que la pratique ne le démontre autrement et que les « *projets professionnels réels* » soient véritablement encadrés et

[1541] BAG, 25.02.2010, 6 AZR 911/08.
[1542] BeckRS 2010, 69572, Keine Altersdiskriminierung durch auf jüngere Arbeitnehmer beschränktes Angebot von Aufhebungsverträgen, BAG 25.02.2010, 6 AZR 911/08: (...) „Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG": (...) „*Der Zweck des Diskriminierungsverbots wegen des Alters wird grundsätzlich gerade durch den weiteren Verbleib älterer Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis verwirklicht.*".
[1543] Voir Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 6.

contrôlés comme étant porteurs de réussite[1544]. Ici, J. Krivine du Syndicat des avocats de France a fait part des inquiétudes des avocats sur la position de force des employeurs, pouvant user de pression et pour la CGT[1545], il en va de « *l'intérêt du groupe au détriment du salarié. Et il ne faut pas se leurrer, il y aura des astuces afin de contourner la loi et de se séparer, par exemple, des seniors uniquement. C'est une atteinte globale au salarié.*[1546]»

C. Wolmark de l'Université Paris Nanterre[1547] a confirmé le risque, en ce que « *l'obligation, pour l'employeur, de donner la priorité à ses anciens salariés en cas de volonté de réembauche disparaît, tout comme l'impossibilité de recruter pendant un an après le plan* » et que cela rend la gestion des effectifs plus fluide pour les employeurs[1548].

Un premier exemple de l'usage de la rupture conventionnelle collective a été donné par PSA notamment, dont la rupture conventionnelle collective était en cours de négociation. Celle-ci proposait des congés séniors pour 900 personnes en plus des 1300 départs prévus, pour un total de 2200 départs souhaités[1549]. Il est difficile ici de ne pas voir une volonté de se séparer des salariés ayant une certaine ancienneté. Concernant l'exemple de PSA, la rupture conventionnelle collective proposée par PSA a été signée par la majorité des syndicats[1550] au 19 janvier 2018[1551]. Cette RCC qui a été intégrée par le groupe PSA à son plan annuel d'ajustement des

---

[1544] « *En tout état de cause, la DIRECCTE ne validera pas un accord portant RCC qui ne comporte que le versement d'indemnités de départ visant des salariés sélectionnés sur le seul critère de l'âge ou de l'ancienneté.* », Voir Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 6.

[1545] Propos de Angeï F. de la CGT, retranscrits par Le Monde Économie, Bougon F. Jacqué P., Belouezzane S., *Les salariés de PSA, Pimkie, groupe Figaro… cobayes de la rupture conventionnelle collective* , 9 janvier 2018, http://www.lemonde.fr/economie-francaise/article/2018/01/09/les-salaries-de-psa-pimkie-groupe-figaro-cobayes-de-la-rupture-conventionnelle-collective_5239114_1656968.html.

[1546] Le Monde Économie, Bougon F. Jacqué P., Belouezzane S., *Les salariés de PSA, Pimkie, groupe Figaro… cobayes de la rupture conventionnelle collective* , 9 janvier 2018, http://www.lemonde.fr/economie-francaise/article/2018/01/09/les-salaries-de-psa-pimkie-groupe-figaro-cobayes-de-la-rupture-conventionnelle-collective_5239114_1656968.html.

[1547] Enseignant chercheur.

[1548] Le Monde Économie, Bougon F. Jacqué P., Belouezzane S., *Les salariés de PSA, Pimkie, groupe Figaro… cobayes de la rupture conventionnelle collective* , 9 janvier 2018, http://www.lemonde.fr/economie-francaise/article/2018/01/09/les-salaries-de-psa-pimkie-groupe-figaro-cobayes-de-la-rupture-conventionnelle-collective_5239114_1656968.html.

[1549] Information datant de janvier 2018.

[1550] Avec l'exception de la CGT qui représentait 19,6 % des voix, les autres organisations syndicales FO, CFDT, CFE-CGC et GSEA (qui est le syndicat maison du groupe PSA) ont signé le projet de rupture conventionnelle collective prévoyant un total de 1300 départs volontaires au maximum du groupe PSA exploitant les marques automobiles Peugeot, Citroën, DS, Vauxhall et Opel.

[1551] Voir partie de ce travail sur les « difficultés et changements de décisions pour la mise en place de la réforme Macron concernant le régime applicable aux indemnités de la rupture conventionnelle collective : entre alignement du régime fiscal sur le PSE et forfait social ».

effectifs DAEC, dispositif d'accompagnement des emplois et des compétences, a pris effet au 1er février 2018.

Les dispositions prises par le groupe PSA pour inciter le volontariat des séniors sont dignes d'intérêt. En effet, il y avait « *la possibilité du congé senior, c'est-à-dire, à 3 ans de la retraite, la possibilité de rester inscrit aux effectifs mais de rester chez soi* »[1552]. On trouve ici une méthode efficace du groupe pour encourager les séniors, cibles premières des réorganisations. Les moyens utilisés pour ici parvenir à se séparer de leurs séniors vont loin, étant donné que cette mesure promet de continuer à payer la totalité des cotisations de retraite des séniors volontaires tout en leur payant 70 % de leur salaire.

La rupture conventionnelle collective utilisée ici par le groupe PSA a poussé les syndicats à dire : « *Il y a aussi des choses positives pour les salariés* »[1553]. Cela nous montre que le droit du travail français a pris un tournant. En effet, la mise à la porte de salariés ayant une grande ancienneté et coûtant donc plus chers que des jeunes entrants, devient normale et est même pour certains positive. Plus de deux mille emplois jeunes étaient prévus, le groupe PSA a pu ainsi, de manière relativement simple, se séparer de ses indésirables pour les remplacer par des plus jeunes, prétendant moderniser ainsi le marché du travail[1554] et réussissant même à convaincre les syndicats[1555] du bien-fondé de cette réorganisation et que cela avait été une véritable opportunité pour les salariés volontaires.

[1552] Propos rapportés par Le Figaro de Lafaye C. en tant que délégué syndical pour le syndicat FO chez PSA, voir Le figaro économie, Poingt G., *PSA : les syndicats ont signé l'accord de rupture conventionnelle collective*, 18 janvier 2018, mis à jour le 19 janvier 2018, http://www.lefigaro.fr/social/2018/01/18/20011-20180118ARTFIG00205-psa-une-majorite-de-syndicats-favorable-a-l-accord-de-rupture-conventionnelle-collective.php.

[1553] « *Tout dépend ce qu'on met dans les accords. Il y a aussi des choses positives pour les salariés* », propos tenus par Lafaye C., délégué syndical FO chez PSA, propos retenus par Le figaro économie, Poingt G., *PSA : les syndicats ont signé l'accord de rupture conventionnelle collective*, 18 janvier 2018, mis à jour le 19 janvier 2018, http://www.lefigaro.fr/social/2018/01/18/20011-20180118ARTFIG00205-psa-une-majorite-de-syndicats-favorable-a-l-accord-de-rupture-conventionnelle-collective.php .

[1554] Le groupe PSA a depuis 2012 régulièrement travaillé vers une réduction de ses effectifs. Suivant la source du Figaro (Lafaye C., délégué syndical FO chez PSA, propos retenus par Le figaro économie, Poingt G., *PSA : les syndicats ont signé l'accord de rupture conventionnelle collective*, 18 janvier 2018, mis à jour le 19 janvier 2018, http://www.lefigaro.fr/social/2018/01/18/20011-20180118ARTFIG00205-psa-une-majorite-de-syndicats-favorable-a-l-accord-de-rupture-conventionnelle-collective.php, « *20.000 personnes de PSA sont parties en départs volontaires depuis 2012 (pour créer leur entreprise, en congé de reclassement ou vers d'autres «parcours externes sécurisés», selon la formule du constructeur). « En 2013, on a frôlé le dépôt de bilan. On perdait 7 millions par jour », rappelle Christian Lafaye. Entre 2014 et 2016, les effectifs (en CDI et CDD) de la branche automobile en France sont passés de 70.000 à 62.000 personnes. Dans le même temps, le nombre des intérimaires a progressé de 2900 à 5200.* ».

[1555] Ou en tout cas des plus grands syndicats de l'entreprise, FO étant le premier syndicat du groupe PSA avec 20,5 % des voix.

Notons que le groupe PSA a eu recours ici à la rupture conventionnelle collective, ciblant notamment les salariés proches de l'âge de la retraite, alors même que les profits dégagés étaient de 1,73 milliard en 2016[1556], avec des ventes unitaires ayant progressé de 15,4 % au niveau mondial en 2017.

Nous voyons bien que grâce à la mise en place de la rupture conventionnelle collective, les entreprises peuvent désormais, facilement, rapidement et sans besoin d'être ou de prouver qu'elles sont en situations de difficultés économiques, se séparer de salariés, mêmes protégés à grande échelle. Et ce, même si au contraire, leurs résultats commerciaux sont excellents.

[1556] Voir notamment Meftah I., *Les accords collectifs de gestion de l'emploi*, thèse, 30 novembre 2018, p. 336.

Section 4. Particularités touchant à la nouvelle rupture conventionnelle collective

Après avoir constaté que la taille des entreprises voulant conclure une rupture conventionnelle collective n'importe pas, cette section va se pencher sur les particularités de la RCC. Le régime reste ainsi le même, sans distinction selon le nombre de départs envisagés et il y a une possibilité de prendre en compte un « type de postes de travail », c'est-à-dire de prévoir le départ de « certains types » de salariés[1557]. Cependant, dans le cas où une rupture conventionnelle collective va affecter l'équilibre du bassin d'emploi, une convention de revitalisation sera nécessaire entre l'entreprise concernée et l'administration[1558]. Si la rupture conventionnelle collective correspond donc à un nouveau mode de rupture du contrat de travail, elle correspond également à un nouveau type de restructuration[1559]. L'employeur doit bien s'engager dans l'accord pour le maintien de l'emploi, ce qui représentera un point de vérification « obligatoire » de la DIRECCTE avant validation[1560], mais tout dépendra au final du véritable contrôle opéré, pour

---

[1557] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 5.

[1558] L'article L. 2331-1 du Code du travail mentionne les entreprises concernées : il s'agit des « *entreprises appartenant à des groupes dont le siège social des entreprises dominantes est situé sur le territoire français et dont l'effectif global, calculé par ajout de celui desdites entreprises dominantes à celui des entreprises qu'elles contrôlent, quelle que soit leur localisation mondiale, est d'au moins 1 000 salariés* », voir Ministère du travail, *La rupture conventionnelle collective*, droit du travail et rupture du contrat, publié et mis à jour le 11 avril 2018 et le 19 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-collective.
Les articles L. 2341-1 (modifié par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, art. 43) et L. 2341-2 (modifié par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, art. 43) du Code du travail indiquent les entreprises ou groupes d'entreprise de dimension communautaire : « *on entend par entreprise de dimension communautaire l'entreprise ou l'organisme qui emploie au moins mille salariés dans les États membres de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen et qui comporte au moins un établissement employant au moins cent cinquante salariés dans au moins deux de ces États.* » et « *on entend par groupe d'entreprises de dimension communautaire, le groupe, au sens de l'article L. 2331-1, satisfaisant aux conditions d'effectifs et d'activité mentionnées à l'article L. 2341-1 et comportant au moins une entreprise employant au moins cent cinquante salariés dans au moins deux des États mentionnés à ce même article.* » ; Juri-lawyers consultants, *La réforme du code du travail : les ordonnances Macron*, p. 24.

[1559] Dalmasso R., *La « rupture conventionnelle collective » : une chimère ?*, Le Droit Ouvrier, novembre 2017, n°832, p. 650 ; Voir aussi concernant la notion de restructuration d'entreprise et son évolution, C. Didry, A. Jobert, *L'introduction en restructuration, dynamiques institutionnelles et mobilisations collectives*, édition PUR, 2010, p. 11, : « *Longtemps (…) associées à des fermetures de sites et des licenciements massifs le restructurations apparaissent, actuellement comme des processus diffus, récurrents et complexes de réorganisation concernant prioritairement les entreprises dans une recherche de flexibilité et d'avantages compétitifs* ».

[1560] Mais comme jugé dans l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles, 4ème chambre, 14 mars 2019, n° 18VE04158, JurisData n° 2019-004411, l'administration n'a pas d'obligation, quand saisie d'une demande de validation d'un accord portant rupture conventionnelle collective, de s'assurer que l'employeur a bien préalablement consulté les instances de représentation du personnel concernant le projet de

savoir si cet engagement assure vraiment le côté volontaire de la rupture conventionnelle collective.

I. Les entreprises concernées, les départs et l'obligation de revitalisation des territoires

1. Taille de l'entreprise

Nous avons vu la manière dont la rupture conventionnelle collective est conclue, selon les conditions de droit commun. Cela implique que la taille de l'entreprise n'importe pas.

Une conséquence directe fait que même les entreprises ayant plus de cinquante salariés, ayant des délégués syndicaux mais qui n'ont pas institué de conseil d'entreprise, que l'accord peut tout de même être signé par « *les délégués syndicaux représentant au moins 50% des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles, ou, si cette condition de majorité n'est pas atteinte, par un ou plusieurs délégués syndicaux représentant au moins 30% des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles à condition que l'accord soit ratifié par consultation des salariés à la majorité des suffrages exprimés* »[1561].

2. Nombre de départs envisagés

Le régime de la rupture conventionnelle collective sera également le même, peu importe le nombre de départs envisagés, minimal ou maximal.

---

réorganisation de l'entreprise et son impact sur les conditions de travail. Voir ici Aknin F., *Rupture du contrat de travail, L'autonomie de la RCC*, JCP S, 30 avril 2019, n° 17-18, 1136, p. 42.

[1561] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 1.

3. Prise en compte d'un « type de postes de travail »

Il y a possibilité dans le cadre de la rupture conventionnelle collective de réserver les départs à « certains types » de salariés[1562]. La logique derrière cela est la prévisibilité[1563] pour les employeurs. Ainsi, les employeurs avec les organisations syndicales, pourront anticiper l'évolution des compétences de leurs salariés. Il est avantageux pour les employeurs qui s'intéressent de près aux évolutions économiques et technologiques, de pouvoir, en proposant au travers d'une rupture conventionnelle collective, des départs volontaires. Cela leur permet de mieux contrôler les types précis de personnel qu'ils vont engager par la suite.

Ceci sera bien entendu tout de même sujet au principe d'égalité de traitement pour être licite. Ce faisant, les règles préalablement posées dans le cadre de l'accord collectif devront être objectives, clairement définies et tenir compte « *autant que possible, de la viabilité du projet professionnel du salarié* »[1564]. Feront également l'objet d'une attention particulière par l'autorité administrative les « *conditions d'expression du volontariat* », pour s'assurer que les salariés avaient bien eu un « *choix non équivoque* ».

4. Le cas particulier de la rupture conventionnelle collective affectant l'équilibre d'un bassin d'emploi ou l'obligation de revitalisation des territoires

Dans le cas où une rupture conventionnelle collective va affecter l'équilibre du bassin d'emploi, par exemple en étant mise en place dans une entreprise ou un établissement comportant au moins mille salariés, une convention de revitalisation sera requise entre l'entreprise concernée et l'administration[1565].

[1562] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 5.

[1563] Couplée à une sécurité juridique.

[1564] Un exemple donné par le Ministère du travail, est que « *l'accord peur notamment subordonner le départ volontaire d'un salarié à la condition que le salarié volontaire au départ présente une offre sérieuse de reclassement externe ou un projet sérieux de création ou reprise d'entreprise* », voir Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 5.

[1565] L'article L. 2331-1 du Code du travail mentionne les entreprises concernées : il s'agit des « *entreprises appartenant à des groupes dont le siège social des entreprises dominantes est situé sur le territoire français et dont l'effectif global, calculé par ajout de celui desdites entreprises dominantes à celui des entreprises qu'elles contrôlent, quelle que soit leur localisation mondiale, est d'au moins 1 000 salariés* », voir Ministère du travail, *La rupture conventionnelle collective*, droit du travail et rupture du contrat, publié et mis à jour le

En plus des entreprises de plus de mille salariés, l'obligation de revitalisation vaut aussi pour les entreprises qui appartiennent à un groupe de plus de mille salariés ainsi qu'aux entreprises de dimension communautaire. La procédure de revitalisation est la même que pour les entreprises ayant une taille similaire et qui procèdent à des licenciements économiques collectifs.
Il s'agit de regarder si les suppressions d'emplois découlant de l'accord portant rupture conventionnelle collective « *affectent, par leur ampleur, l'équilibre du ou des bassins d'emploi* » où ils sont implantés[1566].

Si cela est le cas, ils devront contribuer à la création d'activités et au développement des emplois pour atténuer les effets de ces départs touchant les autres entreprises implantées dans ce bassin d'emploi. Le Ministère parle de territoires « *sinistrés* »[1567]. Les actions sont à mettre en place au moyen d'une convention conclue entre le préfet et l'entreprise[1568] et le montant de la contribution qui sera versée par l'entreprise ne doit pas être inférieure à deux fois la valeur mensuelle du salaire minimum de croissance par emploi supprimé[1569]. Sauf si l'autorité administrative a fixé un montant moindre en cas d'incapacité financière de l'entreprise[1570].

La DIRECCTE contrôle en France l'impact qu'auront les suppressions sur le « *tissu économique local* » et assujettira l'entreprise s'il y a déséquilibre à l'obligation de réparation territoriale[1571].

---

11 avril 2018 et le 19 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-collective.
Les articles L. 2341-1 (modifié par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, art. 43) et L. 2341-2 (modifié par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, art. 43) du Code du travail indiquent les entreprises ou groupes d'entreprise de dimension communautaire : « *on entend par entreprise de dimension communautaire l'entreprise ou l'organisme qui emploie au moins mille salariés dans les États membres de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen et qui comporte au moins un établissement employant au moins cent cinquante salariés dans au moins deux de ces États.* » et « *on entend par groupe d'entreprises de dimension communautaire, le groupe, au sens de l'article L. 2331-1, satisfaisant aux conditions d'effectifs et d'activité mentionnées à l'article L. 2341-1 et comportant au moins une entreprise employant au moins cent cinquante salariés dans au moins deux des États mentionnés à ce même article.* » ; Juri-lawyers consultants, *La réforme du code du travail : les ordonnances Macron*, p. 24.

[1566] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle collective*, droit du travail et rupture du contrat, publié et mis à jour le 11 avril 2018 et le 19 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-collective.

[1567] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 12 ; Dalmasso R., *La « rupture conventionnelle collective » : une chimère ?*, Le Droit Ouvrier, novembre 2017, n°832, p. 651.

[1568] Articles L. 1237-19-10 et D. 1233-37.

[1569] Pagnerre Y., Pagani K., *Le vade-mecum des ordonnances « Macron »*, Gualino, 2018, p. 72.

[1570] Article L. 1237-19-11 du Code du travail.

[1571] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 12

La nouvelle rupture conventionnelle collective doit donc soumettre les suppressions d'emploi à l'obligation de revitalisation, au même titre que pour les licenciements économiques[1572]. Ceci sert à « *recréer de l'emploi dans les territoires affectés par la restructuration* » et l'obligation s'applique à toutes les entreprises, avec l'exception des entreprises en liquidation judiciaire ou redressement.

Les entreprises concernées devront mettre en œuvre avec l'autorité administrative la nature et les modalités de financement et de mise en œuvre de ces actions au travers d'une convention[1573], tout en respectant pour ce faire les dispositions des articles L. 1237-19-10 à L. 1237-19-14 du Code du travail et des articles D. 1233-37 à D. 1233-44 du Code du travail. Étant donné que le nombre d'emplois supprimés voulu par l'employeur et inscrit dans l'accord collectif va souvent être différent du nombre d'emplois réellement supprimés, une clause de réajustement peut être prévue par les parties pour analyser l'impact territorial réel de la rupture conventionnelle collective[1574].

L'obligation de revitalisation et l'assujettissement de l'entreprise par la DIRECTTE à travers la transmission d'une décision d'assujettissement est cependant limitée à un délai d'un mois à compter de la validation de l'accord collectif. Après quoi, la convention de revitalisation devra être conclue dans les six mois, toujours à compter de la date de validation de l'accord collectif[1575].

[1572] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle collective*, droit du travail et rupture du contrat, publié et mis à jour le 11 avril 2018 et le 19 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-collective.

[1573] Convention conclue dans un délai de six mois et qui décidera du montant de la contribution dûe par l'entreprise et le suivi des actions à prendre entre autres.

[1574] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 12.

[1575] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 12.

II. Les ruptures d'un commun accord suivant un motif économique depuis la mise en place de la rupture conventionnelle collective

1. Petit rappel de la rupture conventionnelle individuelle

Nous avons vu dans notre partie sur « les ruptures d'un commun accord suivant un motif économique », qu'une rupture conventionnelle individuelle peut être conclue, même si l'entreprise est dans une phase de difficultés économiques qui va la pousser à vouloir se séparer de salariés[1576]. Mais que deux ruptures de motif économique, les GPEC et PSE, ne peuvent faire l'objet d'une rupture conventionnelle individuelle, pour la raison que cela mène à éviter l'application des règles du licenciement économique collectif[1577].

Nous avions vu que l'autorité administrative refuse l'homologation face à un contournement des procédures de licenciement collectif, mais qu'il est difficile de reconnaitre ce risque de fraude et avions nommé les indices donnés par le directeur général du travail, Jean-Denis Combrexelle, afin d'aider à déceler un contournement du licenciement collectif à travers l'identification de contextes économiques difficiles[1578]. Les indices avancés étaient les suivants : « *dix demandes d'homologation sur une période de trente jours, au moins une demande sur une période de trois mois, faisant suite à dix demandes s'étant échelonnées sur la période de 3 mois immédiatement antérieure ; une demande au cours des trois premiers mois de l'année faisant suite à plus de dix-huit demandes au cours de l'année civile précédente »*[1579]. Avec la précision qu'une « *combinaison de ces demandes avec des licenciements pour motifs économiques aboutissant au dépassement des mêmes seuils peut également constituer un indice* »[1580].

[1576] Instruction DGT n° 2010-02 du 23 mars 2010, relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée.
[1577] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 2.
[1578] Instruction DGT n° 2010-02 du 23 mars 2010, relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée, p. 3.
[1579] Instruction DGT n° 2010-02 du 23 mars 2010, relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée, p. 3.
[1580] Instruction DGT n° 2010-02 du 23 mars 2010, relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée, p. 3.

2. Changements avec la rupture conventionnelle collective

Avec l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017[1581] relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail, l'article L. 1233-34 du Code du travail comprend désormais les termes suivants : « *Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, lorsque le projet de licenciement concerne au moins dix salariés dans une même période de trente jours, le comité social et économique peut, le cas échéant sur proposition des commissions constituées en son sein, décider, lors de la première réunion prévue à l'article L. 1233-30, de recourir à une expertise pouvant porter sur les domaines économique et comptable ainsi que sur les effets potentiels du projet sur les conditions de travail*. » Sachant que les modalités et conditions seront déterminées par un décret du Conseil d'État et que l'expert pourra être assisté selon les conditions de l'article L. 2315-78 du Code du travail.

Concernant cette expertise, un nouvel article L. 1233-35-1 a été créé dans le code du travail[1582], lequel adresse toute contestation de l'expertise qui doit être adressée, avant la transmission de la demande de validation ou d'homologation prévue à l'article L. 1233-57-4 à l'autorité administrative. L'autorité aura cinq jours pour se prononcer et il y a également possibilité de contester à travers les conditions de l'article L. 1235-7-1 du Code du travail[1583].

Rappelons une fois de plus que la rupture est, selon l'ordonnance 2017-1387, déconnectée du régime du licenciement économique et n'a pas à être justifiée par un motif économique[1584].

[1581] Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail, 2017, p. 18.
[1582] Article L. 1233-35-1 du Code du travail, créé par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, art. 20.
[1583] Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail, 2017, p. 19.
[1584] Au sens de l'article L. 1233-3 du Code du travail; Sachant que la nouvelle ordonnance n° 2017-1387 prévoit un assouplissement de l'obligation de motivation dans la lettre de licenciement, les motifs pouvant désormais être « *précisés ou complétés par l'employeur ou le salarié. Cette lettre fixe les limites du litige. La notification du licenciement pourra se faire via des modèles types (formulaires Cerfa). En cas d'irrégularité de forme dans la procédure de licenciement, le juge pourra accorder au salarié une indemnité (au maximum équivalent à un mois de salaire) mais ce ne sera plus une cause d'annulation de la procédure.* » : voir Direction de l'information légale et administrative, site du gouvernement vie-publique.fr, *Ordonnance du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations du travail*, 25 septembre 2017, http://www.vie-publique.fr/actualite/panorama/ordonnances/ordonnance-du-22-septembre-2017-relative-previsibilite-securisation-relations-du-travail.html; Ceci est un changement, notamment si l'on compare les arrêts de la Cour de cassation, chambre sociale du 26 octobre 1976, numéro de pourvoi 75-40.659 et du 29 novembre 1990 au numéro de pourvoi 88-44.308, dans lesquels la Cour de cassation considérait que

Le nouvel article L. 1237-19 du Code du travail pose, lui, que l'accord collectif « *exclut tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppressions d'emplois* ». La rupture conventionnelle collective correspond ainsi à un nouveau mode de rupture du contrat de travail ainsi qu'à un nouveau type de restructuration[1585]. L'employeur doit ainsi que déjà énoncé, s'engager dans l'accord pour le maintien de l'emploi, ce qui représentera un point de vérification « obligatoire » de la DIRECCTE avant validation[1586]. Cet engagement sert à assurer le côté volontaire de la rupture conventionnelle collective.

Une autre protection et garantie du caractère particulier de la rupture conventionnelle collective est, pour le gouvernement, « *l'obligation de passer par un accord collectif pour mettre en place un tel dispositif* »[1587]. L'argument avancé est la faible probabilité qu'un accord collectif soit signé, dès lors que « *le projet de réduction d'effectifs implique en réalité à très court terme la suppression de l'emploi des salariés qui ne veulent ou ne peuvent pas quitter l'entreprise dans le cadre de la RCC, et conduit soit au maintien de ces salariés dans l'entreprise dans un autre emploi, soit à leur licenciement.* »[1588].

---

l'énonciation des motifs dans la lettre de licenciement est une condition de fond et que l'absence de leur énonciation ou même une insuffisance, prive alors le licenciement prononcé de cause réelle et sérieuse ;
Notons ici que l'assouplissement est la conséquence normale de la volonté politique depuis plusieurs années de réformer le droit du travail dans ce sens (malgré les modèles de lettre de licenciement introduit par l'ordonnance n°2017-1387, censés apporter une protection), c'est-à-dire de faire suite au souhaite patronal de réduire l'obligation, auparavant forte, de motiver les licenciements économiques par une cause réelle et sérieuse. Dans une volonté de contrecarrer la direction prise, notons que la proposition d'un nouveau Code du travail du professeur Dockès E. et de ses co-auteurs, cherche à rétablir l'obligation de motiver les licenciements, considérant que cela constitue d'un minimum de décence à respecter et rappelant que la convention internationale n° 158 de l'OIT l'impose.

[1585] Dalmasso R., *La « rupture conventionnelle collective » : une chimère ?*, Le Droit Ouvrier, novembre 2017, n°832, p. 650 ; Voir aussi concernant la notion de restructuration d'entreprise et son évolution, C. Didry, A. Jobert, *L'introduction en restructuration, dynamiques institutionnelles et mobilisations collectives*, édition PUR, 2010, p. 11, : « *Longtemps (…) associées à des fermetures de sites et des licenciements massifs le restructurations apparaissent, actuellement comme des processus diffus, récurrents et complexes de réorganisation concernant prioritairement les entreprises dans une recherche de flexibilité et d'avantages compétitifs* ».

[1586] Mais comme jugé dans l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles, 4ème chambre, 14 mars 2019, n° 18VE04158, JurisDAta n° 2019-004411, l'administration n'a pas d'obligation, quand saisie d'une demande de validation d'un accord portant rupture conventionnelle collective, de s'assurer que l'employeur a bien préalablement consulté les instances de représentation du personnel concernant le projet de réorganisation de l'entreprise et son impact sur les conditions de travail. Voir ici Aknin F., *Rupture du contrat de travail, L'autonomie de la RCC*, JCP S, 30 avril 2019, n° 17-18, 1136, p. 42.

[1587] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 2.

[1588] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 2.

Le Ministère continue en posant que « *s'il s'avère finalement que l'employeur détourne la mesure de sa finalité afin de contourner l'obligation de mettre en place un PSE (en particulier si les salariés font l'objet de pressions avérées pour obtenir leur consentement), les juges pourraient considérer qu'il s'agit en réalité d'un licenciement économique déguisé et l'employeur pourrait se voir infliger de lourdes sanctions à la fois civiles (nullité des licenciements) et pénales (amende de 3 750 euros prononcée autant de fois qu'il y a de salariés licenciés telle que prévu à l'article L. 1238-4 du code du travail).* »[1589].

[1589] Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018, p. 2

Section 5. Changement des barèmes prud'homaux et augmentation des indemnités légales de licenciement

La loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant les ordonnances Macron[1590] a été publiée au Journal Officiel de la République Française le 31 mars 2018[1591]. Ce travail considère que le changement avec imposition des nouveaux barèmes en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse[1592] suite à l'une des réformes Macron, comme étant nécessaire à présenter en ce que cela touche entre autres aux pouvoirs du juge, réduit l'effet dissuasif de ces indemnités pour les employeurs et remet en cause le principe de réparation intégrale du préjudice des salariés[1593]. C'est pourquoi cette section va présenter ces nouveaux barèmes et l'historique qui les précédait.

La réforme Macron a notamment prévu une « contrepartie » en augmentant les indemnités légales de licenciement, lesquelles constituent la base minimale des indemnités à verser lors d'une rupture conventionnelle. Nous avons posé les changements dans la partie sur les « Changements apportés par la réforme Macron du Code du travail de 2017 concernant le montant minimal des indemnités de licenciement légales et touchant aux ruptures conventionnelles conclues après le 27 septembre 2017 ». Les changements valant également pour les ruptures conventionnelles collectives.

Dans cette section, des premiers cobayes de la rupture conventionnelle collective seront présentés, sachant que cette nouvelle rupture fait, à bon escient, craindre que son utilisation mène à des plans sociaux déguisés, transformant des contrats à durée indéterminée en contrats précaires. En effet, malgré la démarcation entre rupture conventionnelle collective et droit du licenciement économique, notamment dû au caractère volontaire et mutuel de la RCC, il reste que la simplicité et la rapidité de mise en place avantagent clairement les entreprises, lesquelles peuvent user de leur position dominante au détriment de leurs salariés et même des syndicats.

[1590] Prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation.

[1591] Légifrance, JORF n° 0076 du 31 mars 2018, https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/3/29/MTRT1726748L/jo/texte.

[1592] Bariet A., Davoine J.-B., *Projets d'ordonnances : nouveau régime des licenciements*, Recueil Dalloz, 14 septembre 2017, n° 30, 1715.

[1593] Voir ici Mouly J., *La barémisation des indemnités prud'homales : un premier pas vers l'inconventionalité ?* Dr. Soc., 2019, 122 ; Schmitt M., Droit du travail et droit international et européen, *Les avis d'assemblée plénière du 17 juillet 2019 ou l'occasion manquée d'une (re)conceptualisation du contrôle de conventionalité*, RDT, novembre 2019, 699.

I. Changements pour les barèmes 2017 des indemnités aux prud'hommes depuis la réforme Macron dans la troisième ordonnance[1594] de la loi Travail

Il s'agit de l'ordonnance 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail[1595]. Ainsi que posé par le Conseil d'État dans sa décision du 7 décembre 2017, cette ordonnance 2017-1386 est relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorise l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

1. Historique de l'introduction de ces barèmes 2017 des indemnités aux prud'hommes ainsi que le ressenti et les retombées de ces nouveaux barèmes

Concernant le choix des mots du titre de l'ordonnance 2017-1386 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail, le mot « prévisibilité » apparaît comme inédit[1596] dans le code du travail. Les nouveaux barèmes, nous allons le voir, ont en effet comme objectif plutôt une sécurisation qu'une harmonisation[1597].

Les juges prud'homaux utilisaient avant la réforme Macron deux barèmes d'indemnités[1598] prud'homales, cependant il n'existait pas d'obligation de s'y référer, ceux-ci n'étant qu'indicatifs. Ceci ressort de l'article L 1235-1 du Code du Travail[1599].

[1594] Ordonnance signée le 22 septembre 2017.
[1595] Ordonnance relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail, 2017.
[1596] Village justice.com, Chum F., *Ordonnances macron : ce qui change pour les salariés avec le plafonnement des indemnités de licenciement prud'homales*, 5 septembre 2017, dernière mise à jour le 18 septembre 2017, https://www.village-justice.com/articles/ordonnances-macron-qui-change-pour-les-salaries-avec-plafonnement-des,25765.html.
[1597] Sécuriser pour l'employeur en lui permettant de connaître à l'avance le coût, accompagné d'une volonté de réduction du juge. Lokiec P., *Vers un nouveau droit du travail ?*, Recueil Dalloz, 26 octobre 2017, n° 36, 2114.
[1598] Les chiffres du barème sont à appliquer sur les salaires bruts.
[1599] Article L 1235-1 du Code du Travail, modifié par Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, art. 2 alinéa 1: « *En cas de litige, lors de la conciliation prévue à l'article L. 1411-1, l'employeur et le salarié peuvent convenir ou le bureau de conciliation et d'orientation proposer d'y mettre un terme par accord. Cet accord prévoit le versement par l'employeur au salarié d'une indemnité forfaitaire dont le montant est déterminé, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles, en référence à un barème fixé par décret en fonction de l'ancienneté du salarié.* »; Décret n° 2016-1581 du 23 novembre 2016; Article R. 1235-22.-I code du travail; Décret n° 2016-1582 du 23 novembre 2016; Article D. 1235-21 code du travail.

Un changement a eu lieu avec la réforme du Code du travail en 2017. Le juge prud'homal doit maintenant (depuis les licenciements notifiés après le 23 septembre 2017) respecter des planchers et plafonds concernant la fixation du montant des indemnités prud'homales qui devront être versées à un salarié suite à la contestation de son licenciement abusif devant les Prud'hommes[1600].

Concernant ce plafonnement des indemnités de licenciement, un premier argument à son encontre avait été avancé au travers du principe civiliste de la réparation intégrale du préjudice[1601]. Argument écarté par le Conseil constitutionnel au nom de la « *prévisibilité des conséquences qui s'attachent à la rupture du contrat de travail* » comme étant d'« *objectif d'intérêt général* »[1602] et au nom de l'absence de « *restrictions disproportionnées par rapport à l'objectif d'intérêt général poursuivi* »[1603].

Le Conseil d'État a également, au 7 décembre 2017,[1604] refusé d'accéder à la requête de la CGT d'annuler cette mesure. Le Conseil d'État a considéré notamment, face par exemple à la décision du Comité européen des droits sociaux, CEDS, invoquée par la CGT du 8 septembre 2016, Finnish Society of Social Rights c. Finlande, réclamation n° 106/2014 qui est une décision sur la recevabilité et le bien-fondé, que même si cette décision du CEDS précisait que « *tout plafonnement qui aurait pour effet que les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi et ne sont pas suffisamment dissuasives est, en principe, contraire à la*

[1600] Roig É., *Indemnités aux Prud'hommes – barème 2017*, Droit-finances, novembre 2017, http://droit-finances.commentcamarche.net/faq/54743-indemnites-aux-prud-hommes-bareme-2017.
[1601] Principe déjà mis à mal par le plancher d'indemnisation de six mois de salaires : voir Dalloz actualité, Peyronnet *M., Conseils de prud'hommes : conventionalité (ou non) du plafonnement des indemnités de licenciement ?*, social, droit international et communautaire, rupture du contrat de travail, 4 février 2019.
[1602] Dalloz actualité, Peyronnet *M., Conseils de prud'hommes : conventionalité (ou non) du plafonnement des indemnités de licenciement ?*, social, droit international et communautaire, rupture du contrat de travail, 4 février 2019; Conseil Constitutionnel, 7 sept. 2017, n° 2017-751 DC, Loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, Constitutions 2017, 401, chron. Bachschmidt P.
[1603] Dalloz actualité, Peyronnet *M., Conseils de prud'hommes : conventionalité (ou non) du plafonnement des indemnités de licenciement ?*, social, droit international et communautaire, rupture du contrat de travail, 4 février 2019; Conseil Constitutionnel, 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi d'habilitation n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, D. 2018. 2203, obs. Lokiec P. et Porta J ; voir aussi Recueil Dalloz, septembre 2017, n° 30, 1712.
[1604] Conseil d'État, statuant au contentieux, 7 décembre 2017, reg. N° 415376, Confédération Générale du Travail, le juge des référés.

Charte »[1605], que les dispositions en cause ne s'opposaient tout de même pas à un plafond d'indemnisation.

Certains auteurs, tels J. Mouly[1606] ou C. Percher[1607] considèrent que la décision du CEDS pose en revanche un argument pouvant remettre en cause le barème retenu.

Cette décision du CEDS sur le bien-fondé a condamné la législation finlandaise qui établissait un plafonnement des indemnités prud'homales à vingt-quatre mois de salaire. Pour le professeur J. Mouly, « *en combinant cette jurisprudence avec l'arrêt Fischer du Conseil d'État, qui reconnaît un effet direct à l'article 24 de la Charte, il serait certainement possible d'obtenir l'annulation de l'ordonnance. Il paraît logique, en effet, que la haute juridiction administrative applique l'article 24 tel qu'interprété par le CEDS, chargé du contrôle de l'application de la Charte par les États.* »[1608] . D'autant qu'une indemnité ne peut être adéquate qu'à partir du moment où elle est dissuasive. L'auteur Pascal Lokiec considère même que cette réforme constitue un « *coût de la violation de la Loi* »[1609].

[1605] No. 106/2014 et 107/2014, *Finnish Society of Social Rights v. Finland*, Complaint from 29 April 2014 relating to article 24 relating to the right to protection in cases of termination of employment of the Revised European Social Charter ; Council of Europe, https://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/news-related-to-the-european-committee-of-social-rights/-/asset publisher/8HnJlWtDdtTT/content/the-decisions-on-admissibility-and-the-merits-of-the-complaints-finnish-society-of-social-rights-v-finland-no-106-2014-and-no-107-2014-are-now-public?inheritRedirect=false:
In this case and according to the Council of Europe, « *the Finnish Society for Social Rights alleged that the situation in Finland is in breach of Article 24 (right to protection in cases of termination of employment) of the Revised European Social Charter on the grounds that Finnish legislation makes no provision for reinstatement in the event of unlawful dismissal and that the Employment Contracts Act provides for a ceiling on the amount of compensation that may be awarded in the event of unlawful dismissal. In its decision the Committee concluded: by 7 votes to 4, that there is a violation of Article 24 of the Charter, on the issue of compensation; unanimously, that there is a violation of Article 24 of the Charter on the issue of reinstatement. The upper limit to compensation provided for by the Employment Contracts Act may result in situations where compensation awarded is not commensurate with the loss suffered. The obligation provided for by the legislation to re-employ employees made redundant for financial or production-related reasons should an employer recruit employees during the following nine months cannot be regarded as a substitute for reinstatement as it has a limited scope of application.* ».

[1606] Mouly J., *Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux, Une condamnation de mauvais augure pour la « réforme Macron » ?*, Droit social, 2017, p. 745.

[1607] Percher C., *Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié à l'aune de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée*, Rev. trav., 2017, p. 726.

[1608] Mouly J., *Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux, Une condamnation de mauvais augure pour la « réforme Macron » ?*, Droit social, 2017, p. 745 ; Sur l'article 24 de la Charte qui consacre le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou autre réparation appropriée et qui s'inspire de l'article 10 de la Convention n ° 158 : voir ici le *Rapport explicatif de la Charte sociale européenne (révisée)*, § 86, p. 10 et Schmitt M., Droit du travail et droit international et européen, *Les avis d'assemblée plénière du 17 juillet 2019 ou l'occasion manquée d'une (re)conceptualisation du contrôle de conventionalité*, RDT, novembre 2019, 699.

[1609] Lokiec P., *Il faut sauver le droit du travail*, Odile Jacob, 2015, p. 118.

Par ailleurs, toujours dans un esprit de comparaison juridique avec l'Italie cette fois, la Cour constitutionnelle italienne a elle aussi censuré une telle mécanique forfaitaire avec un barème se calquant sur le seul critère d'ancienneté[1610]. La Cour constitutionnelle italienne s'est basée sur l'article 24 de la Charte sociale européenne et il convient de remarquer que l'Italie a pourtant un barème plus élevé que le barème français, indemnisant les salariés entre 6 à 36 mois de salaire[1611].

L'arrêt Fisher du Conseil d'État[1612] qui pose notamment que « *les stipulations de l'article 24 de la Charte Sociale Européenne de Turin du 18 octobre 1961 révisée produisent des effets directs en droit interne* », couplé aussi à l'article 10 de la Convention 158 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT)[1613] vont dans leur contenu à l'encontre de la légalité d'un tel barème ayant un plafond instauré dans l'ordonnance Macron.

La convention n° 158 de l'OIT lie la France et a été utilisée pour contrer et tenter de contrer des dispositifs, tel le contrat nouvelles embauches ou ici comme nous allons le voir, le plafonnement des indemnités prud'homales[1614]. L'Allemagne n'a en revanche pas ratifié cette convention, surement pour la raison que cette convention appartient à « *celles qui infiltrent le plus le pouvoir patronal* »[1615]. Seulement 36 pays ont ratifié cette convention dans le monde[1616].

[1610] Le Droit Ouvrier, n° 858, janvier 2020, *Argumentaire du SAF contre le plafonnement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse*, 4ème version mise à jour, 15 novembre 2019, p. 26.
[1611] Cour constitutionnelle italienne, 26 septembre 2018, arrêt n° 194; Le Droit Ouvrier, n° 858, janvier 2020, *Argumentaire du SAF contre le plafonnement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse*, 4ème version mise à jour, 15 novembre 2019, p. 26.
[1612] Conseil d'État, 10 février 2014, n° 358992, Fisher, 7ème et 2ème sous-sections réunies, Montrieux V., rapporteur, M. Dacosta B., rapporteur public, SCP Blanc, Rousseau, avocats.
[1613] La convention n° 158 de l'OIT est, comme indiqué l'auteur Lokiec P., « *sans nul doute de celles qui ont le plus défrayé la chronique ces dernières années. (…) Et même si la Cour de cassation vient de rendre un avis de conformité du barème introduit par les ordonnances Macron de septembre 2017 à ladite convention, cette dernière est sans doute dans les débats sur le droit du travail pour de nombreuses années*. ». Lokiec P., *La convention n° 158 de l'OIT, Après le CNE, le barème….*, JCP S, 30 juillet 2019, n° 30-34, 1230, p. 28.
[1614] Cette convention exige notamment de ses adhérents qu'ils inscrivent dans leur législation une exigence de juste motif du licenciement : « Un motif lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ». Voir la convention n° 158 de l'OIT et Lokiec P., *La convention n° 158 de l'OIT, Après le CNE, le barème….*, JCP S, 30 juillet 2019, n° 30-34, 1230, p. 28.
[1615] Lokiec P., *La convention n° 158 de l'OIT, Après le CNE, le barème….*, JCP S, 30 juillet 2019, n° 30-34, 1230, p. 28.
[1616] OIT, Ratification de la convention n° 158 sur le licenciement, 1982, https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312303.

Il convient également de mentionner l'argumentaire avancé par le syndicat des avocats de France, le SAF, contre le « barème Macron », lequel utilise également la convention n°158 de l'OIT sur le licenciement, en son article 10, ratifiée au 16 mars 1989 par la France ainsi que l'article 24 de la Charte sociale européenne du 3 mai 1996, ratifiée au 7 mai 1999 par la France[1617]. Le SAF se base sur la nécessité pour les juges français de « *s'approprier le sens des normes internationales ratifiées par la France et* » de « *les mettre directement en œuvre en vérifiant la conformité des normes internes aux droits et principes qu'elles énoncent pour, en cas d'incompatibilité, écarter l'application de la norme interne au cas qui leur est soumis* »[1618].

Sachant que cette réforme encadre la réparation du licenciement sans cause réelle et sérieuse entre un plancher d'indemnités et un plafond, selon l'ancienneté du salarié et que ceci est fait dans le but de contribuer à une sécurité juridique des entreprises, il est important de rappeler que l'article 10 de la Convention 158 de l'OIT pose que « *(…) les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention (…) devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée* »[1619]. Selon le Conseil d'État et la Cour de cassation, les stipulations de la convention internationale du travail n°158 ont un effet direct dans l'ordre juridique interne français[1620]. Également, l'article 24 de la Charte Sociale Européenne de Turin qui pose que « *en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître (…) b. le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée. A cette fin, les Parties s'engagent à assurer qu'un travailleur (…) ait un droit de recours (…) devant un organe impartial* »[1621] ; nous retenons ici que le plafond peut représenter une mise à mal du principe de la réparation intégrale du préjudice (« indemnité

[1617] Le Droit Ouvrier, n° 858, janvier 2020, *Argumentaire du SAF contre le plafonnement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse*, 4ème version mise à jour, 15 novembre 2019, p. 22 à 30 ; Voir également Icard J., *Avis relatifs au barème Macron : la stratégie du flou*, SSL, 26 août 2019, n° 1871.
[1618] Le Droit Ouvrier, n° 858, janvier 2020, *Argumentaire du SAF contre le plafonnement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse*, 4ème version mise à jour, 15 novembre 2019, p. 23.
[1619] OIT, C158, Convention (n° 158) sur le licenciement, 1982, *Convention concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur* (Entrée en vigueur : 23 nov. 1985), Adoption : Genève, 68ème session CIT (22 juin 1982), Statut: Pas de conclusions (Conventions Techniques), http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158#A10.
[1620] Conseil d'État, 19 octobre 2005, n° 283471, 284421, 284473, 284654, 285374 ; Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 29 mars 2006, numéro de pourvoi 04-46.499.
[1621] Charte sociale européenne dans sa version révisée du Conseil de l'Europe, http://www.cncdh.fr/sites/default/files/charte_sociale_europeenne_revisee_0.pdf .

adéquate » et « forme de réparation (…) appropriée » et que l'appréciation souveraine[1622] du Conseil des prud'hommes se retrouve ainsi remise en cause[1623].

Dans la mesure où le Conseil d'État a, dans sa décision Fisher du 10 février 2014[1624], posé que la Charte sociale européenne est d'application directe en son article 24 devant les juridictions françaises internes, ce qui donne un effet direct horizontal permettant en cas de litige entre particuliers d'invoquer l'article 24 de la charte, cela fait que le conseil de prud'hommes[1625] peut, selon une prise de position par des auteurs[1626], décider d'écarter le plafond de la réforme Macron qui est non conforme à la Charte sociale et à l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT pour fixer souverainement des dommages et intérêts appropriés eu égard au dossier en cause.

Cependant, comme déjà annoncé, le Conseil d'État n'a, dans sa décision du 7 décembre 2017, pas considéré cette mesure comme annulable[1627] et rejeté la requête de la CGT, ce qui donne à comprendre, qu'il y a désormais un plafonnement des indemnités qui peuvent être versées (même si cette même réforme du Code du travail de 2017 a augmenté le montant des indemnités légales de licenciement).

Une autre contestation soulevée par la CGT à l'encontre du Conseil d'État était qu'il y a « *méconnaissance du principe d'égalité, le barème d'indemnisation mis en place ne retenant pour seuls critères de différenciation que l'ancienneté dans l'entreprise et les effectifs de celle-ci, ce qui ne permettrait pas de tenir compte de l'âge, des qualifications, de la situation familiale et d'un éventuel handicap des salariés injustement licenciés.* » Sur ce point, le Conseil d'État dans

---

[1622] Le juge des Prud'hommes en tant que juge souverain doit normalement être à même de juger seul concernant une « indemnisation appropriée », en conformité avec l'article 24 de la charte des droits sociaux de Turin et avec l'article 10 de la convention de l'OIT.
[1623] Fey S. P., Blanchard T., Atalante avocats, *Indemnités prud'hommes : nullité du barème macron*, , Droit du travail, 22 janvier 2018, http://www.atalante-avocats.com/indemnites-prudhommes-nullite-bareme-macron/.
[1624] Conseil d'État, 10 février 2014, n° 358992, *Fisher.*
[1625] Étant donné qu'un juge interne doit appliquer une norme internationale à la lumière de l'interprétation donnée par l'organe international chargé de la contrôler.
[1626] Fey S. P., Blanchard T., Atalante avocats, *Indemnités prud'hommes : nullité du barème macron*, Droit du travail, 22 janvier 2018, http://www.atalante-avocats.com/indemnites-prudhommes-nullite-bareme-macron/.
[1627] Conseil d'État, statuant au contentieux, 7 décembre 2017, reg. N° 415376, *Confédération Générale du Travail.*

son rôle de plus haute juridiction de l'administration a considéré[1628] que l'autorité investie du pouvoir réglementaire n'a pas, au nom du principe d'égalité, à traiter de façon différente des personnes étant dans des situations différentes. A quoi s'ajoute, que le juge peut tout à fait librement apprécier le préjudice subi par le salarié qui a été licencié sans cause réelle et sérieuse et prendre en compte des éléments autres que son ancienneté. Effectivement, pour le Conseil d'État, le principe d'égalité et ses modalités d'application n'apparaissent pas comme violés car ils ne s'opposeraient pas à ce que « *l'autorité réglementaire traite de manière différente des situations différentes* » et qu'il en va de même des raisons d'intérêt général, dès lors que « *la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier* »[1629].

Avec le rejet de toutes les requêtes en suspension avancés par la CGT[1630] du Conseil d'État, on peut avancer que cela donne automatiquement un effet précaire à l'emploi, réduisant de cette manière l'effet dissuasif inhérent à ces indemnités sur l'exercice de l'employeur du droit de licenciement[1631]. Nous avons vu plus haut à la lumière de textes internationaux, que le principe de la réparation appropriée du préjudice est remis en cause, ce qui ici se comprend également comme une remise en cause du principe de réparation intégrale du préjudice souffert par le salarié[1632]; en plus de réduire significativement les pouvoirs du juge. Comme soutenu par J. Mouly[1633], cette réforme Macron « *institue (à l'encontre du salarié) une véritable suspicion en donnant crédit à l'idée que le recours aux prud'hommes serait une « loterie » où le salarié pourrait décrocher le jackpot. C'est pourquoi il importerait d'offrir aux entreprises le moyen de prévoir les incidences financières de leurs décisions, fussent-elles illicites.* »

[1628] Cortot J., *La CGT n'obtient pas la suspension de deux ordonnances réformant le code du travail*, Quotidien du droit, Dalloz, social, 12 décembre 2017, https://www.dalloz-actualite.fr/flash/cgt-n-obtient-pas-suspension-de-deux-ordonnances-reformant-code-du-travail#.Ws2_bGbqhQL.
[1629] Cortot J., *La CGT n'obtient pas la suspension de deux ordonnances réformant le code du travail*, Quotidien du droit, Dalloz, social, 12 décembre 2017, https://www.dalloz-actualite.fr/flash/cgt-n-obtient-pas-suspension-de-deux-ordonnances-reformant-code-du-travail#.Ws2_bGbqhQL.
[1630] Arguments pas tous incorporés dans ce travail, pour consulter les arguments complets, voir Conseil d'État, statuant au contentieux, 7 décembre 2017, reg. N° 415376, *Confédération Générale du Travail* ; Cortot J., *La CGT n'obtient pas la suspension de deux ordonnances réformant le code du travail*, Quotidien du droit, Dalloz, social, 12 décembre 2017, https://www.dalloz-actualite.fr/flash/cgt-n-obtient-pas-suspension-de-deux-ordonnances-reformant-code-du-travail#.Ws2_bGbqhQL.
[1631] Mouly J., *Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux, Une condamnation de mauvais augure pour la « réforme Macron » ?*, Droit social, 2017, p.745.
[1632] Suite au caractère injustifié de son licenciement.
[1633] Mouly J., *Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux, Une condamnation de mauvais augure pour la « réforme Macron » ?*, Droit social, 2017, p.745.

Ces auteurs permettent de bien comprendre la conséquence de ce barème, qui « *rend possible un calcul de ce que coûte une illégalité et incite, donc, à la commettre si, selon un raisonnement courant, ce coût est moins important que l'inconvénient créé par le respect de la légalité* »[1634].

Précisons que ce rejet de l'intégralité des requêtes en suspension par le Conseil d'État est principalement fondé sur l'absence d'urgence et l'absence de doute sérieux sur la légalité des dispositions en cause.

Plusieurs arrêts ont vu le jour depuis[1635], notamment l'arrêt du Conseil de Prud'hommes du Mans du 26 septembre 2018[1636] qui pose que « *si l'évaluation des dommages et intérêts est encadrée entre un minimum et un maximum, il appartient toujours au juge, dans les bornes du barème ainsi fixé, de prendre en compte tous les éléments déterminant le préjudice subi par le salarié licencié, lorsqu'il se prononce sur le montant de l'indemnité à la charge de l'employeur (notamment l'âge et les difficultés à retrouver un emploi, après des années passées au sein de la même entreprise)* ». Une décision suivante du Conseil de Prud'hommes de Caen du 18 décembre 2018[1637] a laissé en suspens la question de la preuve de l'inadéquation du barème, avançant que le salarié n'avait pas démontré l'existence d'un préjudice dont la réparation adéquate serait manifestement rendue impossible par l'application du barème et a aménagé une marge d'appréciation pour ce qui est de l'application d'un barème ou pas[1638].

Le Conseil de prud'hommes de Troyes a écarté dans son jugement du 13 décembre 2018 l'application du barème Macron d'indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse[1639]. Depuis ce jugement du Conseil de prud'hommes de Troyes, le Ministère du travail a œuvré à

[1634] Bargain G., Sachs T., *La tentation du barème*, RDT, 2016, p.251.
[1635] Arrêt du Conseil de Prud'hommes du Mans, 26 septembre 2018, numéro de pourvoi 17/00538; Arrêt du Conseil de Prud'hommes de Lyon, 21 décembre 2018, numéro de pourvoi 18/01238; Arrêt du Conseil de Prud'hommes de Grenoble, 19 janvier 2019, numéro de pourvoi 18/00989; Arrêt du Conseil de Prud'hommes d'Amiens, 19 décembre 2018, numéro de pourvoi 18/00040; Arrêt du Conseil de Prud'hommes de Troyes, 13 décembre 2018, numéro de pourvoi 18/00036; Arrêt du Conseil de Prud'hommes de Caen, 18 décembre 2018, numéro de pourvoi 17/00193.
[1636] Arrêt du Conseil de Prud'hommes du Mans, 26 septembre 2018, numéro de pourvoi 17/00538.
[1637] Arrêt du Conseil de Prud'hommes de Caen, 18 décembre 2018, numéro de pourvoi 17/00193.
[1638] Arrêt du Conseil de Prud'hommes de Caen, 18 décembre 2018, numéro de pourvoi 17/00193; Dalloz actualité, Peyronnet *M., Conseils de prud'hommes : conventionalité (ou non) du plafonnement des indemnités de licenciement ?*, social, droit international et communautaire, rupture du contrat de travail, 4 février 2019.
[1639] Arrêt du Conseil de Prud'hommes de Troyes, 13 décembre 2018, numéro de pourvoi 18/00036.

éteindre l'incendie prud'homal qui menace l'intégrité du barème Macron[1640]. On trouve en effet ici un jugement fort en argumentation qui considère que l'article L. 1235-3 du Code du travail viole la Charte sociale européenne ainsi que la Convention n°158 de l'OIT et se base sur l'article 55 de la Constitution française pour écarter l'application du barème afin d'obliger l'employeur à verser 9 mois de salaire au salarié. Somme qu'il considère comme adéquate malgré l'ancienneté de deux ans seulement, sachant que l'application du barème signifiait une indemnité limitée à 3 mois et demi de salaire. Pour ce faire, le Conseil de prud'hommes de Troyes cite l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui indique que « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois (…)* » et ajoute que « *si le Conseil constitutionnel est compétent pour contrôler la conformité des lois à la Constitution, le contrôle de conformité des lois par rapport aux conventions internationales appartient aux juridictions ordinaires sous le contrôle de la Cour de cassation et du Conseil d'État.* ». Cette possibilité pour les juridictions du fond de contrôler la conventionalité des lois et de les écarter si nécessaire, en raison de leur compatibilité au regard des conventions internationales et traités a été reconnu par la Cour de cassation quand il y a applicabilité directe et ce même quand la loi est postérieure au traité[1641]. Pour le Conseil de prud'hommes de Troyes, l'article L. 1235-3 du Code du travail, « *en introduisant un plafonnement limitatif des indemnités prud'homales, ne permet pas aux juges d'apprécier les situations individuelles des salariés injustement licenciés dans leur globalité et de réparer de manière juste le préjudice qu'ils ont subi* » et il ajoute que « *ces barèmes ne permettent pas d'être dissuasifs pour les employeurs qui souhaiteraient licencier sans cause réelle et sérieuse un salarié. Ces barèmes sécurisent davantage les fautifs que les victimes et sont donc inéquitables* ». [1642]. Pour le conseiller confédéral de la CGT C. Geiger, cet arrêt « *suscite un certain émoi* », de par la censure d'un dispositif cardinal de mesures de facilitation des licenciements qui ont été introduites par les ordonnances Macron[1643], même si cela n'est fait que dans le cadre de cet arrêt. Cet arrêt, comme les autres arrêts jugés dans ce même état d'esprit, remet sérieusement en cause la « sécurité juridique » voulue par le patronat, en ce qu'un employeur s'est vu ici condamné à payer

[1640] Icard J., *Avis relatifs au barème Macron: la stratégie du flou*, SSL, 26 août 2019, n° 1871 ; Voir sur les nombreux autres jugements qui ont suivi, Icard J., *La logique juridique n'est pas absente des jugements prud'homaux sur le barème*, SSL, n° 1846, p. 12.
[1641] Arrêt de la Cour de cassation, chambre mixte, 24 janvier 1975, Société des cafés Jacques Vabre, numéro de pourvoi 73-13.556.
[1642] Arrêt du Conseil de Prud'hommes de Troyes, 13 décembre 2018, numéro de pourvoi 18/00036.
[1643] Geiger C., *Un premier jugement censure le plafonnement des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse*, Note sur l'arrêt du Conseil de prud'hommes de Troyes, 13 décembre 2018, Le Droit Ouvrier, janvier 2019, n°846, p. 53.

non pas un maximum de trois mois et demi, comme il pouvait espérer des barèmes, mais neufs mois de salaires[1644].

Écarté avait été l'application du barème également dans l'arrêt du Conseil de Prud'hommes d'Amiens[1645], où un salarié que son employeur voulait licencier pour faute grave devait recevoir un dédommagement de ce préjudice. Les juges ont dans cette décision rappelé la convention n°158 de l'OIT, notamment l'octroi d'une « indemnité adéquate » et ont décidé d'octroyer un montant supérieur par rapport aux ordonnances.

Le professeur de droit Pascal Lokiec de la Sorbonne soutien qu'« *avec deux jugements successifs qui utilisent la même argumentation, on commence à pouvoir parler de résistance des juges* »[1646]. Il ajoute que « *cette résistance est d'autant plus sérieuse et, pour moi, fondée que le raisonnement qui conduit à écarter le barème est très solide, peut-être même imparable, à savoir l'impossibilité qu'ont désormais les juges prud'homaux de réparer de manière adéquate le préjudice d'un salarié injustement licencié.* » ; ceci souligne bien le sentiment des conseillers prud'homaux, que les plafonds d'indemnisation légaux sont « *un obstacle à l'exercice de leur fonction de juger, dont on peut rappeler le caractère fondamental dans tout État de droit ».* Ils sont en quelque sorte *« bloqués, bridés dans ce qui constitue l'un de leurs rôles essentiels : la réparation du préjudice »*[1647].

La décision du Conseil de Prud'hommes de Lyon du 21 décembre 2018 a elle aussi écarté l'application du barème, considérant que le « *plafonnement conduisant à ce que les indemnités octroyées ne soient pas en rapport avec le préjudice subi et/ou ne soient pas suffisamment dissuasives est (…), par principe, contraire à la Charte* » [1648]. Le Conseil de Prud'hommes s'appuie

---

[1644] Geiger C., *Un premier jugement censure le plafonnement des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse*, Note sur l'arrêt du Conseil de prud'hommes de Troyes, 13 décembre 2018, Le Droit Ouvrier, janvier 2019, n°846, p. 54.
[1645] Arrêt du Conseil de Prud'hommes d'Amiens, 19 décembre 2018, numéro de pourvoi 18/00040.
[1646] Le Monde, Politique, Bissuel B., *Indemnités prud'homales : le plafonnement de nouveau jugé contraire au droit international*, 6 janvier 2019, mis à jour le 7 janvier 2019.
[1647] Propos du professeur Pascal Lokiec, professeur de droit à la Sorbonne: Le Monde, Politique, Bissuel B., *Indemnités prud'homales : le plafonnement de nouveau jugé contraire au droit international*, 6 janvier 2019, mis à jour le 7 janvier 2019.
[1648] Arrêt du Conseil de Prud'hommes de Lyon, 21 décembre 2018, numéro de pourvoi 18/01238.

ici sur l'article 24[1649] de la Charte Sociale Européenne CSE et notamment son interprétation par le Comité européen des droits sociaux[1650].

Plus récemment, la Cour de cassation en son Assemblée Plénière à, dans ses avis du 17 juillet 2019, n°15012 et 15013, confirmé que l'article 10 de la Convention de l'OIT est directement invocable dans les litiges entre particuliers, mais tout en posant également que l'article 24 de la Charte sociale européenne ne dispose en revanche pas de cet effet direct en droit interne[1651]. Pour la Cour de cassation, la Charte apporte une marge d'appréciation trop grande pour que celle-ci puisse être appliquée à des litiges entre particuliers. Pourtant, ces avis du 17 juillet 2019 vont à l'encontre même de ce que la Cour de cassation avait elle-même affirmé quelques mois auparavant dans sa note de l'arrêt Ikea du 14 novembre 2018, où elle soulignait qu'il y a « *effet direct* » (des conventions internationales) « *y compris à l'égard d'un acte de nature législative dès lors que ces dispositions internationales de fond attribuent des droits subjectifs aux particuliers que ceux-ci peuvent faire valoir devant le juge judiciaire* »[1652].

L'argumentation de la Cour de cassation dans ses avis, est que si l'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT pose que « *Si les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention arrivent à la conclusion que le licenciement est injustifié, et si, compte tenu de la législation et de la pratique nationales, ils n'ont pas le pouvoir ou n'estiment pas possible dans les*

[1649] Article 24 CSE: « *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître :* » (…) b. « *le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée. »*; Voir également Icard J., *Avis relatifs au barème Macron: la stratégie du flou*, SSL, 26 août 2019, n° 1871 et Icard J., *La logique juridique n'est pas absente des jugements prud'homaux sur le barème*, SSL, nº 1846.

[1650] Interprétation par le Comité européen des droits sociaux pour la barémisation introduite en Finlande, CEDS 8 septembre 2016, *Finish Society of Social Rights c. Finlande*, n° 106/2014 ; Dalloz actualité, Peyronnet *M., Conseils de prud'hommes : conventionalité (ou non) du plafonnement des indemnités de licenciement ?*, social, droit international et communautaire, rupture du contrat de travail, 4 février 2019.

[1651] Ceci étant étrange, étant donné que la Charte sociale européenne est un traité du Conseil de l'Europe, reconnu comme traité international par le Conseil d'État dans son arrêt du 7 juillet 2000, Fédération nationale des associations tutélaires, n°213461 et que l'article 55 de la Constitution française du 4 octobre 1958 pose que « Les Traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois (…) ». Étant considérée comme la Constitution sociale de l'Europe selon le SAF, elle constitue un texte de droit primaire. Voir : Le Droit Ouvrier, n° 858, janvier 2020, *Argumentaire du SAF contre le plafonnement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse*, 4ème version mise à jour, 15 novembre 2019, p. 23 ; La Cour plénière exprime pour l'auteur Schmitt M., une « forme de mépris » pour cette Charte, ainsi que pour le Comité européen des droits sociaux : voir Schmitt M., Droit du travail et droit international et européen, *Les avis d'assemblée plénière du 17 juillet 2019 ou l'occasion manquée d'une (re)conceptualisation du contrôle de conventionalité*, RDT, novembre 2019, 699.

[1652] Arrêt Ikea du 14 novembre 2018, n°17-18259 et voir Le Droit Ouvrier, n° 858, janvier 2020, *Argumentaire du SAF contre le plafonnement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse*, 4ème version mise à jour, 15 novembre 2019, p. 24.

circonstances d'annuler le licenciement et/ou d'ordonner ou de proposer la réintégration du travailleur, ils devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée. ».

Cette position déniant l'effet direct de l'article 24 de la Charte sociale européenne dans un litige entre particuliers est critiquable, ce que nous allons voir à présent[1653].

Le terme « adéquat » étant le terme clé, la Cour de cassation a écrit dans ses avis, que « *Le terme « adéquat » doit être compris comme réservant aux États parties une marge d'appréciation. En droit français, si le licenciement est dénué de cause réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise. Lorsque la réintégration est refusée par l'une ou l'autre des parties, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur dans les limites de montants minimaux et maximaux. Le barème prévu par l'article L. 1235-3 du Code du travail est écarté en cas de nullité du licenciement, par application des dispositions de l'article L. 1235-3-1 du même code[1654]. Il s'en déduit que les dispositions de l'article L. 1235-3 du Code du travail, qui fixent un barème applicable à la détermination par le juge du montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, sont compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention n°158 de l'IOT* »[1655]. De cette manière, la Cour de cassation veut éviter une censure de l'article L. 1235-3 du Code du travail[1656] de par l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT.

Un premier argument contre cet avis de la Cour de cassation, comme quoi le terme « adéquat » doit être compris comme réservant une marge d'appréciation à l'État français et que ce barème est compatible, relève du fait que dans certaines situations, ce barème est manifestement insuffisant, allant même jusqu`à une impossibilité totale d'indemnisation. Ceci notamment quand il

---

[1653] Voir aussi Icard J., *Avis relatifs au barème Macron : la stratégie du flou*, SSL, 26 août 2019, n° 1871 et Marguénaud J.-P., *Le barème d'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse sauvé dans la confusion des sources européennes du droit social*, Cass., ass. plén., 17 juillet 2019, n° 19-70.011, avis n° 15012, à paraître au Bulletin, RDT, novembre 2019, n° 11, p. 696.

[1654] Article L. 1235-4-1 du Code du travail: *« L'article L. 1235-3 n'est pas applicable lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une des nullités prévues au deuxième alinéa du présent article. Dans ce cas, lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de l'exécution de son contrat de travail ou que sa réintégration est impossible, le juge lui octroie une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. (...)* ».

[1655] Avis n° 15013 du 17 juillet 2019, Cour de cassation, formation plénière pour avis.

[1656] Article L. 1235-3 du Code du travail: « *Si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis. Si l'une ou l'autre des parties refuse cette réintégration, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux fixés dans le tableau ci-dessous.* ».

y a « *cumul entre l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et les autres indemnités qui réparent certaines irrégularités du licenciement ou encore la violation de la priorité de réembauchage. (…) Par conséquent, de ce seul point de vue, on ne peut parler d'adéquation* »[1657].

De plus se pose la question si le terme « adéquat » dans l'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT laisse véritablement une marge d'appréciation aux États signataires, comme semble le dire la Cour de cassation. Il en va ici de savoir si l'« *indemnisation adéquate* », tout comme la « *réparation appropriée* » sont suffisamment précises pour ne pas justifier une marge d'appréciation[1658].

Ces termes font référence à des moyens visant à atteindre un objectif de réparation d'un préjudice dû à une perte d'emploi[1659]. Pour ce faire, le juge prud'homal apprécie les aspects nécessaires, telle la perte des avantages liés à l'ancienneté, mais aussi l'ancienneté même perdue, le salaire et les particularités propres au salarié ainsi que le secteur d'activité ou bassin d'emploi et la durée du chômage entre autres. Suivant la jurisprudence des chambres civiles et commerciales de la Cour de cassation, il ressort d'une « *réparation adéquate* » une force d'obligation de faire afin de réintégrer une partie dans ses droits[1660]. Si l'on rapproche même la « *réparation adéquate* » à la notion de « *réparation intégrale* », la réparation serait facilement plus appropriée. En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation applique de manière constante le principe de la réparation intégrale du préjudice, posant que tout le préjudice et rien que le préjudice doit être réparé[1661]. Or l'avocat général derrière l'avis de la Cour de cassation a refusé de reconnaitre les termes « *adéquat* » et « *approprié* » comme étant synonymes du terme « *intégral* », ce qui rend difficile la réparation d'un préjudice de manière adaptée sans réparation se

---

[1657] Henry M., Bied-Charreton M-F., *Tant d'hermine pour une validation aussi contestable du barème Macron*, Le Droit Ouvrier, novembre 2019, n°856, p. 696.
[1658] Article 10 de la Convention n°158 de l'OIT ; Henry M., Bied-Charreton M-F., *Tant d'hermine pour une validation aussi contestable du barème Macron*, Le Droit Ouvrier, novembre 2019, n°856, p. 699.
[1659] Henry M., Bied-Charreton M-F., *Tant d'hermine pour une validation aussi contestable du barème Macron*, Le Droit Ouvrier, novembre 2019, n°856, p. 699.
[1660] Henry M., Bied-Charreton M-F., *Tant d'hermine pour une validation aussi contestable du barème Macron*, Le Droit Ouvrier, novembre 2019, n°856, p. 700.
[1661] Voir l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 16 janvier 2019, numéro de pourvoi 17-17.475 et l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 3 avril 2019, numéro de pourvoi 16-20.490; mais aussi en matière de licenciement l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 14 septembre2017, numéro de pourvoi 16-11.563 et l'arrêt de la Cour de cassation, 2ème chambre civile, 12 septembre 2019, numéros de pourvoi 18-13.791 et 18-14.724 (publiés au bulletin).

voulant intégrale[1662]. A cela s'ajoute enfin, que la Convention de l'OIT a été écrite en anglais et en français et l'utilisation du mot « *adéquat* » s'est faite en considération du sens du mot dans la langue française, lequel est synonyme d'« *approprié* »[1663]. Il est donc critiquable à l'envers de la Cour de cassation, de vouloir priver le terme « *adéquat* » d'une portée effective et précise. D'autant que la Charte sociale européenne prévoie également dans son § 46, que « *Tout plafonnement qui aurait pour effet que les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi et ne sont pas suffisamment dissuasives est, en principe, contraire à la Charte* ».

Quant à la marge d'appréciation pour les États signataires, cette possibilité n'a été prévue nulle part dans la Convention, laquelle doit ainsi être appliquée en droit interne sans limitation[1664].

Un plafond qui n'évolue comme nous le verrons ci-dessous, que selon l'ancienneté, mène à un barème[1665] qui ne peut pas assurer que le juge tienne compte de tous les éléments concernant le salarié, c'est-à-dire sa situation financière, professionnelle et morale. C'est seulement en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse que les juges gardent maintenant leur liberté pour fixer le montant d'une indemnité qui soit véritablement « *adéquate* » envers le salarié.
Cependant et presque heureusement, les avis de la Cour de cassation n'ont pas l'effet de lier les juridictions, ni même la Cour de cassation ou la juridiction qui en a fait la demande[1666]. La jurisprudence française reste pour l'instant cependant contradictoire, il faut donc se munir de patience et observer le développement qui aura lieu.

[1662] Henry M., Bied-Charreton M-F., *Tant d'hermine pour une validation aussi contestable du barème Macron*, Le Droit Ouvrier, novembre 2019, n°856, pp. 702 et 703.
[1663] Voir l'annexe 7 du Manuel de rédaction des Instruments de l'OIT, où le terme „adéquat" est souvent utilisé dans le sens d'« *approprié* » afin de signifier « *adapté à un usage déterminé ou encore bien adapté, qui convient aux circonstances* », pp. 116 à 119.
[1664] Henry M., Bied-Charreton M-F., *Tant d'hermine pour une validation aussi contestable du barème Macron*, Le Droit Ouvrier, novembre 2019, n°856, pp. 701 et 702.
[1665] Quant à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation a exclu son application aux dispositions de l'article L. 1235-3 du Code du travail, voir Marguénaud J.-P., *Le barème d'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse sauvé dans la confusion des sources européennes du droit social*, Cass., ass. plén., 17 juillet 2019, n° 19-70.011, avis n° 15012, à paraître au Bulletin, RDT, novembre 2019, n° 11, p. 693.
[1666] Voir article 5 du Code de procédure civile posant qu'« *est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ». Voir aussi l'arrêt du 30 janvier 2014 n°02-24145 en procédure civile ; Le Droit Ouvrier, n° 858, janvier 2020, *Argumentaire du SAF contre le plafonnement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse*, 4ème version mise à jour, 15 novembre 2019, p. 24.

2. Les nouveaux barèmes 2017 des indemnités aux prud'hommes dans la troisième ordonnance[1667] de la loi Travail sont les suivants :

Le barème varie selon l'ancienneté du salarié et le plafond est de 20 mois de salaire pour les salariés ayant atteint les 30 ans d'ancienneté.

Le barème est différent selon que l'entreprise a 11 salariés ou plus[1668]:

Pour une entreprise de 11 salariés ou plus, on applique le barème comprenant le plafond des 20 mois de salaire brut pour 30 ans d'ancienneté ou plus. Le seuil minimum sera un mois de salaire (brut) pour un an d'ancienneté (seuil minimum).

Pour une entreprise de moins de 11 salariés, les seuils sont réduits. Ainsi, un salarié avec un an d'ancienneté aura zéro mois de salaire pris en compte et un salarié avec dix ans d'ancienneté ou plus se verra appliquer un plafond de 2,5 mois de salaires brut.

Le calcul de l'indemnisation est lui-même critiquable, étant donné que les plafonds ont été fixés à partir de moyennes d'indemnisation calculées sur un nombre restreint de décisions de justice antérieures, faisant qu'il s'agit d'une indemnisation moyenne mais qui est ensuite posée comme indemnisation maximale[1669]. Cette insuffisance des plafonds se fait d'autant plus ressentir en regardant l'étude scientifique de la mission de recherche Droit et Justice, qui a examiné 566 arrêts des Cours d'appel de Grenoble et de Chambéry de janvier 2015 à octobre 2016[1670]. Il en ressortait déjà, avant la réforme, que 65% des décisions fixaient une indemnité qui était supérieure au plafond qui aurait été opposé au salarié selon son ancienneté après le 22 septembre 2017[1671]. Sachant que les contrats à durée indéterminée sont aussi utilisés par des entreprises

---

[1667] Ordonnance signée le 22 septembre 2017.
[1668] Lokiec P., *Vers un nouveau droit du travail ?*, Recueil Dalloz, 26 octobre 2017, n° 36, 2114 ; Pour obtenir plus d'informations sur ce barème contenant des planchers spécifiques et non des plafonds spécifiques, notamment pour éviter un risque d'inconstitutionnalité : voir Lokiec P., Observations, Conseil constitutionnel, 5 août 2015, n° 2015-715 DC, Recueil Dalloz, 2016, 807 et Mangiavillano A., Jacquinot N., Observations, Recueil Dalloz, 2016, 1461 ; AJDA, 2015, 1570 ; Fabre A., chronique, Constitutions 2015, 421 ; Claudel E., Observations, RTD, com. 2015, 699 ; Mouly J., Observations, Dr. Soc., 2016, 1065 ; Tournaux S., Étude, Dr. Soc., 2017, 136.
[1669] Le Droit Ouvrier, n° 858, janvier 2020, *Argumentaire du SAF contre le plafonnement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse*, 4ème version mise à jour, 15 novembre 2019, p. 27.
[1670] Le Droit Ouvrier, n° 858, janvier 2020, *Argumentaire du SAF contre le plafonnement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse*, 4ème version mise à jour, 15 novembre 2019, p. 27.
[1671] Droit social, avril 2019, p. 300.

pour pourvoir des emplois temporaires, ce nouveau barème rend peu dissuasives les condamnations auxquelles les employeurs s'exposent[1672].

Cette réforme est l'aboutissement de plusieurs tentatives de plafonner les indemnités prud'homales. La première fois en 2015 avec Emmanuel Macron, projet rejeté par le Conseil constitutionnel pour trop grand favoritisme des salariés des grandes entreprises par rapport aux autres salariés. La deuxième fois avec la loi El Khomri de 2016, mais où l'exécutif avait renoncé durant les négociations avec les partenaires sociaux[1673]. L'idée derrière cette réforme aboutie de 2017, notamment souhaitée par le Medef[1674], est de permettre aux employeurs de simuler au mieux le coût d'un licenciement s'il y a saisine des Prud'hommes tout en encourageant la conciliation dans les entreprises pour désengorger les tribunaux[1675].

Concernant ce calcul du coût d'un licenciement en cas de saisine des Prud'hommes, le gouvernement français a créé début novembre 2017 un simulateur des indemnités en cas de licenciement abusif sur le site service-public.fr[1676]. Le site service-public.fr est le site officiel de l'administration française et pour utiliser ce simulateur il suffit de remplir le nombre d'années d'ancienneté et s'il s'agit d'une entreprise de 11 salariés ou plus ou au contraire d'une TPE (Très Petite Entreprise).

Cependant, le droit français comprend ici une exception, en ce que le plafonnement ne s'appliquera pas, dès le moment où le juge a constaté le licenciement comme étant nul, s'il y a eu harcèlement moral[1677] ou sexuel, une atteinte aux libertés fondamentales du salarié tel le droit de grève par exemple, une discrimination ou encore une violation des règles applicables aux

---

[1672] Baugard D., *Le CDI, un contrat sans terme?*, Le Droit Ouvrier, septembre 2019, n°854, p. 582.
[1673] Jakubowicz L., *Barème des indemnités prud'homales : ce que dit la loi Travail*, JDN, mis à jour le 17 mars 2018, https://www.journaldunet.fr/management/guide-du-management/1196944-bareme-des-indemnites-prud-homales/.
[1674] Mouly J., *La résiliation conventionnelle, voie exclusive de la rupture négociée du contrat de travail à durée indéterminée*, Dr. Soc., décembre 2014, n° 12, p. 1066 et suivantes.
[1675] Jakubowicz L., *Barème des indemnités prud'homales : ce que dit la loi Travail* JDN, mis à jour le 17 mars 2018, https://www.journaldunet.fr/management/guide-du-management/1196944-bareme-des-indemnites-prud-homales/.
[1676] Service-public.fr, *simulateur des indemnités en cas de licenciement abusif*, https://www.service-public.fr/simulateur/calcul/bareme-indemnites-prudhomales.
[1677] Sachant que la preuve qu'un harcèlement moral a eu lieu est difficile à apporter et également difficilement reconnue. Voir l'arrêt de la Cour de cassation du 30 septembre 2013 (arrêt analysé également dans la partie sur les salariés protégés en période suspension), dans lequel la Cour n'a pas décidé en faveur du salarié se disant victime de harcèlement moral, autorisant la conclusion d'une rupture conventionnelle durant la suspension du contrat de travail du salarié malade à la suite d'une « *souffrance au travail* ».

droits de la femme enceinte ainsi qu'aux maladies professionnelles ou accidents du travail. Dans chacun de ces cas, le juge aux prud'hommes pourra librement fixer le montant des indemnités prud'homales à la charge de l'employeur sans devoir appliquer de plafond ou de plancher. Rappelons ici que les avis de la Cour de cassation ne lient pas les juges du fond et que de nombreux Conseils de prud'hommes ont déjà écarté le plafonnement afin de verser une indemnité supérieure qui soit plus adéquate[1678]. Notamment les arrêts des Cours d'appel de Paris et Reims, des 18 et 25 septembre 2019, ont vu les cours se prononcer pour la possibilité d'écarter le plafond afin de verser une réparation adéquate et appropriée au préjudice subis[1679]. La logique est la même pour l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 octobre 2019[1680], où malgré le fait que la Cour n'écarte pas le plafond, ceci est fait pour la raison que le montant évalué par la Cour était légèrement inférieur à l'indemnité jugée adéquate.

[1678] Voir les arrêts de 2019: Conseil de prud'hommes d'Amiens, 24 janvier 2019 (et 19 décembre 2018); Conseil de prud'hommes de Lyon, sections: Activités Diverses, 21 décembre 2018, Commerce, 7 janvier 2019 et Industrie, 22 janvier 2019; Conseil de prud'hommes d'Angers, 17 janvier 2019; Conseil de prud'hommes de Grenoble, 18 janvier 2019; Conseil de prud'hommes d'Agen en départage, 5 février 2019; Conseil des prud'hommes de Forbach, 14 février 2019; Conseil des prud'hommes de Dijon, 19 mars 2019; Conseil des Prud'hommes de Bordeaux, 9 avril 2019.
[1679] Arrêt de la Cour d'appel de Paris, 18 septembre 2019, n°17/00676 et arrêt de la Cour d'appel de Reims, 25 septembre 2019, n°19/00003.
[1680] Numéro de pourvoi 16/05602.

II. Contrepartie de la réforme Macron avec l'augmentation des indemnités légales de licenciement

Nous avons vu cette hausse des indemnités légales de licenciements[1681], prévue de passer à 25% d'un mois de salaire par année d'ancienneté (contre 20% avant et sauf conventions collectives prévoyant plus) plus en amont dans ce travail[1682].

III. Premiers cobayes de la rupture conventionnelle collective

Nous allons dans cette partie nous pencher sur les premières ruptures conventionnelles collectives commençant à être mises en place en France. Pour ceci nous citerons principalement des sources journalistiques.

Commençons par citer les entreprises PSA[1683], Pimkie[1684] et le groupe Figaro, surnommés « *cobayes de la rupture conventionnelle collective* » dès janvier 2018 par le journal Le Monde[1685]. Dans cet article, Le Monde part du principe que la rupture conventionnelle collective est en passe de remplacer les actuels plans de départs volontaires. Ce qui n'est pas le cas ainsi que

---

[1681] Voir l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, JO du 23, le décret n° 2017-1398 du 25 septembre 2017, relatif à la revalorisation de l'indemnité légale de licenciement, JO du 26 et les articles L. 1223-4, L. 1234-9 à L. 1234-11, R. 1234-1 à R. 1234-5 du Code du travail.

[1682] Voir partie de ce travail: les conséquences fiscales et sociales touchant le salarié en relation avec le devoir d'information, Changements apportés par la réforme Macron du Code du travail de 2017 concernant le montant minimal des indemnités de licenciement légales.

[1683] A l'heure actuelle, PSA souhaite seulement en discuter pour l'instant avec les syndicats pour l'inclure dans son dispositif de gestion des emplois et des compétences. Sur ce point, la CGT critique l'intention de mettre en plan un « plan social déguisé ». Pour plus d'information sur les mécanismes de protection mis en place (pas forcément efficaces) contre l'utilisation d'une rupture conventionnelle collective comme plan social déguisé, voir notre partie sur « Les salariés protégés dans la rupture conventionnelle collective » et notamment concernant « les séniors » ; voir aussi Bariet A., *Projets d'ordonnances : ruptures conventionnelles collectives*, Recueil Dalloz, 14 septembre 2017, n° 30, 1716.

[1684] Chaîne de prêt-à-porter, prévoit une suppression de 208 postes de travail.

[1685] Le Monde Économie, Bougon F. Jacqué P., Belouezzane S., *Les salariés de PSA, Pimkie, groupe Figaro… cobayes de la rupture conventionnelle collective* , 9 janvier 2018, http://www.lemonde.fr/economie-francaise/article/2018/01/09/les-salaries-de-psa-pimkie-groupe-figaro-cobayes-de-la-rupture-conventionnelle-collective_5239114_1656968.html, dont le sous-titre pose que « *Certaines entreprises n'ont pas attendu longtemps pour utiliser ce nouveau dispositif, instauré par les ordonnances de septembre 2017* ».

nous l'avons posé dans notre partie « Les plans de départs volontaires remplacés ou complémentaires de la rupture conventionnelle collective »[1686].

S'ajoutent à PSA également la Société Générale, Engie et IBM[1687] comme groupes prévoyant de mettre en place une rupture conventionnelle collective. Par ailleurs, la presse y est également présente avec le groupe le Figaro[1688] et Les Inrocks. Mais aussi Dunlop Montluçon, Téléperformance entre autres. Radio France a encore choisi de négocier un projet de rupture conventionnelle collective, qui après avoir été interrompu en raison de la crise du Corona, s'apprête désormais à reprendre au 9 septembre 2020 lors d'un conseil d'administration et d'un CSE central[1689].

Pour le groupe Pimkie, l'accord collectif n'a pas été signé par la majorité des syndicats, mais le groupe Carrefour a conclu, en date du 12 mars 2019, un accord de GPEC afin de favoriser la mobilité interne et la formation de ses salariés ; puis a mis en place un rupture conventionnelle collective eu 15 mai 2019, dans laquelle 3000 départs volontaires ont été proposés aux salariés, pour un objectif de suppression d'au moins 1200 emplois[1690]. De cette manière, le groupe Carrefour a évité de recourir au licenciement collectif pour motif économique, avec sa procédure contraignante et son effet considéré traumatisant par les employeurs[1691].

On comprend à travers cet article et les propos recueillis auprès des membres de syndicats, que cette nouvelle rupture conventionnelle collective fait craindre que son utilisation ne mène à des plans sociaux déguisés, à transformer des contrats à durée indéterminée en précaires.
Le gouvernement confirme même que la rupture conventionnelle collective sert à « *permettre aux entreprises de mieux anticiper leurs projets de réorganisation et leurs efforts d'adaptation*

[1686] Voir également, Morvan P., *La salade des ruptures conventionnelles*, Dr. soc., 2018, p. 26 et Meftah I., *Les accords collectifs de gestion de l'emploi*, thèse, 30 novembre 2018, p. 110 et suivantes.
[1687] IBM souhaite se séparer de 200 salariés.
[1688] Le Figaro souhaite se séparer selon la source du Monde de 40 à 50 employés administratifs.
[1689] Mise en place sous la présidente du groupe, Sibyle Veil pour un nombre d'environ 300 départs sur 4100 CDI. Acceptation notamment de quatre syndicats sur six (pour : le SNJ, la CFDT, L'UNSA et le FO; contre : la CGT et SUD). La RCC planifiée doit permettre d'inclure des départs à la retraite. Voir Cassini S, Dassonville A., *A Radio France, les négociations sur le plan de départs s'apprêtent à reprendre*, Le Monde, 9 septembre 2020.
[1690] Voir notamment Cramazou L., *Les alternatives au licenciement collectif pour motif économique: la voie de l'accord d'entreprise*, Master de droit social, sous la direction de FAVENNEC F., 2019, p. 5.
[1691] Dumas S., Le Roy M., *Rupture conventionnelle collective, un hybride vraiment séduisant?*, Les cahiers du DRH, 2017, n° 247. Par ailleurs, ces auteurs posent que les PDV avaient déjà été créés pour introduire une alternative moins traumatisante aux licenciements pour motif économique.

aux changements conjoncturels ou structurels, dans le cadre d'une gestion prévisionnelle des emplois et des compétences désormais très élargie. C'est un outil destiné à favoriser une meilleure anticipation des restructurations (…) », ainsi que le fait que la rupture conventionnelle collective est un dispositif « *à priori moins contraignant à mettre en œuvre qu'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), notamment en ce qui concerne les mesures d'accompagnement des salariés.*[1692]».

Après avoir présenté cette rupture conventionnelle collective dans le cadre de ce travail, d'avoir également cité les propos des auteurs de cette nouvelle rupture qui ne cachent pas sa finalité d'être un avantage pour les entreprises, il est maintenant amusant de relever les propos du représentant du groupe Engie, qui a inscrit la RCC à son agenda social « *afin de faire de la pédagogie sur le dispositif encore mal connu* ». L'on peut plus que douter que Engie souhaite faire usage de ce nouveau dispositif pour principalement faire de la pédagogie. Dans le même sens, le groupe de presse Figaro a indiqué que « *c'est un accord à signer avec nos syndicats, (…). Nous avons l'habitude de faire les choses de manière consensuelle*[1693]. » Ce qui est également amusant, une rupture conventionnelle collective étant par sa nature même un dispositif de rupture volontaire et consensuel.

Un argument avancé et juste sur la nouvelle RCC à travers l'accord collectif la mettant en place, est qu'il sera « *très difficile à contester par les salariés et les syndicats, car il ne requiert aucune justification économique des entreprises* » [1694] et que le recours devant le tribunal administratif ne peut être porté que dans un court délai de deux mois[1695]. Il convient de souligner ici que, comme cela vient d'être le cas pour le groupe Pimkie, la majorité des syndicats peut très bien

---

[1692] Direction de l'information légale et administrative, vie-publique.fr, *Réforme du Code du travail : que change la rupture conventionnelle collective*, 17 janvier 2018, http://www.vie-publique.fr/actualite/dossier/rcc/reforme-du-code-du-travail-que-change-rupture-conventionnelle-collective.html; Chevrier C., *La RCC, un nouvel outil de gestion prévisionnelle des emplois,* SSL, 2018.
[1693] Propos de Marc Feuillée, directeur général du groupe le Figaro.
[1694] Alors qu'un PSE doit contenir un motif économique; Le Monde Économie, Bougon F. Jacqué P., Belouezzane S., *Les salariés de PSA, Pimkie, groupe Figaro… cobayes de la rupture conventionnelle collective* , 9 janvier 2018, http://www.lemonde.fr/economie-francaise/article/2018/01/09/les-salaries-de-psa-pimkie-groupe-figaro-cobayes-de-la-rupture-conventionnelle-collective_5239114_1656968.html.
[1695] Cependant, notons que ce délai de deux mois ne vaut que pour la contestation de l'accord collectif. La rupture même du contrat de travail peut être contestée dans un délai de douze mois à partir de la rupture du contrat devant le conseil de prud'hommes.

refuser de signer l'accord collectif[1696]. Il s'agit bien d'un dispositif volontaire pour toutes les parties en cause, d'où le délai administratif court.
Il y a bien eu une distance créée entre la rupture conventionnelle collective et le droit du licenciement économique, dû au caractère volontaire et mutuel de la RCC, cependant la simplicité et rapidité à la mettre en place sont, en revanche, bien un grand avantage pour les entreprises.

Un argument avancé par le journal Le Monde, que cette nouvelle forme de rupture des contrats de travail permettra des ruptures dans un délai rapide, ne dépassant pas plus de quelques mois, à l'inverse de la procédure de reclassement des PSE longue d'au moins six mois. Nous pouvons nous demander si cela est vraiment le cas.
Reprenons notre analyse, le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi DIRECCTE doit obligatoirement recevoir un bilan de l'employeur des mesures de suivi mises en place et ce « *au plus tard un mois après la fin de la mise en œuvre des mesures visant à faciliter le reclassement externe des salariés sur des emplois équivalents, telles que des actions de formation, de validation des acquis de l'expérience ou de reconversion ou des actions de soutien à la création d'activités nouvelles ou à la reprise d'activités existantes par les salariés* »[1697].
Si le contenu de ce bilan n'est à ce jour pas encore précisé par arrêté, il faudra voir combien de temps est utilisé en pratique pour mettre en place les mesures d'accompagnement. Néanmoins, la rupture conventionnelle collective, comme pour la rupture conventionnelle individuelle, est d'une nature rapide, dûe à son aspect volontaire et consensuel. Ceci est confirmé, notamment concernant le « contrôle allégé » de la RCC qui est, ainsi que le pose Carine Chevrier de la délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle DGEFP, « *lié à la nature de la rupture conventionnelle collective* »[1698].

[1696] Nécessité d'un accord majoritaire; Si le groupe Pimkie prévoyait le départ de 208 salariés, les syndicats CGT et CFDT ont rejeté la rupture conventionnelle collective début janvier 2018 pour plutôt signer un accord de méthode en vue de négocier un plan de départs volontaires. Les souhaits de la CGT et CFDT étant de plutôt conclure un plan de sauvegarde de l'emploi qui aurait compris une évaluation des motifs économiques requérant la suppression de ces emplois ; Fabre A., *Ruptures conventionnelles collectives et congés mobilité : deux faux jumeaux*, SSL, 2018, n°1800 sur la nécessité d'un accord majoritaire dans une RCC.
[1697] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle collective*, droit du travail et rupture du contrat, publié et mis à jour le 11 avril 2018 et le 19 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-collective.
[1698] Propos de Carin Chevrier de la DGEFP, retenus par: Éditions législatives, *rupture conventionnelle collective : les questions qui restent en suspens*, 20 février 2018, http://www.editions-legislatives.fr/content/rupture-conventionnelle-collective-les-questions-qui-restent-en-suspens.

« La politique d'accompagnement » devenant « négociable », sans obligation pour l'employeur de proposer de lui-même les reclassements et les formations, on se demande quel est le contenu de cette négociabilité qui, une fois encore, est la quintessence de la rupture conventionnelle collective.
L'argument de l'usage de pressions éventuelles par les directions d'entreprises ne peut être réfuté valablement, les chefs d'entreprises ayant une position dominante par rapport aux salariés et même aux syndicats.

L'Association française du droit du travail AFDT considère comme une double peine, que l'employeur ne soit pas obligé de consulter les représentants du personnel pour les raisons le poussant à supprimer des emplois, et qu'il n'y a pas de contrôle du motif économique par le juge[1699].
Il faut cependant reconnaître que cela n'exclut cependant pas toute justification de motifs économiques en ce que les employeurs se retrouvent tout de même en pratique obligés d'en parler et éventuellement même de les présenter dans un préambule de l'accord collectif.

Prenons note de la conséquence de l'absence de reclassement interne dans la rupture conventionnelle collective[1700]. La conséquence est que les entreprises qui décident de se séparer de salariés grâce à la rupture conventionnelle collective, alors qu'elles ne connaissent pas de difficultés économiques, peut être vu comme injuste, alors que pour les entreprises en situation de difficultés économiques, celles-ci devront faire des efforts plus importants.

[1699] Propos de l'AFDT retenus par Éditions législatives, *rupture conventionnelle collective : les questions qui restent en suspens*, 20 février 2018, http://www.editions-legislatives.fr/content/rupture-conventionnelle-collective-les-questions-qui-restent-en-suspens.
[1700] L'Association française du droit du travail AFDT, dont les propos ont été ici retenus par Éditions législatives, *rupture conventionnelle collective : les questions qui restent en suspens*, 20 février 2018, http://www.editions-legislatives.fr/content/rupture-conventionnelle-collective-les-questions-qui-restent-en-suspens, a également pris position concernant l'éviction de reclassement interne dans la rupture conventionnelle collective, posant que cela allège les entreprises usant de la rupture conventionnelle.

CONCLUSION DE CHAPITRE

La rupture conventionnelle collective vue dans ce chapitre repose ainsi d'un côté sur un accord collectif, qui a lieu entre l'employeur et les organisations syndicales[1701] et d'un autre côté sur un accord individuel entre l'employeur et ses salariés.

Le régime de l'accord individuel devant être « déconnecté » du droit du licenciement économique[1702], ainsi que « déconnecté » de la rupture conventionnelle individuelle[1703]; La RCC reprend cependant des éléments de la rupture conventionnelle individuelle et des plans de départs volontaires. Qu'en est-il donc de l'autonomie de la RCC et de sa pertinence[1704] ?
Dans le cadre de la RCC, la validation de l'administration va reposer sur le contrôle de l'accord d'entreprise et non sur l'accord du salarié, sauf en cas de salarié protégé. Ainsi, si une RCC est conclue, il y aura nombre de ruptures amiables négociées et signées entre l'employeur et ses salariés. Pour rendre la signature par ses salariés alléchante, l'employeur pourra notamment faire miroiter à ses salariés l'alignement de la fiscalité et des charges sociales sur le régime applicable aux indemnités d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Les indemnités de la rupture conventionnelle collective étant exonérées d'impôt sur le revenu en totalité[1705].

L'historique et la mise en place de la nouvelle rupture conventionnelle collective a été analysée en profondeur dans ce chapitre, son évolution préparée ces dernières années créant un changement non négligeable et d'une certaine gravité. C'est la sécurité juridique qui constitue la raison politique principale derrière l'introduction de la rupture conventionnelle collective. En effet, l'usage jusqu'à présent jurisprudentiel du régime des plans de départs volontaires a été critiqué par l'entourage du ministère français et spécifiquement les potentiels revirements que le

---

[1701] Ou organismes signataires habilités.
[1702] Article L. 1233-3 du Code du travail.
[1703] Article L. 1237-16 du Code du travail.
[1704] Voir notamment Dalmasso R., *La « rupture conventionnelle collective » : une chimère ?*, Le Droit Ouvrier, novembre 2017, n°832, p. 651.
[1705] Tandis que pour la rupture conventionnelle individuelle, un salarié bénéficiant d'un départ à la retraite légale sera imposé dès le premier euro et qu'un salarié ne bénéficiant pas du départ à la retraite légale, se verra exonéré d'impôt sur le revenu avec une limitation portant sur soit le montant de l'indemnité de licenciement légale ou conventionnelle, soit sur le montant le plus élevé entre deux fois sa rémunération annuelle brute perçue l'année travaillée précédence ou 50% de l'indemnité versée avec une limite de 6 Pass (six fois le plafond annuel de la sécurité sociale) ; Concernant le forfait social, celui-ci est plus avantageux également : Pour l'instant, suite à un manque de précisions ayant valeur de droit, il se peut même qu'aucun forfait social ne s'applique pour la rupture conventionnelle collective si l'on suit seulement l'alignement proposé par le Ministère du travail sur les PSE et ignore les instructions de l'Urssaf et Acoss.

patronat craint comme la peste[1706]. Rappelons que pour le gouvernement, avec la rupture conventionnelle collective « *il s'agit de transposer la rupture conventionnelle, mise en place après une négociation interprofessionnelle en 2008, au niveau collectif* » [1707] et que « *les entreprises peuvent y avoir recours pour renouveler leurs compétences, en cas du lancement d'une nouvelle activité, par exemple, ou pour rajeunir leur pyramide des âges* »[1708].
En conséquence, c'est avec raison que cette réforme Macron a depuis été fortement critiquée. Les grandes entreprises peuvent maintenant procéder unilatéralement à une rupture conventionnelle dite collective avec les syndicats, tout en se soustrayant aux procédures traditionnelles. Car si la rupture conventionnelle individuelle était depuis 2008 attractive en évitant notamment « *tout débat judiciaire sur la légitimité économique des suppressions d'effectifs* »[1709], avec la nouvelle rupture conventionnelle collective arrive une véritable sécurité juridique pour les entreprises.

Il est ici nécessaire de résumer en quoi la RCC est distincte des PDV, qui eux aussi, basés sur le volontariat, sont intégrés aux plans de licenciements collectifs de l'employeur et permettent aux salariés de quitter l'entreprise avec une prime de départ avant même que l'employeur n'ait désigné les personnes qu'il compte licencier[1710]. Ce PDV, non réglementé par le Code du travail[1711], se retrouve dans des conventions collectives et la Cour de cassation l'a reconnu valide dès 1984[1712]. La récente rupture conventionnelle actuelle va se situer dans la même logique que les PDV mais diffère dans sa forme et est, elle, réglementée par le Code du travail. Or si avec

---

[1706] Éditions législatives, Bariet A., *Les plans de départs volontaires font leur entrée dans le code du travail*, 1er septembre 2017, http://www.editions-legislatives.fr/content/les-plans-de-départs-volontaires-font-leur-entrée-dans-le-code-du-travail.
[1707] Dalmasso R., *La « rupture conventionnelle collective » : une chimère ?*, Le Droit Ouvrier, novembre 2017, n°832, p. 649.
Éditions législatives, Bariet A., *Les plans de départs volontaires font leur entrée dans le code du travail*, 1er septembre 2017, http://www.editions-legislatives.fr/content/les-plans-de-départs-volontaires-font-leur-entrée-dans-le-code-du-travail.
[1708] Bariet A., *Projets d'ordonnances: ruptures conventionnelles collectives*, Recueil Dalloz, 14 septembre 2017, n° 30, 1716.
[1709] Lokiec P., *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, février, 2015, p. 122.
[1710] Suivant un mode de sélection basé sur différents critères selon les pays, mais avec un choix s'effectuant souvent suivant l'ancienneté, les critères sociaux; Voir l'étude comparative de Engelstad F., *The significance of seniority in Layoffs : A comparative analysis*, Social Justice Research, Volume 11, Nr. 2, 1988, comprenant la France et l'Allemagne (aussi le Brésil, la Norvège et les États-Unis); Engelstadt F., *Layoffs and Local Justice*, Institutt for samfuunsforsning, report 94:4, 1994; Engelstad F., *Needs and social justice : the criterion of needs when exempting employees from layoff*, Social Justice Research, 1997, 10(2), 203-223.
[1711] Contrairement à la RCC et à la RCI.
[1712] Cour de cassation, chambre sociale, 26 novembre 1984 ; Ces PDV comme pratique courante des entreprises n'étaient encadrés ainsi que par la jurisprudence, voir Pagnerre Y., Pagani K., *Le vade-mecum des ordonnances « Macron »*, Gualino, 2018, p. 66.

la rupture conventionnelle collective, les plans de départs volontaires restent théoriquement possibles, cette dernière tend à prendre leur place et fait craindre qu'elle accentue le recul du recours au licenciement pour motif économique[1713]. Quant à son rapport avec les PSE, il y a déconnection de la rupture conventionnelle collective de tout motif économique, ce qui implique que tout salarié volontaire à ce dispositif n'aura droit ni à la priorité de réembauche, ni au contrat de sécurisation de l'emploi CSP[1714], ni au congé de reclassement[1715].

Ce chapitre s'est également penché sur la deuxième des cinq ordonnances Macron qui a introduit une refonte des institutions représentatives du personnel[1716], avec le remplacement du CE par le comité social économique CSE[1717]. Ce nouveau CSE devient largement tributaire de la négociation collective et c'est au gré de la négociation collective qu'il est mis en place, aménagé et reçoit ses attributions, ou même peut se retrouver transformé en conseil d'entreprise[1718]. Avec la fusion des anciennes institutions représentatives du personnel et les nouvelles attributions du nouveau et unique CSE, les pouvoirs de la négociation collective deviennent considérables. Le Comité social et économique doit effectivement contrôler régulièrement le suivi de la mise en œuvre effective de l'accord portant rupture conventionnelle collective et informer la DIRECCTE au travers d'avis[1719]. La DIRECCTE se voit attribuer un rôle qui varie : si le rôle reste cantonné à une simple information du CSE, la DIRECCTE ne devra contrôler que si le comité

[1713] Lokiec P., *Points d'interrogation*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n°852, p. 469.
[1714] Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), Service-public.fr, *contrat de sécurisation professionnelle CSP*, vérifié le 1er décembre 2017, https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F13819: Il est mis en place par Pôle Emploi pour les salariés dont le licenciement économique est envisagé et qui remplissent les conditions du bénéfice du chômage l'ARE (allocation de retour à l'emploi). Pour les entreprises de moins de 1000 salariés, elles devront le proposer si elles engagent la procédure de licenciement économique ; pour les entreprises de plus de mille salariés, elles devront proposer un congé de reclassement et un tel contrat de sécurisation professionnelle ne sera possible que si l'entreprise est en redressement ou liquidation judiciaire. L'avantage du CSP tient au suivi plutôt intensif, des demandeurs d'emplois ayant fait l'objet d'un licenciement économique, pendant une année, leur assurant une indemnité plus importante que l'indemnité de base ; Voir aussi Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 3, posant qu'il peut être plus avantageux d'être licencié pour motif économique plutôt que de conclure une RC, si le salarié peut bénéficier un contrat de sécurisation professionnelle (CSP).
[1715] Direction de l'information légale et administrative du Premier ministre, Service-public.fr, *Congé de reclassement*, vérifié le 1er janvier 2018 https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2906: Il doit être proposé aux salariés travaillant pour une entreprise ou un établissement grand d'au moins mille salariés en cas de menace de licenciement pour motif économique. Sauf si un congé de mobilité est choisi par le salarié ou si l'entreprise se trouve en redressement ou liquidation judiciaire.
[1716] À ce sujet, voir aussi Domergue B., Davoine J.-B., *Projets d'ordonnances: rôle du nouveau comité social et économique*, Recueil Dalloz, 14 septembre 2017, n° 30, 1714.
[1717] Pour un listing des mesures à caractère hétéroclite sur ce nouveau CSE, voir notamment Odoul-Asorey I., *Droit des relations professionnelles*, RDT, février 2018.
[1718] Lokiec P., *Points d'interrogation*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n°852, p. 470.
[1719] Article L. 1237-19-7 du Code du travail.

a bien été informé ; tandis que si le rôle de la DIRECCTE est élargi pour comprendre une consultation, elle contrôlera si les modalités décidées sur ce point dans l'accord collectif ont été respectées.

Ce chapitre a surtout porté l'accent sur le fait que le Ministère du travail ne cache pas que la RCC permet aux « *entreprises* « d'y « *avoir recours pour renouveler leurs compétences,* (…) *ou pour rajeunir leur pyramide des âges* »[1720]. Ainsi, malgré que la RCC exige une absence de discrimination[1721] en raison de l'âge au sein des salariés, il y a possibilité de fraude au travers d'un plan social déguisé servant comme un système de préretraite. Or la seule mesure pour l'instant prise par le Ministère du travail, a été de « demander » aux DIRECCTEs d'être « particulièrement attentives » et de ne pas homologuer les demandes quand il apparaît que les entreprises ciblent les séniors pour les pousser à la retraite[1722]. Ce qui est étonnant vu que la RCC doit permettre aux entreprises de « *rajeunir leur pyramide des âges* ».

En conséquence, la rupture conventionnelle collective permet le ciblage de types de postes pourvus en majeure partie par des séniors et constitue un moyen de les faire partir en préretraite avec une indemnité comme moyen incitatif. Évoquons ici une cour allemande[1723] dont les juges avaient posé que l'objectif véritable d'une interdiction de discrimination de l'âge est en principe atteint au travers du maintien de ces salariés âgés dans leur relation de travail[1724]. La RCC française va ici à l'encontre de la protection des séniors, en ne soutenant pas le maintien des personnes âgées au sein de leur entreprise, mais en encourageant au contraire la prise de fin de leur contrat de travail. Depuis la mise en place de la RCC, de nombreuses entreprises ont sauté sur l'occasion. PSA a été l'un des premiers à proposer des congés séniors pour 900 personnes en plus des 1300 départs prévus, pour un total de 2200 départs souhaités[1725]. Il est difficile de

---

[1720] Bariet A., *Projets d'ordonnances: ruptures conventionnelles collectives*, Recueil Dalloz, 14 septembre 2017, n° 30, 1716.

[1721] Le droit français a une liste de motifs discriminatoire exhaustive, ce qui n'est pas le cas des textes européens et internationaux, voir notamment l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ; Lokiec P., Porta J., *Droit du travail : relations individuelles de travail*, Recueil Dalloz, 13 avril 2017, n° 15, 842.

[1722] Éditions législatives, Bariet A., *Les plans de départs volontaires font leur entrée dans le code du travail*, 1er septembre 2017, http://www.editions-legislatives.fr/content/les-plans-de-départs-volontaires-font-leur-entrée-dans-le-code-du-travail; Bariet A., «*Projets d'ordonnances : ruptures conventionnelles collectives*, Recueil Dalloz, 14 septembre 2017, n° 30, 1716.

[1723] BAG, 25.02.2010, 6 AZR 911/08.

[1724] BeckRS 2010, 69572, Keine Altersdiskriminierung durch auf jüngere Arbeitnehmer beschränktes Angebot von Aufhebungsverträgen, BAG 25.02.2010, 6 AZR 911/08: (...) „Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG": (...) „*Der Zweck des Diskriminierungsverbots wegen des Alters wird grundsätzlich gerade durch den weiteren Verbleib älterer Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis verwirklicht.*".

[1725] Information datant de janvier 2018.

ne pas voir une volonté de se séparer des salariés ayant une certaine ancienneté[1726], surtout quand le groupe PSA a dégagé des profits de 1,73 milliard en 2016[1727], avec des ventes unitaires ayant progressé de 15,4 % au niveau mondial en 2017. La Société Générale, Engie et IBM[1728] ont suivi l'utilisation de la RCC, tout comme la presse avec le groupe le Figaro[1729] et Les Inrocks ; ainsi que Dunlop Montluçon, Téléperformance et Radio France entre autres.

Pour finir sur les nouveaux barèmes Macron et notamment le choix des mots du titre de l'ordonnance 2017-1386 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail, le mot « prévisibilité » apparaît comme inédit[1730] dans le code du travail. Ces nouveaux barèmes ont bien comme objectif une sécurisation plutôt qu'une harmonisation[1731]. Les juges prud'homaux utilisaient déjà avant la réforme Macron deux barèmes d'indemnités[1732] prud'homales, mais il n'y avait pas d'obligation de s'y référer. Ceux-ci n'étaient qu'indicatifs[1733]. Désormais, comme vu dans le chapitre 1 de cette partie I, le juge prud'homal doit respecter des planchers et plafonds[1734]. Ce plafonnement, grandement critiqué et à raison, s'est vu opposé un premier

---

[1726] Concernant l'exemple de PSA, la rupture conventionnelle collective proposée par PSA a été signée par la majorité des syndicats au 19 janvier 2018. Cette RCC qui a été intégrée par le groupe PSA à son plan annuel d'ajustement des effectifs DAEC, dispositif d'accompagnement des emplois et des compétences, a pris effet au 1er février 2018 ; Avec l'exception de la CGT qui représentait 19,6 % des voix, les autres organisations syndicales FO, CFDT, CFE-CGC et GSEA (qui est le syndicat maison du groupe PSA) ont signé le projet de rupture conventionnelle collective prévoyant un total de 1300 départs volontaires au maximum du groupe PSA exploitant les marques automobiles Peugeot, Citroën, DS, Vauxhall et Opel ; Voir partie de ce travail sur les « difficultés et changements de décisions pour la mise en place de la réforme Macron concernant le régime applicable aux indemnités de la rupture conventionnelle collective : entre alignement du régime fiscal sur le PSE et forfait social ».

[1727] Voir notamment Meftah I., *Les accords collectifs de gestion de l'emploi*, thèse, 30 novembre 2018, p. 336.

[1728] IBM souhaite se séparer de 200 salariés.

[1729] Le Figaro souhaite se séparer selon la source du Monde de 40 à 50 employés administratifs.

[1730] Village justice.com, Chum F., *Ordonnances macron : ce qui change pour les salariés avec le plafonnement des indemnités de licenciement prud'homales*, 5 septembre 2017, dernière mise à jour le 18 septembre 2017, https://www.village-justice.com/articles/ordonnances-macron-qui-change-pour-les-salaries-avec-plafonnement-des,25765.html.

[1731] Sécuriser pour l'employeur en lui permettant de connaître à l'avance le coût, accompagné d'une volonté de réduction du juge. Lokiec P., *Vers un nouveau droit du travail ?*, Recueil Dalloz, 26 octobre 2017, n° 36, 2114.

[1732] Les chiffres du barème sont à appliquer sur les salaires bruts.

[1733] Article L 1235-1 du Code du Travail, modifié par Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, art. 2 alinéa 1: « *En cas de litige, lors de la conciliation prévue à l'article L. 1411-1, l'employeur et le salarié peuvent convenir ou le bureau de conciliation et d'orientation proposer d'y mettre un terme par accord. Cet accord prévoit le versement par l'employeur au salarié d'une indemnité forfaitaire dont le montant est déterminé, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles, en référence à un barème fixé par décret en fonction de l'ancienneté du salarié.* »; Décret n° 2016-1581 du 23 novembre 2016; Article R. 1235-22.-I code du travail; Décret n° 2016-1582 du 23 novembre 2016; Article D. 1235-21 code du travail.

[1734] Concernant la fixation du montant des indemnités prud'homales qui devront être versées à un salarié suite à la contestation de son licenciement abusif devant les Prud'hommes. Voir Roig É., *Indemnités aux*

argument au travers du principe civiliste de la réparation intégrale du préjudice[1735]. Or le Conseil constitutionnel a écarté cet argument au nom de la « *prévisibilité des conséquences qui s'attachent à la rupture du contrat de travail* » comme étant « *objectif d'intérêt général* »[1736]. Une autre argumentation pour contrer ce barème a usé de l'arrêt Fisher du Conseil d'État[1737], posant que « *les stipulations de l'article 24 de la Charte Sociale Européenne de Turin du 18 octobre 1961 révisée produisent des effets directs en droit interne* », couplé à l'article 10 de la Convention 158 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT)[1738]. La convention n° 158 de l'OIT lie la France et a auparavant été utilisée pour contrer des dispositifs, tel le contrat nouvelles embauches. Remarquons que l'Allemagne n'a pas ratifié cette convention, qui fait partie de « *celles qui infiltrent le plus le pouvoir patronal* »[1739]. Cette convention a d'ailleurs été ratifiée par seulement 36 pays[1740]. Mais la guerre menée contre la légalité d'un tel barème[1741] n'a pas aboutie.

Prud'hommes – barème 2017, Droit-finances, novembre 2017, http://droit-finances.commentcamarche.net/faq/54743-indemnites-aux-prud-hommes-bareme-2017.

[1735] Principe déjà mis à mal par le plancher d'indemnisation de six mois de salaires : voir Dalloz actualité, Peyronnet *M., Conseils de prud'hommes : conventionalité (ou non) du plafonnement des indemnités de licenciement ?*, social, droit international et communautaire, rupture du contrat de travail, 4 février 2019.

[1736] Et au nom de l'absence de « *restrictions disproportionnées par rapport à l'objectif d'intérêt général poursuivi* ». Voir Dalloz actualité, Peyronnet *M., Conseils de prud'hommes : conventionalité (ou non) du plafonnement des indemnités de licenciement ?*, social, droit international et communautaire, rupture du contrat de travail, 4 février 2019; Conseil Constitutionnel, 7 sept. 2017, n° 2017-751 DC, Loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, Constitutions 2017, 401, chron. Bachschmidt P. ; Dalloz actualité, Peyronnet *M., Conseils de prud'hommes : conventionalité (ou non) du plafonnement des indemnités de licenciement ?*, social, droit international et communautaire, rupture du contrat de travail, 4 février 2019; Conseil Constitutionnel, 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi d'habilitation n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, D. 2018. 2203, obs. Lokiec P. et Porta J ; voir aussi Recueil Dalloz, septembre 2017, n° 30, 1712.

[1737] Conseil d'État, 10 février 2014, n° 358992, Fisher, 7ème et 2ème sous-sections réunies, Montrieux V., rapporteur, M. Dacosta B., rapporteur public, SCP Blanc, Rousseau, avocats.

[1738] La convention n° 158 de l'OIT est, comme indiqué l'auteur Lokiec P., « *sans nul doute de celles qui ont le plus défrayé la chronique ces dernières années. (…) Et même si la Cour de cassation vient de rendre un avis de conformité du barème introduit par les ordonnances Macron de septembre 2017 à ladite convention, cette dernière est sans doute dans les débats sur le droit du travail pour de nombreuses années*. ». Lokiec P., *La convention n° 158 de l'OIT, Après le CNE, le barème….*, JCP S, 30 juillet 2019, n° 30-34, 1230, p. 28.

[1739] Lokiec P., *La convention n° 158 de l'OIT, Après le CNE, le barème….*, JCP S, 30 juillet 2019, n° 30-34, 1230, p. 28.

[1740] OIT, Ratification de la convention n° 158 sur le licenciement, 1982, https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312303.

[1741] Cette convention exige notamment de ses adhérents qu'ils inscrivent dans leur législation une exigence de juste motif du licenciement : « Un motif lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ». Voir la convention n° 158 de l'OIT et Lokiec P., *La convention n° 158 de l'OIT, Après le CNE, le barème….*, JCP S, 30 juillet 2019, n° 30-34, 1230, p. 28.

Le danger des barèmes reste de taille pour les salariés, étant donné qu'est rendu « *possible un calcul de ce que coûte une illégalité et incite, donc, à la commettre si, selon un raisonnement courant, ce coût est moins important que l'inconvénient créé par le respect de la légalité* »[1742]. Heureusement, la résistance a été reprise par les cours, comme démontré par plusieurs arrêts[1743] : Les juridictions du fond ayant heureusement la possibilité de contrôler la conventionalité des lois et de les écarter si nécessaire. Ceci en raison de leur compatibilité au regard des conventions internationales et traités et cette possibilité a été reconnue par la Cour de cassation quand il y a applicabilité directe et ce même quand la loi est postérieure au traité[1744]. Pour le professeur Lokiec P., « *avec deux jugements successifs qui utilisent la même argumentation, on commence à pouvoir parler de résistance des juges* »[1745] et « *cette résistance est d'autant plus sérieuse et, pour moi, fondée que le raisonnement qui conduit à écarter le barème est très solide, peut-être même imparable, à savoir l'impossibilité qu'ont désormais les juges prud'homaux de réparer de manière adéquate le préjudice d'un salarié injustement licencié.* » ; les plafonds d'indemnisation légaux constituent ainsi bien « *un obstacle à l'exercice de leur fonction de juger, dont on peut rappeler le caractère fondamental dans tout État de droit ».* Ils sont *« bloqués, bridés dans ce qui constitue l'un de leurs rôles essentiels : la réparation du préjudice »*[1746].

Un plafond qui n'évolue que selon l'ancienneté, mène donc à un barème[1747] qui ne peut pas assurer que le juge tienne compte de tous les éléments concernant le salarié, c'est-à-dire sa situation financière, professionnelle et morale. Il est malheureux que ce soit seulement en cas

---

[1742] Bargain G., Sachs T., *La tentation du barème*, RDT, 2016, p.251.

[1743] Arrêt du Conseil de Prud'hommes du Mans, 26 septembre 2018, numéro de pourvoi 17/00538; Arrêt du Conseil de Prud'hommes de Lyon, 21 décembre 2018, numéro de pourvoi 18/01238; Arrêt du Conseil de Prud'hommes de Grenoble, 19 janvier 2019, numéro de pourvoi 18/00989; Arrêt du Conseil de Prud'hommes d'Amiens, 19 décembre 2018, numéro de pourvoi 18/00040; Arrêt du Conseil de Prud'hommes de Troyes, 13 décembre 2018, numéro de pourvoi 18/00036; Arrêt du Conseil de Prud'hommes de Caen, 18 décembre 2018, numéro de pourvoi 17/00193.

[1744] Arrêt de la Cour de cassation, chambre mixte, 24 janvier 1975, Société des cafés Jacques Vabre, numéro de pourvoi 73-13.556.

[1745] Le Monde, Politique, Bissuel B., *Indemnités prud'homales : le plafonnement de nouveau jugé contraire au droit international*, 6 janvier 2019, mis à jour le 7 janvier 2019.

[1746] Propos du professeur Pascal Lokiec, professeur de droit à la Sorbonne: Le Monde, Politique, Bissuel B., *Indemnités prud'homales : le plafonnement de nouveau jugé contraire au droit international*, 6 janvier 2019, mis à jour le 7 janvier 2019.

[1747] Quant à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation a exclu son application aux dispositions de l'article L. 1235-3 du Code du travail, voir Marguénaud J.-P., *Le barème d'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse sauvé dans la confusion des sources européennes du droit social*, Cass., ass. plén., 17 juillet 2019, n° 19-70.011, avis n° 15012, à paraître au Bulletin, RDT, novembre 2019, n° 11, p. 693.

de licenciement sans cause réelle et sérieuse que les juges puissent maintenir leur liberté et fixer une indemnité adéquate envers le salarié. Toutefois, la jurisprudence française reste pour l'instant contradictoire, il va donc falloir se munir de patience et observer le développement qui aura lieu.

CONCLUSION DE PARTIE

Face au succès de la rupture conventionnelle individuelle et du contrat de résiliation allemand, les salariés sont les grands perdants. Malgré les différences, les deux droits restent semblables dans leur aspect consensuel, mais ils sont surtout déterminés par un déséquilibre inhérent et finalement immuable relatif aux positions des parties. Ce déséquilibre contribue à un isolement des salariés et est dangereux pour leurs intérêts financiers, mais également pour leur santé morale. Il en va ici de ruptures de contrats de travail, ce qui constitue déjà en soi un coup dur pour les personnes concernées.

Les salariés français ont par ailleurs désormais une double peine avec l'introduction de la rupture conventionnelle collective. Ce nouveau mode de rupture est le résultat apparent du souhait de sécurité juridique toujours plus fort du patronat. D'autant que dans le cadre de la RCC, c'est aux syndicats de négocier (dans un contexte de syndicalisation de plus en plus faible) et que cela ne va pas contribuer à une amélioration pour les salariés. Du côté allemand la situation n'est pas non plus enviable, avec la possibilité d'inclure la conclusion de « Aufhebungsverträge » dans les licenciements collectifs[1748], ce qui permet aux employeurs d'échapper aux aléas de la législation actuelle allemande du licenciement collectif[1749].

Le degré de protection des salariés protégés reste également bancal dans les deux droits, sachant que le droit allemand reconnait dès le début ne pas les protéger dans le cadre d'un « Aufhebungsvertrag ». C'est donc le devoir d'information des employeurs envers leurs salariés qui fera surtout la différence entre « Aufhebungsvertrag » ou rupture conventionnelle ou

---

[1748] Naber S., *Der massenhafte Abschluss arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge*, Dissertation, Centaurus Verlag & Madie UG, Forum Arbeits- und Sozialrecht, Band 30, 2009, S. 255, ff; BAG, AP BGB § 613 a Nr. 464 = BackRS 2015, 70521; zustimmen Moll in APS, Kündigungsschutzrecht, 5. Auflage 2017, § 17 KSchG Rn. 33.

[1749] Voir notamment les propos de Naber S.: « *Les licenciements collectifs se font souvent par la conclusion en masse de « Aufhebungsverträgen* » [1749] et ces « *« Aufhebungsverträge » permettent à l'employeur (...) d'éviter les aléas de la législation actuelle allemande sur le licenciement collectif* » : „*Aufhebungsverträge ermöglichen es dem Arbeitgeber (...), den Unwägbarkeiten des gegenwärtigen deutschen Massenentlassungsrechts auszuweichen.*": Naber S., *Der massenhafte Abschluss arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge*, Dissertation, Centaurus Verlag & Madie UG, Forum Arbeits- und Sozialrecht, Band 30, 2009, S. 254; Siehe dazu auch Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 10; Ainsi, "*les contrats de résiliation peuvent remplir les conditions d'un licenciement collectif*": „*Aufhebungsverträge die Voraussetzungen einer Massenentlassung erfüllen*", Siehe Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 15; BAGE 91, 107 = NZA 1999, 761 (unter II 2); Weigand in KR, 12. Auflage 2019, § 17 KSchG Rn. 66, für ein Freiwilligenprogramm; Meyer, Röger, NZA-RR 2011, 393 (396).

conclu(e) dans l'intérêt des deux parties et non pas seulement dans l'intérêt de l'employeur. Toutefois, les deux droits se montrent inefficaces à véritablement contrôler le partage d'information qui est le fer de lance de ces modèles de ruptures amiables.

Si la procédure d'homologation constitue un avantage pour le salarié français comparé au salarié allemand, qui plus est ne dispose pas de droit de rétractation ; les indemnités versées, bases de ce système de rupture doivent, elles, être prises avec des gants. En Allemagne, il peut être même plus utile de ne pas prévoir d'indemnité, le versement de celle-ci n'étant pas obligatoire. A la place, un délai de préavis prolongé avec paiement de salaire et exemption de travail peut être préférable.

Partie II. Les conséquences de la rupture amiable du contrat de travail sur l'employeur et son salarié et les possibilités de rétractation et de recours

Nous revenons dans cette partie sur la comparaison entre le « Aufhebungsvertrag » et la rupture conventionnelle individuelle (et non collective) du Code du travail.

Après avoir préalablement posé les conditions de mise en œuvre d'une rupture conventionnelle individuelle et d'un « Aufhebungsvertrag », il est nécessaire de se pencher sur les conséquences financières, sociales et le devoir d'information incombant aux employeurs (qui est plutôt un devoir de s'informer incombant aux salariés) (Chapitre 1), avant d'analyser les possibilités de contestation présentes dans les deux droits et les avantages et inconvénients pour les deux parties à la rupture (Chapitre 2).

Ceci est primordial pour comprendre dans quelles conditions la conclusion d'un tel mode de rupture peut être avantageux pour un salarié, cela valant pour les deux pays.

Chapitre 1. Les conséquences fiscales et sociales pour le salarié en relation avec le devoir d'information

La France et l'Allemagne ont une approche différente sur l'information qui incombe aux employeurs. En France, malgré un devoir d'information, un simple renvoi de l'employeur vers les organismes compétents à fournir des informations va suffire[1750]. Pourtant, l'information constitue (ou devrait constituer) « *le pilier majeur* » de la protection du bénéficiaire du droit de rétractation[1751]. En Allemagne, malgré la gravité régnant sur les conséquences sociales et financières d'un « Aufhebungsvertrag », il n'y a pas véritablement d'obligation pesant sur l'employeur d'informer son salarié sur les conséquences juridiques de la conclusion d'un tel contrat, tout comme il n'y a pas de délai de rétractation[1752]. Ces obligations d'information sont appelées « Aufklärungspflichten » et leur application va dépendre des circonstances spécifiques du cas d'espèce[1753], faisant que c'est aux salariés de se renseigner préalablement auprès de l'administration du travail et autres institutions compétentes sur les conséquences fiscales et sociales de la conclusion d'un tel contrat de résiliation. Les salariés doivent donc peser le pour et le contre, entre l'indemnisation proposée et les risques ultérieurs impliqués. On remarque ici que cette approche est au final très proche du modèle français, en ce qui concerne le devoir d'information.

La première section de ce chapitre va ainsi se consacrer sur le système français et le système allemand du régime de retraite légale ainsi que sur la période de carence (Section 1), pour ensuite analyser les conséquences sociales et les répercussions des exonérations fiscales mises en place (Section 2).

[1750] Voir la partie de ce travail sur le contenu de l'information donné au salarié et Montvalon L. de., *Rupture conventionnelle et réticence dolosive, Quelle protection du consentement face à l'asymétrie d'information ?*, JCP S, 4 février 2020, n° 5, 1028, p. 29 ; ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, article 12.

[1751] Bernardeau L., *Le droit de rétractation du consommateur un pas de plus vers une doctrine d'ensemble, à propos de l'arrêt CJCE, 13 décembre 2001, Heininger*, JCP G, 2002 I, 168, spéc. N° 22.

[1752] Holbeck-Schwindl, *Referendarpraxis Lernbücher für die Praxisausbildung, Arbeitsrecht*, Verlag Franz Vahlen München, 11. Auflage 2012, S. 143 – 602.

[1753] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 5. Aufklärungspflichten, Rn 12; BAG 11.12.2001, AP BetrAVG § 1 Auskunft Nr. 2.

Section 1. Régime de retraite légale et période de carence

Il est primordial pour tout salarié qui désire conclure une rupture conventionnelle individuelle ou un « Aufhebungsvertrag » de s'informer préalablement (surtout en Allemagne) sur les conséquences fiscales et sociales de son choix ; mais il est également très important qu'il se renseigne sur la période de carence. Cette section concernant les périodes de carence françaises et allemandes va présenter leurs similitudes, différences et surtout conséquences sur la situation financière des salariés. Une période de carence pouvant souvent faire regretter la conclusion d'une rupture conventionnelle ou d'un « Aufhebungsvertrag ».

I. Acquisition du droit à la retraite légale en France et conséquences sur le régime fiscal et social

Le régime fiscal et social français de l'indemnité de rupture conventionnelle va dépendre du fait de savoir si le salarié a droit ou non de bénéficier d'une pension de retraite d'un régime légalement obligatoire[1754]. En effet, le régime social est identique au régime fiscal fixé par l'article 80 duodecies du Code Général des Impôts[1755], faisant que si, à la date de rupture effective de la relation de travail, qui est la date prévue dans la convention de rupture, le salarié peut liquider sa pension de retraite, qu'il s'agisse d'un taux plein ou non, alors il ne pourra pas bénéficier du régime social que prévoit cet article 80 duodecies du CGI[1756].

Notons que seule la liquidation d'une pension de retraite appartenant à un régime de retraite de base est ici prise en compte et non la prise en compte des droits acquis grâce aux régimes de retraite complémentaire obligatoires (pour les salariés du secteur privé)[1757].

[1754] Circulaire n° DSS/DGPD, SD5B/2009/210 du 10 juillet 2009, relative au régime social des indemnités versées en cas de rupture conventionnelle ou à l'issue d'un contrat à durée déterminée à objet défini, et des indemnités versées en cas de rupture du contrat de travail ou de cessation forcée des fonctions de mandataire social, p. 3.

[1755] Article 80 duodecies du CGI modifié par l'article 5 de la loi du 25 juin 2008, portant modernisation du marché du travail.

[1756] Circulaire n° DSS/DGPD, SD5B/2009/210 du 10 juillet 2009, relative au régime social des indemnités versées en cas de rupture conventionnelle ou à l'issue d'un contrat à durée déterminée à objet défini, et des indemnités versées en cas de rupture du contrat de travail ou de cessation forcée des fonctions de mandataire social, p. 3.

[1757] Circulaire n° DSS/DGPD, SD5B/2009/210 du 10 juillet 2009, relative au régime social des indemnités versées en cas de rupture conventionnelle ou à l'issue d'un contrat à durée déterminée à objet défini, et des

Dans le cas où le salarié est à même de liquider sa retraite de base d'un régime légalement obligatoire, alors la totalité des indemnités de rupture conventionnelle sera imposable et toujours sur sa totalité soumise aux cotisations de sécurité sociale, à la CSG et à la CRDS[1758].

Cette Circulaire DSS indique que cela « *est le cas de tous les salariés âgés de 60 ans et plus* ». Pour les salariés âgés entre 55 à 59 ans compris ayant conclu une rupture conventionnelle, la circulaire ajoute que leur employeur doit être à même de pouvoir « *présenter à l'agent chargé du contrôle un document relatif à la situation du salarié au regard de ses droits à la retraite de base* » et qu'il est donc normal pour l'employeur de pouvoir demander à son salarié de lui fournir tout document de sa caisse de retraite attestant de sa situation concernant ses droits à la retraite.

Concernés également sont les salariés qui touchent une indemnité de rupture conventionnelle alors qu'ils pourraient toucher une retraite anticipée[1759].

On remarque ici que pour les salariés en droit de bénéficier d'une pension de retraite d'un régime légalement obligatoire, qu'il y a un rapprochement avec le régime de l'indemnité de départ volontaire à la retraite[1760].

La section 2 de ce chapitre se penche plus en détail sur les conséquences sociales et exonérations fiscales touchant au régime de retraite légale en France et en Allemagne.

---

indemnités versées en cas de rupture du contrat de travail ou de cessation forcée des fonctions de mandataire social, p. 3.

[1758] Circulaire n° DSS/DGPD, SD5B/2009/210 du 10 juillet 2009, relative au régime social des indemnités versées en cas de rupture conventionnelle ou à l'issue d'un contrat à durée déterminée à objet défini, et des indemnités versées en cas de rupture du contrat de travail ou de cessation forcée des fonctions de mandataire social, p. 4.

[1759] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 10.
Circulaire n° DSS/DGPD, SD5B/2009/210 du 10 juillet 2009, relative au régime social des indemnités versées en cas de rupture conventionnelle ou à l'issue d'un contrat à durée déterminée à objet défini, et des indemnités versées en cas de rupture du contrat de travail ou de cessation forcée des fonctions de mandataire social.

[1760] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 10.

II. La période de carence

1. La période de carence française

a) Avant 2014

Avant la nouvelle convention d'assurance chômage de 2014 puis son annulation prononcée par le Conseil d'État en 2015, nous allons faire un court rappel du régime en vigueur jusqu'au 30 juin 2014.

Dès l'inscription comme demandeur d'emploi, Pôle Emploi appliquait systématiquement un délai de carence de 7 jours pour compenser la prise en charge administrative du dossier du chômeur. Ce délai de 7 jours posé par la Circulaire UNEDIC du 7 juillet 2011[1761] reste actuel étant un délai minimum de 7 jours, il est appelé délai de carence incompressible. Ces 7 jours de délai de carence ne sont applicables qu'une seule fois par année civile. Si une personne s'inscrit plusieurs fois à Pôle Emploi, ces 7 jours de carence ne pourront être appliqués qu'une fois[1762].

Un délai de carence correspondant à un éventuel reste de congés payés transformé en indemnité compensatrice sera également appliqué. Les réductions du temps de travail et les heures supplémentaires n'entrent pas dans le calcul de cette partie du délai de carence[1763].

Ce qui nous intéresse plus était le délai de carence spécifique[1764] qui s'appliquait, dès lors que le montant de l'indemnité de licenciement était supérieur aux minimas des indemnités légales et conventionnelles, notamment pour l'indemnité transactionnelle par exemple[1765]. Avant la

---

[1761] Circulaire UNEDIC n° 2011-25 du 7 juillet 2011, Union Nationale Interprofessionnelle pour l'Emploi dans l'Industrie et le Commerce.
[1762] Allocation Chômage, vos droits Pôle Emploi, *Calcul du délai de carence ASSEDIC : Règles générales et exceptions*, 10 mars 2015, https://allocation-chomage.fr/delai-carence-pole-emploi/; ASSEDIC est devenu Pôle Emploi.
[1763] Allocation Chômage, vos droits Pôle Emploi, *Calcul du délai de carence ASSEDIC : Règles générales et exceptions*, 10 mars 2015, https://allocation-chomage.fr/delai-carence-pole-emploi/; ASSEDIC est devenu Pôle Emploi.
[1764] Selon l'article 29 du règlement général.
[1765] Kaddour H., *Récapitulatif des délais de carence appliqués par le Pôle Emploi*, Juritravail, modifié le 28 novembre 2012, https://www.juritravail.com/Actualite/assedic-allocation-chomage/Id/28501.

nouvelle convention d'assurance-chômage de 2014, le délai de carence était plafonné à 75 jours et était appliqué bien entendu dès la prise en charge. Le salarié qui voyait son licenciement dénué de cause réelle et sérieuse et recevait des dommages et intérêts, devait selon la décision de Pôle Emploi rembourser une partie des indemnités de chômage perçues[1766].

b) Du 1er Juillet 2014 au 1er mars 2016

Au premier juillet 2014, le droit français a connu une modification pour ce qui est de la rupture conventionnelle.

Ceci avec l'arrêt du 25 juin 2014 du ministre du travail, de l'emploi et du dialogue social portant agrément de la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage. Concerné est l'article 21 du règlement général qui lui est annexé, visant à optimiser l'allocation des ressources de l'assurance chômage en différant, pour une durée limitée, le point de départ du versement des allocations chômage, en fonction de l'indemnisation dont bénéficie le salarié licencié[1767]. Le but étant de ne pas réduire la durée des droits mais de limiter le montant des allocations qui sont versées pour le cas où le chômeur retrouve un travail avant l'expiration de ses droits[1768].

La durée du délai de carence notamment, laquelle a été allongée suite à la conclusion d'une nouvelle convention d'assurance-chômage. Cette période de carence est passée de 75 jours (deux mois et demi) à 180 jours (six mois), faisant que le salarié perçoit désormais ses indemnités de chômage après cette période.

[1766] Kaddour H., *Récapitulatif des délais de carence appliqués par le Pôle Emploi*, Juritravail, modifié le 28 novembre 2012, https://www.juritravail.com/Actualite/assedic-allocation-chomage/Id/28501.
[1767] Dalloz actualité, le quotidien du droit, Pastor J.-M., *Assurance chômage et modulation dans le temps : bis repetita !*, 19 octobre 2015, https://www.dalloz-actualite.fr/flash/assurance-chomage-et-modulation-dans-temps-bis-repetita#.WjqLBSOX9QI.
[1768] Dalloz actualité, le quotidien du droit, Pastor J.-M., *Assurance chômage et modulation dans le temps : bis repetita !*, 19 octobre 2015, https://www.dalloz-actualite.fr/flash/assurance-chomage-et-modulation-dans-temps-bis-repetita#.WjqLBSOX9QI.

Nous allons nous pencher sur cet arrêté du 25 juin 2014 portant agrément de la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage et les textes qui lui sont associés[1769].

Prenons le temps de préciser dès maintenant la différence du droit français avec le droit allemand concernant la période de carence. En Allemagne, une période de carence intervient selon le § 159 du SGB III et l'agence fédérale du travail allemand précise dans ses instructions que dès lors que le chômeur a contribué à la perte de son travail et s'il a refusé un travail ou ne s'y est pas rendu, alors il y aura application d'une période de carence pour refus de travail qui durera au plus 12 semaines (trois mois). Cette période de carence peut être réduite dans les deux cas à trois ou six semaines selon certaines conditions que nous verrons plus en détail. Nous parlerons également du fait que la présence d'un motif important peut faire lever la période de carence[1770] et que le droit allemand a évolué récemment en 2017.

Pour revenir au droit français, l'augmentation en 2014 du délai de carence de 75 à 180 jours, fait que les 75 jours d'avant 2014 correspondaient à peu près aux 12 semaines allemandes (75 jours équivalent à 10 semaines et 5 jours pour une semaine de 7 jours), mais avec l'augmentation à 180 jours, on est passé à 25 semaines et 5 jours pour une semaine de 7 jours, c'est-à-dire presque six mois.

Plus précisément, il ne s'agit pas seulement d'un nouveau délai de la période de carence française, mais également d'un nouveau calcul. Rappelons qu'en France, le paiement d'une indemnité de départ ne doit pas être inférieur au montant des indemnités légales de licenciement et que les conventions collectives ainsi que les contrats de travail peuvent prévoir des conditions plus favorables.

Pour revenir à la hausse de la durée de la période de carence française à 180 jours, soit une augmentation à presque 6 mois, il est important de distinguer entre le paiement d'une indemnité de départ au sein d'une rupture conventionnelle égale au minimum légal sur la base des indemnités minimales légales de licenciement et le paiement d'indemnités supplémentaires négociées par le salarié et appelées « supra légales ».

[1769] Arrêté du 25 juin 2014, portant agrément de la convention du 14 mai 2014 relatif à l'indemnisation du chômage et les textes qui lui sont associés, JO n°0146 du 26 juin 2014, texte n° 28.
[1770] Schweiger M., *Die Systematik des wichtigen Grundes nach § 159 SGB III bei Abschluss eines Aufhebungsvertrags im Falle drohender betriebsbedingter Kündigung*, NZS, 2015, 328.

Le salarié qui reçoit l'ensemble de ses indemnités après rupture de son contrat de travail voit, tout comme en Allemagne, le versement de ses allocations chômage différé sur certains jours (on parle en France de jours et en Allemagne de semaines) dû au « délai de carence » modifié par l'arrêté du 25 juin 2014 portant agrément de la convention du 14 mai 2014.

L'article 21 de la convention du 14 mai 2014 prévoyant l'augmentation à 180 jours du plafond de la carence, connaît cependant un maintien du plafond de 75 jours pour les salariés victimes d'un licenciement économique[1771], d'un licenciement ou d'un départ négocié dans le cadre d'un plan de départ volontaire.

Le but de la nouvelle convention comme posé le 25 juin 2015 dans le texte de la convention, est un « *souhait des partenaires sociaux de renforcer l'équité entre allocataires, d'encourager le lien avec le marché du travail et la reprise d'emploi et d'assurer la soutenabilité du régime d'assurance chômage* »[1772]. La reprise d'emploi veut être encouragée avec une instauration de droits rechargeables permettant aux demandeurs d'emploi une protection plus longue, mais surtout il est précisé que « *la nouvelle modalité de prise en compte des indemnités de rupture, avec notamment un plafond de différé variable en fonction de leur niveau, ne concernera que les 10% des entrées au chômage qui ont effectivement bénéficié d'une indemnité supra légale en dehors d'un licenciement économique* »[1773].

En France, la CFE-CGC (le syndicat de l'encadrement : Confédération Française de l'Encadrement - Confédération Générale des Cadres) a critiqué l'augmentation de 75 à 180 jours, également appelé « différé spécifique » en argumentant que cela aboutirait à « *refuser l'accès à l'indemnisation chômage pour certains demandeurs d'emploi et selon la CGT à sanctionner les demandeurs d'emploi dont le contrat a été rompu à la suite d'une rupture conventionnelle ainsi*

[1771] Article L1233-3 du Code du travail, modifié par l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 aux articles 11 et 15 ; Arrêté du 25 juin 2014 portant agrément de la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage et les textes qui lui sont associés, JORF n°0146 du 26 juin 2014, texte n° 28, chapitre 5, Section 1, Art. 21.
[1772] Légifrance, Arrêté du 25 juin 2014 portant agrément de la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage et les textes qui lui sont associés, JORF n°0146 du 26 juin 2014, texte n° 28, https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029150768.
[1773] Légifrance, Arrêté du 25 juin 2014 portant agrément de la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage et les textes qui lui sont associés, JORF n°0146 du 26 juin 2014, texte n° 28.

que les salariés victimes de licenciement abusif »[1774]. Cependant, le contre argument apporté pose que comme il s'agit d'un « différé », le demandeur d'emploi n'est donc pas privé de l'accès à l'allocation chômage, mais plutôt c'est le versement qui est décalé dans le temps sans réduire les droits acquis[1775]. Un autre argument avancé par le ministre chargé de l'emploi est, que ces nouvelles modalités de calcul du différé sont désormais plus favorables aux chômeurs moins bien rémunérés, vu que ce sont maintenant les allocataires qui ont bien gagné et bénéficié d'indemnités supra légales importantes qui vont être concernés par le différé spécifique.

La carence française cible, selon l'arrêté du 25 juin 2014 portant agrément de la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage, les salariés involontairement privés d'emplois qui ont normalement droit à travers le régime d'assurance chômage à un revenu de remplacement, c'est-à-dire une allocation d'aide au retour à l'emploi, tant qu'ils remplissent les conditions posées à l'article 1, c'est-à-dire des « *conditions d'activité désignées période d'affiliation, ainsi que des conditions d'âge, d'aptitude physique, de chômage, d'inscription comme demandeur d'emploi, de recherche d'emploi* »[1776]. Il est reconnu dans l'article 2, que « *sont involontairement privés d'emploi ou assimilés, les salariés dont la cessation du contrat de travail résulte* » entre autres, d'une rupture conventionnelle du contrat de travail au sens des articles L. 1237-11 et suivants du code du travail.

Le calcul de la carence est posé au chapitre 5 de la convention du 15 mai 2014, section 1, article 21. Il est posé que le « *différé spécifique correspond à un nombre de jours égal au nombre entier obtenu en divisant le montant total des sommes visées au § 2 alinéa 1er, diminué, éventuellement du montant résultant directement de l'application d'une disposition législative, par 90. Ce différé spécifique est limité à 180 jours* ». Nous comprenons que le calcul de la carence est opéré en divisant le montant de l'indemnité supra-légale par 90, ce qui signifie que chaque fraction de 90 euros de l'indemnité supra légale va donner lieu à une journée de carence. Prenons un exemple, si l'indemnité supra légale est de 15000 euros, alors la durée de carence sera

[1774] Légifrance, Arrêté du 25 juin 2014 portant agrément de la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage et les textes qui lui sont associés, JORF n°0146 du 26 juin 2014, texte n° 28.
[1775] Légifrance, Arrêté du 25 juin 2014 portant agrément de la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage et les textes qui lui sont associés, JORF n°0146 du 26 juin 2014, texte n° 28.
[1776] Légifrance, Arrêté du 25 juin 2014 portant agrément de la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage et les textes qui lui sont associés, JORF n°0146 du 26 juin 2014, texte n° 28, Titre 1er, Chapitre 1er.

de 166 jours et avec une indemnité supra légale d'un montant de 16200 euros, les 180 jours seront atteints.

Pour une explication plus complète du calcul, si un salarié a réussi à négocier une indemnité totale de 8000 euros, sachant que l'indemnité légale s'élève à 2000 euros, le calcul sera 8000 moins 2000 divisé par 90, c'est-à-dire 66 jours de carence. A cela s'ajoute le délai de 7 jours de base imposé par pôle emploi et si un nombre de jours de congés doit être converti en jours de carence, ainsi que posé dans le solde de tout compte[1777], ces jours seront également ajoutés pour obtenir un délai de carence total. C'est seulement après ce délai que les allocations chômages pourront être touchées.

Nous avons pris note plus haut que la volonté du ministre chargé de l'emploi était d'opérer un changement allant plus en défaveur des personnes touchant des indemnités supra légales importantes, tels les cadres. Ainsi, le changement touche tous les salariés qui négocient une rupture conventionnelle et affecte les salariés qui ont une grande ancienneté, vu que ceux-ci ont une plus grande chance d'obtenir une indemnité de rupture conventionnelle élevée. Nous verrons qu'en droit allemand, tous les salariés qui négocient une rupture conventionnelle ne seront pas visés par la période de carence allemande de douze semaines, si la rupture a été conclue à l'initiative de l'employeur notamment. Ceci explique qu'il n'est pas ou moins avantageux pour un cadre de signer une rupture conventionnelle vu qu'ils touchent souvent des indemnités conséquentes et qu'ils devront désormais attendre 180 jours pour percevoir leurs indemnités chômage. Il est particulièrement important pour les salariés de s'inscrire le plus rapidement possible à pôle emploi, étant donné que les jours de différé vont être décomptés à partir du jour de l'inscription à pôle emploi et que passé une année, après la rupture du contrat de travail, les indemnités seront perdues s'il ne s'y est pas inscrit.

Nous remarquons ici que la rupture conventionnelle française comporte des aspects négatifs pour la partie qui perd son emploi et que ces aspects négatifs touchent aussi bien les salariés ne gagnant pas beaucoup, que les cadres par exemple.

[1777] Miné M., *Le grand livre du droit du travail en pratique*, Eyrolles, 29ème édition, 2018, p. 362 sur le reçu pour solde de tout compte.

Citons l'analyse de la DARES (études et statistiques), avançant que la période de carence conduirait à une différenciation entre catégories socio-professionnelles, salariés cadres, ouvriers. Ce qui est avancé par la Dares, concernant le délai de carence qui s'impose avant de pouvoir obtenir le versement de l'allocation chômage, quand une indemnité supérieure au minimum légal est perçue, a peu été cité dans la littérature. Selon cette analyse, « *certains salariés anticipant une difficulté pour retrouver du travail après leur rupture conventionnelle pourraient avoir tendance à refuser de bénéficier d'une indemnité supralégale, afin de ne pas retarder l'échéance de l'allocation chômage* »[1778]. C'est-à-dire, qu'ils se voient obligés de renoncer à une partie de leurs droits.

c) Changements

(a) Décision du Conseil d'État

L'entrée en vigueur de la nouvelle convention d'assurance-chômage en France en 2014 qui prolongeait jusqu'à six mois l'attente pour toucher les allocations a été fortement contestée.

Tellement, que le Conseil d'État, qui est la plus haute juridiction administrative, a décidé le 5 octobre 2015 d'annuler l'arrêt ministériel qui avait permis à cette convention d'entrer en vigueur (convention qui devait courir jusqu'au 30 juin 2016), posant que celle-ci aura cessé d'être appliquée au 1er mars 2016[1779]. Le Conseil d'État a ici donné raison à des syndicats et associations de chômeurs ou d'intermittents, lesquels demandaient l'annulation du différé d'indemnisation[1780] et les nouvelles règles de calcul du délai à respecter pour pouvoir toucher les

[1778] DARES analyses, *Quels salariés parviennent à négocier leur indemnité de rupture conventionnelle ?,* édité par le Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, n° 006, janvier 2018, p. 9 ; Voir également la partie de ce travail sur la conséquence de la différence de catégorie socio-professionnelle des salariés.

[1779] Le conseil d'état et la juridiction administrative, *CE, 5 octobre 2015, association des amis des intermittents et précaires et autres*, 5 octobre 2015, http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-5-octobre-2015-association-des-amis-des-intermittents-et-precaires-et-autres.

[1780] Or les subtilités réglementaires, par exemple concernant les différés d'indemnisation comme ici, sont très souvent méconnues et mal maitrisées par les salariés. Voir ici Gras N., *La rupture conventionnelle en droit des contrats*, JCP E, 2017, 1240; Montvalon L. de., *Rupture conventionnelle et réticence dolosive, Quelle protection du consentement face à l'asymétrie d'information ?*, JCP S, 4 février 2020, n° 5, 1028, p. 31.

allocations[1781]. A part les licenciés économiques, nous avons compris que la très grande majorité des salariés bénéficiant d'indemnités de ruptures supérieures au minimum légal étaient exposés à la période de carence allongée.

Le Conseil d'État a clairement édicté, que « *ce mécanisme ne réduit pas la durée des droits de l'assuré mais limite le montant des allocations versées dans le cas où l'intéressé retrouve du travail avant l'expiration de ses droits* ». Il y a donc bien une limitation des allocations dans un certain sens, vu que ce différé va limiter ces allocations dans le cas « *où les intéressés n'épuisent pas leurs droits à ces allocations* »[1782]. Le Conseil d'État considère que le paragraphe 2 de l'article 21 du règlement général en cause est entaché d'illégalité[1783], notamment concernant les salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté ou travaillant dans des entreprises de moins de 11 salariés, pouvant perdre toute indemnisation des préjudices autres que la perte de revenus liée au licenciement quand licenciés illégalement. Ceci, car la loi ne prévoit pas pour ces salariés, de réparation minimale aux prud'hommes. Le Conseil d'État continue, posant que « *les requérants sont fondés à soutenir que l'ensemble de ces dispositions se trouve entaché d'illégalité* »[1784]. Le Conseil d'État va même aussi loin que d'agréer à la conséquence naturelle de l'annulation d'un acte de l'administration, c'est-à-dire l'effet rétroactif, malgré les conséquences que cela implique[1785].

Un autre aspect négatif de cette nouvelle convention de 2014 concernait un point sur lequel le syndicat des avocats de France (SAF) avait alerté dès mai 2014. Notamment, que, vu d'un salarié qui obtient gain de cause aux prud'hommes et gagne une indemnisation transactionnelle,

---

[1781] Ont entre autres contesté la nouvelle convention d'assurance-chômage de 2014 : l'Union syndical de l'intérim la CGT, le syndicat SUD Culture Solidaires, le Mouvement national des chômeurs et précaires, l'Association des amis des intermittents et précaires (AIP), l'association « Recours radiation (…), le collectif les Matermittentes, pour défendre les intérêts des artistes et techniciens, dont les intermittents, du spectacle vivant, de l'audiovisuel et du cinéma, des demandeurs d'emploi et des travailleurs et chômeurs du secteur de la culture et les salariés entre autres.

[1782] Conseil d'État, statuant au contentieux, N°s : 383956, 383957, 383958, 1ère et 6ème sections réunies, rapporteur Puigserver F., rapporteur public Decout-Paolini R., séance du 14 septembre 2015, lecture du 5 octobre 2015, p. 7, point 12.

[1783] Conseil d'État, statuant au contentieux, N°s : 383956, 383957, 383958, 1ère et 6ème sections réunies, rapporteur Puigserver F., rapporteur public Decout-Paolini R., séance du 14 septembre 2015, lecture du 5 octobre 2015, p. 7, point 13.

[1784] Conseil d'État, statuant au contentieux, N°s : 383956, 383957, 383958, 1ère et 6ème sections réunies, rapporteur Puigserver F., rapporteur public Decout-Paolini R., séance du 14 septembre 2015, lecture du 5 octobre 2015, p. 9, point 21.

[1785] Conseil d'État, statuant au contentieux, N°s : 383956, 383957, 383958, 1ère et 6ème sections réunies, rapporteur Puigserver F., rapporteur public Decout-Paolini R., séance du 14 septembre 2015, lecture du 5 octobre 2015, p. 10, point 23.

celui-ci pourra se voir réclamer jusqu'à six mois de remboursement d'allocations chômage. Sachant que ce maximum de six mois est atteint dès l'obtention de 16200 euros de dommages et intérêts, ce qui a poussé le syndicat des avocats de France à craindre que ce différé dissuade les salariés de se tourner vers les prud'hommes[1786].

Le Conseil d'État avait porté l'annulation au 1er mars 2016 afin de donner du temps aux partenaires sociaux de renégocier un texte, cependant, les négociations ont souffert des échecs, la ministre du travail Myriam El Khomri avait posé que la convention d'assurance-chômage continuera au-delà de la date à laquelle elle aurait dû prendre fin, au-delà du 30 juin 2016, tout en comprenant les règles validées dans l'accord signé sur les intermittents[1787].

Cependant, même si le Conseil d'État a jugé comme étant illégales les modalités de calcul du différé d'indemnisation spécifique, il a tout de même validé le principe même du différé d'indemnisation spécifique[1788].

(b) Nouvelle convention d'assurance-chômage du 14 avril 2017

Alors que l'année 2014 avait introduit au 1er juillet un nouveau régime pour le différé spécifique d'indemnisation, aussi appelé carence spécifique Pôle emploi[1789]et suite à la décision du Conseil d'État en 2015, nous avons actuellement une nouvelle convention d'assurance chômage, laquelle a été conclue le 14 avril 2017. Celle-ci a été agréée par l'arrêté du 4 mai 2017, publié au Journal officiel du 6 mai 2017.

La Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre) a, au 11 mai 2017, posé que cette nouvelle convention va progressivement entrer en vigueur à partir du 1er octobre

[1786] Le Droit Ouvrier, n° 858, janvier 2020, *Argumentaire du SAF contre le plafonnement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse*, 4ème version mise à jour, 15 novembre 2019, pp. 22 à 30.
[1787] LesEchos.fr, De Comarmon L., *Assurance chômage : l'État opte pour le statu quo*, 16 juin 2016, https://www.lesechos.fr/16/06/2016/lesechos.fr/0211036543281_assurance-chomage---l-etat-opte-pour-le-statu-quo.htm.
[1788] Conseil d'État, statuant au contentieux, N°s : 383956, 383957, 383958, 1ère et 6ème sections réunies, rapporteur Puigserver F., rapporteur public Decout-Paolini R., séance du 14 septembre 2015, lecture du 5 octobre 2015.
[1789] Avec l'arrêté du 25 juin 2014 agrémentant la convention du 14 mai 2014.

2017 pour une durée de 3 ans, après avoir reçu l'agrément du ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social.
Les demandeurs d'emploi seront eux concernés par cette nouvelle convention, notamment pour ce qui est du nouveau calcul en place, à partir du 1er novembre 2017.

Désormais, l'article 21[1790] sur les différés d'indemnisation de la nouvelle convention d'assurance chômage pose que le « *différé spécifique en cas de prise en charge consécutive à une cessation de contrat de travail ayant donné lieu au versement d'indemnités ou de toute autre somme inhérente à cette rupture, quelle que soit leur nature* » est calculé en tenant compte « *des indemnités ou de toute autre somme inhérente à cette rupture* », tant qu'elles « *ne résultent pas directement de l'application d'une disposition législative* »[1791] ou qu'elles ne sont pas allouées par le juge. Le calcul de ce « *différé spécifique correspond à un nombre de jours calendaires égal au nombre entier obtenu en divisant le montant total des indemnités et sommes définies (...) par 91,4* ».
Ce chiffre 91,4 est donc le diviseur dont la valeur est indexée sur l'évolution du plafond de sécurité sociale[1792]. Concernant l'indexation, voir l'article L. 241-3 du Code de la sécurité sociale.

Le différé spécifique est désormais limité à 150 jours calendaires[1793], soit 5 mois.
Sauf en, cas de licenciement économique[1794] ou le plafonnement reste celui d'avant juillet 2014, c'est-à-dire de 75 jours.

La différence concrète entre l'ancien régime du 1er juillet 2014 et le nouveau de 2017 est les diviseurs, lesquels sont passés de 90 à 91,4 ainsi que la durée maximale du différé spécifique passés de 180 jours à 150 jours.

[1790] Convention du 14 avril 2017 relative à l'assurance chômage, règlement général annexé à la convention du 14 avril 2017, art. 21, différés d'indemnisation, § 2.
[1791] Convention du 14 avril 2017 relative à l'assurance chômage, règlement général annexé à la convention du 14 avril 2017, art. 21, différés d'indemnisation, § 2.
[1792] Legisocial, *La convention d'assurance chômage du 14 avril 2017 modifie le « différé spécifique d'indemnisation*, 26 mai 2017, mis à jour le 29 septembre 2017, p. 2.
[1793] Règlement d'assurance chômage issu du Décret n° 2019-797 du 26 juillet 2019, article 21 ; Joly L., *L'impact de l'assurance chômage sur l'indemnisation de la perte d'emploi*, Le Droit Ouvrier, 2015, p. 458 ; Convention du 14 avril 2017, relative à l'assurance chômage, règlement général annexé à la convention du 14 avril 2017, article 21, différés d'indemnisation, § 2.
[1794] Article L. 1233-3 du code du travail.

Prenons un exemple : une indemnité de rupture conventionnelle d'une valeur supra-légale de 25000 euros aurait donné dans le régime précédent 270 jours. Avec l'ancien plafonnement de 180 jours, le différé spécifique aurait été de 180 jours. Aujourd'hui, le calcul est divisé par 91,4, soit 273 jours, rabaissé au plafonnement de 150 jours de différé spécifique[1795].

Le versement des allocations chômage reste donc décalé par le délai de carence spécifique (d'un maximum de 150 jours), même si celui-ci est moindre que celui en place à partir de juillet 2014 (d'un maximum 180 jours) et reste plus élevé que le plafonnement antérieur d'un maximum de 75 jours.

La plus récente convention d'assurance chômage était prévue pour octobre 2019 à travers la réforme de l'assurance chômage de E. Macron. Néanmoins, en raison de la crise du coronavirus, l'entrée en vigueur de certaines mesures a été reportée au 1er janvier 2021. Certaines mesures, concernant notamment le durcissement des conditions d'accès à l'indemnisation à l'indemnisation ont, elles, bien été introduites dès le 1er novembre 2019[1796].

2. La période de carence allemande

Concernant la période de carence pesant sur les allocations chômage et découlant du contrat de résiliation allemand, celle-ci est vue par certains, pour les salariés notamment, comme une épée de Damoclès planant au-dessus des négociations d'un tel contrat de résiliation[1797]. Cette période de carence intervient dès lors que le salarié abandonne volontairement son travail[1798]. Ceci

---

[1795] Legisocial, *La convention d'assurance chômage du 14 avril 2017 modifie le « différé spécifique d'indemnisation*, 26 mai 2017, mis à jour le 29 septembre 2017, p. 3 ; RF, *Rupture conventionnelle individuelle*, octobre 2019, 1108, 23, p. 481.

[1796] Voir Lahalle T., *La réforme de l'assurance chômage*, JCP S, 26 novembre 2019, n° 47, 1333, p. 13 et suivantes.

[1797] Fuhlrott M., *Geänderte Dienstanweisung der Agentur für Arbeit, Sperrzeitneutrale Aufhebungsverträge*, NZA 2017, 225 f.; Quink-Hamdam D.,Arbeitsrecht, Weltweit., Blog von Kliemt & Vollstädt, *Neues zur Sperrzeit : K.o. – Kriterium beim Aufhebungsvertrag ?*, 23. Februar 2017, http://www.arbeitsrecht-weltweit.de/2017/02/23/neues-zur-sperrzeit-k-o-kriterium-beim-aufhebungsvertrag/, accès le 11 octobre 2017 ; Voir aussi Notzon M., *Aktuelles zum Aufhebungsvertrag und zur Anfechtung*, öAT, 2020, 5 et l'arrêt du LSG Niedersachsen-Bremen, 13.05.2019, L7 AL 84/18, BeckRS 2019, 9093.

[1798] « freiwillige Aufgabe des Arbeitsverhältnisses », Quink-Hamdam D.,Arbeitsrecht, Weltweit., Blog von Kliemt & Vollstädt, *Neues zur Sperrzeit : K.o. – Kriterium beim Aufhebungsvertrag ?*, 23. Februar 2017, http://www.arbeitsrecht-weltweit.de/2017/02/23/neues-zur-sperrzeit-k-o-kriterium-beim-aufhebungsvertrag/, accès le 11 octobre 2017.

ressort du § 159 I SGB III et la Cour sociale du Land Nordrhein-Westfalen a posé dans sa décision du 16 novembre 2011[1799] que si le salarié s'est comporté de manière contraire à l'assurance, sans avoir de motif important, il se voit attribuer une période de carence[1800]. Le législateur allemand n'a pas défini ce qui constitue un « motif important » dans le cadre d'un contrat de résiliation amiable, laissant ici la décision aux juges. Selon la jurisprudence allemande, un « motif important » est donné, si l'on ne peut attendre du chômeur, au vu de toutes les circonstances du cas individuel et en mettant en balance ses intérêts avec ceux de la communauté des assurés, un autre comportement que de mettre fin à son contrat de travail[1801].

La cour, dans son arrêt du 16 novembre 2011, pose qu'un comportement contraire a eu lieu quand le chômeur a mis fin à son emploi et a ainsi de manière intentionnelle « vorsätzlich » ou par négligence grossière « grob fahrlässig » provoqué la période de carence[1802]. Cette cour a confirmé dans son arrêt du 16 novembre 2011 que la salariée avait bien mis fin à son contrat de travail au travers de la conclusion de son contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag » et que le fait que cela ait été fait durant son congé parental « Elternzeit » n'y change rien[1803]. La cour va même plus loin en indiquant que le fait que ce soit la salariée et non l'employeur à l'origine du « Aufhebungsvertrag » est sans importance, le seul fait qu'elle ait consenti au contrat de résiliation suffit[1804].

Elle est également nommée « critère K-O »[1805] lors de la conclusion d'un contrat de résiliation allemand. Une autre manière utilisée pour en parler se retrouve dans le langage courant

---

[1799] LSG Nordrhein-Westfalen, 16.11.20011, L 9 AL 82/11, voir Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, *Sperrzeit nach Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit Abfindungsvereinbarung während der Elternzeit*, Heft 4, 2012, S. 163. (§ 144 SGB III).

[1800] Voir également Schweiger M., *Die Systematik des wichtigen Grundes nach § 159 SGB III bei Abschluss eines Aufhebungsvertrags im Falle drohender betriebsbedingter Kündigung*, NZS, 2015, 328.

[1801] « *Nach der st. Rspr. liegt ein wichtiger Grund vor, wenn dem Arbeitslosen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung seiner Interessen mit denen der Versichertengemeinschaft ein anderes Verhalten als die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden konnte.* » . Voir BSG, NZS 2011, 713 et Juli S., *Aufhebungsverträge ohne Sperrzeit*, ArbRAktuell, 2017, 237.

[1802] Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, *Sperrzeit nach Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit Abfindungsvereinbarung während der Elternzeit*, Heft 4, 2012, S. 163: « *Hat der Arbeitnehmer sich versicherungswidrig verhalten, ohne dafür einen wichtigen Grund zu haben, ruht der Anspruch für die Dauer einer Sperrzeit. Versicherungswidriges Verhalten liegt vor, wenn 1. der Arbeitslose das Beschäftigungsverhältnis gelöst (...) und dadurch vorsätzlich oder grob fahrlässig die Arbeitslosigkeit herbeigeführt hat (Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe)* »; Juli S., *Aufhebungsverträge ohne Sperrzeit*, ArbRAktuell, 2017, 237.

[1803] LSG Nordrhein-Westfalen, 16.11.20011, L 9 AL 82/11.

[1804] Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, *Sperrzeit nach Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit Abfindungsvereinbarung während der Elternzeit*, Heft 4, 2012, S. 165.

[1805] « K-o Kriterium », Quink-Hamdam D.,Arbeitsrecht, Weltweit., Blog von Kliemt & Vollstädt, *Neues zur Sperrzeit : K.o. – Kriterium beim Aufhebungsvertrag ?*, 23. Februar 2017, http://www.arbeitsrecht-

allemand avec la phrase « *En jugement et en haute mer, on est dans la main de Dieu* » [1806]. Cet adage utilisé par certains allemands[1807] en relation avec les contrats de résiliation et notamment la période de carence, est funeste, considérant l'usage élevé de cet outil par les employeurs qui en attendent une rupture consensuelle rapide et avec une plus grande sécurité juridique possible.

Il est certain que cette forme de rupture permet d'éviter ou de minimiser pour les employeurs les aléas et coûts d'un contentieux. Sachant que la période de carence est une sanction imposée par les organismes d'assurance sociale qui souhaitent contrer la décision de salariés d'abandonner leur emploi de manière inconsidérée[1808].

Pour bien comprendre ces douze semaines de carences du droit allemand : sur 12 mois, le salarié ne touchera pas d'allocation chômage pendant douze semaines, faisant qu'en pratique, durant cette période, il peut si nécessaire avoir droit aux prestations de la « Grundsicherung vom Jobcenter », c'est-à-dire au revenu de base du centre pour l'emploi[1809]. Après ces douze semaines et pour raison de la réduction d'un quart, il ne touchera que neuf mois sur douze d'allocation chômage.

C'est notamment dur pour les salariés handicapés ayant une grande ancienneté par exemple, comme la durée de versement des allocations chômage se verra être réduite d'un quart ce qui représente une beaucoup plus grande perte que les douze premières semaines de perdues, comme il peut leur être plus dur de retrouver un travail à cause de leur handicap.

---

weltweit.de/2017/02/23/neues-zur-sperrzeit-k-o-kriterium-beim-aufhebungsvertrag/, accès le 11 octobre 2017

[1806] Volksmund « *Vor Gericht und auf hoher See ist man in Gottes Hand* ».

[1807] Quink-Hamdam D.,Arbeitsrecht, Weltweit., Blog von Kliemt & Vollstädt, *Neues zur Sperrzeit : K.o. – Kriterium beim Aufhebungsvertrag ?*, 23. Februar 2017, http://www.arbeitsrecht-weltweit.de/2017/02/23/neues-zur-sperrzeit-k-o-kriterium-beim-aufhebungsvertrag/, accès le 11 octobre 2017.

[1808] Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 48.

[1809] Bundesagentur für Arbeit, *Arbeitslosengeld II und Sozialgeld – für die Grundsicherung Ihres Lebensunterhaltes*, Stand 13.02.2017.

a) Différences entre période de carence française et période de carence allemande « Sperrzeit, Ruhezeit »

Regardant la différence importante pour les périodes de carence françaises et allemandes, si en Allemagne la période de carence est en principe de 12 semaines, constatons qu'en France, la période de carence de 150 jours représente un différé[1810], il n'y a donc pas de privation d'accès à l'allocation chômage mais seulement un versement qui est décalé dans le temps sans que les droits acquis en soient réduits[1811]. Par ailleurs, les 150 jours en France varient selon un calcul basé sur le montant de l'indemnité supra légale versée. En Allemagne[1812], la période de versement absolue des allocations est réduite d'un quart selon le § 148 Abs. 1 Ziffer 4 SGB III, il y a donc contrairement au droit français une vraie réduction de ce que les salariés auraient perçus sans période de carence.

La période de carence allemande « Sperrzeit » ne correspond ainsi pas vraiment à la période de carence française. La période de repos allemande « Ruhezeit » correspond ainsi plus à la période de carence française. Celle-ci peut être imposée en plus de la période de carence « Sperrzeit » au salarié et signifie que l'allocation chômage ne sera pas réduite mais sera versée ultérieurement[1813]. Cette période de repos sera imposée dès lors que le salarié cesse de travailler contre une indemnité avant la fin « officielle » de la relation de travail, c'est-à-dire prenant fin avant un délai de préavis normal[1814]. L'indemnité de rupture est alors « en repos » jusqu'à cette date ; l'argumentation étant que le salarié a déjà perçu une indemnité, l'indemnité de rupture

---

[1810] Règlement d'assurance chômage issu du Décret n° 2019-797 du 26 juillet 2019, article 21 ; Joly L., *L'impact de l'assurance chômage sur l'indemnisation de la perte d'emploi*, Le Droit Ouvrier, 2015, p. 458. Il ne faut cependant pas sous-estimer l'aspect négatif de ces 150 jours, notamment quand un salarié a été poussé à la conclusion d'une rupture conventionnelle et que ce différé de versement lui est appliqué. Voir ici Montvalon L. de., *Rupture conventionnelle et réticence dolosive, Quelle protection du consentement face à l'asymétrie d'information ?*, JCP S, 4 février 2020, n° 5, 1028, p. 31.

[1811] Arrêté du 25 juin 2014, portant agrément de la convention du 14 mai 2014 relatif à l'indemnisation du chômage et les textes qui lui sont associés, JO n°0146 du 26 juin 2014, texte n° 28, https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029150768.

[1812] „Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 49: En Allemagne, les salariés bénéficient d'une assurance maladie à partir du deuxième mois de chômage (le premier mois est couvert par le contrecoup « Nachwirkung »).

[1813] Labisch, Kanzlei für Arbeitsrecht, *Aufhebungsvertrag*, Aufhebungsvertrag, III, Die Abfindung, accès le 10 mars 2019, https://www.arbeitsrecht-rheinland-pfalz.de/glossar-begriffserlaeuterung-rechtlicher-begriffe/glossarbegriffe/aufhebungsvertrag.html.

[1814] Eckert, *Sozialversicherungsrechtliche Fragen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses (insbesondere Sperrzeit),* BC 2007, S. 123: „*Während der Dauer einer Ruhenszeit wird kein Arbeitslosengeld gezahlt. Eine Ruhenszeit tritt etwa dann ein, wenn ein Arbeitsverhältnis durch Aufhebungsvertrag vor dem Zeitpunkt gekündigt wurde, zu dem das Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung hätte beendet werden können*.".

du « Aufhebungsvertrag » devant alors être versée ultérieurement[1815]. Cette période de repos pourra être réduite, si cette première indemnité reçue est plus faible que la rémunération que le salarié aurait perçue s'il avait continué à travailler jusqu'à la fin de sa relation de travail[1816].

Concernant les coûts en général dûs à la perte d'emploi[1817], ceux-ci seront dans la société française et allemande financés par la collectivité. Or, ainsi que justement souligné par le professeur P. Lokiec, « *Dans une société où les risques sont socialisés, l'appel à la collectivité n'est pas choquant en soi. Ce qui l'est, c'est que la collectivité supporte les conséquences d'une activité économique qui, trop souvent, n'a que faire de ses effets sur la personne humaine, que ce soient du reste ses effets sociaux ou environnementaux*. »[1818]. Or si la France va tout de même soutenir l'indemnisation et les conséquences fiscales et sociales d'un salarié ayant rompu son contrat de travail au travers d'une rupture conventionnelle, il n'en va pas de même en Allemagne, où si la collectivité supporte les coûts, il est demandé un dû au salarié désormais chômeur. Le système allemand qui soutient, en ne contrôlant pas fermement et en ne protégeant que peu les salariés souhaitant ou étant poussés à conclure un contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag ». Ce type de rupture punit les salariés qui l'utilisent.

Pour conclure cette partie sur les différences des périodes de carence françaises et allemandes, il faut retenir qu'en France la période de carence ne connait pas d'exception, c'est-à-dire qu'elle s'applique à tout le monde. Cependant, sa durée est variable et va dépendre du montant de l'indemnité supra légale reçue. Cela signifie que la période de carence française s'appliquera, peu importe que le salarié y soit à l'origine ou pas et cette période sera plus importante pour ceux qui ont négocié une grosse indemnité de départ.
En Allemagne en revanche, l'application de la période de carence de douze semaines connait des exceptions possibles si le salarié était « obligé » de la signer (motif important, par exemple pour éviter un licenciement économique) et dans le cas où le salarié a touché une indemnité, que celle-ci ne dépasse pas un certain montant.

[1815] Labisch, Kanzlei für Arbeitsrecht, *Aufhebungsvertrag*, Aufhebungsvertrag, III, Die Abfindung, accès le 10 mars 2019, https://www.arbeitsrecht-rheinland-pfalz.de/glossar-begriffserlaeuterung-rechtlicher-begriffe/glossarbegriffe/aufhebungsvertrag.html.
[1816] Labisch, Kanzlei für Arbeitsrecht, *Aufhebungsvertrag*, Aufhebungsvertrag, III, Die Abfindung, accès le 10 mars 2019, https://www.arbeitsrecht-rheinland-pfalz.de/glossar-begriffserlaeuterung-rechtlicher-begriffe/glossarbegriffe/aufhebungsvertrag.html.
[1817] Qu'il s'agisse de coûts dûs aux accidents du travail ou maladies professionnelles, par exemple pour cause de stress au travail entre autres.
[1818] Lokiec P., *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, février, 2015, p. 162.

Durant l'année 2019, l'agence du travail allemande a imposé un total de 807.767 périodes de carence « Sperrzeiten », dont 222.824 avaient été infligées à des salariés suite à un arrêt de travail leur incombant[1819].

Notons que l'agence du travail allemande requiert d'un salarié qui a signé un contrat de résiliation, que celui-ci en a tiré un avantage par rapport au licenciement qui aurait été prononcé. Le salarié allemand doit donc prouver à l'agence du travail lors du dépôt de sa demande d'allocations chômages, qu'il a signer pour éviter pire. Cet objectif ici du droit allemand, de pousser les salariés à ne pas juste accepter un contrat de résiliation mais à se battre pour obtenir un avantage, avec à la clé la possibilité d'éviter la période de carence, ne se retrouve pas en droit français. Ce principe pourrait très bien être repris en France, apportant une nuance positive à la rupture conventionnelle française, pour les salariés qui ont signé contre leur gré.

b) Revenus minimaux en France et en Allemagne

En France, le RSA, revenu de solidarité active remplace depuis le 1er juin 2009[1820] le RMI, revenu minimum d'insertion et comporte le RSA socle qui est pour ceux ne travaillant pas et n'ayant plus ou pas de droit au chômage ou à l'ASS (allocation de solidarité spécifique) et la prime d'activité (qui remplace depuis 2016 le RSA activité) qui est pour ceux travaillant mais touchant des revenus modestes entre 285 et 1482 euros nets par mois[1821]. Le montant du RSA pour une personne seule est de 559,74 euros en 2019[1822] qui dispose d'une aide au logement et augmente selon le nombre d'enfants[1823].

[1819] Ainsi que 305.685 pour s'être inscrit trop tard en tant que demandeur d'emploi (voir ici également Voelzke in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 47.)et 238.959 pour non-respect de délais. Voir Haidn C., *Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe*, ArbRAktuell, 2020, 379.

[1820] Aide-sociale.fr, *Le RSA socle, conditions, montant du rsa et formulaire de demande 2017,* https://www.aide-sociale.fr/rsa-socle-dossier-calcul/.

[1821] Aide-sociale.fr, *la prime d'activité : l'aide qui remplace le RSA activité et la prime pour l'emploi depuis janvier 2016,* https://www.aide-sociale.fr/calcul-prime-activite-demande/.

[1822] https://www.journaldunet.fr/management/guide-du-management/1159725-rsa-montant-demande-simulation-caf/.

[1823] Aide-sociale.fr, *Le RSA socle, conditions, montant du rsa et formulaire de demande 2017,* https://www.aide-sociale.fr/rsa-socle-dossier-calcul/.

Le revenu minimal allemand[1824] comprend principalement un montant forfaitaire pour les coûts comprenant la nourriture, les habits, l'énergie domestique (sans le chauffage ou la génération d'eau chaude), le soin du corps, l'ameublement et les nécessités de la vie de tous les jours. Touchaient le montant forfaitaire complet de 409 euros depuis le 1er janvier 2017 seulement les personnes vivant seules, les mères célibataires et les majeurs dont le partenaire est mineur[1825]. Ce montant est de 424 euros depuis janvier 2019[1826].

Nous allons désormais analyser cette période de carence à la vue des modifications apportée à travers la nouvelle procédure de l'agence du travail et voir comment ce critère négatif inhérent au contrat de résiliation peut depuis être évité.

En Allemagne, l'employeur a l'obligation (« öffentlich-rechtliche Pflicht ») selon le § 312 du SGB III Ab. 1 de transmettre à l'agence du travail « Bundesagentur für Arbeit » dès la fin de la relation de travail le certificat de travail contenant toutes les informations pertinentes à la détermination du droit aux prestations de chômage, c'est-à-dire le motif de la rupture du contrat de travail, le montant du salaire et autres avantages, notamment l'indemnité si versée. Le § 312 SGB III prévoit l'utilisation du formulaire de l'agence du travail « Arbeitsagentur ». Ce certificat de travail allemand « Arbeitsbescheinigung » contenant les informations nécessaires pour l'agence du travail, devant être remis soit au salarié, soit à l'agence directement, est à différencier du certificat de travail revenant au salarié « Arbeitszeugnis » et lui servant pour trouver un autre travail au travers d'appréciations de l'employeur.

[1824] Pour plus d'informations sur le revenu minimum, voir Jault-Seseke F., Robin-Olivier S., *Le droit fondamental à un minimum vital sous la protection de la Cour constitutionnelle allemande*, sous la responsabilité de LOKIEC P., RDT, février 2020, p 141 et suivantes; ainsi que la comparaison franco-allemande sur l'égalité salariale: Jault-Seseke F., Robin-Olivier S., *L'égalité en matière de rémunération*, comparaison franco-allemande, sous la responsabilité de Lokiec P., RDT, janvier 2019, p. 59 et suivantes

[1825] Bundesagentur für Arbeit, *Arbeitslosengeld II und Sozialgeld – für die Grundsicherung Ihres Lebensunterhaltes*, Stand 13.02.2017.

[1826] HartzIV.org, *Hartz IV Erhöhung kommt: Mehr Geld ab 2019*, 12 septembre 2018, https://www.hartziv.org/news/20180912-hartz-iv-erhoehung-kommt-mehr-geld-ab-2019.html.

3. Spécificités de l'application de la période de carence allemande

a) Instructions spécifiques concernant la période de carence allemande

Selon le paragraphe § 159 I 1 SGB III, dans son alinéa 1, le droit du salarié à l'allocation chômage est suspendu dès lors qu'il s'est comporté en violation de l'assurance chômage sans avoir de raison valable[1827]. La deuxième phrase du premier alinéa de ce paragraphe pose[1828] que le salarié a acté en violation de l'assurance chômage quand il a mis fin à la relation de travail et ainsi causé le chômage de manière intentionnelle ou par négligence grave.

L'agence fédérale du travail énonce encore plus clairement dans ses instructions, que le contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag (aussi Auflösungsvertrag) » est compris dans les différentes situations menant à la période de carence[1829]. Elle y énonce que la conclusion d'un contrat de résiliation amiable représente toujours une rupture du contrat de travail et que celle-ci ne peut pas intervenir à l'encontre de la volonté du chômeur[1830].

De plus, la période de carence s'applique à chaque rupture de contrat de travail ou de formation professionnelle. La rupture d'une activité d'un travailleur indépendant ne mène pas à une période de carence[1831].

[1827] Wichtiger Grund, motif important; Voir également Notzon M., *Aktuelles zum Aufhebungsvertrag und zur Anfechtung*, öAT, 2020, 4; Fuhlrott M., *Geänderte Dienstanweisung der Agentur für Arbeit, Sperrzeitneutrale Aufhebungsverträge*, NZA 2017, 225.

[1828] § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit, « *(1) Hat die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer sich versicherungswidrig verhalten, ohne dafür einen wichtigen Grund zu haben, ruht der Anspruch für die Dauer einer Sperrzeit. Versicherungswidriges Verhalten liegt vor, wenn*
1.die oder der Arbeitslose das Beschäftigungsverhältnis gelöst oder durch ein arbeitsvertragswidriges Verhalten Anlass für die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses gegeben und dadurch vorsätzlich oder grob fahrlässig die Arbeitslosigkeit herbeigeführt hat (Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe) (...) ».

[1829] Bundesagentur für Arbeit, *Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch, SGB III § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit*, Gültig ab 20.07.2017, Gültigkeit fortlaufend, S. 7, 159.1.1.1 (3) dritter Satz.

[1830] « *Der Aufhebungsvertrag (auch Auflösungsvertrag); der Abschluss eines Aufhebungsvertrages ist stets ein Auflösungssachverhalt, weil dieser gegen den Willen des Arbeitslosen nicht zustande kommen kann*", Bundesagentur für Arbeit, *Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch, SGB III § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit*, Gültig ab 20.07.2017, Gültigkeit fortlaufend, S. 7, 159.1.1.1 (3).

[1831] Bundesagentur für Arbeit, *Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch, SGB III § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit*, Gültig ab 20.07.2017, Gültigkeit fortlaufend, S. 7, 159.1.1.1 (2).

Ainsi, en Allemagne, une rupture du contrat de travail avant l'expiration du délai de résiliation légal mène selon ce § 159 I 1 SGB III à une période de carence de l'indemnité de chômage d'une durée étant en règle générale de 12 semaines[1832]. Le salarié ne touchera pas d'allocation de chômage durant cette période, faisant que le paiement des allocations est repoussé à après cette période. Dans la pratique, il est bon que les salariés allemands se mettent d'accord avec leur employeur afin que le motif de la rupture, surtout quand il s'agit de remplacer avec le « Aufhebungsvertrag » un licenciement économique « betriebsbedingte Kündigung », soit inscrit dans le contrat de résiliation[1833].

Une autre conséquence est que la période de versement d'indemnités de chômage est réduite[1834]. Cela signifie que la durée de perception de l'allocation chômage est réduite selon le § 148 Abs. 1 Nr. 4 SGB III pour une période de carence de douze semaines et d'un quart de la période de versement[1835]. Prenons comme exemple un salarié, auquel est dûe une allocation chômage selon le § 147 Abs. 2 SGB III de douze mois. Elle fera l'objet d'une réduction de perception de l'allocation de chômage de trois mois. Si le salarié à droit à vingt-quatre mois d'allocations chômage, alors la réduction de perception sera de six mois, ce qui est assez important.

Nous verrons plus loin comment le salarié peut échapper à la mise en place d'une période de carence, par exemple avec le « motif important » et au vu des modifications apportées par l'agence du travail dans ses instructions actuelles spécifiques.

Cette règle se base sur la réflexion que l'allocation chômage n'est ici pas nécessaire en tant que remplacement de salaire étant donné que l'ex salarié reçoit une indemnité de rupture. Remarquons que des rémunérations particulières récurrentes ou exceptionnelles, telles les primes de

---

[1832] Schön B. B., Finanztipp, *Sperrzeit beim Arbeitslosengeld vermeiden*, 28. März 2014, http://www.finanztip.de/sperrzeit-arbeitslosengeld/.
[1833] Notzon M., *Aktuelles zum Aufhebungsvertrag und zur Anfechtung*, öAT, 2020, 4; Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 12.
[1834] Quink-Hamdam D.,Arbeitsrecht, Weltweit., Blog von Kliemt & Vollstädt, *Neues zur Sperrzeit : K.o. – Kriterium beim Aufhebungsvertrag ?*, 23. Februar 2017, accès le 11 octobre 2017, http://www.arbeitsrecht-weltweit.de/2017/02/23/neues-zur-sperrzeit-k-o-kriterium-beim-aufhebungsvertrag/.
[1835] Der Betrieb, Arbeits-/Sozialrecht Kündigungsrecht Sozialversicherung, *Neue Möglichkeiten zur Vermeidung von Sperrzeiten bei Aufhebungsverträge*n, Bundesagentur für Arbeit, Geschäftsanweisung vom 25.01.2017, XI ZR 108/16, Heft 21 vom 26.05.2017, S. 1212-1213, https://www.wiso-net.de/document/MCDB__DBDBDB1232314, Handelsblatt Fachmedien GmbH, GBI-Genios Deutsche Wirtschaftsdatenbank GmbH, S. 1 von 3; Juli S., *Aufhebungsverträge ohne Sperrzeit*, ArbRAktuell, 2017, 237; Voir aussi Juli S., *Aufhebungsverträge ohne Sperrzeit*, ArbRAktuell, 2017, 237.

fin d'année ou les primes de vacances, ne rentrent pas dans la notion de rémunération, « Arbeitsentgelt »[1836].

Ainsi, si par exemple le régime de retraite professionnelle prévoit une période de carence, que le salarié n'a pas encore atteinte mais qu'il aurait atteinte s'il avait respecté le délai habituel (paragraphe 1b I BetrAVG, loi sur la retraite professionnelle), la conclusion d'un contrat de résiliation peut lui enlever les prestations qu'il aurait reçues du régime de retraite d'entreprise[1837]. En Allemagne, l'indemnité de départ à la retraite générale ne peut être versée qu'après une attente de cinq ans au minimum, selon le paragraphe 50 I 1 Nr. 1 du SGB VI. Concernant l'allocation chômage, celle-ci n'est perçue que par ceux qui ont au cours des deux dernières années, cotisé pendant au moins douze mois, selon les paragraphes 142, 143 SGB III. Les dispositions relevant du droit social à l'égard des salariés, « das sozialrechtliche Beschäftigungsverhältnis », ne sont pas appliquées.

Nous venons donc de voir que le droit allemand, dans le but d'éviter que le salarié ne reçoive en plus d'une indemnisation de son employeur en raison d'un délai de licenciement raccourci des allocations chômages, le paragraphe 158 SGB III prévoit qu'une partie de l'indemnisation est déduite de son droit à une allocation chômage[1838]. Cela va encore plus loin, faisant que cette période de carence étant une des conséquences d'un contrat de résiliation, elle s'applique que ce dernier soit accompagné d'une indemnité de départ ou pas[1839].

Il est en Allemagne important de préciser qu'il est bon d'être vigilant sur les conséquences d'antidater un contrat de résiliation du contrat de travail, de sorte que le délai de préavis prévu a l'air d'être respecté. Les parties françaises à la convention n'ont pas besoin de recourir à un tel moyen étant donné que le salarié a droit en France à l'intégralité de ses indemnités chômage,

---

[1836] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 38.

[1837] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 34 ; *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 967.

[1838] *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 968.

[1839] Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 147, 148 – 520.

la période de carence française ne réduisant pas la durée des versements, les allocations étant versées seulement en différé.

C'est pourquoi, en Allemagne, les parties se connaissant et devant se tenir elles-mêmes au courant des risques courus, elles ne devraient pas recourir à cette méthode d'antidater leur contrat de résiliation. Dans la pratique, si l'agence du travail découvre que les parties ont antidaté leur accord, cela ne mènera cependant pas automatiquement à la nullité de l'accord. En effet, si au moins une des parties n'avait pas l'intention de tromper l'agence du travail, mais qu'au contraire elle souhaitait véritablement rompre le contrat de travail, alors le fait d'avoir antidaté l'accord ne portera pas atteinte à la morale et aux bonnes mœurs, « Treu und Glauben »[1840]. Toutefois, si les deux parties ont conclu le contrat de telle manière que le salarié soit visiblement favorisé dans l'octroi d'indemnités de chômage, alors il pourra être décidé au cas par cas que la totalité de l'accord soit nulle[1841].

D'autre part, le fait d'antidater l'accord se heurte à un autre problème, celui-ci étant que depuis les réformes Hartz allemandes, lesquelles comprennent quatre lois qui ont réformé le marché du travail sous le chancelier G. Schröder entre 2003 et 2005 et visant officiellement à adapter le droit du travail allemand à la nouvelle donne économique dans le secteur des services, une obligation est apparue de communiquer immédiatement la rupture de la relation de travail[1842]. Selon le paragraphe 38 I SGB III, tous les salariés doivent, après la conclusion d'un accord de résiliation, se rendre au plus tard 3 mois avant la rupture du contrat de travail personnellement à l'agence du travail afin de s'inscrire comme demandeur d'emploi[1843]. Dans le cas où il y a moins de trois mois entre la connaissance de la date de résiliation et sa survenance, alors la déclaration auprès de l'agence du travail doit avoir lieu dans un délai de 3 jours[1844]. Dans le cas où le salarié ne se soumet pas à cette obligation, une période de carence d'une semaine sera appliquée suivant le paragraphe 159 VI SGB III.

[1840] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 119; LAG Baden-Württemberg 25.4.1991, 13 Sa 115/90, LAGE Nr. 5 zu § 611 BGB; LAG Baden-Württemberg 22.5.1991, 12 Sa 160/90, LAGE Nr. 4 zu § 611 BGB Aufhebungsvertrag.
[1841] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 119; LAG Hamm 27.11.1997, 8 Sa 1263/97, LAGE Nr. 22 zu § 611 BGB.
[1842] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 119.
[1843] Bundesagentur für Arbeit, *Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch - SGB III § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit*, Gültig ab 20.07.2017, Gültigkeit bis fortlaufend, S. 4, § 38.
[1844] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 120.

b) La mise en place de la période de carence allemande

L'agence fédérale du travail pose les conditions du début et de la fin de la période de carence dans ses instructions techniques[1845]. Le début de la période de carence commence ainsi le lendemain de l'événement qui a établi tous les éléments ayant mené à cette période de carence. Si un emploi prend fin, la période de carence commence avec la période de non activité[1846], même si la relation de travail se poursuit. La période de carence continue, sans tenir compte d'un droit à des prestations.

Concernant une période de carence pour avoir refusé d'accepter un travail ou pour avoir commencé trop tard la recherche d'un nouvel emploi, la période de carence débute avec la rentrée au chômage[1847].

L'agence du travail fait une différence entre le non-respect de délais d'action imposés : si le salarié n'a pas respecté l'injonction d'agir, la période de carence débute avec la rentrée au chômage. Si le salarié n'a pas respecté les délais après la période laissée par l'agence pour agir, la carence débutera au jour où le délai n'a pas été respecté[1848].

Dans le cas où plusieurs périodes de carence ont été prononcées pour le même jour, l'agence fédérale du travail prévoit divers scénarios[1849]. Si les éléments constitutifs de la période de carence sont différents l'un de l'autre, alors ils seront mis en place l'un après l'autre suivant

---

[1845] Bundesagentur für Arbeit, *Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch - SGB III § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit*, Gültig ab 20.07.2017, Gültigkeit bis fortlaufend, « Wichtiger Grund bei Abwicklungsverträgen », S. 14, 159.2, 159.3.

[1846] Panzer, *Sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*, NJW 2010, S. 16: « *Auslösendes Ereignis ist nicht die Kündigung selbst oder der Abschluss des Aufhebungsvertrags, sondern das Ende des Beschäftigungsverhältnisses* »; Rolfs, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 11. Auflage 2011, (o. Fußn. 48), § 144 SGB III Rn 57.

[1847] Bundesagentur für Arbeit, *Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch - SGB III § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit*, Gültig ab 20.07.2017, Gültigkeit bis fortlaufend, « Wichtiger Grund bei Abwicklungsverträgen », S. 14, 159.2 (3).

[1848] Bundesagentur für Arbeit, *Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch - SGB III § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit*, Gültig ab 20.07.2017, Gültigkeit bis fortlaufend, « Wichtiger Grund bei Abwicklungsverträgen », S. 14, 159.2 (4).

[1849] Bundesagentur für Arbeit, *Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch - SGB III § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit*, Gültig ab 20.07.2017, Gültigkeit bis fortlaufend, « Wichtiger Grund bei Abwicklungsverträgen », S. 14, 159.2 (5).

l'ordre du § 159 Abs. 1 du troisième livre du code de la sécurité sociale allemand, SGB III. S'il s'agit des mêmes éléments constitutifs d'une période de carence, ils sont alors mis en place parallèlement. Par ailleurs, si un élément constitutif d'une période de carence tombe durant une période de carence en cours, cette dernière commencera après celle en cours[1850].

c) Le cas de la « rigueur particulière » allemande, « besondere Härte »

Pour finir avec la période de carence, précisons la position de l'agence fédérale du travail concernant une rigueur particulière pour le salarié, dès lors qu'une période de carence s'applique. Le terme est « besondere Härte », que l'on peut traduire comme « rigueur particulière », ou « dureté particulière ». Cette rigueur particulière est opérée par voie d'autorité, « von Amts wegen » et les circonstances de ces motifs importants devant être objectifs sont contrôlés[1851], c'est-à-dire que l'étendue du comportement portant atteinte à l'assurance chômage doit être évaluée. En principe, toute raison objective qui semble rendre au salarié insupportable la continuation de son contrat de travail peut valoir comme motif important ; les motifs importants devant être vus à la lumière des circonstances du salarié et au vu d'un examen entre ses intérêts et les intérêts de l'ensemble des autres cotisants, sachant que c'est au salarié de prouver ces motifs importants[1852]. Il est même attendu du salarié que celui-ci ait préalablement tenté de remédier au motif important[1853].

[1850] Bundesagentur für Arbeit, *Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch - SGB III § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit*, Gültig ab 20.07.2017, Gültigkeit bis fortlaufend, « Wichtiger Grund bei Abwicklungsverträgen », S. 14, 159.2 (6); Bundesagentur für Arbeit, *Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch - SGB III § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit*, Gültig ab 20.07.2017, Gültigkeit bis fortlaufend, « Wichtiger Grund bei Abwicklungsverträgen », S. 14, 159.3 (1): Plus intéressant pour notre travail est le point suivant de l'agence fédérale du travail posant la durée de la période de carence en cas d'arrêt de travail, « Arbeitsaufgabe ». L'agence du travail précise que le § 159 dans son troisième alinéa, numéro 1, 2a correspond au principe de proportionnalité, « Grundsatz der Verhältnismäßigkeit » avec une interdiction d'excès, « Übermaßverbot ». L'agence continue, posant que l'utilisation de l'interdiction de l'excès n'est pas exclue, dès lors qu'un licenciement prévu serait illégal.

[1851] Eckert, *Sozialversicherungsrechtliche Fragen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses (insbesondere Sperrzeit),* BC 2007, S. 124.

[1852] Eckert, *Sozialversicherungsrechtliche Fragen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses (insbesondere Sperrzeit),* BC 2007, S. 124.

[1853] Eckert, *Sozialversicherungsrechtliche Fragen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses (insbesondere Sperrzeit),* BC 2007, S. 124: „*Der Arbeitnehmer ist für diese Gründe beweispflichtig. Die Gründe müssen objektiv vorliegen, ein dahingehender Irrtum reicht nicht aus. Zuvor muss ein zumutbarer, Erfolg versprechender Versuch zur Beseitigung des wichtigen Grundes unternommen worden sein*.".

La règle est que les conditions sociales du chômeur ne sont en principe pas prises en considération lors de l'évaluation[1854]. Une autre manière de présenter la position de l'agence du travail allemande, est de dire qu'elle considère que la rigueur doit forcément découler du motif ayant déterminé la mise en place de la période de carence. Ainsi, la situation sociale et économique de la personne concernée, le salarié, n'est pas prise en compte.

Ainsi, si par exemple un salarié a quatre enfants et qu'il perd son travail de par sa propre faute, mais qu'il invoque à l'encontre de la période de carence de 12 semaines attribuée par l'agence du travail le dénuement économique dans lequel il se trouve avec sa famille, l'agence du travail ne reconnaît pas cette situation comme étant une rigueur particulière.

L'agence reconnaîtra une rigueur particulière par contre, si l'employeur met fin au contrat de travail pour des raisons inhérentes au comportement du salarié, par exemple parce qu'il s'est battu avec un autre collègue après avoir été considérablement provoqué, ou parce qu'il arrivait toujours en retard pour des raisons liées à une crise dans son mariage ; ou encore parce que le chômeur à mit fin à son travail à cause du climat tendu qui régnait constamment dans l'entreprise, ou parce qu'il faisait toujours l'objet de tracasseries et que ces chicanes ne constituaient déjà pas un motif important pour le licenciement[1855].

En effet, selon l'agence du travail, une erreur concernant la présence d'un motif important ne peut justifier l'acceptation d'une rigueur particulière que si, après demande auprès d'une autorité compétente, il ne pouvait y avoir eu de résolution possible[1856]. Dans le cas où même une autorité compétente ne pouvait pas résoudre l'erreur, alors le motif important justifie la rigueur particulière.

[1854] Bundesagentur für Arbeit, *Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch - SGB III § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit*, Gültig ab 20.07.2017, Gültigkeit bis fortlaufend, « Wichtiger Grund bei Abwicklungsverträgen », S. 14, 159.3 (2).

[1855] Bundesagentur für Arbeit, *Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch - SGB III § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit*, Gültig ab 20.07.2017, Gültigkeit bis fortlaufend, « Wichtiger Grund bei Abwicklungsverträgen », S. 14, 159.3, „Weitere Informationen (Besondere Härte).

[1856] „*Ein Irrtum über das Vorliegen eines wichtigen Grundes kann die Annahme einer besonderen Härte nur rechtfertigen, wenn er auch durch Rückfrage bei einer kompetenten Stelle nicht auszuräumen war*." : Bundesagentur für Arbeit, *Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch - SGB III § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit*, Gültig ab 20.07.2017, Gültigkeit bis fortlaufend, « Wichtiger Grund bei Abwicklungsverträgen », S. 14, 159.3, „Weitere Informationen (Besondere Härte).

Un rappel historique allemand concernant le code de la sécurité social allemand III, celui-ci est entré en vigueur au 1er janvier 1998 et accentue la responsabilité/rigueur particulière pesant sur l'employeur concernant les possibilités d'emplois ainsi que sur le salarié concernant sa progression professionnelle et soulignant la « responsabilité personnelle » lui incombant. La loi concrétise ainsi la responsabilité personnelle du salarié et pose une série de sanctions[1857]. L'idée qui se cache derrière cette réglementation de la période de carence est que le chômeur doit porter une partie des coûts financiers qu'il a créés en mettant fin à son travail, qu'il ait perdu son travail ou qu'il n'en ait pas accepté[1858].

Le § 159 III SGB invoque la rigueur particulière dans son troisième point, posant que la durée de la période de carence en cas d'arrêt de travail est de douze semaines. Mais qu'elle est réduite à six semaines, si une période de carence de douze semaines signifierait pour le chômeur une rigueur particulière. Ceci en raison des faits qui ont été déterminants pour la mise en place de la période de carence[1859].
Nous voyons ici que la loi prévoit une réduction à six semaines.

L'examen judiciaire cherchant à savoir si une période de carence de durée normale de douze semaines signifierait une rigueur particulière pour le chômeur n'est soumis à aucune limitation et est à effectuer par les tribunaux régulièrement, dès lors qu'une période de carence est intervenue et que l'agence du travail allemande est partie du principe que la durée habituelle de douze semaines s'applique[1860]. L'agence du travail allemande n'a donc pas de pouvoir d'appréciation.

[1857] Sell S., *Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung*, *Entwicklung und Reform des Arbeitsförderungsgesetzes als Anpassung des Sozialrechts an flexible Erwerbsformen? : zur Zumutbarkeit von Arbeit und Eigenverantwortung von Arbeitnehmern*, 1. Januar 1998, S. 532 - 549, accès octobre 2017, https://www.researchgate.net/publication/5102920_Entwicklung_und_Reform_des_Arbeitsforderungsgesetzes_als_Anpassung_des_Sozialrechts_an_flexible_Erwerbsformen_zur_Zumutbarkeit_von_Arbeit_und_Eigenverantwortung_von_Arbeitnehmern.
[1858] Haufe.de, Kommentar, Rz. 701, accès le 26 octobre 2017, https://www.haufe.de/personal/personal-office-premium/sauer-sgbiii-159-ruhen-bei-sperrzeit-283-dauer-der-sperrzeit-nach-arbeitsaufgabe-bei-besonderer-haerte_idesk_PI10413_HI8031090.html.
[1859] § 159 III Abs. 3 SGB « *Die Dauer der Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe beträgt zwölf Wochen. (...) 2. Sie verkürzt sich auf sechs Wochen, wenn (...) b) eine Sperrzeit von zwölf Wochen für die arbeitslose Person nach den für den Eintritt der Sperrzeit maßgebenden Tatsachen eine besondere Härte bedeuten würde.* ».
[1860] BSG, Urteile v. 22.6.1977, 7 Rar 131/75, SozR 4100 § 119 Nr. 3 und v. 25.10.1988, 7 RAr 37/87, SozR 4100 § 119 Nr. 33, Haufe.de, Kommentar, accès le 26 octobre 2017, https://www.haufe.de/personal/personal-office-premium/sauer-sgbiii-159-ruhen-bei-sperrzeit-283-dauer-der-sperrzeit-nach-arbeitsaufgabe-bei-besonderer-haerte_idesk_PI10413_HI8031090.html.

Le tribunal social de la région de la Saxe a fait comprendre dans sa décision du 25 juin 2015[1861], qu'une erreur juridique excusable peut constituer une rigueur particulière « besondere Härte », mais seulement dans des situations où le législateur l'a prévue explicitement. Comme nous l'avons vu à l'aide de plusieurs exemples, la rigueur particulière nécessite un contexte en rapport avec l'état de fait menant à la période de carence, faisant que toutes les raisons personnelles ne sont pas prises en compte. Au vu de l'évolution du droit et de la jurisprudence allemande, cette restriction de la réglementation des cas de rigueur est comprise de manière non équivoque. Des circonstances personnelles ne pourront être prises en compte au mieux que si elles sont déterminantes ou si elles influent nécessairement sur la mise en place de la période de carence[1862].

d) Motif important justifiant la conclusion du contrat de résiliation amiable

Le § 159 SGB III posant cette disposition légale de période de carence connaît une exception, quand le salarié a terminé la relation de travail ayant un motif important[1863]. Ce « motif important » est un terme juridique non défini[1864]. L'agence du travail allemande va examiner d'office dans chaque cas individuel si un tel motif important est donné[1865]. Pour cela, l'agence du travail

---

[1861] LSG Sachsen, Beschluss v. 25.6.2015, L 3 AL 165/14 NZB, Kurzwiedergabe in NZS 2015 S. 718; Boorberg, *Sozialrecht heute*, herausgegeben vom deutschen Sozialgerichtstag E.V., Rechtsprechung, , accès le 26 octobre 2017, http://www.sozialrecht-heute.de/xhtml/articleviewrecht.jsf?currentTab=taxcases&docId=lsg_sachsen__3al16514nzb__25_06_2015.html.

[1862] Haufe.de, Kommentar, Rz. 701, accès le 26 octobre 2017, https://www.haufe.de/personal/personal-office-premium/sauer-sgbiii-159-ruhen-bei-sperrzeit-283-dauer-der-sperrzeit-nach-arbeitsaufgabe-bei-besonderer-haerte_idesk_PI10413_HI8031090.html, BSG, Urteil v. 10.5.1979, 7 RAr 111/78, DBlR der BA Nr. 2493a AFG/§ 119.

[1863] Voir notamment Schweiger M., *Die Systematik des wichtigen Grundes nach § 159 SGB III bei Abschluss eines Aufhebungsvertrags im Falle drohender betriebsbedingter Kündigung*, NZS, 2015, 328.

[1864] Fuhlrott M., *Geänderte Dienstanweisung der Agentur für Arbeit, Sperrzeitneutrale Aufhebungsverträge*, NZA 2017, 225.

[1865] Juli S., *Aufhebungsverträge ohne Sperrzeit*, ArbRAktuell, 2017, 237; Quink-Hamdam D.,Arbeitsrecht, Weltweit., Blog von Kliemt & Vollstädt, *Neues zur Sperrzeit : K.o. – Kriterium beim Aufhebungsvertrag ?*, 23. Februar 2017, accès le 11 octobre 2017, https://www.arbeitsrecht-weltweit.de/2017/02/23/neues-zur-sperrzeit-k-o-kriterium-beim-aufhebungsvertrag/; Schweiger M., *Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe wegen beruflicher Weiterbildung*, NZS, 2016, 213.
; Fuhlrott M., *Geänderte Dienstanweisung der Agentur für Arbeit, Sperrzeitneutrale Aufhebungsverträge*, NZA 2017, 225.

se base sur la jurisprudence des tribunaux sociaux[1866], mais aussi surtout sur ses propres directives[1867] actualisées. Ces directives ne sont pas juridiquement contraignantes mais possèdent un certain pouvoir « Macht des Faktischen »[1868], étant donné que ces directives sont à respecter de manière stricte dans la pratique[1869]. Elle pose en effet qu'elle n'est pas soumise par les comparaisons juridictionnelles sociales[1870]. L'agence fédérale du travail justifie la période de carence avec la nécessité de protéger la communauté des assurés, des salariés qui ne respectent pas ses directives[1871].

Il est donc important en Allemagne, de regarder lors de la conclusion d'un contrat de résiliation, si un tel motif important, « wichtiger Grund » était présent lors de sa conclusion[1872]. Un contrat de résiliation est conclu avec un motif important, dès le moment où le salarié aurait pu être licencié pour motif économique ou motif personnel[1873]. Cela vaut également, même si une indemnité est tout de même accordée au salarié. Ainsi, un tel motif important est par exemple présent dans le cas où faute de conclure un tel accord, le salarié risque un licenciement valide prononcé par l'employeur suite à des motifs économiques ou personnels, mais pas en cas de

---

[1866] Steinmeyer in APS, Kündigungsrecht, § 159 SGB III, Rn. 65, 5. Auflage 2017; Gagel, Winkler, *Kommentar SGB III, Grundsicherung und Arbeitsförderung,* 63. EL, C.H. Beck, Mai 2016, *§ 159 SGB III, Rn. 144.*

[1867] Geschäftsanweisungen zum Arbeitslosengeld.

[1868] Pouvant se traduire comme le „pouvoir de fait" ou le „pouvoir du fait accompli" ou encore „la force des choses".

[1869] Fuhlrott M., *Geänderte Dienstanweisung der Agentur für Arbeit, Sperrzeitneutrale Aufhebungsverträge*, NZA 2017, 225.

[1870] « *(...) Ein arbeitsgerichtlicher Vergleich bindet die Agentur nicht*. », Bundesagentur für Arbeit, « Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch - SGB III § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit», Gültig ab 20.07.2017, Gültigkeit fortlaufend, S. 7, 159.1.1.1 (1).

[1871] Bundesagentur für Arbeit, *Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch - SGB III § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit*, Gültig ab 20.07.2017, Gültigkeit bis fortlaufend, S. 7, 159.0 (1); Voir aussi Coseriu in Eicher/Schlegel, *Arbeitsförderungsrecht*, *Kommentar mit Nebenrecht***,** SGB III, 97. Ergänzung, Stand: Juni 2010, Rn. 1 zu § SGB_III § 144 SGB III : Der Zweck der Sperrzeitregelung soll darin bestehen, « *die Gemeinschaft der Beitragszahler vor einer Abwälzung des Risikos der Arbeitslosigkeit in der Weise zu schützen, dass dem Arbeitslosen ein Teil der Aufwendungen aufgebürdet wird, die er der Versichertengemeinschaft durch versicherungswidriges Verhalten aufzwingt* »; et voir Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, *Sperrzeit nach Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit Abfindungsvereinbarung während der Elternzeit*, Heft 4, 2012, S. 165; Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 12; Fuhlrott M., *Geänderte Dienstanweisung der Agentur für Arbeit, Sperrzeitneutrale Aufhebungsverträge*, NZA 2017, 225 f.

[1872] Gagel, Winkler, *Kommentar SGB II, SGB III, § 159 SGB III, Aufhebungsvertrag,* 78. EL, Mai 2020, Rn. 87; Voelzke in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 34.

[1873] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 194; Schweiger M., *Die Systematik des wichtigen Grundes nach § 159 SGB III bei Abschluss eines Aufhebungsvertrags im Falle drohender betriebsbedingter Kündigung*, NZS, 2015, 328.

risque de licenciement prononcé pour des motifs disciplinaires[1874]. Un autre motif important serait un salarié touchant une indemnité minimale et allant de pair avec une menace de licenciement économique[1875].

L'agence du travail allemande accepte désormais facilement la conclusion de contrats de résiliation avec paiement d'une indemnité dès lors qu'un licenciement pour motif important semble inévitable, excluant alors l'application d'une période de carence[1876]. La raison étant qu'il est préférable pour le salarié de conclure un contrat de résiliation dans ces circonstances, particulièrement concernant ses prochaines candidatures, dans lesquelles il est plus avantageux d'expliquer que sa précédente relation de travail s'est terminée d'un commun accord plutôt que d'avoir été licencié[1877], surtout si le licenciement aurait été pour motif disciplinaire. On retrouve en France cette volonté des salariés de recevoir un certificat de travail à la fin de leur relation de travail, celui-ci aidant dans la recherche d'un nouvel emploi.

Cependant, nous avons vu que le droit français n'opère pas une telle distinction, de savoir si le salarié y était pour quelque chose dans la conclusion de sa rupture conventionnelle ou non. La période de carence s'applique en France dans tous les cas, ce qui est moins avantageux qu'en Allemagne, où, les salariés qui ont conclu une rupture conventionnelle suite à une menace de licenciement économique par exemple, ne se verront pas appliquer de période de carence.

Un motif important peut aussi être avéré en droit allemand si le salarié est par exemple autorisé sur la base du paragraphe 626 du BGB à une résiliation sans préavis, en particulier suite à une violation du contrat par son employeur ou suite au comportement de ses collègues, rendant la situation à son poste de travail insupportable et pouvant mener à des problèmes de santé importants[1878]. Il faut cependant examiner dans ce genre de situation si le motif important était toujours présent lors du départ du salarié, donc à la date prévue d'entrée en chômage. Le salarié doit faire ici attention à présenter ses preuves attestant son motif important, tels des examens

---

[1874] Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 147, 148 – 520.
[1875] Labisch, Kanzlei für Arbeitsrecht, *Aufhebungsvertrag*, accès le 10 mars 2019, https://www.arbeitsrecht-rheinland-pfalz.de/glossar-begriffserlaeuterung-rechtlicher-begriffe/glossarbegriffe/aufhebungsvertrag.html.
[1876] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 197.
[1877] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 195.
[1878] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 195.

ou diagnostics médicaux[1879]. Ceci est soutenu par la jurisprudence du tribunal social fédéral allemand, « Bundessozialgericht », posant qu'un tel motif important est à prendre en compte, dès lors que concernant le chômeur, après la prise en compte de toutes les circonstances en l'espèce et après avoir pesé ses intérêts avec ceux de la communauté des assurés, il ressort qu'un comportement différent de sa part n'aurait pu être raisonnablement attendu de lui[1880].

Les cas de harcèlement psychologiques et/ou sexuels, « mobbing » en Allemand, se multiplient de nos jours et rendent la vie des salariés insupportable. Toutefois, l'agence fédérale pour l'emploi allemande exige des constatations objectives et pour le « mobbing » plus particulièrement, à côté de l'exigence d'actes malveillants, elle requiert du salarié qu'il ait au moins une fois tenté de stopper préalablement les attaques portées contre lui[1881].

Par ailleurs, il a été donné à cette exigence de motif important une grande place par le tribunal social fédéral, lequel conclu du paragraphe 1 a du KSchG[1882], loi de protection contre le licenciement, qu'un motif important se retrouve dans chaque rupture de contrat de travail où l'indemnité de licenciement prévue ne dépasse pas la somme de 0,5 salaires mensuels bruts pour chaque année d'emploi[1883]. Cette décision du tribunal social fédéral allemand a été suivie et reprise par l'agence fédérale pour l'emploi[1884]. Ainsi, dès lors que cette condition est remplie, une période de carence ne sera pas appliquée et il n'y a pas besoin d'examiner la légalité d'un licenciement éventuel de la part de l'employeur menant à un contrat de résiliation[1885].

Notons de même qu'il peut être important pour le salarié allemand de faire attention à ce qui est inscrit sur l'accord ou autres papiers qui tomberont entre les mains de l'agence du travail. Prenons en exemple un accord de résiliation avec paiement d'une indemnité de départ basée sur un licenciement pour motif disciplinaire. Si l'agence du travail apprend que la conclusion de l'accord suit un motif disciplinaire, elle verra ceci comme une résiliation du contrat de travail incombant au salarié et infligera alors très probablement une période de carence[1886]. Il est donc

---

[1879] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 195.
[1880] BSG 14.9.2010 NZS 2011, 713, 713.
[1881] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 196.
[1882] Le § 1 a du KSchG ne fournit pas de ligne directrice légale concernant les indemnités de départ. Voir BAG v. 12.3.2015 – 6 AZR 82/14, NZA 2015, 676 Roloff in HWK, Anh. §§ 305–310 BGB Rz. 8; Clemenz S., Burghard K, Krause R., *AGB-Arbeitsrecht*, Kommentar, Dr. Otto Schmidt, 2013, S. 305, 132.
[1883] BSG 12.7.2006 AP Nr.8 zu § 144 SGB III.
[1884] Neue Weisungslage seit Oktober 2007; DA 144 101 ff ; Gaul, Niklas, NZA 2008, 137 ff.
[1885] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 197.
[1886] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 123.

prudent pour le salarié de toujours compter avec des conséquences négatives provenant de l'agence du travail. De la même manière qu'il est souvent avantageux pour le salarié de tirer profit d'un éventuel contexte économique présent derrière la résiliation de son contrat de travail[1887].

Nous avions déjà invoqué la position de l'agence fédérale du travail sur les contrats d'exécution, « Abwicklungsverträge »[1888] lesquels se différencient normalement des contrats de résiliation, en ce qu'ils règlent simplement les conséquences découlant d'un licenciement, valant donc après l'annonce d'un licenciement valable par l'employeur[1889].
Nous avions analysé les similitudes et différences entre ces contrats d'exécution allemands et les transactions françaises.
Rappelons donc que l'agence fédérale du travail allemande a précisé dans sa partie sur les motifs importants pour contrats d'exécution, que ces contrats d'exécution dits « cachés » [1890], doivent être pris en compte comme des contrats de résiliation, quand ils sont inclus dans un accord global.

e) Exemples de motifs importants lors d'un Aufhebungsvertrag pour échapper à la période de carence

Revenons sur les motifs importants acceptés par l'agence fédérale du travail allemande. Celle-ci donne des exemples, par exemple dans un cas où le chômeur a résilié sa relation de travail avec un contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag » en date du 12 décembre pour le 31 décembre. Étant donné que le délai de licenciement pour l'employeur est de six semaines à la fin du trimestre, l'agence conclue qu'il n'y a pas de motif important pour la simple raison qu'un licenciement prévu avec certitude par l'employeur n'aurait été possible qu'au 31 mars[1891].

[1887] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 123.
[1888] Voir Partie de ce travail « Abwicklungsverträge ».
[1889] Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 147 – 519.
[1890] « Verdeckte Aufhebungsverträge », Bundesagentur für Arbeit, *Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch, SGB III § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit*, Gültig ab 20.07.2017, Gültigkeit fortlaufend, „Wichtiger Grund bei Abwicklungsverträgen", S. 14, 159.1.2.1.2.
[1891] Bundesagentur für Arbeit, *Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch, SGB III § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit*, Gültig ab 20.07.2017, Gültigkeit fortlaufend, „Wichtiger Grund bei Abwicklungsverträgen", S. 14, 159.1.2.1.3: Beispiel 1, Weitere Informationen (Wichtiger Grund bei

Regardons de plus près d'autres exemples relatifs aux contrats de résiliation de l'agence fédérale du travail[1892].

Dans son troisième exemple, un employeur explique qu'il se trouve obligé, en raison de la situation économique défavorable de l'entreprise, de mettre fin à la relation de travail du salarié qui n'est plus résiliable de par la convention collective. L'employeur se justifie à travers sa volonté de fermer l'entreprise et de par le paiement d'une indemnité. Suite à cela, le salarié résilie sa relation de travail avec un contrat de résiliation en respectant le délai de préavis ordinaire. Un motif important est selon l'agence, présent, quand des raisons relevant du droit du travail n'auraient pas entravé objectivement un licenciement prononcé par l'employeur et que le salarié expose les raisons qui l'ont poussé à ne pas pouvoir attendre la prononciation du licenciement de l'employeur.

Dans le quatrième exemple choisi par l'agence, l'employeur explique qu'il doit mettre fin à la relation de travail en respectant les délais, en raison ici encore d'une situation économique défavorable pour l'entreprise. En conséquence, est conclu à la fin du délai de licenciement prévu normalement, un contrat de résiliation. Le salarié reçoit une indemnité de 0,5 mois de travail par année d'ancienneté. Une période de carence n'intervient pas.

f) Nouvelle possibilité donnée en droit allemand pour échapper à la période de carence

Revenons brièvement sur les conséquences ressortant de la conclusion de contrats de résiliation amiables pour les employeurs. Ceux-ci ont le choix, dès lors qu'ils souhaitent mettre fin à la relation de travail avec un des salariés, de le licencier ou de conclure un contrat de résiliation amiable avec lui.

Eigenlösung des Beschäftigungs-verhältnisses und gleichzeitig drohender Arbeitgeberkündigung), Bewertung wichtiger Gründe bei Aufgabesachverhalten, S. 5.

[1892] Bundesagentur für Arbeit, *Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch, SGB III § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit*, Gültig ab 20.07.2017, Gültigkeit fortlaufend, „Wichtiger Grund bei Abwicklungsverträgen", S. 14, 159.1.2.1.3 Beispiele 3, 4, 5, Weitere Informationen (Wichtiger Grund bei Eigenlösung des Beschäftigungs-verhältnisses und gleichzeitig drohender Arbeitgeberkündigung), Bewertung wichtiger Gründe bei Aufgabesachverhalten, S. 5.

Dans le cas du licenciement, nous savons déjà que le salarié peut alors engager une procédure contre. Il en résulte pour l'employeur un certain degré d'incertitude, lequel doit attendre un certain temps avant de savoir si la relation de travail a effectivement pris effet. D'autant qu'il devra, s'il perd la procédure, continuer à employer ce salarié et lui payer les mois de salaires que le salarié aurait perçus si le licenciement n'avait pas été prononcé. Ceci sur la base du § 615 Satz 1 BGB en relation avec les §§ 293 ff. BGB[1893]. Ces frais de personnel non prévus sont largement défavorables pour l'employeur.

Dans la pratique, certains auteurs soulignent donc que les désavantages immatériels qui ressortent d'un grand nombre de licenciements prononcés par l'employeur sont souvent occultés[1894]. Ceci, alors que les retombées négatives souvent dues à l'immiscion de la presse, peuvent provoquer chez les clients une mauvaise image des entreprises en cause, clients qui se dirigeraient alors vers la concurrence. Par ailleurs, le fait de devoir mettre en place divers processus de protection contre le licenciement exige une lourde charge de travail pour une partie du personnel de l'entreprise.

Pour le contrat de résiliation allemand ou la rupture conventionnelle française, le contrat de résiliation comprend contrairement au licenciement des avantages matériels et immatériels en ce qui concerne l'évaluation de risques[1895]. Un contrat de résiliation signifie une certaine sécurité juridique, tant que celui-ci respecte l'exigence de l'écrit posée au § 623 du Code civil allemand[1896]. A cela s'ajoute, qu'en Allemagne, même en cas de décisions concernant une grande

---

[1893] i.d.R. nach § 615 Satz 1 BGB i.V.m. §§ 293 ff. BGB.

[1894] Der Betrieb, Arbeits-/Sozialrecht Kündigungsrecht Sozialversicherung, *Neue Möglichkeiten zur Vermeidung von Sperrzeiten bei Aufhebungsverträge*n, Bundesagentur für Arbeit, Geschäftsanweisung vom 25.01.2017, XI ZR 108/16, Heft 21 vom 26.05.2017, S. 1212-1213, https://www.wiso-net.de/document/MCDB__DBDBDB1232314, Handelsblatt Fachmedien GmbH, GBI-Genios Deutsche Wirtschaftsdatenbank GmbH, S. 1 von 3.

[1895] Der Betrieb, Arbeits-/Sozialrecht Kündigungsrecht Sozialversicherung, *Neue Möglichkeiten zur Vermeidung von Sperrzeiten bei Aufhebungsverträge*n, Bundesagentur für Arbeit, Geschäftsanweisung vom 25.01.2017, XI ZR 108/16, Heft 21 vom 26.05.2017, S. 1212-1213, https://www.wiso-net.de/document/MCDB__DBDBDB1232314, Handelsblatt Fachmedien GmbH, GBI-Genios Deutsche Wirtschaftsdatenbank GmbH, S. 1 von 3; ausführlich zum *strategischen Arbeitsrecht*: Kleinebrink W., Der Betrieb, 2010, S. 2448.

[1896] § 623 BGB, Schriftform der Kündigung, „*Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder Auflösungsvertrag bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform; die elektronische Form ist ausgeschlossen.*"; Voir également Juraschko B., *Praxishandbuch Recht für Bibliotheken und Informationseinrichtungen*, De Gruyter Saur, 2. Auflage, 2020, S. 174, 9.8; Preis U., Gotthardt M., *Schriftformerfordernis für Kündigungen, Aufhebungsverträge und Befristungen nach § 623 BGB*, NZA 2000, 348; Rolfs, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, *SGB III § 159, Ruhen bei Sperrzeit*, 20. Auflage, 2020, Rn. 7.

partie du personnel, cela ne sera pas rendu public et ne sera donc pas compromettant pour l'image de l'entreprise[1897]. L'aspect négatif d'un tel contrat de résiliation amiable, est bien évidemment que l'employeur doit alors convaincre son ou ses salariés de conclure un tel contrat. C'est alors que l'application par l'agence du travail allemande d'une période de carence pour l'allocation chômage, devient un désavantage pour le salarié.

Cependant, depuis 2017, de nouvelles règles de procédure données par l'agence fédérale du travail concernant le § 159 SGB III et plus précisément l'allocation chômage I (ALG I, « Arbeitslosengeld I ») ont été actualisées. Ceci diminue le caractère négatif de la conclusion d'un contrat de résiliation amiable pour les salariés en Allemagne.

(a) Nouvelles possibilités de non-application de la période de carence allemande en cas de conclusion d'un contrat de résiliation

Nous avons vu que jusqu'à présent, que pour la conclusion d'un contrat de résiliation allemand (et lors de la prononciation d'une démission par le salarié), une période de carence du § 159 Abs. 1 SGB III n'était exclue que lorsqu'un licenciement de l'employeur menaçait de s'appliquer pour des raisons liées à l'entreprise. Ceci faisait qu'il était nécessaire de prouver des motifs importants excusant le comportement contraire à l'assurance chômage.

Désormais, l'agence fédérale du travail reconnaît qu'une période de carence en raison d'un abandon de travail n'est plus une menace pour le salarié dans le cas où il a seulement conclu un contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag » pour des raisons inhérentes à sa personne ou dans le cas où il n'a soit pas reçu d'indemnité et s'il a reçu une indemnité de moins de 0,25 mois de salaire brut pour chaque année d'ancienneté[1898]. Avant, l'indemnité devait être au minimum de 0,25 mois de salaire brut, mais cette limite minimum a été retirée.

[1897] Der Betrieb, Arbeits-/Sozialrecht Kündigungsrecht Sozialversicherung, *Neue Möglichkeiten zur Vermeidung von Sperrzeiten bei Aufhebungsverträge*n, Bundesagentur für Arbeit, Geschäftsanweisung vom 25.01.2017, XI ZR 108/16, Heft 21 vom 26.05.2017, S. 1212-1213, https://www.wiso-net.de/document/MCDB__DBDBDB1232314, Handelsblatt Fachmedien GmbH, GBI-Genios Deutsche Wirtschaftsdatenbank GmbH, S. 1 von 3.

[1898] Fuhlrott M., *Geänderte Dienstanweisung der Agentur für Arbeit, Sperrzeitneutrale Aufhebungsverträge*, NZA 2017, 226; Der Betrieb, Arbeits-/Sozialrecht Kündigungsrecht Sozialversicherung, *Neue Möglichkeiten zur Vermeidung von Sperrzeiten bei Aufhebungsverträge*n, Bundesagentur für Arbeit, Geschäftsanweisung vom 25.01.2017, XI ZR 108/16, Heft 21 vom 26.05.2017, S. 1212-1213, https://www.wiso-

Nous verrons plus loin que l'agence du travail allemande va continuer à examiner la légalité d'un éventuel licenciement quand une indemnité est payée et qu'elle dépasse un seuil de 0,5 mois de salaires bruts par année d'ancienneté.

L'agence fédérale du travail n'examine désormais plus la validité juridique d'un licenciement, dès lors que les parties ont décidé d'un versement d'une indemnité d'un maximum d'au moins 0,5 mois de salaires bruts par année d'ancienneté, cependant cette limite doit s'ajouter au fait que l'employeur aurait pu licencier pour motif économique et que le délai de résiliation a été respecté[1899].

(b) La non application d'une période de carence en cas de non versement d'une indemnité ou d'une indemnité insuffisante

Nous avons vu qu'avant que ces modifications apportées au droit allemand n'interviennent, si un employeur et un salarié concluaient un contrat de résiliation amiable pour des raisons inhérentes à l'entreprise[1900], un motif important selon le § 159 Abs. 1 Satz 1 SGB III qui exclut une période de carence pour abandon de travail n'était pas donné si plusieurs conditions cumulatives étaient remplies. C'est-à-dire que la prononciation d'un licenciement était prévue, qu'elle était basée sur des raisons inhérentes à l'entreprise, que les délais de licenciement avaient été respectés et qu'une indemnité comprise entre 0,25 et 0,5 mois de salaires pour chaque année

net.de/document/MCDB__DBDBDB1232314, Handelsblatt Fachmedien GmbH, GBI-Genios Deutsche Wirtschaftsdatenbank GmbH, S. 1 und 2 von 3.

[1899] Cette opportunité donnée ici de ne pas avoir à contrôler la légalité hypothétique de la menace de licenciement de l'employeur a toutefois une exclusion, si la menace de licenciement était manifestement illégale, par exemple concernant un salarié ne devant pas être licencié ordinairement : Voir ici Panzer*, Sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*, NJW 2010, S. 16: concernant la décision BSG, 24.09.2008, B 12 KR 27/07 R: *« (...) deutete das BSG in einem obiter dictum an, dass auf Grund der Berücksichtigung der gesetzgeberischen Wertungen durch die Einfügung des § KSCHG § 1a KSchG im Rahmen einer Beendigungsvereinbarung die Existenz eines wichtigen Grundes zu unterstellen sei, wenn (1) eine Abfindung von 0,25 bis 0,5 Bruttomonatsgehältern pro Beschäftigungsjahr gezahlt wird, (2) der Arbeitgeber betriebsbedingt hätte kündigen können und (3) die maßgebliche Kündigungsfrist eingehalten wurde.* ».

[1900] « Aufhebungsvertrag aus betriebsbedingten Gründen ».

d'ancienneté avait été prévue. Dans le cas où ces conditions étaient remplies, alors l'administration du travail allemande ne contrôlait plus, si le licenciement était légal ou non[1901].

La suppression du seuil minimal de 0,25 mois de salaires par année d'ancienneté[1902], fait qu'une indemnité comprise sous ce seuil de 0,25 n'est plus préjudiciable, par rapport à l'application d'une période de carence. En droit allemand en effet, une indemnité ne doit pas, contrairement au droit français être obligatoirement versée et peut donc être omise. Ceci est conforme à la jurisprudence du tribunal social fédéral allemand[1903], lequel admet sur la base du § 1a du KSchG un motif important, dès lors que l'indemnité prévue par les parties ne dépasse pas 0,5 mois de salaires par année d'ancienneté[1904]. Avec une exception dans le cas où il y a fraude à la loi, par exemple une illégalité manifeste dans le licenciement prévu. C'est ici le tribunal social fédéral qui n'a pas stipulé de seuil minimal[1905].

Le droit du travail allemand admet ainsi de ne pas prévoir d'indemnité ou de prévoir une indemnité minimale dans un contrat de résiliation amiable.

Cela pourrait-il être contré par l'opinion de la cour fédérale du travail[1906] ? Cette cour pose en effet, qu'une renonciation formelle par le salarié à une procédure de protection contre le licenciement, émise avant trois semaines après la réception du licenciement et comprise dans un contrat de résiliation, sans qu'il n'y ait en contrepartie d'accord de versement d'une indemnité au salarié en état de défaveur, est, selon le § 307 Abs. 1 Satz. 1 BGB, nulle[1907]. Ici, selon le

---

[1901] Fuhlrott M., *Geänderte Dienstanweisung der Agentur für Arbeit, Sperrzeitneutrale Aufhebungsverträge*, NZA 2017, 225; Der Betrieb, Arbeits-/Sozialrecht Kündigungsrecht Sozialversicherung, *Neue Möglichkeiten zur Vermeidung von Sperrzeiten bei Aufhebungsverträge*n, Bundesagentur für Arbeit, Geschäftsanweisung vom 25.01.2017, XI ZR 108/16, Heft 21 vom 26.05.2017, S. 1212-1213, https://www.wiso-net.de/document/MCDB__DBDBDB1232314, Handelsblatt Fachmedien GmbH, GBI-Genios Deutsche Wirtschaftsdatenbank GmbH, S. 2 von 3.
[1902] Juli S., *Aufhebungsverträge ohne Sperrzeit*, ArbRAktuell, 2017, 237.
[1903] BSG, Bundessozialgericht.
[1904] BSG vom 02.05.2012, B 11 AL 6/11 R, DB 2012, S. 2700.
[1905] Der Betrieb, Arbeits-/Sozialrecht Kündigungsrecht Sozialversicherung, *Neue Möglichkeiten zur Vermeidung von Sperrzeiten bei Aufhebungsverträge*n, Bundesagentur für Arbeit, Geschäftsanweisung vom 25.01.2017, XI ZR 108/16, Heft 21 vom 26.05.2017, S. 1212-1213, https://www.wiso-net.de/document/MCDB__DBDBDB1232314, Handelsblatt Fachmedien GmbH, GBI-Genios Deutsche Wirtschaftsdatenbank GmbH, S. 2 von 3.
[1906] BAG, Bundesarbeitsgericht.
[1907] Der Betrieb, Arbeits-/Sozialrecht Kündigungsrecht Sozialversicherung, *Neue Möglichkeiten zur Vermeidung von Sperrzeiten bei Aufhebungsverträge*n, Bundesagentur für Arbeit, Geschäftsanweisung vom 25.01.2017, XI ZR 108/16, Heft 21 vom 26.05.2017, S. 1212-1213, https://www.wiso-net.de/document/MCDB__DBDBDB1232314, Handelsblatt Fachmedien GmbH, GBI-Genios Deutsche Wirtschaftsdatenbank GmbH, S. 2 von 3; vgl. BAG 24.09.2015, 2 AZR 347/14, DB 2016, S. 900.

tribunal, il n'y a pas application du § 4 Satz 1 KSchG[1908], dans lequel le salarié a, après la prononciation d'un licenciement, trois semaines pour réfléchir s'il conteste auprès du tribunal ou pas.

La réponse est non, car le § 307 Abs. 1 S. 1 du BGB ne vaut pas pour le contrat de résiliation amiable allemand, comme il n'y a pas eu de licenciement prononcé par l'employeur[1909]. Le contrat de résiliation est en effet soumis au principe de la liberté contractuelle.

(c) La non application d'une période de carence pour des raisons inhérentes au salarié

Un motif important, lequel évite l'application d'une période de carence n'est actuellement plus seulement vu dans le cas de résiliations amiables pour des raisons inhérentes aux entreprises, mais plutôt aussi dès lors que des raisons inhérentes à la personne sont en cause[1910]. Cette modification constitue un changement important dans la pratique, comme désormais, des raisons relevant de maladie ou de l'aptitude du salarié et ayant mené à la conclusion d'un contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag », ne mènent plus à la mise en place d'une période de carence.

Ainsi, un salarié allemand qui a obtenu d'un médecin le conseil d'arrêter son travail après un examen médical complet[1911], n'aura normalement dans ce cas pas d'application d'une période de carence[1912].

[1908] § 4 KSchG, Anrufung des Arbeitsgerichts, Satz 1: „*Will ein Arbeitnehmer geltend machen, dass eine Kündigung sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist, so muss er innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist.*".

[1909] Der Betrieb, Arbeits-/Sozialrecht Kündigungsrecht Sozialversicherung, *Neue Möglichkeiten zur Vermeidung von Sperrzeiten bei Aufhebungsverträge*n, Bundesagentur für Arbeit, Geschäftsanweisung vom 25.01.2017, XI ZR 108/16, Heft 21 vom 26.05.2017, S. 1212-1213, https://www.wiso-net.de/document/MCDB__DBDBDB1232314, Handelsblatt Fachmedien GmbH, GBI-Genios Deutsche Wirtschaftsdatenbank GmbH, S. 2 von 3.

[1910] Juli S., *Aufhebungsverträge ohne Sperrzeit*, ArbRAktuell, 2017, 237; Der Betrieb, Arbeits-/Sozialrecht Kündigungsrecht Sozialversicherung, *Neue Möglichkeiten zur Vermeidung von Sperrzeiten bei Aufhebungsverträge*n, Bundesagentur für Arbeit, Geschäftsanweisung vom 25.01.2017, XI ZR 108/16, Heft 21 vom 26.05.2017, S. 1212-1213, https://www.wiso-net.de/document/MCDB__DBDBDB1232314, Handelsblatt Fachmedien GmbH, GBI-Genios Deutsche Wirtschaftsdatenbank GmbH, S. 2 von 3; Fuhlrott M., *Geänderte Dienstanweisung der Agentur für Arbeit, Sperrzeitneutrale Aufhebungsverträge*, NZA 2017, 226.

[1911] „nach ausführlicher Anamnese".

[1912] Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 50.

On comprend ici qu'un motif important peut donc être donné non seulement en cas de conclusion d'un contrat de résiliation quand une menace de licenciement plane sur le salarié pour des raisons inhérentes à l'entreprise, mais aussi pour des raisons inhérentes à la personne du salarié et pour des raisons médicales.

Cependant, il n'y aura pas de motif important, dès lors que le contrat de résiliation aura été conclu pour des raisons inhérentes au comportement du salarié[1913].

Le droit allemand connait donc une plus grande flexibilité concernant les motifs importants permis au sein du § 159 Abs. 1 SGB III et ceci contribue à rendre la conclusion d'un tel contrat de résiliation par un salarié plus attractive. Remarquons encore que le contrat de résiliation allemand doit inclure la raison faisant planer la menace d'un licenciement pour des raisons inhérentes à l'entreprise ou au salarié[1914].

Les mêmes règles qui valent pour le contrat de résiliation s'appliquent également aux contrats d'exécution, « Abwicklungsverträge », c'est-à-dire les accords sur l'exécution d'une relation de travail déjà résiliée, dès lors que ces accords sont compris dans une concertation « Gesamtabsprache » et sont donc des contrats de résiliation cachés[1915].

(d) Les conditions de la non application d'une période de carence quand l'indemnité perçue dépasse la limite de 0,5 mois de salaire par année d'ancienneté

Ici, dans le cas où l'employeur ne peut conclure un contrat de résiliation avec son salarié qu'en prévoyant une indemnité qui dépasse la limite de 0,5 mois de salaires par année d'ancienneté,

---

[1913] Der Betrieb, Arbeits-/Sozialrecht Kündigungsrecht Sozialversicherung, *Neue Möglichkeiten zur Vermeidung von Sperrzeiten bei Aufhebungsverträge*n, Bundesagentur für Arbeit, Geschäftsanweisung vom 25.01.2017, XI ZR 108/16, Heft 21 vom 26.05.2017, S. 1212-1213, https://www.wiso-net.de/document/MCDB__DBDBDB1232314, Handelsblatt Fachmedien GmbH, GBI-Genios Deutsche Wirtschaftsdatenbank GmbH, S. 2 von 3; Quink-Hamdam D., Arbeitsrecht, Weltweit., Blog von Kliemt & Vollstädt, *Neues zur Sperrzeit : K.o. – Kriterium beim Aufhebungsvertrag ?*, 23. Februar 2017, accès le 15 novembre 2017, http://www.arbeitsrecht-weltweit.de/2017/02/23/neues-zur-sperrzeit-k-o-kriterium-beim-aufhebungsvertrag/.

[1914] Quink-Hamdam D., Arbeitsrecht, Weltweit., Blog von Kliemt & Vollstädt, *Neues zur Sperrzeit : K.o. – Kriterium beim Aufhebungsvertrag ?*, 23. Februar 2017, accès le 15 novembre 2017, http://www.arbeitsrecht-weltweit.de/2017/02/23/neues-zur-sperrzeit-k-o-kriterium-beim-aufhebungsvertrag/.

[1915] Quink-Hamdam D., Arbeitsrecht, Weltweit., Blog von Kliemt & Vollstädt, *Neues zur Sperrzeit : K.o. – Kriterium beim Aufhebungsvertrag ?*, 23. Februar 2017, accès le 15 novembre 2017, http://www.arbeitsrecht-weltweit.de/2017/02/23/neues-zur-sperrzeit-k-o-kriterium-beim-aufhebungsvertrag/.

il y a alors deux possibilités qui ne mèneront pas forcément à l'application d'une période de carence.

Une première possibilité se situe dans l'arrangement judiciaire, « gerichtlicher Vergleich »[1916]. Un arrangement judiciaire du travail n'est pas pertinent concernant les périodes de carence, à moins qu'il n'ait été précédé d'un comportement contraire à l'assurance chômage[1917]. Même si la transaction judiciaire du travail n'apporte pas d'indications sur un tel comportement contraire à l'assurance chômage, l'administration du travail n'y est cependant pas tenue.

Rappelons qu'en Allemagne, l'accord des parties à travers un contrat de résiliation permet de rompre une relation de travail et en plus, de ne pas tenir compte de la protection générale et spéciale contre le licenciement, il n'y a pas de limites légales qui s'appliquent [1918].

En Allemagne, il n'est pas rare que la résiliation de la relation de travail soit décidée dans un arrangement « Vergleich ». Cet arrangement peut être conclu soit durant le processus de protection contre le licenciement « prozessualer Vergleich », § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, soit en dehors « außerprozessualer Vergleich »[1919]. Un arrangement judiciaire peut également être conclu, si les parties acceptent par écrit une proposition d'arrangement judiciaire et dans ce cas, le tribunal décide du contenu de l'arrangement à travers un arrêt[1920]. Dans les deux cas, la perte du travail et les inconvénients en découlant pour le salarié sont indemnisés grâce à l'indemnité perçue par le salarié.

[1916] Haidn C., *Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe*, ArbRAktuell, 2020, 380.
[1917] Der Betrieb, Arbeits-/Sozialrecht Kündigungsrecht Sozialversicherung, *Neue Möglichkeiten zur Vermeidung von Sperrzeiten bei Aufhebungsverträge*n, Bundesagentur für Arbeit, Geschäftsanweisung vom 25.01.2017, XI ZR 108/16, Heft 21 vom 26.05.2017, S. 1212-1213, https://www.wiso-net.de/document/MCDB__DBDBDB1232314, Handelsblatt Fachmedien GmbH, GBI-Genios Deutsche Wirtschaftsdatenbank GmbH, S. 2 von 3; « *Nicht sperrzeitrelevant ist ein arbeitsgerichtlicher Vergleich, sofern ihm nicht ein versicherungswidriges Verhalten vorausgegangen ist (GA 159.1.1.1 Abs. 4)* ».
[1918] Haufe.de, *Abfindung: Aufhebungsvertrag und arbeitsgerichtlicher Vergleich*, , accès le 6 novembre 2017, https://www.haufe.de/personal/personal-office-premium/abfindung-aufhebungsvertrag-und-arbeitsgerichtlicher-vergleich_idesk_PI10413_HI3549839.html.
[1919] Haufe.de, *Abfindung: Aufhebungsvertrag und arbeitsgerichtlicher Vergleich*, , accès le 6 novembre 2017, https://www.haufe.de/personal/personal-office-premium/abfindung-aufhebungsvertrag-und-arbeitsgerichtlicher-vergleich_idesk_PI10413_HI3549839.html.
[1920] Haufe.de, *Abfindung: Aufhebungsvertrag und arbeitsgerichtlicher Vergleich*, , accès le 6 novembre 2017, https://www.haufe.de/personal/personal-office-premium/abfindung-aufhebungsvertrag-und-arbeitsgerichtlicher-vergleich_idesk_PI10413_HI3549839.html.

Étant donné que l'administration du travail n'est pas liée par le manque d'indices dans l'arrangement judiciaire, elle peut enquêter sur les circonstances qui ont mené à la résiliation[1921].

En raison du manque d'effet contraignant des décisions des tribunaux du travail ou des arrangements judiciaires allemands, pour ce qui est des procédures en droit social, les tribunaux sociaux doivent donc examiner eux-mêmes, si c'est sur un comportement du salarié contraire au contrat de travail, qu'un licenciement trouve son motif[1922]. Ceci au sens du § 159 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III.

Il faut donc comprendre sous « arrangement judiciaire » « gerichtlichen Vergleich », une transaction « Prozessvergleich » qui est conclue entre les parties d'un litige devant un tribunal allemand[1923]. Ceci selon le § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO (Code de procédure civile). Correspond à une telle transaction selon le § 278 Abs. 6 Satz 1 Alt. 2 ZPO, une décision d'un tribunal constatant qu'un arrangement a été conclu, sur la base d'une proposition d'arrangement écrite acceptée par les parties auprès du tribunal[1924]. Ceci vaut également quand le tribunal s'est attribué un arrangement proposé par une des parties.

Il est cependant bon de se poser la question, si un motif important excluant une période de carence est également donné, quand l'arrangement judiciaire a été conclu selon le § 278 Abs. 6 Satz 1 Alt. 1 du code de procédure civile allemand, ZPO[1925]. C'est-à-dire parce que les parties

---

[1921] Der Betrieb, Arbeits-/Sozialrecht Kündigungsrecht Sozialversicherung, *Neue Möglichkeiten zur Vermeidung von Sperrzeiten bei Aufhebungsverträge*n, Bundesagentur für Arbeit, Geschäftsanweisung vom 25.01.2017, XI ZR 108/16, Heft 21 vom 26.05.2017, S. 1212-1213, https://www.wiso-net.de/document/MCDB__DBDBDB1232314, Handelsblatt Fachmedien GmbH, GBI-Genios Deutsche Wirtschaftsdatenbank GmbH, S. 2 von 3; GA 159.1.1.1 Abs. 1 Satz 1.

[1922] Der Betrieb, Arbeits-/Sozialrecht Kündigungsrecht Sozialversicherung, *Neue Möglichkeiten zur Vermeidung von Sperrzeiten bei Aufhebungsverträge*n, Bundesagentur für Arbeit, Geschäftsanweisung vom 25.01.2017, XI ZR 108/16, Heft 21 vom 26.05.2017, S. 1212-1213, https://www.wiso-net.de/document/MCDB__DBDBDB1232314, Handelsblatt Fachmedien GmbH, GBI-Genios Deutsche Wirtschaftsdatenbank GmbH, S. 2 von 3; BSG vom 27.04.2011 - B 11 AL 11/11 B, RS0810298.

[1923] Der Betrieb, Arbeits-/Sozialrecht Kündigungsrecht Sozialversicherung, *Neue Möglichkeiten zur Vermeidung von Sperrzeiten bei Aufhebungsverträge*n, Bundesagentur für Arbeit, Geschäftsanweisung vom 25.01.2017, XI ZR 108/16, Heft 21 vom 26.05.2017, S. 1212-1213, https://www.wiso-net.de/document/MCDB__DBDBDB1232314, Handelsblatt Fachmedien GmbH, GBI-Genios Deutsche Wirtschaftsdatenbank GmbH, S. 2 von 3.

[1924] vgl. BAG vom 14.01.2015, 7 AZR 2/14, DB 2015 S. 1295; Der Betrieb, Arbeits-/Sozialrecht Kündigungsrecht Sozialversicherung, *Neue Möglichkeiten zur Vermeidung von Sperrzeiten bei Aufhebungsverträge*n, Bundesagentur für Arbeit, Geschäftsanweisung vom 25.01.2017, XI ZR 108/16, Heft 21 vom 26.05.2017, S. 1212-1213, https://www.wiso-net.de/document/MCDB__DBDBDB1232314, Handelsblatt Fachmedien GmbH, GBI-Genios Deutsche Wirtschaftsdatenbank GmbH, S. 2 von 3.

[1925] § 278 Abs. 6 Satz 1 Alt. 1 ZPO (6) 1 « *Ein gerichtlicher Vergleich kann auch dadurch geschlossen werden, dass die Parteien dem Gericht einen schriftlichen Vergleichsvorschlag unterbreiten oder einen*

ont soumis au tribunal un arrangement écrit. Concernant un tel arrangement, il manque ici la nécessaire participation et responsabilité du tribunal, vu que le tribunal ne fait ici que constater la conclusion d'un arrangement[1926].

Le tribunal fédéral du travail n'a, pour cette raison, pas considéré un tel arrangement comme étant une raison objective[1927] pour une limite au sens du § 14 Abs. 1 Nr. 8 TzBfG[1928]. Il est ainsi recommandé dans la pratique de ne pas en faire usage, tant que le tribunal social fédéral, « Bundessozialgericht » n'aura pas clarifié cette situation.

(e) Autre possibilité pour une non application d'une période de carence à travers une exemption irrévocable[1929]

La pratique en Allemagne méconnait souvent la possibilité d'éviter les conséquences négatives d'une période de carence pour cause d'abandon de travail à travers une exemption irrévocable rémunérée du salarié[1930].

La période de carence régulière de douze semaines[1931] commençait donc déjà, selon le § 159 Abs. 2 SGB III, dès le début de la perte du travail, c'est-à-dire avec l'entrée au chômage. Cela signifie que la période de carence commençait dès l'exemption de travail « Freistellung » et

---

schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht annehmen. 2Das Gericht stellt das Zustandekommen und den Inhalt eines nach Satz 1 geschlossenen Vergleichs durch Beschluss fest. 3§ 164 gilt entsprechend ».

[1926] Der Betrieb, Arbeits-/Sozialrecht Kündigungsrecht Sozialversicherung, *Neue Möglichkeiten zur Vermeidung von Sperrzeiten bei Aufhebungsverträge*n, Bundesagentur für Arbeit, Geschäftsanweisung vom 25.01.2017, XI ZR 108/16, Heft 21 vom 26.05.2017, S. 1212-1213, https://www.wiso-net.de/document/MCDB__DBDBDB1232314, Handelsblatt Fachmedien GmbH, GBI-Genios Deutsche Wirtschaftsdatenbank GmbH, S. 3.

[1927] „sachlicher Grund".

[1928] vgl. BAG vom 14.01.2015, 7 AZR 2/14, DB 2015 S. 1295; Der Betrieb, Arbeits-/Sozialrecht Kündigungsrecht Sozialversicherung, *Neue Möglichkeiten zur Vermeidung von Sperrzeiten bei Aufhebungsverträge*n, Bundesagentur für Arbeit, Geschäftsanweisung vom 25.01.2017, XI ZR 108/16, Heft 21 vom 26.05.2017, S. 1212-1213, https://www.wiso-net.de/document/MCDB__DBDBDB1232314, Handelsblatt Fachmedien GmbH, GBI-Genios Deutsche Wirtschaftsdatenbank GmbH, S. 3.

[1929] „unwiderrufliche Freistellung"; Voir Günther in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 32 bis 34.

[1930] „*durch eine unwiderrufliche bezahlte Freistellung des Arbeitnehmers*", Der Betrieb, Arbeits-/Sozialrecht Kündigungsrecht Sozialversicherung, *Neue Möglichkeiten zur Vermeidung von Sperrzeiten bei Aufhebungsverträge*n, Bundesagentur für Arbeit, Geschäftsanweisung vom 25.01.2017, XI ZR 108/16, Heft 21 vom 26.05.2017, S. 1212-1213, https://www.wiso-net.de/document/MCDB__DBDBDB1232314, Handelsblatt Fachmedien GmbH, GBI-Genios Deutsche Wirtschaftsdatenbank GmbH, S. 3.

[1931] Au sens de / i.S.d. § 159 Abs. 3 Satz 1 SGB III.

non pas avec la fin de la soumission au régime de l'assurance obligatoire[1932] et donc du contrat de travail[1933]. Ceci a été posé par le tribunal social fédéral allemand, du 24 septembre 2008[1934]. Cependant, le tribunal social fédéral allemand « Bundessozialgericht » a décidé dans son arrêt du 30 août 2018 que le salaire perçu durant une période d'exemption de travail irrévocable doit être pris en compte pour le calcul de l'allocation chômage[1935].

La manière dont la libération ou exemption du travail « Freistellung » a été décidée aussi est importante pour la date de départ de la période de carence. Ainsi, si cette exemption a été décidée unilatéralement par l'employeur qui par exemple souhaite simplement éviter la présence de son salarié jusqu'à la date de rupture du contrat de travail pour qu'une mauvaise ambiance avec les autres salariés soit évitée, dans ce cas le salarié n'ayant pas contribué à cette libération de travail, c'est seulement à la date officielle de la fin de son contrat de travail que la période de carence va débuter[1936]. En revanche, si cette libération du travail a été décidée en consensus entre l'employeur et le salarié, la période de carence commencera dès le premier jour où le salarié est exempté de travail[1937].

Nous comprenons ici qu'un salarié allemand peut utiliser ce stratagème, afin de ne pas se voir appliquer les conséquences négatives de la période de carence sur ses allocations chômage. Malgré la prononciation d'une période de carence, le salarié peut donc toucher ses allocations chômage normalement, à partir du moment où il a été dispensé de travailler au moins douze semaines avant la résiliation effective du contrat de travail.

[1932] „Versicherungspflichtverhältnisses ».
[1933] Der Betrieb, Arbeits-/Sozialrecht Kündigungsrecht Sozialversicherung, *Neue Möglichkeiten zur Vermeidung von Sperrzeiten bei Aufhebungsverträge*n, Bundesagentur für Arbeit, Geschäftsanweisung vom 25.01.2017, XI ZR 108/16, Heft 21 vom 26.05.2017, S. 1212-1213, https://www.wiso-net.de/document/MCDB__DBDBDB1232314, Handelsblatt Fachmedien GmbH, GBI-Genios Deutsche Wirtschaftsdatenbank GmbH, S. 3.
[1934] BSG vom 24.09.2008, B 12 KR 22/07 R, DB 2009 S. 2326.
[1935] BSG, 30. August 2018, Az.: B 11 AL 15/17 R; Hoffmann N, Vangard, Littler, *Bundessozialgericht: Unwiderrfliche Freistellung schadet ALG-Anspruch nicht mehr*, September 2018, https://www.vangard.de/blogbeitrag/bundessozialgericht-unwiderrufliche-freistellung-schadet-alg-anspruch-nicht-mehr.
[1936] Panzer*, Sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*, NJW 2010, S. 17; DA Stand 04/2009 S. 9, DA 10 III; 144.121.
[1937] Panzer*, Sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*, NJW 2010, S. 17.

Cependant, cette possibilité ne permet pas aux salariés d'éviter toutes les conséquences négatives des périodes de carence. Un exemple est le raccourcissement de la période de prestation d'un quart du droit aux allocations chômage selon le § 148 Abs. 1 Nr. 4 SGB III.

Concernant le raccourcissement de la période de prestation des allocations chômage, il peut être évité, si l'événement qui a mené à la période de carence remonte à plus d'un an[1938]. Ceci est posé dans le même § 148 Abs. 2 Satz 2 SGB III.
La conséquence est que si un salarié a été rémunéré durant au moins un an et a été dispensé de travailler irrévocablement durant cette période, il recevra donc dès la fin de la relation de travail ses allocations chômage et n'aura pas à craindre de réduction de la période de prestation.

Cependant nous voyons bien qu'une telle situation ne sera pas courante en pratique et que pour la majorité des salariés, les conséquences négatives des périodes de carence se feront sentir.

(f) Conditions cumulatives permettant une non-application de la période de carence

Les instructions actualisées de l'agence fédérale du travail permettent dorénavant de conclure un contrat de résiliation de telle façon qu'il soit possible d'éviter l'application imposée d'une période de carence, à partir du moment où certaines conditions sont remplies cumulativement.

Cette nouvelle possibilité se trouve dans les exceptions pour motif important « wichtiger Grund »[1939]. Les conditions sont cumulatives car l'agence fédérale du travail ne reconnaît pas de motif important quand le salarié a contribué à terminer sa relation de travail pour la seule raison qu'il aurait sinon fait l'objet d'un licenciement de la part de son employeur[1940].

[1938] § 148 Abs. 2 Satz 2 SGB III « *In den Fällen des Absatzes 1 Nummer 3 und 4 entfällt die Minderung für Sperrzeiten bei Abbruch einer beruflichen Eingliederungsmaßnahme oder Arbeitsaufgabe, wenn das Ereignis, das die Sperrzeit begründet, bei Erfüllung der Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosengeld länger als ein Jahr zurückliegt* ».
[1939] Seel A.-H., *Sperrzeitprivilegierter „§ 1a KSchG-Aufhebungsvertrag"?*, NZS 2007, 513 ff.; Bundesagentur für Arbeit, *Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch, SGB III § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit*, Gültig ab 20.07.2017, Gültigkeit fortlaufend, S. 13, 14, 159.1.2.1.1 (1) und (2).
[1940] Bundesagentur für Arbeit, *Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch, SGB III § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit*, Gültig ab 20.07.2017, Gültigkeit fortlaufend, S. 13, 14, 159.1.2.1.1 (1).

Les conditions cumulatives à remplir sont au nombre de cinq :
Un licenciement de la part de l'employeur doit avoir été prévu avec certitude.
La menace de licenciement doit reposer sur des raisons inhérentes à l'entreprise ou à la personne du salarié (mais ne pas être comportementales).
Le licenciement aurait pris effet au même moment ou avant que la relation de travail ne prenne fin ; dans le cas d'une exemption de travail consensuelle, est prise en compte la fin de la relation de travail si des salaires continuent d'être versés.
Si un licenciement était prévu, que le délai a été respecté.
Le salarié ne doit pas être « non licenciable ».

S'ajoutent ensuite deux autres conditions :
Soit l'employeur doit payer à son salarié une indemnité allant jusqu'à 0,5 mois de salaire pour chaque année de la relation de travail (en se basant sur le § 1 a KSchG – loi allemande sur la protection du licenciement)[1941]. Dans ce cas l'agence du travail fait une remarque importante pour le salarié allemand, qui est que ne sera pas ici examiné, si la menace de licenciement de l'employeur était légale ;
Ou alors les 5 premières conditions nommées plus haut sont également remplies et le chômeur a soit évité les inconvénients objectifs d'un licenciement pour son avancement professionnel ; ou a exposé les raisons selon lesquelles il a des inconvénients objectifs à craindre d'un licenciement. De telles raisons peuvent être des avantages, auxquels il n'aurait pas eu droit dans le cadre d'un licenciement. De tels avantages sont par exemple des indemnités qui sont supérieures à 0,5 mois de salaire par année de travail et auxquelles il n'aurait pas eu droit sans conclusion d'un contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag ». Un exemple concret donné par l'agence fédérale du travail est le versement d'une indemnité supérieure de 10 % à une indemnité versée dans le cadre d'un licenciement.

L'agence fédérale du travail a pris position sur le motif important en cas de contribution à la perte de la relation de travail avec une menace de licenciement pesant simultanément sur le salarié[1942]. L'agence du travail explique que la légalité d'un licenciement décidé par

[1941] Seel A.-H., *Sperrzeitprivilegierter „§ 1a KSchG-Aufhebungsvertrag"?*, NZS 2007, 513; BSG, 12.07.2006, B 11 a AL 47/05 R, NZA 2006, 1359 ff.
[1942] Bundesagentur für Arbeit, *Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch, SGB III § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit*, Gültig ab 20.07.2017, Gültigkeit fortlaufend, S. 14, 159.1.2.1.1 (2), Weitere Informationen (Wichtiger Grund bei Eigenlösung des Beschäftigungs-verhältnisses und gleichzeitig drohender Arbeitgeberkündigung), S. 4.

l'employeur ne comprend pas seulement la question de savoir si le délai de licenciement individuel déterminant a été respecté ou si une éventuelle exclusion du licenciement de la part de l'employeur a été respectée, mais plutôt, dans certaines limites, également l'examen de la justification sociale selon le § 1 de la loi allemande de protection contre le licenciement, KSchG.

Un licenciement ordinaire est justifié socialement, seulement si des exigences entrepreneuriales urgentes entrent en conflit avec le maintien de l'emploi dans l'entreprise et que les aspects sociaux ont été suffisamment pris en compte lorsqu'est décidé le salarié à licencier[1943]. Toujours selon l'agence du travail allemande, afin d'opérer une sélection sociale, l'employeur doit identifier les salariés qui sont comparables ou interchangeables selon les caractéristiques liées au lieu du travail. Par exemple, à travers l'activité de l'entreprise, la qualification ou la formation. Ne doivent ici pas être inclus les salariés dont la continuation de leur emploi est conditionnée à des besoins opérationnels[1944], besoins économiques ou pour tous autres besoins liés à l'entreprise. Ne sont pas concernés les salariés qui ne peuvent faire l'objet d'une résiliation ordinaire, que ce soit dû à des dispositions légales ou contractuelles, de part une convention collective. La sélection d'un salarié parmi le groupe à même d'être identifié en fonction de son degré de protection sociale[1945] s'effectue exclusivement à travers des aspects sociaux, tels l'ancienneté, l'âge, les obligations alimentaires et les handicapés graves[1946].

Concernant le contrôle de la sélection basée sur les critères sociaux, l'agence du travail allemande pose que la sélection sociale et l'évaluation de ces critères sociaux les uns par rapport aux autres ne doivent être examinés que pour ce qui est des erreurs grossières[1947]. Ceci quand ils sont prévus dans une convention collective, une convention d'entreprise selon le § 95 BetrVerfG (loi sur l'organisation sociale des entreprises) ou dans une directive correspondante à une des lois sur la représentation du personnel[1948] (§ 1 Abs 4. KSchG).

[1943] Bundesagentur für Arbeit, *Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch, SGB III § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit*, Gültig ab 20.07.2017, Gültigkeit fortlaufend, S. 14, 159.1.2.1.1 (2), Weitere Informationen (Wichtiger Grund bei Eigenlösung des Beschäftigungs-verhältnisses und gleichzeitig drohender Arbeitgeberkündigung), S. 4.
[1944] « Betriebstechnisch ».
[1945] « nach seiner sozialen Schutzwürdigkeit ».
[1946] Bundesagentur für Arbeit, *Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch, SGB III § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit*, Gültig ab 20.07.2017, Gültigkeit fortlaufend, S. 14, 159.1.2.1.1 (2), Weitere Informationen (Wichtiger Grund bei Eigenlösung des Beschäftigungs-verhältnisses und gleichzeitig drohender Arbeitgeberkündigung), S. 4.
[1947] « grobe Fehlerhaftigkeit ».
[1948] « Personalvertretungsgesetzen ».

Cela s'applique également, dès lors que en cas de licenciement dû à un changement d'entreprise selon le § 111 de la loi allemande sur l'organisation sociale des entreprises (BetrVerfG), les salariés devant être licenciés sont nommément désignés dans une conciliation des intérêts entre employeur et comité d'entreprise. Dans ce cas est légalement supposé que le licenciement soit conditionné par des exigences entrepreneuriales urgentes au sens du § 1 KSchG (§ 1 Abs. 5 KschG). Une exception apparaîtra, dès lors qu'il y a changement de la situation après réalisation de la conciliation des intérêts. La conciliation des intérêts remplace l'avis du comité d'entreprise selon le § 17 Abs. 3 S. 2 KSchG.

La justification sociale d'un licenciement, qu'il soit prononcé ou hypothétique est selon l'agence fédérale du travail à examiner individuellement. Des examens individuels doivent être prévus en cas de doutes justifiés sur la justification sociale d'un licenciement. Un examen au cas par cas n'est pas nécessaire, dès lors que soit le « OS : Online Streitbeilegung[1949] », c'est-à-dire le règlement en ligne des litiges qui a par exemple mené à une décision collective. La Commission Européenne a mis en place un site à l'attention des consommateurs et des professionnels pour introduire des plaintes et régler les litiges[1950].

(g) Plateforme en ligne de la Commission Européenne pour les consommateurs et les professionnels des pays membres de l'Union Européenne

Nous allons brièvement nous pencher sur le « Règlement des litiges résultant de transactions en ligne entre consommateurs et professionnels »[1951] et ce site internet mis en place. Ce Règlement

---

[1949] « Online-Streitbeilegung » ou „Règlement en ligne des litiges"; Verordnung (EU) Nr. 524/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten): Règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) no 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (règlement relatif au RLLC), JO L 165 du 18.6.2013, p. 1-12.

[1950] Site en français de la Commission Européenne, https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home.show&lng=FR; Site en allemand de la Commission Européenne, https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home.show&lng=DE.

[1951] Règlement (UE) nº 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013, relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) nº 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (règlement relatif au RLLC) (JO L 165 du 18.6.2013, p. 1-12); Directive 2013/11/UE du Parlement européen

UE no 525/2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation a pour objet de créer une plateforme internet de règlement des litiges en ligne (RLL) au niveau de l'Union Européenne. Ceci pour permettre aux professionnels et aux consommateurs de l'utiliser pour résoudre un litige dès lors qu'il y a un problème avec un produit ou un service acheté, sans prendre en compte le pays d'achat au sein de l'Union Européenne.

Dès lors qu'est soumise une plainte, deux parties ainsi qu'un organe de médiation (le règlement extrajudiciaire des litiges, ou REL) sont impliqués. Certains de ces organes fonctionnent en ligne et proposent une intervention d'un médiateur par exemple en tant que partie neutre[1952]. La partie neutre doit proposer ou imposer une solution aux parties ou les réunir dans la recherche d'une solution, sachant que la totalité de la procédure peut être traitée en ligne rapidement, la moyenne étant de 90 jours[1953].

C'est la Commission Européenne qui est chargée du fonctionnement, de la maintenance et du développement de la plateforme internet de RLL. Cette plateforme lancée en 2016 comprend ce site internet interactif ouvert à tous les consommateurs et professionnels de l'Union Européenne, et est disponible gratuitement dans toutes les langues officielles de l'UE.

Les fonctions du site internet sont diverses. Un but est de mettre à la disposition des consommateurs et professionnels un formulaire de plainte électronique pour informer le défendeur de la plainte introduite à son encontre, mais aussi de permettre d'identifier les organes de

---

et du Conseil du 21 mai 2013, relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) nº 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au RELC) (JO L 165 du 18.6.2013, p. 63-79) ; Règlement d'exécution (UE) 2015/1051 de la Commission du 1er juillet 2015 définissant les modalités d'exercice des fonctions de la plate-forme de règlement en ligne des litiges, les modalités du formulaire de plainte électronique et les modalités de la coopération entre les points de contact prévues au titre du règlement (UE) nº 524/2013 du Parlement européen et du Conseil relatif au règlement en ligne des litiges de consommation (JO L 171 du 2.7.2015, p. 1-4) ; EUR-Lex, Access to European Union Law, Synthèse du « Règlement des litiges résultant de transactions en ligne entre consommateurs et professionnels », dernière modification au 30 août 2016, accédé en ligne au 22 octobre 2017, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM:0904_2.

[1952] EUR-Lex, Access to European Union Law, Synthèse du « Règlement des litiges résultant de transactions en ligne entre consommateurs et professionnels », dernière modification au 30 août 2016, accédé en ligne au 22 octobre 2017, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM:0904_2.

[1953] EUR-Lex, Access to European Union Law, Synthèse du « Règlement des litiges résultant de transactions en ligne entre consommateurs et professionnels », dernière modification au 30 août 2016, accédé en ligne au 22 octobre 2017, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM:0904_2.

médiation nationaux et de proposer une gestion électronique des dossiers[1954]. Il y a une obligation pour chaque pays membre de l'UE de désigner un point de contact pour le RLL avec un minimum de deux conseillers compétents qui pourront être trouvé à travers le réseau des points de contacts pour le RLL. Dès qu'un formulaire de plainte électronique est soumis, la plateforme va rapidement contacter le défendeur pour lui demander une réponse et transmettra en même temps la plainte à l'organe de médiation. L'organe de médiation doit accepter de traiter le litige et tentera de trouver une résolution rapide, pour ensuite informer la plateforme de RLL de l'issue du conflit[1955].

Ce Règlement relatif au règlement en ligne des litiges de consommation, RLLS qui s'applique depuis le 9 janvier 2016, ainsi que la directive relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, RELC ont été adoptés en mai 2013, avec un accès possible à la plateforme en ligne depuis le 15 février 2016.

[1954] EUR-Lex, Access to European Union Law, Synthèse du « Règlement des litiges résultant de transactions en ligne entre consommateurs et professionnels », dernière modification au 30 août 2016, accédé en ligne au 22 octobre 2017, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM:0904_2.
[1955] EUR-Lex, Access to European Union Law, Synthèse du « Règlement des litiges résultant de transactions en ligne entre consommateurs et professionnels », dernière modification au 30 août 2016, accédé en ligne au 22 octobre 2017, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM:0904_2.

Section 2. Conséquences sociales et exonérations fiscales

Nous différencierons dans cette section, si le salarié est en situation de percevoir une pension de retraite d'un régime légalement obligatoire ou pas, aussi bien en France qu'en Allemagne. Cette différentiation en France est propre à la rupture conventionnelle de 2008, la nouvelle rupture conventionnelle collective de 2018 ne l'ayant pas incorporée. Cette section va également se pencher sur le droit aux allocations chômage dans les deux pays, ainsi que sur les nombreux recours en annulation intentés en Allemagne, comparativement à la France. Ces recours en annulation en Allemagne ont souvent peu de chance d'aboutir, ce qui tendrait à prouver que ce système est plus au détriment qu'à l'avantage des salariés.

I. Conséquences sociales

1. Allemagne

En Allemagne, même si le salarié retrouve du travail peu de temps après, une pénalisation peut résulter du fait qu'il ne pourra, durant les six premiers mois de son nouvel emploi, pas bénéficier de la protection contre le licenciement socialement injustifié, posée au paragraphe 1 I du KschG.

2. France

a) Dans le cas où le salarié ne peut pas bénéficier de la pension de retraite légale

Concernant les exonérations sociales en France, notons que l'indemnité versée au salarié en cas de rupture conventionnelle bénéficie des mêmes exonérations des cotisations de sécurité sociale

que l'indemnité de licenciement[1956]. Ceci à moins que le salarié n'ait la possibilité d'obtenir une pension de retraite d'un régime légalement obligatoire, faisant qu'une exonération sera dans ce cas exclue[1957].

(a) Exonération de cotisations de sécurité sociale

Hors CSG et CRDS, le régime des cotisations sociales voit la part exonérée[1958] déterminée suivant le plus petit montant ressortant soit de la part qui n'est pas assujettie à l'impôt sur le revenu, soit à deux fois le plafond annuel de la sécurité sociale. Conditions posées à l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale[1959].

En 2015, l'indemnité était ainsi exonérée de cotisations sociales pour la fraction inférieure à 76080 euros, tandis qu'en 2016, l'indemnité était exonérée pour la fraction inférieure à 77323 €[1960] et 79464€ en 2018. C'est-à-dire deux fois le plafond annuel de la sécurité sociale en vigueur.

[1956] (…) que l'indemnité de licenciement versée en dehors d'un plan de sauvegarde de l'emploi ; Ceci constitue un autre point démarquant la rupture conventionnelle individuelle de la rupture conventionnelle collective, en ce que la rupture conventionnelle collective de la réforme Macron voit la fiscalité et les charges sociales alignées sur le régime applicable aux indemnités versées dans le cadre d'un PSE.

[1957] Article 80 duodecies 6° du Code Général des Impôts.

[1958] Exonération partielle dans les limites prévues pour l'indemnité de licenciement hors PME, Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 10 ; URSSAF, *les indemnités de rupture du contrat de travail ou des fonctions de mandataire » les indemnités de rupture conventionnelle*, https://www.urssaf.fr/portail/home/employeur/calculer-les-cotisations/les-elements-a-prendre-en-compte/les-indemnites-de-rupture-du-con/les-indemnites-de-rupture-conven.html.

[1959] C'est en France l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale qui pose dans son dernier alinéa que « *est exclue de l'assiette des cotisations mentionnées au premier alinéa, dans la limite d'un montant fixé à deux fois la valeur annuelle du plafond mentionné à l'article L 241-3, la part des indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail (...) qui n'est pas imposable en application de l'article 80 duodecies du même code.* » Pour information, ne sont pas imposables les rémunérations découlant d'une indemnité de rupture conventionnelle d'un salarié pas en droit de bénéficier d'une pension de retraite, quand elles n'excèdent 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, ou 50 % du montant de l'indemnité si ce seuil est supérieur, dans la limite de six 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 ; b) Soit le montant de l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective de branche, par l'accord professionnel ou interprofessionnel ou, à défaut, par la loi.* ».

[1960] Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre), *Comment calculer l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ?*, mis à jour le 07.04.2014, accès le 21 février 2018, https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F31539.

Selon l'URSSAF, si le montant dépasse dix fois le plafond de la sécurité sociale et que la « *demande d'homologation a été transmise à compter du 1er janvier 2017* », l'indemnité de rupture est alors soumise dès le premier euro aux cotisations de Sécurité sociale[1961].

Le dépassement du plafond des dix Pass constitue ce qui est appelé un « parachute doré ».

(b) Soumission à la CSG et à la CRDS

L'indemnité de rupture conventionnelle est soumise à la CSG et à la CRDS uniquement pour la part du montant qui dépasse celui de l'indemnité légale ou conventionnelle[1962].

Il faut rajouter que à partir du moment ou une part de l'indemnité de rupture conventionnelle est soumise à la CSG et la CRDS, elle doit l'être pour un montant au moins égal à celui soumis aux cotisations de la sécurité sociale[1963].

Il y a ici encore automatisme dès lors que le montant de l'indemnité de rupture conventionnelle dépasse dix fois le plafond annuel de la sécurité sociale. Elle est alors intégralement soumise aux cotisations et contributions sociales[1964] CSG et CRDS et ceci dès le premier euro. Ici encore, la limite de dix fois le plafond annuel de la sécurité sociale représente la limite au-delà de laquelle on parle de « parachutes dorés ».

[1961] Voir aussi Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 237.
[1962] Dans la limite du montant de l'indemnité de licenciement prévu par la convention collective de branche, l'accord professionnel ou interprofessionnel ou encore par la loi selon l'URSSAF ; Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre), *Comment calculer l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ?*, exonérations fiscales et sociales, mis à jour le 07.04.2014, accès le 21 février 2018, https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F31539; Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), Service-public.fr, Questions-Réponses, *Comment calculer l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ?*, vérifié le 21 février 2018, https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F31539; Retenir la plus petite limite des exclusions entre soit la part exclue de cotisations, ou la part qui correspond au montant légal ou conventionnel, sachant que les CSG et CRDS sont calculées sans abattement: voir Legisocial, *Régime social et fiscal des indemnités de rupture 2018*, dernière mise à jour le 20 avril 2018, https://www.legisocial.fr/reperes-sociaux/regime-social-fiscal-indemnites-rupture-2018.html.
[1963] URSSAF, *les indemnités de rupture du contrat de travail ou des fonctions de mandataire » les indemnités de rupture conventionnelle*, https://www.urssaf.fr/portail/home/employeur/calculer-les-cotisations/les-elements-a-prendre-en-compte/les-indemnites-de-rupture-du-con/les-indemnites-de-rupture-conven.html.
[1964] URSSAF, *les indemnités de rupture du contrat de travail ou des fonctions de mandataire » les indemnités de rupture conventionnelle*, https://www.urssaf.fr/portail/home/employeur/calculer-les-cotisations/les-elements-a-prendre-en-compte/les-indemnites-de-rupture-du-con/les-indemnites-de-rupture-conven.html.

Ce plafond annuel de la sécurité sociale était de 375480 € en 2014 et de 392280 € en 2017[1965].

Ceci ne vaut cependant que pour la réglementation de 2016, c'est-à-dire que pour les indemnités versées après le 1er janvier 2017 et dont la demande d'homologation de la rupture conventionnelle a été transmise au plus tard au 31 décembre 2016.

Concernant les salariés ayant moins d'un an d'ancienneté, leur indemnité sera exclue de l'assiette des cotisations de la sécurité sociale CSG et CRDS « *dans la limite du montant de l'indemnité due au prorata du nombre de mois de présence dans l'entreprise* »[1966].

Par ailleurs, l'indemnité de rupture sera assujettie à la CSG et à la CRDS et ce « *sans application de l'abattement représentatif de frais, pour sa partie supérieure au montant minimum légal ou conventionnel de l'indemnité de licenciement et dans tous les cas pour la fraction de l'indemnité soumise à cotisations* »[1967].

(c) Cotisations de sécurité sociale et CSG-CRDS quand dépassement avec le régime des « parachutes dorés » du seuil des dix Pass

Dans ces deux cas les indemnités y seront soumises dès le premier euro[1968].

[1965] Ceci est soumis à des conditions.
[1966] Circulaire n° DSS/DGPD, SD5B/2009/210 du 10 juillet 2009, relative au régime social des indemnités versées en cas de rupture conventionnelle ou à l'issue d'un contrat à durée déterminée à objet défini, et des indemnités versées en cas de rupture du contrat de travail ou de cessation forcée des fonctions de mandataire social, p. 4 ; Circulaire DGT n° 2009-4 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, point 5.3.
[1967] URSSAF, *les indemnités de rupture du contrat de travail ou des fonctions de mandataire » les indemnités de rupture conventionnelle*, https://www.urssaf.fr/portail/home/employeur/calculer-les-cotisations/les-elements-a-prendre-en-compte/les-indemnites-de-rupture-du-con/les-indemnites-de-rupture-conven.html.
[1968] Legisocial, *Régime social et fiscal des indemnités de rupture 2018*, dernière mise à jour le 20 avril 2018, https://www.legisocial.fr/reperes-sociaux/regime-social-fiscal-indemnites-rupture-2018.html.

(d) Forfait social

Le forfait social représente la contribution versée par l'employeur et est prélevée sur les rémunérations ou gains, dont les indemnités de rupture conventionnelle[1969]. Plus précisément sur la part de l'indemnité qui est exonérée de cotisations sociales.

La fraction des indemnités exonérées des cotisations de la sécurité sociale est soumise depuis le 1er janvier 2013 au forfait social à un taux de 20%[1970] de l'URSSAF[1971]. Ceci ressort du code de la Sécurité sociale portant sur le forfait social et listant comme entrant dans les éléments de salaire à soumettre à ce forfait social, les « *indemnités versées à l'occasion de la rupture conventionnelle homologuée pour la partie exclue de la base de calcul des cotisations et soumise à CSG. Les indemnités de rupture conventionnelle sont ainsi soumises au forfait social du premier euro jusqu'à deux fois le plafond annuel de la Sécurité sociale, ce qui correspond* » (…) « *à la part exclue de l'assiette des cotisations et de l'assiette de la CSG (montant légal ou conventionnel)* » et « *à la part exclue de l'assiette des cotisations et soumise à CSG (au-dessus du plafond légal ou conventionnel et dans la limite de deux plafonds annuels de Sécurité sociale).* [1972]»

b) Dans le cas où le salarié peut bénéficier d'une pension de retraite légale

Il y a dans ce cas de figure la soumission de l'intégralité des indemnités de rupture conventionnelle perçues par les salariés aux cotisations de Sécurité sociale, mais également à la CSG et à

[1969] Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), Service-public-pro, *Forfait social*, vérifié le 23 mars 2018, https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F31532.
[1970] Ce taux de 20% peut être moindre si une dérogation est accordée, ramenant le taux du forfait social à 16 % ou 8%. Le forfait social est à la charge de l'employeur et en cas de doute il y a possibilité d'utiliser le « rescrit social », démarche qui permet à un employeur cotisant ou futur cotisant de demander une décision explicite de l'URSSAF et de la CGSS concernant l'application de la législation à sa situation personnelle; Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 9.
[1971] Pour voir un exemple pratique, voir notre partie sur le forfait social dans la rupture conventionnelle collective; Peu important que ces cotisations soient soumises ou non à la CSG; URSSAF, *le forfait social*, accès le 8 avril 2018, https://www.urssaf.fr/portail/home/employeur/calculer-les-cotisations/les-taux-de-cotisations/le-forfait-social.html ; Articles L. 137-15 et L 137-16 du Code de la Sécurité Sociale.
[1972] URSSAF, *le forfait social*, accès avril 2018, https://www.urssaf.fr/portail/home/employeur/calculer-les-cotisations/les-taux-de-cotisations/le-forfait-social/le-forfait-social-au-taux-de-20/sommes-soumises-au-forfait-soc-1.html.

la CRDS. Cela vaut que le salarié liquide sa pension de retraite « *sur la base d'un taux plein ou non* »[1973].
Concernant le forfait social, il y aura une exclusion totale qui va s'appliquer pour le salarié bénéficiant d'une pension de retraite[1974].

La nouvelle rupture conventionnelle collective en revanche prévoit une exonération totale des indemnités de rupture même en cas de bénéfice d'une pension de retraite légale, ne faisant pas la distinction entre salariés à même de partir à la retraite ou non.

En Allemagne, dans le cas où le salarié part en retraite et veut percevoir sa retraite professionnelle „betriebliche Altersversorgung »[1975], il faut alors prendre en compte s'il s'agit de droits expiables « verfallbare Anwartschaften » ou de droits non expiables « unverfallbare Anwartschaften » du fait de la loi ou d'un contrat par exemple.
Pour mieux comprendre :
Si le droit est expiré, le salarié qui part en retraite ne pourra pas revendiquer la retraite professionnelle, ayant quitté l'entreprise avant un jour J par exemple. La loi allemande sur la retraite professionnelle, „Betriebsrentengesetz" BetrAVG prévoit les conditions et délais légaux nécessaires pour obtenir un droit non-expiable à la retraite professionnelle.

Si le salarié est dans le cas où la loi prévoit un droit non-expiable (§1b Abs. 1 BetrAVG), alors un « Aufhebungsvertrag » conclu ne pourra pas en déroger à son détriment[1976].
Les droits non-expiables ne peuvent donc généralement pas être l'objet d'une indemnité, tandis que si ces droits ne sont pas encore non-expiables, ils pourront faire l'objet d'un arrangement dans le cadre d'un contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag »[1977].

[1973] URSSAF, *les indemnités de rupture du contrat de travail ou des fonctions de mandataire » les indemnités de rupture conventionnelle*, https://www.urssaf.fr/portail/home/employeur/calculer-les-cotisations/les-elements-a-prendre-en-compte/les-indemnites-de-rupture-du-con/les-indemnites-de-rupture-conven.html.
[1974] Legisocial, *Régime social et fiscal des indemnités de rupture 2018*, dernière mise à jour le 20 avril 2018, https://www.legisocial.fr/reperes-sociaux/regime-social-fiscal-indemnites-rupture-2018.html.
[1975] Voir Preis, Temming, *Arbeitsrecht*, Weitere Beendigungstatbestände, Dr. Otto Schmidt, 6. Auflage 2020, S. 703, Rz. 3403.
[1976] § 1b Abs. 1BetrAVG: Unverfallbarkeit und Durchführung der betrieblichen Altersversorgung: « *(1) 1 Einem Arbeitnehmer, dem Leistungen aus der betrieblichen Altersversorgung zugesagt worden sind, bleibt die Anwartschaft erhalten, wenn das Arbeitsverhältnis vor Eintritt des Versorgungsfalls, jedoch nach Vollendung des 21. Lebensjahres endet und die Versorgungszusage zu diesem Zeitpunkt mindestens drei Jahre bestanden hat (unverfallbare Anwartschaft).* ».
[1977] Haufe.de, *Der Aufhebungsvertrag, 3. Betriebliche Altersversorgung,* ZAP Juni 2017, https://www.haufe.de/recht/deutsches-anwalt-office-premium/zap-62017-der-aufhebungsvertrag-3-

II. Exonérations fiscales

1. France

Il faut, comme cela sera le cas concernant le régime social de l'indemnité de rupture, distinguer dans le cadre de la rupture conventionnelle individuelle de 2008 et non pour la rupture conventionnelle collective, entre salarié en droit de bénéficier d'une pension de retraite d'un régime légalement obligatoire et le salarié n'ayant pas encore le droit d'en bénéficier.

a) Dans le cas où le salarié ne peut pas bénéficier de sa pension de retraite légale

Dans ce cas de figure, la fraction de l'indemnité de rupture versée dans le cadre de la rupture conventionnelle du contrat de travail ne sera pas soumise à l'impôt sur le revenu si elle n'excède pas une des deux conditions suivantes :
« *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, ou 50 % du montant de l'indemnité si ce seuil est supérieur, dans la limite de 6 fois le plafond de calcul des cotisations de sécurité sociale en vigueur à la date de versement des indemnités ; Soit le montant de l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective de branche, par l'accord professionnel ou interprofessionnel ou, à défaut, par la loi.* [1978]»

Afin d'avoir une idée de la limite de six fois le plafond de calcul des cotisations de sécurité sociale en 2018, cela représente 238392€.

Pour ce qui est de ces exonérations fiscales en France, l'indemnité versée au salarié en cas de rupture conventionnelle homologuée bénéficie des mêmes exonérations d'impôt sur le revenu

betriebliche-altersversorgung_idesk_PI17574_HI10601911.html; Voir aussi la décision du LAG Baden-Württemberg du 13 février 2015, 12 Sa 68/14.

[1978] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 11 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee#Quelles-sont-les-indemnites-dues-au-salarie.

que l'indemnité de licenciement[1979]. Ces allégements fiscaux dans la limite d'un plafond élevé [1980] sont posé dans le CGI[1981], article 80 duodecies 1 6°[1982].

b) Dans le cas où le salarié peut bénéficier d'une pension de retraite légale

Le salarié verra ici son indemnité de rupture imposée dès le premier euro.

c) Fiscalité quand dépassement avec le régime des « parachutes dorés » du seuil des dix Pass

Le seuil des dix Pass, de 387320 € en 2018 voit appliquer le régime du droit commun. La part exonérée de l'impôt sur le revenu sera soit limitée au montant de l'indemnité de licenciement légale ou conventionnelle, soit au montant le plus élevé entre d'un côté, deux fois la rémunération annuelle brute du salarié perçue l'année d'avant et de l'autre côté, 50% de l'indemnité versée avec comme limite les 6 Pass[1983].

[1979] Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre), *Comment calculer l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ?*, mis à jour le 7 avril 2014, Service-Public.fr, https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F31539.

[1980] Toujours quand le salarié n'est pas à même de bénéficier d'une retraite légale, Article 80 duodecies 6° du Code Général des Impôts.

[1981] La limite étant que la fraction de l'indemnité versée ne doit pas excéder « *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, ou 50 % du montant de l'indemnité si ce seuil est supérieur, dans la limite de six fois le plafond de calcul des cotisations de sécurité sociale en vigueur à la date de versement des indemnités* » ; ou ne pas excéder « *le montant de l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective de branche, par l'accord professionnel ou interprofessionnel ou, à défaut, par la loi »;* Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12.03.2013, mis à jour le 20 novembre 2015 et le 11 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee.

[1982] Avant la réforme Macron posé dans le point 5° du 1 de l'article 80 duodecies du code général des impôts

[1983] 6 Pass représentant 238392€ en 2018 ; Legisocial, *Régime social et fiscal des indemnités de rupture 2018*, dernière mise à jour le 20 avril 2018, https://www.legisocial.fr/reperes-sociaux/regime-social-fiscal-indemnites-rupture-2018.html.

2. Allemagne

En Allemagne, à supposer qu'aucune autre disposition n'en décide autrement, l'indemnité de départ est un montant brut[1984]. Ceci est la conséquence du fait que toutes les rentrées d'argent du salarié provenant d'un contrat de travail représentent un revenu imposable. Le salarié est ainsi redevable de l'impôt sur le revenu pour l'indemnité qu'il reçoit sur la base du paragraphe 38 II EStG (« Einkommenssteuergesetz », loi sur l'impôt sur le revenu). La cour fédérale du travail allemande a posé cette règle comme principe légal[1985] et c'est donc uniquement s'il a été indubitablement décidé que l'indemnité est nette, qu'elle pourra être répercutée sur l'employeur. Toutefois, le pratique montre que dans la plus grande partie des cas, l'indemnité reste brute[1986]. Pour l'entreprise, le paiement de l'indemnité au salarié est vu comme une dépense d'exploitation, laquelle réduit son bénéfice imposable autrement[1987].

La conclusion d'un accord de résiliation du contrat de travail s'est vue devenir de plus en plus compliquée par le législateur allemand. En effet, le paiement par l'employeur d'une indemnité de départ à son salarié servait de compensation à la perte de l'emploi et bénéficiaient dans ce but jusqu'en 2006 d'une exonération fiscale selon le paragraphe 3 Nr. 9 EStG (Einkommensteuergesezt ; Code de l'impôt sur le revenu), laquelle a été supprimée en date du 1er janvier 2006. Désormais, le paragraphe 24 I a, b EStG en combinaison avec le paragraphe 34 I et II EStG pose un dégrèvement fiscal pour les indemnités, le « Fünftelungsverfahren » ou « Fünftel-Regelung ».

Ce dégrèvement fiscal est selon le paragraphe 34 EStG l'étalement de la valeur du montant de l'indemnité fiscale sur cinq ans afin d'atténuer l'effet de la progressivité de l'impôt[1988].

Le règle des cinquièmes « Fünftel-Regel » fonctionne de la façon suivante : il est notamment nécessaire que le revenu réel comprenant l'indemnité soit supérieur au revenu que le salarié

[1984] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 124.
[1985] BAG 21.11.1985, 2 AZR 6/85, RzK I 9 j Nr. 2.
[1986] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 125.
[1987] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 176.
[1988] Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 148 – 520; Pour plus d'informations sur ce „Fünftelungsverfahren" et les possibilités pour les salariés allemands d'obtenir des avantages fiscaux, voir Growe D., Tretow J., *Das „Mannheimer Modell" – Mehr Rente, weniger Steuern*, NZA 2020, 1080.

aurait reçu en cas de poursuite du contrat de travail[1989]. En cas d'application de la règle des cinquièmes, l'indemnité sera imposée comme si elle était arrivée à hauteur d'un cinquième par an sur cinq ans : est tout d'abord calculé l'impôt sur le revenu pour la totalité du revenu sans indemnité ; puis est calculé l'impôt sur le revenu pour la totalité du revenu avec un cinquième de l'indemnité : la différence de ces deux montants d'impôt sur le revenu est alors multiplié par cinq et ce résultat constitue alors le montant de l'impôt sur le revenu qui vaudra sur l'indemnité perçue[1990].

Un exemple de calcul est le suivant [1991]: un salarié a reçu en 2012 un revenu imposable de 15000 euros et va toucher une indemnité de 45000€. L'impôt sur le revenu sur les 15000 € revient à 1410 € ; l'impôt sur le revenu sur 24000 € (un-cinquième de 45000 et les 15000 €) revient à 3815 € : ce qui donne une différence de 2405 €, qui multipliée par cinq donne une indemnité nette à hauteur de 32975 € pour le salarié. Cependant et ce qui est intéressant est le même calcul mais pour un salarié qui n'a pas reçu d'autre revenu durant cette période imposable. Dans ce cas, le salarié qui n'a pas travaillé percevra un montant net de l'indemnité supérieur (44260€)[1992] à celui du salarié qui aura travaillé (32975€). Le calcul ne sera pas le même si le salarié touche durant cette période imposable prise en compte, des allocations chômage, sachant que s'il reçoit des allocations, celles-ci seront imposées moins fortement qu'un revenu venant d'un travail assujetti aux prélèvements de la sécurité sociale[1993].

Ceci peut être considéré comme n'encourageant pas à la reprise du travail, cependant nous verrons que si un salarié conclu un contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag » sans avoir un autre

---

[1989] Labisch, Kanzlei für Arbeitsrecht, *Aufhebungsvertrag*, III. Die Abfindung, accès le 10 mars 2019, https://www.arbeitsrecht-rheinland-pfalz.de/glossar-begriffserlaeuterung-rechtlicher-begriffe/glossarbegriffe/aufhebungsvertrag.html.

[1990] Labisch, Kanzlei für Arbeitsrecht, *Aufhebungsvertrag*, III. Die Abfindung, accès le 10 mars 2019, https://www.arbeitsrecht-rheinland-pfalz.de/glossar-begriffserlaeuterung-rechtlicher-begriffe/glossarbegriffe/aufhebungsvertrag.html.

[1991] Voir l'exemple de: Labisch, Kanzlei für Arbeitsrecht, *Aufhebungsvertrag*, III. Die Abfindung, accès le 10 mars 2019, https://www.arbeitsrecht-rheinland-pfalz.de/glossar-begriffserlaeuterung-rechtlicher-begriffe/glossarbegriffe/aufhebungsvertrag.html.

[1992] Voir l'exemple de: Labisch, Kanzlei für Arbeitsrecht, *Aufhebungsvertrag*, III. Die Abfindung, accès le 10 mars 2019, https://www.arbeitsrecht-rheinland-pfalz.de/glossar-begriffserlaeuterung-rechtlicher-begriffe/glossarbegriffe/aufhebungsvertrag.html.

[1993] Labisch, Kanzlei für Arbeitsrecht, *Aufhebungsvertrag*, III. Die Abfindung, accès le 10 mars 2019, https://www.arbeitsrecht-rheinland-pfalz.de/glossar-begriffserlaeuterung-rechtlicher-begriffe/glossarbegriffe/aufhebungsvertrag.html.

travail de suite, se verra pénalisé par la période de carence allemande qui lui fera perdre de l'argent[1994].

Ce dégrèvement fiscal « Fünftel-Regelung » ne vaut cependant que lorsque le contrat de travail a été résilié de par la volonté de l'employeur[1995].
La cour fédérale des finances allemande pose qu'une présomption s'applique ici, posant qu'une telle résiliation est donnée dès lors que l'employeur paie une indemnité[1996]. Cela explique qu'une indemnité versée à la fin d'un contrat à durée déterminée ne permet pas l'application d'un dégrèvement fiscal, sauf si l'indemnité payée l'est suite à une rupture du contrat, antérieure à la date initialement prévue dans le contrat à durée déterminée[1997].

Si la volonté des parties est de sécuriser les avantages fiscaux à l'égard du salarié, alors il est recommandé d'écrire que cet accord de résiliation suit la demande de l'employeur[1998]. De pars ce biais, le salarié pourra être au moins assuré de pouvoir bénéficier du dégrèvement fiscal sur cinq ans que nous avons vu et qui est posé dans les paragraphes 24 et 34 du EStG.

Notons qu'une indemnité peut être optimisée sur le plan fiscal en Allemagne. Ceci déviera du principe posé au paragraphe 271 I BGB, selon lequel l'indemnité est dûe immédiatement à partir du moment où le contrat de résiliation est conclu.

Ainsi, pour un salarié qu'une longue période de chômage attendra, il sera préférable de faire en sorte que l'indemnité soit versée lors de la prochaine période d'imposition où le salarié aura des revenus réduits[1999]. A l'inverse, pour les salariés ayant des revenus élevés et anticipant une baisse de revenus sous la tranche d'impôt maximale dans les années à venir, il leur conviendra mieux de recevoir l'indemnité en tant que prestation périodique revenant sur plusieurs années civiles, ceci malgré la perte de l'avantage fiscal du paragraphe 34 I EStG[2000]. En effet, la règle

---

[1994] Voir la partie de ce travail : « la période de carence allemande ».
[1995] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 177.
[1996] BFH 10.11.2004, XI R 64/03, BStBl. II 05, 181.
[1997] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 178.
[1998] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 124.
[1999] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 37.
[2000] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 37.

des cinquièmes ne vaut pas en cas d'indemnité perçue en plusieurs versements et sur plusieurs années, avec une exception si l'indemnité est fragmentée en deux versements partiels : un important, l'autre minime allant jusqu'à 5%[2001].

Par ailleurs un risque inhérent au versement de l'indemnité sur plusieurs années est que le salarié court le risque de voir son employeur devenir insolvable. Le tribunal fédéral du travail BAG a confirmé dans sa décision du 10 novembre 2011 que si un salarié peut usuellement se retirer de son contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag » en faisant usage du § 323 Ab. I BGB en cas de non-paiement de l'indemnité qui lui est due[2002], cela n'est pas le cas si l'employeur est insolvable car le § 323 Ab. I BGB requiert que la créance « Forderung » soit exécutable[2003].

Dans la plupart des cas toutefois, le paragraphe 34 EStG n'apporte pratiquement aucun avantage, faisant qu'il est conseillé de faire terminer la relation de travail non pas au plus tôt, mais suivant la conclusion d'un délai d'expiration durant lequel le salarié est dispensé de travailler[2004]. Concernant cette dispense de travailler, « Freistellung », nous savons que le caractère fondamental du contrat de travail repose dans le fait que le salarié met sa main d'œuvre à disposition de l'employeur, lequel est en retour obligé de le payer[2005]. Souvent pourtant, lors de la conclusion d'un accord de résiliation, les parties souhaitent en cas de conflit, que les obligations respectives s'annulent réciproquement[2006].

[2001] Labisch, Kanzlei für Arbeitsrecht, *Aufhebungsvertrag*, III. Die Abfindung, accès le 10 mars 2019, https://www.arbeitsrecht-rheinland-pfalz.de/glossar-begriffserlaeuterung-rechtlicher-begriffe/glossarbegriffe/aufhebungsvertrag.html.

[2002] Il faut cependant, avant de faire annuler le „Aufhebungsvertrag" sur la base du § 323 I BGB, que le salarié sollicite son employeur et en règle générale lui laisse un délai de 14 jours pour lui verser l'indemnité. Siehe Besgen N., Velten A., *Der Rücktritt vom Aufhebungsvertrag in der Insolvenz*, NZA-RR 2010, 561; BAG, 25.06.1987, NZA 1988, 466, unter Aufgabe von BAG, 16.10.1969, AP ZPO § 794 Nr. 20 ; LAG Köln, 05.01.1996, NZA-RR, 1997, 11 ; Schulze, Der Betriebsrat, 2009, S. 14 f. (15) ; Hesse in BeckOK ArbR, 01.06.2010, § 620 BGB, Rn. 83 ; Bauer, NZA, 2002, 169 ; Löwisch, Spinner, KSchG, 9. Auflage, 2004, vor § 1 KSchG Rn. 128 ; Reinfelder W., *Der Rücktritt von Aufhebungsvertrag und Prozessvergleich*, NZA 2013, 62.

[2003] Il en allait ici d'une indemnité de rupture au travers du contrat de résiliation „Aufhebungsvertrag" de 110.500 Euros: BAG, 10.11.2011, 6 AZR 357/10, Redaktion beck-aktuell Nachrichten, Pressemitteilungen, Fachnews becklink 1017099, BAG, Kein Rücktritt vom Aufhebungsvertrag wegen nicht gezahlter Abfindung während Insolvenzeröffnung, 10.11.2011; Voir aussi Bauer J.-H., *Neue Spielregeln für Aufhebungs- und Abwicklungsverträge durch das geänderte BGB?*, NZA, 2002, 171; Reinfelder W., *Der Rücktritt von Aufhebungsvertrag und Prozessvergleich*, NZA 2013, 64, 65.

[2004] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 37.

[2005] Günther in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 32 à 34.

[2006] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 133.

Concernant les salariés âgés prenant une retraite anticipée et acceptant donc de recevoir des réductions de rentes, une optimisation peut s'avérer en versant les indemnités de départ au régime public de retraite, permettant ainsi sur la base du paragraphe 187a SGB VI de compenser des réductions de pension de retraite ainsi qu'une suspension des allocations de chômage selon le § 143a SGB III[2007]. Jusqu'en 2006, l'employeur devait également, sur la base du § 147a SGB III rembourser aux salariés âgés, avec lesquels il signait un contrat de résiliation, les allocations chômages auxquels ils perdaient droit. Toutefois, cette règle a été abrogée au 31 janvier 2006. L'employeur n'a donc plus comme désagrément principal du contrat de résiliation, que l'indemnité qu'il accepte de payer.

Nous voyons par conséquent à quel point il est compliqué de trouver un « meilleur » modèle pour le versement de l'indemnité de départ d'un contrat de résiliation, ceci devant se faire au cas par cas. Dans le cas où le salarié accepte de signer sans avoir eu préalablement de possibilité d'obtenir un conseil compétent, il court le danger de voir s'appliquer un accord lui étant préjudiciable financièrement. Il est donc préférable que le salarié ait le temps de se renseigner auprès d'un conseiller fiscal.

Nous constatons ici que le contrat de résiliation va principalement dans l'intérêt de l'employeur, les conséquences négatives dépassant de loin les avantages pour le salarié. Il est en effet compliqué pour le salarié de structurer son contrat de résiliation de telle façon qu'il en ressorte de véritables avantages financiers pour lui en Allemagne et cela implique qu'il s'impose un devoir d'information important. Ce travail conseille aux salariés allemands de ne pas chercher à obtenir une indemnité mais d'obtenir un délai de préavis payé plus long, accompagné d'une exemption de travail « Freistellung »[2008]. Par exemple, si le délai de préavis de licenciement est d'un mois et demi, obtenir 4 mois à la place ou plus si possible.

[2007] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 37.

[2008] Une „Freistellung" permet notamment de décider d'une date de rupture n'éveillant pas de soupçons. Voir ici Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 2.

III. Droit aux allocations chômages

1. France

Le salarié a droit aux allocations chômages en France, sous conditions, en vertu des articles L. 5421-1 et L. 5422-1 du Code du travail[2009]. Tout salarié a droit à cette indemnisation du chômage en France, en plus de l'indemnité de rupture dans le cadre de la rupture conventionnelle individuelle mais aussi de la rupture conventionnelle collective. Voir l'arrêté du 9 octobre 2008[2010].

Ce droit aux allocations d'assurance chômage, s'il ne retrouve pas d'emploi après la rupture, est très important pour le salarié, d'autant que cela ne lui était pas donné avec la rupture d'un commun accord.

L'aide au retour à l'emploi, ARE, est versée quand la perte de l'emploi est considérée comme « involontaire »[2011]. Si l'on peut se demander si les ruptures conventionnelles, individuelles ou collectives ne sont pas à prendre en compte étant donné leur caractère clairement volontaire, elles sont néanmoins considérées comme ouvrant droit à l'allocation chômage[2012].

[2009] Arrêté du 9 octobre 2008, JO du 22 novembre 2008.
[2010] Arrêté du 9 octobre 2008 JO du 22 novembre 2008; Arrêté portant l'agrément de l'avenant n° 1 du 27 juin 2008 au règlement général annexé à la convention de 2006 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage.
[2011] Ministère du travail, *l'Allocation d'aide au retour à l'emploi (ARE)*, publié le 3 novembre 2017, http://travail-emploi.gouv.fr/emploi/indemnisation/article/allocation-d-aide-au-retour-a-l-emploi-are.
[2012] Selon le Ministère du travail : « *Pour ouvrir droit à l'allocation d'assurance chômage, la perte d'emploi doit être involontaire, c'est-à-dire résulter de l'une des causes suivantes : (…) « une rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée selon les modalités fixées par les articles L. 1237-11 et suivants du Code du travail, » (…) Les salariés dont le contrat de travail aura été rompu d'un commun accord dans le cadre d'un accord collectif pourront également bénéficier des allocations d'assurance chômage dès lors qu'ils réuniront les autres conditions exigées par la réglementation (aptitude au travail, recherche d'emploi…).* » Le Ministère précise également qu'afin de considérer l'ouverture des droits à l'aide de retour à l'emploi, la fin du contrat de travail doit être comprise dans un délai de douze mois, dont le terme sera la veille de l'inscription en tant que demandeur d'emploi; et que ce délai de douze mois est à même d'être rallongé selon les conditions de l'article 7 du règlement général annexé à la convention du 14 avril 2017.

Ce droit aux allocations chômage accompagné de l'indemnité spécifique perçue rend la rupture conventionnelle attractive pour le salarié et sont les principaux atouts incitatifs des employeurs en France[2013].

2. Allemagne

Le droit aux allocations chômage en Allemagne après la conclusion d'un contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag » a été analysé dans les parties sur la période de carence allemande[2014]. Il y a été présenté que les salariés donnant leur accord à la perte de leur contrat de travail en signant un « Aufhebungsvertrag » et n'ayant pas de motif important peuvent subir jusqu'à douze semaines de carence, ce qui réduit grandement l'avantage de la conclusion d'un contrat de résiliation (§ 159 I SGB III et la décision du LSG Nordrhein-Westfalen du 16 novembre 2011)[2015]. L'argument des cours et de l'assurance chômage étant que cette perte intentionnelle de travail est préjudiciable pour la société et que ces chômeurs doivent donc contribuer financièrement à cette perte de trésorerie à laquelle ils ont contribué. En revanche, si un salarié a signé une rupture conventionnelle après avoir été menacé d'être licencié pour motif économique, ceci constitue un motif important « wichtiger Grund » ne devant pas voir la mise en place d'une période de carence, comme cela était le cas pour la salariée dans l'arrêt du LSG Rheinland-Pfalz du 25 février 2003[2016].

Pour les salariés allemands proches de la retraite notamment il est très important de bien réfléchir avant de conclure un tel contrat de résiliation vu aussi sévèrement par les assurances chômage et cours de justice. En effet, la cour sociale du Baden-Württemberg a dans sa décision du

---

[2013] Pélissier J., Auzero G., Dockès E., *Précis de Droit du travail*, 25ème édition, Dalloz, 2011, p. 502 – 447.
[2014] Voir la partie de ce travail «La période de carence allemande ».
[2015] LSG Nordrhein-Westfalen, 16.11.20011, L 9 AL 82/11, Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, *Sperrzeit nach Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit Abfindungsvereinbarung während der Elternzeit*, Heft 4, 2012, S. 163: « *Hat der Arbeitnehmer sich versicherungswidrig verhalten, ohne dafür einen wichtigen Grund zu haben, ruht der Anspruch für die Dauer einer Sperrzeit. Versicherungswidriges Verhalten liegt vor, wenn 1. der Arbeitslose das Beschäftigungsverhältnis gelöst (…) und dadurch vorsätzlich oder grob fahrlässig die Arbeitslosigkeit herbeigeführt hat (Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe).* »; Juli S., *Aufhebungsverträge ohne Sperrzeit*, ArbRAktuell, 2017, 237.
[2016] LSG Rheinland-Pfalz, 25.02.2003, L 1 AL 7/02; Voir aussi Voelzke in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 34.

21 juin 2016[2017], décidé qu'un salarié proche de l'âge de la retraite mais n'ayant pas encore cotisé assez pour bénéficier d'une retraite pour salariés ayant cotisé longtemps « Altersrente für besonders langjährige Versicherte » ne pouvait user de la disposition d'exception « Ausnahmevorschrift » permettant de prendre en compte deux de ses années d'allocation chômage pour la raison que la perte de son travail n'avait pas résulté d'une insolvabilité ou complète cessation des activités de son employeur, mais au contraire faisait suite à un contrat de résiliation volontairement signé par lui[2018] .

[2017] Landessozialgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 21.6.2016, L 9 R 695/16.

[2018] Beckonline, *Ausschluss der Anrechnung der letzten zwei Jahre des Bezugs von Arbeitslosengeld auf die Wartezeit*, 2016, S. 272, https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%5Czeits%5Cinfoalso%5C2016%5Ccont%5Cinfoalso.2016.270.1.htm: « *Von der Ausnahmevorschrift, wonach Zeiten des Bezugs von Entgeltersatzleistungen der Arbeitsförderung (auch soweit sie Pflichtbeitragszeiten oder Anrechnungszeiten sind) in den letzten zwei Jahren vor Rentenbeginn nicht berücksichtigt werden dürfen, hat der Gesetzgeber eine (Rück-)Ausnahme vorgesehen, wonach solche Zeiten gleichwohl in Ansatz zu bringen sind, wenn ein solcher Bezug von Entgeltersatzleistungen der Arbeitsförderung seinerseits durch eine Insolvenz oder vollständige Geschäftsaufgabe des Arbeitgebers bedingt ist. Eine Konstellation, in welcher die Arbeitslosigkeit durch eine Insolvenz oder eine vollständige Geschäftsaufgabe des letzten Arbeitgebers des Klägers „bedingt" war, liegt hier allerdings unzweifelhaft nicht vor. Der Kläger ist aufgrund freiwilligen Willensentschlusses, nämlich eines mit seiner Arbeitgeberin geschlossenen Aufhebungsvertrages gegen Zahlung einer Abfindung aus dem Arbeitsleben ausgeschieden.* ».

IV. La rupture conventionnelle française, droit à formation et autres conséquences

1. La rupture conventionnelle donne-t-elle droit à formation ?

La nouvelle rupture conventionnelle collective donne, tout comme la rupture conventionnelle individuelle, objet présent de notre analyse, droit à l'assurance chômage et donc à l'ARE[2019]. Mais la RCC permet également au salarié de percevoir l'allocation d'aide au retour à l'emploi formation, ARE-F[2020]. Ce droit à l'ARE-F ressort du fait que le contrat du salarié a été rompu dans le cadre d'un accord collectif et que son projet professionnel a été un échec.

D'où la question de savoir si un salarié qui conclut une rupture conventionnelle individuelle, a le droit jusqu'à présent et si oui, s'il peut toujours exiger de son employeur un droit à la prise en charge financière d'une formation, d'un bilan de compétences ou d'une validation des acquis de l'expérience[2021].

[2019] Convention du 14 avril 2017 sur l'assurance chômage, applicable pour tous les salariés ayant perdu leur emploi après le 31 octobre 2017; Ministère du travail, *l'Allocation d'aide au retour à l'emploi (ARE)*, publié le 3 novembre 2017, http://travail-emploi.gouv.fr/emploi/indemnisation/article/allocation-d-aide-au-retour-a-l-emploi-are.
[2020] Unedic.fr, *Allocation d'aide au retour à l'emploi formation (ARE-F)*, dernière mise à jour le 1er mars 2018, https://www.unedic.org/indemnisation/fiches-thematiques/allocation-daide-au-retour-lemploi-formation-are-f.
[2021] VAE, validation des acquis de l'expérience.

Si le droit à la formation, anciennement appelé DIF[2022], aujourd'hui formations CPF[2023] existe dans le cas de licenciements[2024], démissions[2025] et ruptures conventionnelles collectives[2026], sa permission dans la rupture conventionnelle individuelle est moins certaine.

Posons d'abord que le CPF donne droit à l'accompagnement, à la validation des acquis de l'expérience VAE[2027], aux actions pour acquérir le socle de connaissances et de compétences CléA comme les actions pour évaluer les compétences préalablement ou postérieurement à CléA, le

---

[2022] DIF, droit individuel à la formation.

[2023] CPF, compte personnel à la formation, fait partie du CPA, compte personnel d'activité. Le CPF a été substitué au droit individuel à la formation (DIF) depuis le 1er janvier 2015 avec reprise des droits acquis. Il vaut pour toutes les personnes à partir de 16 ans (15 ans si en apprentissage) et est ouverts aux agents de la fonction publique et aux agents consulaires depuis le 1er janvier 2017 ainsi qu'aux travailleurs indépendants depuis le 1er janvier 2018. Le salarié doit être informé du CPF qui comptabilise en heures dans le but de pouvoir suivre une formation : les heures de formation correspondent à 24 heures par année de travail à temps complet pour atteindre un crédit de 120 heures, suivi par 12 heures par année de travail à temps complet dans un plafond total de 150 heures. En cas de rupture conventionnelle, l'employeur notifie à son salarié qu'il est en droit de prendre ses droits au CPF et que les heures acquises auparavant dans le cadre de son DIF permettent également de financer en partie ou totalement jusqu'au 31 décembre 2020 une formation de son CPF ; Berjot X., *La rupture conventionnelle, Le guide pratique*, 2ème édition Afnor, 2016, p. 66-68; Voir aussi le site du gouvernement, *mes droits à formation*, https://www.moncompteactivite.gouv.fr/cpa-public/mes-droits-formation; Pour plus d'informations, voir Ministère du travail, *Compte personnel de formation (CPF)*, publié le 9 février 2017, http://travail-emploi.gouv.fr/formation-professionnelle/evoluer-professionnellement/article/compte-personnel-de-formation-cpf.

[2024] Prenons comme exemple les salariés licenciés dans le cadre d'une renégociation d'un accord d'entreprise impactant leur contrat de travail sur le temps de travail ou la rémunération, dans ce cas, les salariés ayant refusé le nouveau contrat de travail et ce à partir du 1er janvier 2018, pourront bénéficier d'un minimum de cent heures d'abondement sur le compte personnel CPF, voir l'Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 et le décret n° 2017-1880 du 29 décembre 2017.

[2025] Pour les démissions et licenciements, cette possibilité se retrouvait pour le DIF, dans l'article L. 6323-17 du Code du travail, lequel posait jusqu'au 31 décembre 2014 qu'en « *cas de licenciement non consécutif à une faute lourde, et si le salarié en fait la demande avant la fin du préavis, la somme correspondant au solde du nombre d'heures acquises au titre du droit individuel à la formation et non utilisées, multiplié par le montant forfaitaire visé au deuxième alinéa de l'article L. 6332-14, permet de financer tout ou partie d'une action de bilan de compétences, de validation des acquis de l'expérience ou de formation. À défaut d'une telle demande, la somme n'est pas due par l'employeur. Lorsque l'action mentionnée au premier alinéa est réalisée pendant l'exercice du préavis, elle se déroule pendant le temps de travail. 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.* » ;
Cet article, modifié par la loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 en son article 6, a vu l'entrée au 1er janvier 2015 du CPF, créé par la loi du 5 mars 2014 n° 2015-288. De plus, ce compte personnel de formation a acquis une vocation universelle s'adressant à toutes les personnes actives depuis la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, loi « Travail ». Depuis le 1er janvier 2015, l'article L. 6323-17 du Code du travail pose dans son deuxième alinéa que lorsque les formations « *sont suivies en tout ou partie pendant le temps de travail, le salarié doit demander l'accord préalable de l'employeur sur le contenu et le calendrier de la formation et l'employeur lui notifie sa réponse dans des délais déterminés par décret. L'absence de réponse de l'employeur vaut acceptation.* ».

[2026] Voir la partie de ce travail sur « l'obligation de reclassement et d'accompagnement des salariés ».

[2027] Selon les conditions des articles R. 6423-1 à R. 6423-5 du Code du travail.

bilan de compétences et actions de formation pour créateurs ou repreneurs d'entreprises[2028], la préparation des épreuves théoriques et pratiques du permis de conduire[2029].

Cependant, la loi du 24 novembre 2009[2030] avait dans son principe de portabilité du DIF posé que cela vaut[2031] pour les licenciements[2032]. Le certificat de travail doit ainsi depuis 2010[2033] déjà, comprendre le solde du nombre d'heures[2034] acquises concernant le droit individuel à formation, aujourd'hui CPF ainsi que la somme totale de ce solde selon le montant forfaitaire légal.

Nous voyons que la loi, même dans le cadre du nouveau CPF, ne cite pas explicitement la rupture conventionnelle. La difficulté de la rupture conventionnelle du contrat à durée indéterminée étant également, qu'elle ne produit pas une rupture avec un préavis obligatoire. Par ailleurs, le formulaire Cerfa, vu dans une partie de ce travail ne l'incorpore pas non plus et l'autorité administrative, la DIRECCTE, n'opère pas de contrôle sur le droit à formation.

Il faut ici conclure que concernant le droit à formation, les parties doivent négocier elles-mêmes. Un préavis peut en effet être décidé entre les parties.

Nous pouvons cependant citer l'arrêt de la Cour d'appel de Rouen du 27 avril 2010[2035]. La Cour avait tranché en faveur de l'inscription des droits au DIF dans la convention de rupture conventionnelle. Cependant, la seule pénalité était d'indemniser le salarié en cas de non-respect. En effet, si dans cet arrêt la Cour d'appel ne considère pas le litige présenté comme étant une situation conflictuelle avérée, elle accorde des dommages et intérêts au salarié pour sa perte du bénéfice des heures de formation. Pour la raison que la convention de rupture homologuée n'avait pas mentionné les droits acquis en matière de DIF et que de plus, le salarié n'avait pas été mis en état de formuler à ce titre une demande avant la date de rupture du contrat de travail.

[2028] Selon l'article L. 6313-1 du Code du travail et l'article D. 6323-8-2 du Code du travail.
[2029] Permis B, voir Article L. 6323-6 du Code du travail.
[2030] La loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009, relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie met en œuvre la portabilité du droit individuel à la formation.
[2031] Sauf cas de faute lourde ou d'échéance à terme du contrat de travail ouvrant droit au régime légal d'assurance chômage.
[2032] Le solde d'heures au titre du DIF non utilisées devant être multiplié par le montant forfaitaire légal et utilisé au choix, pendant la période de chômage, ou auprès du nouvel employeur.
[2033] Décret 2010-64 du 18 janvier 2010, JO du 19 janvier 2010.
[2034] Heures acquises et non utilisées.
[2035] Arrêt de la Cour d'appel de Rouen, chambre sociale, 27 avril 2010, numéro de pourvoi 09/04140, sur le jugement du conseil de prud'hommes de Louviers du 2 septembre 2009.

La Cour d'appel de Riom a elle décidé au 3 janvier 2012[2036]. Dans cet arrêt[2037], le salarié demandait 700 euros à titre de dommages et intérêts pour un défaut d'information sur ses droits au DIF. Sur cette demande, la Cour d'appel use de l'article L. 6323-17 du Code du travail obligeant l'employeur qui licencie à l'informer de ses droits concernant le DIF, ce, avant la fin de son préavis, dans la lettre de licenciement.
Pour la Cour d'appel, « *la rupture conventionnelle du contrat de travail n'entraînant pas la perte des droits du salarié en matière de droit individuel à la formation, l'employeur avait l'obligation, dans le cadre de la rupture conventionnelle, d'indiquer au salarié ses droits en la matière*. ».

Nous pouvons ici considérer, suite à cette décision de la Cour d'appel de Riom de 2012, positionnant la rupture conventionnelle dans le contexte du licenciement sur ses droits au DIF, que les employeurs doivent informer leurs salariés (sur leur droit à formation).

Un arrêt plus récent de la Cour de cassation du 16 décembre 2015[2038] continue sur cette lancée, condamnant l'employeur, partie à une rupture conventionnelle individuelle, à payer des dommages et intérêts à son salarié pour « *non-respect du droit individuel à la formation* ». Cet arrêt fait suite à la décision de la Cour d'appel d'Orléans[2039], laquelle avait infirmé la décision du Conseil des Prud'hommes de Tours[2040] et notamment condamné l'employeur à payer des dommages-intérêts pour non-respect du DIF[2041]. Notons que la Cour d'appel de Bourges a confirmé au 15 septembre 2017[2042] en statuant dans les limites de la cassation partielle de 2015.

Si les Cours d'appel et la Cour de cassation se sont ici positivement positionnées et confirment le fait que pour elles la rupture conventionnelle n'entraine pas la perte des droits des salariés en

[2036] Arrêt de la Cour d'appel de Riom, chambre sociale, 3 janvier 2012, numéro de pourvoi 10-02152.
[2037] Suite au jugement rendu par le Conseil de Prud'hommes de Clermont-Ferrand du 21 juin 2010.
[2038] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 16 décembre 2015, numéro de pourvoi 13-27.212, publié au bulletin (cassation partielle).
[2039] Arrêt de la Cour d'appel d'Orléans, chambre sociale, 1er octobre 2013.
[2040] Arrêt du Conseil de Prud'hommes de Tours du 23 avril 2012.
[2041] Le versement de dommages et intérêts, mais également le rejet de paiement de dommages et intérêt pour remise tardive de l'attestation pôle emploi, ont été les seuls points non cassés dans cet arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 2015.
[2042] Arrêt de la Cour d'appel de Bourges, chambre sociale, 15 septembre 2017, numéro de pourvoi 16/00327 : cet arrêt a confirmé la décision déférée dans toutes ses dispositions à l'égard des parties.

ce qui concerne le droit à formation ; que cela ressort également du site du gouvernement[2043], des propos tenus par le Ministère du travail[2044] et les textes légaux dont l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 et le décret n° 2017-1880 du 29 décembre 2017 mais aussi de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016. Cette loi de 2016 dit loi « Travail » donne en effet au droit à la formation une vocation universelle pour toutes les personnes actives. Nous pouvons ainsi avancer que ce droit est inhérent à la rupture conventionnelle. Ainsi, les employeurs doivent faire figurer les heures dans le certificat de travail et il vaut mieux en informer les salariés pour éviter une obligation de paiement de dommages et intérêts devant le juge.

2. Autres conséquences

La rupture conventionnelle donne droit au déblocage du Plan épargne entreprise, le PEE[2045].

En revanche, la rupture conventionnelle ne va pas donner droit à une exonération fiscale pour le rachat total ou partiel d'une assurance-vie, ce qui est possible pour un licenciement[2046].

[2043] Voir le site du gouvernement sur, *mes droits à formation*, https://www.moncompteactivite.gouv.fr/cpa-public/mes-droits-formation.
[2044] Ministère du travail, *Compte personnel de formation (CPF)*, publié le 9 février 2017, http://travail-emploi.gouv.fr/formation-professionnelle/evoluer-professionnellement/article/compte-personnel-de-formation-cpf.
[2045] JDN, *Rupture conventionnelle de CDI 2018 : indemnité, conditions, procédure*, mis à jour le 18 décembre 2017, http://www.journaldunet.com/management/emploi-cadres/1109398-rupture-conventionnelle/.
[2046] JDN, *Rupture conventionnelle de CDI 2018 : indemnité, conditions, procédure*, mis à jour le 18 décembre 2017, http://www.journaldunet.com/management/emploi-cadres/1109398-rupture-conventionnelle/.

V. Recours en annulation en Allemagne

Il n'est pas rare que les salariés allemands remarquent, après la conclusion d'un tel accord, les inconvénients et désavantages majeurs en matière de sécurité sociale impliqués et qu'ils essayent alors après coup d'annuler, à travers un recours en annulation en raison de déclaration fallacieuse selon le paragraphe 123 BGB. Nous verrons plus loin qu'un tel recours en annulation par le salarié est cependant plus dur à obtenir qu'une action en protection contre un licenciement prononcé par l'employeur, les critères pris en compte étant différents[2047].

Les principales conséquences sociales négatives possibles pour le salarié comprennent la perte de droit aux retraites professionnelles, « betriebliche Altersversorgung », la non-atteinte de temps d'attente « Wartezeiten » pour les indemnités de retraite et de chômage légales, ainsi qu'une période de carence, « Sperrzeit » de l'allocation chômage[2048].

[2047] Wollenschläger M., *Arbeitsrecht,* Academia Iuris Lehrbücher der Rechtswissenschaft, Carl Heymanns Verlag, 3. Auflage 2010, S. 165 Rn. 367.
[2048] Haidn C., *Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe*, ArbRAktuell, 2020, 379; *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 967.

CONCLUSION DE CHAPITRE

Ce chapitre s'est consacré plus particulièrement sur la période de carence, qui est à considérer sérieusement par les salariés, français et allemands. Elle intervient et a été mise en place différemment dans ces deux pays.

Le code allemand de la sécurité sociale III est particulièrement rigoureux en ce qui concerne les salariés, eu égard à leur progression professionnelle et au travers d'une « responsabilité personnelle », sans quoi ils feront l'objet de sanctions[2049]. Le droit allemand attend du chômeur qu'il supporte une partie des coûts financiers qu'il a créés en mettant fin à son contrat de travail[2050].

En Allemagne, la période de carence est en principe de 12 semaines et réduit les droits acquis en conséquence (sur un maximum d'indemnités de douze mois)[2051]. En France, la période de carence est de 150 jours (environ 21 semaines) mais représente un différé[2052]. Rappelons que ce différé ne signifie pas une privation d'accès à l'allocation chômage mais seulement un versement décalé dans le temps, faisant que les droits acquis ne sont pas réduits[2053]. Ces 150 jours

---

[2049] Sell S., *Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung*, *Entwicklung und Reform des Arbeitsförderungsgesetzes als Anpassung des Sozialrechts an flexible Erwerbsformen? : zur Zumutbarkeit von Arbeit und Eigenverantwortung von Arbeitnehmern*, 1. Januar 1998, S. 532 - 549, accès octobre 2017, https://www.researchgate.net/publication/5102920_Entwicklung_und_Reform_des_Arbeitsforderungsgesetzes_als_Anpassung_des_Sozialrechts_an_flexible_Erwerbsformen_zur_Zumutbarkeit_von_Arbeit_und_Eigenverantwortung_von_Arbeitnehmern.

[2050] Haufe.de, Kommentar, Rz. 701, accès le 26 octobre 2017, https://www.haufe.de/personal/personal-office-premium/sauer-sgbiii-159-ruhen-bei-sperrzeit-283-dauer-der-sperrzeit-nach-arbeitsaufgabe-bei-besonderer-haerte_idesk_PI10413_HI8031090.html.

[2051] Le § 159 III SGB invoque la rigueur particulière dans son troisième point, posant que la durée de la période de carence en cas d'arrêt de travail est de douze semaines ; En Allemagne la période de versement absolue des allocations est réduite d'un quart selon le § 148 Abs. 1 Ziffer 4 SGB III, il y a donc contrairement au droit français une vraie réduction de ce que les salariés auraient perçus sans période de carence. Voir „Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 49: En Allemagne, les salariés bénéficient d'une assurance maladie à partir du deuxième mois de chômage (le premier mois est couvert par le contrecoup « Nachwirkung »).

[2052] Règlement d'assurance chômage issu du Décret n° 2019-797 du 26 juillet 2019, article 21 ; Joly L., *L'impact de l'assurance chômage sur l'indemnisation de la perte d'emploi*, Le Droit Ouvrier, 2015, p. 458. Il ne faut cependant pas sous-estimer l'aspect négatif de ces 150 jours, notamment quand un salarié a été poussé à la conclusion d'une rupture conventionnelle et que ce différé de versement lui est appliqué. Voir ici Montvalon L. de., *Rupture conventionnelle et réticence dolosive, Quelle protection du consentement face à l'asymétrie d'information ?*, JCP S, 4 février 2020, n° 5, 1028, p. 31.

[2053] Arrêté du 25 juin 2014, portant agrément de la convention du 14 mai 2014 relatif à l'indemnisation du chômage et les textes qui lui sont associés, JO n°0146 du 26 juin 2014, texte n° 28, https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029150768.

varient selon un calcul basé sur le montant de l'indemnité supra légale versée, de telle manière que cette période sera plus importante pour ceux qui ont négocié une grosse indemnité de départ. La période de carence allemande connait, elle, une possible réduction à six semaines, si une période de carence de douze semaines signifierait pour le chômeur une rigueur particulière[2054]. Il est dans tous les cas, indispensable que les salariés allemands se renseignent avant de signer un « Aufhebungsvertrag ». Car malgré la « rigueur particulière » pesant sur les salariés, plusieurs moyens peuvent éviter l'application de cette période de carence, ce qui ce transformera en un avantage par rapport au droit français qui ne connait pas d'exception.

Ainsi, le droit allemand ne va pas appliquer la période de carence de douze semaines si le salarié a été « obligé » de signer le contrat de résiliation. C'est-à-dire qu'un motif important[2055] est présent. Un tel motif important, « wichtiger Grund » est présent quand le salarié aurait pu être licencié pour motif économique ou motif personnel[2056]. L'agence du travail allemande encourage ici les salariés à tirer un avantage du contrat de résiliation, voulant voir qu'ils ont signé pour éviter pire en quelque sorte. Cette possibilité d'échapper à la période de carence, de pousser les salariés à ne pas juste accepter un contrat de résiliation mais à se battre pour obtenir un avantage, a comme récompense la non-application de la période de carence. Ceci ne se retrouve pas en droit français mais pourrait très bien être repris, pour apporter une nuance positive à la rupture conventionnelle française, surtout pour les salariés ayant signé contre leur gré ou tout simplement quand c'est l'employeur qui a été à l'origine de la rupture conventionnelle. Depuis 2017, de nouvelles règles de procédure[2057] allemandes contribuent à diminuer le caractère négatif de la conclusion d'un contrat de résiliation amiable pour les salariés. La période de carence est ainsi désormais également écartée dans le cas où le salarié a touché une indemnité et que celle-ci ne dépasse pas un certain montant[2058]. A cela s'ajoute la suppression du seuil minimal

---

[2054] § 159 III Abs. 3 SGB « *Die Dauer der Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe beträgt zwölf Wochen. (...) 2. Sie verkürzt sich auf sechs Wochen, wenn (...) b) eine Sperrzeit von zwölf Wochen für die arbeitslose Person nach den für den Eintritt der Sperrzeit maßgebenden Tatsachen eine besondere Härte bedeuten würde.* ».

[2055] §159 SGB III.

[2056] Cela vaut également, même si une indemnité est tout de même accordée au salarié. Voir Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 194.

[2057] Règles de procédure posées par l'agence fédérale du travail concernant le § 159 SGB III et plus précisément l'allocation chômage I (ALG I, « Arbeitslosengeld I »).

[2058] Dans le cas où il n'a soit pas reçu d'indemnité et s'il a reçu une indemnité de moins de 0,25 mois de salaire brut pour chaque année d'ancienneté[2058]. Avant, l'indemnité devait être au minimum de 0,25 mois de salaire brut, mais cette limite minimum a été retirée. L'agence fédérale du travail n'examine désormais plus la validité juridique d'un licenciement, dès lors que les parties ont décidé d'un versement d'une indemnité d'un maximum d'au moins 0,5 mois de salaires bruts par année d'ancienneté, cependant cette limite doit s'ajouter au fait que l'employeur aurait pu licencier pour motif économique et que le délai de résiliation a été respecté. Cette opportunité donnée ici de ne pas avoir à contrôler la légalité hypothétique de la menace de

de 0,25 mois de salaires par année d'ancienneté, faisant qu'une indemnité comprise sous ce seuil de 0,25 n'est désormais plus préjudiciable aux salariés allemands (sans période de carence).

Dans un esprit de comparaison plus précis, il faut noter que la période de carence allemande « Sperrzeit » ne correspond pas vraiment à la période de carence française et que la période de repos allemande « Ruhezeit » y correspond plus. Cette dernière peut être imposée en plus de la période de carence « Sperrzeit » au salarié et signifie que l'allocation chômage ne sera pas réduite mais versée ultérieurement[2059]. Elle est mise en place quand un salarié cesse de travailler contre une indemnité avant la fin « officielle » de la relation de travail, donc avant un délai de préavis normal[2060]. L'indemnité de rupture sera « en repos » jusqu'à cette date.

Parallèlement à l'application de la période de carence, nous avons vu que les régimes fiscaux et sociaux diffèrent en France selon que le salarié bénéficie d'une pension de retraite d'un régime légalement obligatoire ou pas[2061]. Cette différenciation vaut également en Allemagne. Rajoutons qu'en France, cette distinction ne vaut que pour la rupture conventionnelle de 2008, la nouvelle rupture conventionnelle collective de 2018 ne l'ayant pas incorporée.

Concernant le régime social en France, si un salarié est à même de liquider sa retraite de base d'un régime légalement obligatoire, la totalité des indemnités de rupture conventionnelle sera

---

licenciement de l'employeur a toutefois une exclusion, si la menace de licenciement était manifestement illégale, par exemple concernant un salarié ne devant pas être licencié ordinairement : Voir ici Panzer*, Sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*, NJW 2010, S. 16: concernant la décision BSG, 24.09.2008, B 12 KR 27/07 R: *« (...) deutete das BSG in einem obiter dictum an, dass auf Grund der Berücksichtigung der gesetzgeberischen Wertungen durch die Einfügung des § KSCHG § 1a KSchG im Rahmen einer Beendigungsvereinbarung die Existenz eines wichtigen Grundes zu unterstellen sei, wenn (1) eine Abfindung von 0,25 bis 0,5 Bruttomonatsgehältern pro Beschäftigungsjahr gezahlt wird, (2) der Arbeitgeber betriebsbedingt hätte kündigen können und (3) die maßgebliche Kündigungsfrist eingehalten wurde.* ».

[2059] Labisch, Kanzlei für Arbeitsrecht, *Aufhebungsvertrag*, Aufhebungsvertrag, III, Die Abfindung, accès le 10 mars 2019, https://www.arbeitsrecht-rheinland-pfalz.de/glossar-begriffserlaeuterung-rechtlicher-begriffe/glossarbegriffe/aufhebungsvertrag.html.

[2060] Eckert, *Sozialversicherungsrechtliche Fragen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses (insbesondere Sperrzeit),* BC 2007, S. 123: „*Während der Dauer einer Ruhenszeit wird kein Arbeitslosengeld gezahlt. Eine Ruhenszeit tritt etwa dann ein, wenn ein Arbeitsverhältnis durch Aufhebungsvertrag vor dem Zeitpunkt gekündigt wurde, zu dem das Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung hätte beendet werden können*.".

[2061] Circulaire n° DSS/DGPD, SD5B/2009/210 du 10 juillet 2009, relative au régime social des indemnités versées en cas de rupture conventionnelle ou à l'issue d'un contrat à durée déterminée à objet défini, et des indemnités versées en cas de rupture du contrat de travail ou de cessation forcée des fonctions de mandataire social, p. 3.

soumise aux cotisations de sécurité sociale, à la CSG et à la CRDS[2062]. S'il ne peut pas en bénéficier, alors l'indemnité versée au salarié en cas de rupture conventionnelle bénéficiera des mêmes exonérations des cotisations de sécurité sociale que l'indemnité de licenciement[2063]. Ainsi, pour ce qui est du régime des cotisations sociales (hors CSG et CRDS), une part exonérée[2064] est déterminée suivant le plus petit montant ressortant, soit de la part qui n'est pas assujettie à l'impôt sur le revenu, soit à deux fois le plafond annuel de la sécurité sociale[2065]. Cela a pour conséquence que si le montant dépasse dix fois le plafond de la sécurité sociale, l'indemnité de rupture sera soumise dès le premier euro aux cotisations de Sécurité sociale[2066]. Ce dépassement du plafond des dix Pass est connu sous le terme de « parachute doré ». Concernant la CSG et la CRDS, l'indemnité de rupture conventionnelle sera soumise uniquement pour la part du montant qui dépasse celui de l'indemnité légale ou conventionnelle[2067].

[2062] Circulaire n° DSS/DGPD, SD5B/2009/210 du 10 juillet 2009, relative au régime social des indemnités versées en cas de rupture conventionnelle ou à l'issue d'un contrat à durée déterminée à objet défini, et des indemnités versées en cas de rupture du contrat de travail ou de cessation forcée des fonctions de mandataire social, p. 4.

[2063] (…) que l'indemnité de licenciement versée en dehors d'un plan de sauvegarde de l'emploi ; Ceci constitue un autre point démarquant la rupture conventionnelle individuelle de la rupture conventionnelle collective, en ce que la rupture conventionnelle collective de la réforme Macron voit la fiscalité et les charges sociales alignées sur le régime applicable aux indemnités versées dans le cadre d'un PSE.

[2064] Exonération partielle dans les limites prévues pour l'indemnité de licenciement hors PME, Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 10 ; URSSAF, *les indemnités de rupture du contrat de travail ou des fonctions de mandataire » les indemnités de rupture conventionnelle*, https://www.urssaf.fr/portail/home/employeur/calculer-les-cotisations/les-elements-a-prendre-en-compte/les-indemnites-de-rupture-du-con/les-indemnites-de-rupture-conven.html.

[2065] C'est en France l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale qui pose dans son dernier alinéa que « *est exclue de l'assiette des cotisations mentionnées au premier alinéa, dans la limite d'un montant fixé à deux fois la valeur annuelle du plafond mentionné à l'article L 241-3, la part des indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail (...) qui n'est pas imposable en application de l'article 80 duodecies du même code.* » Pour information, ne sont pas imposables les rémunérations découlant d'une indemnité de rupture conventionnelle d'un salarié pas en droit de bénéficier d'une pension de retraite, quand elles n'excèdent 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, ou 50 % du montant de l'indemnité si ce seuil est supérieur, dans la limite de six 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 ; b) Soit le montant de l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective de branche, par l'accord professionnel ou interprofessionnel ou, à défaut, par la loi.* ».

[2066] Voir aussi Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 237.

[2067] Dans la limite du montant de l'indemnité de licenciement prévu par la convention collective de branche, l'accord professionnel ou interprofessionnel ou encore par la loi selon l'URSSAF ; Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre), *Comment calculer l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ?*, exonérations fiscales et sociales, mis à jour le 07.04.2014, accès le 21 février 2018, https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F31539; Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), Service-public.fr, Questions-Réponses, *Comment calculer l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ?*, vérifié le 21 février 2018, https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F31539; Retenir la plus petite limite des exclusions entre soit la part exclue de cotisations, ou la part qui correspond au montant légal ou conventionnel, sachant que les CSG et CRDS sont calculées sans abattement: voir Legisocial, *Régime social et fiscal des indemnités de rupture 2018*, dernière mise à jour

En Allemagne, dans le cas où le salarié part en retraite et veut percevoir sa retraite professionnelle „betriebliche Altersversorgung »[2068], nous avons vu qu'il faut prendre en compte s'il s'agit de droits expiables « verfallbare Anwartschaften » ou de droits non expiables « unverfallbare Anwartschaften » du fait de la loi ou d'un contrat par exemple. Cela signifie que si le droit est expiré, le salarié partant en retraite ne pourra pas revendiquer la retraite professionnelle, ayant quitté l'entreprise avant un jour J par exemple. Si le salarié est dans le cas où la loi prévoit un droit non-expiable (§1b Abs. 1 BetrAVG), alors un « Aufhebungsvertrag » conclu ne pourra pas en déroger à son détriment[2069]. Les droits non-expiables ne peuvent donc généralement pas être l'objet d'une indemnité, tandis que si ces droits ne sont pas encore non-expiables, ils pourront faire l'objet d'un arrangement dans le cadre d'un contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag »[2070].

Il est ainsi très important pour les salariés allemands proches de la retraite de bien réfléchir avant de conclure un tel « Aufhebungsvertrag ». Nous avions notamment vu dans un arrêt de 2016[2071] qu'un salarié proche de l'âge de la retraite mais n'ayant pas encore cotisé assez pour bénéficier d'une retraite pour salariés ayant cotisé longtemps « Altersrente für besonders langjährige Versicherte », n'avait pu user de la disposition d'exception « Ausnahmevorschrift » permettant de prendre en compte deux de ses années d'allocation chômage. La raison étant que la perte de son travail n'avait pas résulté d'une insolvabilité ou complète cessation des activités de son employeur, mais au contraire faisait suite à un contrat de résiliation volontairement signé par lui[2072] . Les conséquences ne sont donc pas à prendre à la légère.

---

le 20 avril 2018, https://www.legisocial.fr/reperes-sociaux/regime-social-fiscal-indemnites-rupture-2018.html.

[2068] Voir Preis, Temming, *Arbeitsrecht*, Weitere Beendigungstatbestände, Dr. Otto Schmidt, 6. Auflage 2020, S. 703, Rz. 3403.

[2069] § 1b Abs. 1BetrAVG: Unverfallbarkeit und Durchführung der betrieblichen Altersversorgung: « *(1) 1 Einem Arbeitnehmer, dem Leistungen aus der betrieblichen Altersversorgung zugesagt worden sind, bleibt die Anwartschaft erhalten, wenn das Arbeitsverhältnis vor Eintritt des Versorgungsfalls, jedoch nach Vollendung des 21. Lebensjahres endet und die Versorgungszusage zu diesem Zeitpunkt mindestens drei Jahre bestanden hat (unverfallbare Anwartschaft).* ».

[2070] Haufe.de, *Der Aufhebungsvertrag, 3. Betriebliche Altersversorgung,* ZAP Juni 2017, https://www.haufe.de/recht/deutsches-anwalt-office-premium/zap-62017-der-aufhebungsvertrag-3-betriebliche-altersversorgung_idesk_PI17574_HI10601911.html; Voir aussi la décision du LAG Baden-Württemberg du 13 février 2015, 12 Sa 68/14.

[2071] Landessozialgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 21.6.2016, L 9 R 695/16.

[2072] Beckonline, *Ausschluss der Anrechnung der letzten zwei Jahre des Bezugs von Arbeitslosengeld auf die Wartezeit*, 2016, S. 272, https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%5Czeits%5Cinfoalso%5C2016%5Ccont%5Cinfoalso.2016.270.1.htm: « *Von der Ausnahmevorschrift, wonach Zeiten des Bezugs von Entgeltersatzleistungen der Arbeitsförderung (auch soweit sie Pflichtbeitragszeiten oder Anrechnungszeiten sind) in den letzten zwei Jahren vor Rentenbeginn nicht berücksichtigt werden dürfen, hat der Gesetzgeber eine (Rück-)Ausnahme vorgesehen, wonach solche Zeiten gleichwohl in Ansatz zu bringen sind,*

Concernant le régime fiscal, nous avons vu qu'en France et dans le cas où un salarié ne bénéficie pas de sa pension de retraite légale, la fraction de l'indemnité de rupture versée dans le cadre de la rupture conventionnelle du contrat de travail ne sera pas soumise à l'impôt sur le revenu si elle 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 ou 50 % du montant de l'indemnité si ce seuil est supérieur[2073] ; Soit le montant de l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective de branche, par l'accord professionnel ou interprofessionnel ou, à défaut, par la loi[2074]. Tandis que dans le cas où le salarié bénéficie d'une pension de retraite légale, il verra ici son indemnité de rupture imposée dès le premier euro[2075].

En Allemagne, à supposer qu'aucune autre disposition n'en décide autrement, l'indemnité de départ est imposable[2076]. Il faut noter que la conclusion d'un « Aufhebungsvertrag » est devenue de plus en plus compliquée par le législateur allemand. L'exonération fiscale prévue jusqu'en 2006 sur l'indemnité de départ[2077] ayant été remplacée par un dégrèvement fiscal pour les indemnités, nommée « Fünftelungsverfahren » ou « Fünftel-Regelung »[2078]. Il s'agit de l'étalement de la valeur du montant de l'indemnité fiscale sur cinq ans afin d'atténuer l'effet de la progressivité de l'impôt[2079] et ce dégrèvement ne vaut que lorsque le contrat de travail a été résilié suivant la volonté de l'employeur[2080]. La tâche de trouver un « meilleur » modèle pour le versement de l'indemnité de départ d'un contrat de résiliation allemand est clairement

---

wenn ein solcher Bezug von Entgeltersatzleistungen der Arbeitsförderung seinerseits durch eine Insolvenz oder vollständige Geschäftsaufgabe des Arbeitgebers bedingt ist. Eine Konstellation, in welcher die Arbeitslosigkeit durch eine Insolvenz oder eine vollständige Geschäftsaufgabe des letzten Arbeitgebers des Klägers „bedingt" war, liegt hier allerdings unzweifelhaft nicht vor. Der Kläger ist aufgrund freiwilligen Willensentschlusses, nämlich eines mit seiner Arbeitgeberin geschlossenen Aufhebungsvertrages gegen Zahlung einer Abfindung aus dem Arbeitsleben ausgeschieden. ».

[2073] Ceci dans la limite de 6 fois le plafond de calcul des cotisations de sécurité sociale en vigueur à la date de versement des indemnités.

[2074] Ministère du travail, La *rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 11 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee#Quelles-sont-les-indemnites-dues-au-salarie.

[2075] Article 80 duodecies 6° du Code Général des Impôts.

[2076] Le salarié est ainsi redevable de l'impôt sur le revenu pour l'indemnité qu'il reçoit sur la base du paragraphe 38 II EStG (« Einkommenssteuergesetz », loi sur l'impôt sur le revenu).

[2077] § 3 Nr. 9 EStG, Einkommensteuergesezt ; Code de l'impôt sur le revenu.

[2078] Désormais, le paragraphe 24 I a, b EStG en combinaison avec le paragraphe 34 I et II EStG pose ce dégrèvement fiscal.

[2079] Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 148 – 520.

[2080] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 177.

délicate et complexe, ceci devant se faire au cas par cas et avec l'aide d'un conseiller fiscal de préférence.

Ayant vu dans ce chapitre que ce § 34 EStG n'apporte qu'un avantage limité ; Nous pouvons alors réitérer le conseil introduit dans la conclusion de la partie I de ce travail et plutôt conseiller aux salariés allemands négocier un terme à leur contrat de travail non pas au plus tôt, mais suivant la conclusion d'un délai de préavis prolongé et accompagné d'une dispense de travail[2081]. Par exemple, si le délai de préavis de licenciement est d'un mois et demi, obtenir 4 mois à la place ou plus si possible. Cette dispense de travailler, « Freistellung » est d'usage courant en Allemagne[2082]. Les salariés et employeurs étant souvent, lors de la conclusion d'un accord de résiliation, en conflit, ils préfèrent alors se mettre d'accord pour que le salarié cesse de venir au travail, tout en continuant de toucher son salaire, durant les négociations et ce jusqu'à la date de rupture du contrat de travail négociée[2083].

Qu'en est-il à présent des recours en annulation ? Cette question est plus prégnante dans le modèle allemand qui n'a pas de système d'homologation ou de délai de rétractation. Il n'est pas rare et disons même plus, courant, que les salariés allemands ne s'étant ou n'ayant pu se renseigner suffisamment avant de signer, remarquent après la conclusion d'un tel accord la portée des inconvénients et désavantages majeurs en matière de sécurité sociale impliqués. Ils essayent donc après coup d'annuler la rupture. Ce prochain chapitre va donc se pencher sur ces recours en annulation qui sont toutefois plus dur à obtenir qu'une action en protection contre un licenciement prononcé par l'employeur[2084].

[2081] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 37.
[2082] BAG, *Form des Aufhebungsvertrages, Bedenkzeit*, NZA 2008, 348.
[2083] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 133.
[2084] Wollenschläger M., *Arbeitsrecht,* Academia Iuris Lehrbücher der Rechtswissenschaft, Carl Heymanns Verlag, 3. Auflage 2010, S. 165 Rn. 367.

Chapitre 2. Contestation, révocation de l'accord, contentieux de la rupture et avantages et inconvénients en résultant pour les parties

La rupture conventionnelle individuelle française a connu et connait toujours un très grand succès. En Allemagne aussi, conclure un « Aufhebungsvertrag » est chose courante, même pour rompre un CDD avant terme, ce qui n'est pas possible en France.
Ce chapitre est très important. Nous nous y pencherons sur les cas de nullités en France et en Allemagne. Ceux-ci sont peu nombreux, surtout en Allemagne, ce qui est dangereux pour les salariés étant donné l'absence de délai de rétractation.

Les « avantages » d'un tel mode de rupture, que ce soit en France ou en Allemagne, quand toutes les informations sont sur la table, s'avèrent être peu avantageux pour le salarié.

C'est pourquoi, après avoir vu dans le chapitre précédant les conséquences fiscales et sociales et le « devoir » d'information des employeurs, ce chapitre va se concentrer sur les possibilités de rétractation et de recours (Section 1) et sur les avantages et inconvénients de la rupture conventionnelle et du « Aufhebungsvertrag » pour les salariés mais aussi pour les employeurs (Section 2).

Section 1. Les possibilités de rétractation et de recours

Cette section va se consacrer sur les cas limités de nullité dans le cadre de la rupture conventionnelle française. La nullité aura lieu en cas d'absence d'un ou de plusieurs entretiens[2085], s'il n'a pas été remis d'exemplaire de la convention de rupture conventionnelle au salarié[2086], également si le délai de rétractation n'a pas été respecté[2087] et s'il y a eu vice du consentement du salarié[2088]. Cette limitation des motifs de nullité[2089] suit la volonté de la Cour de cassation de vouloir respecter l'autonomie souhaitée par le législateur du mode de rupture qu'est la rupture conventionnelle[2090].

Nous avons également vu dans la première partie de ce travail, que l'obligation d'information incombant aux employeurs dans le cadre de la conclusion d'une rupture conventionnelle, est peu contraignante[2091], alors que c'est « *le pilier majeur* » de la protection du bénéficiaire du

---

[2085] La Cour de cassation a décidé sur ce cas au 1er décembre 2016 et soutenu que le défaut du ou des entretiens entraîne la nullité de la convention (les termes de l'article L. 1237-12 du Code du travail sont clairs : « *Les parties au contrat conviennent du principe d'une rupture conventionnelle lors d'un ou plusieurs entretiens au cours desquels le salarié peut se faire assister* ») et que c'est à l'invoquant d'établir l'existence de cette cause de nullité (voir ici RJS, observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 1er décembre 2016, numéro de pourvoi 15-21.609, publié au bulletin, février 2017, n° 98) ; RJS**,** observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 3 juillet 2019, numéro de pourvoi 18-14.414, octobre 2019, n° 561, p. 706.

[2086] RJS**,** observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 3 juillet 2019, numéro de pourvoi 18-14.414, octobre 2019, n° 561, p. 706 ; voir également RJS, observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 6 février 2013, numéro de pourvoi 11-27.000, avril 2013, n° 280.

[2087] Délai de rétractation de quinze jours prévu à l'article L. 1237-13 du Code du travail; RJS, observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 14 janvier 2016, numéro de pourvoi 14-26.220, mars 2016, n° 171.

[2088] Insanité d'esprit et vices du consentement, comprenant la violence. Voir Loiseau G., *Le harcèlement moral ne vicie pas en soi le consentement*, JCP S, 26 février 2019, n° 8, 1057, p. 28; Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 14 janvier 2016, numéro de pourvoi 14-26.220; Loiseau G., JCP S, 2016, 1079; Mouly J., Dr. soc., 2016, p. 291; Icard J., Observations, Cah. Soc., 2016, p. 145; Patin M., Note sous arrêt, Cour de cassation, 6 février 2013, numéro de pourvoi 11-27.000, JCP S, 2013, 1162; Taquet F., Note sous arrêt, RDT 2013, p. 258; Ferrer A., Note sous arrêt, Le Droit Ouvrier, 2013, p. 507; Icard J., observations, Cah. Soc., 14 janvier 2013.

[2089] Motifs de nullité ressortant de manquements aux règles qui organisent légalement la rupture ou aux conditions de validité qui sont communes à tout contrat, voir Loiseau G., *Le harcèlement moral ne vicie pas en soi le consentement*, JCP S, 26 février 2019, n° 8, 1057, p. 28.

[2090] Loiseau G., *Le harcèlement moral ne vicie pas en soi le consentement*, JCP S, 26 février 2019, n° 8, 1057, p. 28.

[2091] Les salariés consentent ainsi souvent à la conclusion d'une rupture conventionnelle, ignorant d'informations déterminantes connues par leurs employeurs et le droit du travail français ne corrige pas cette possible asymétrie en encadrant au final peu l'échange d'information dans une rupture conventionnelle. Voir ici Chauvel P., *Le dol*, Rép. civ., Dalloz, n° 62 et Montvalon L. de., *Rupture conventionnelle et réticence dolosive, Quelle protection du consentement face à l'asymétrie d'information ?*, JCP S, 4 février 2020, n° 5, 1028, p. 27 et Montvalon L. de., *Rupture conventionnelle et réticence dolosive, Quelle protection du consentement*

droit de rétractation[2092]. L'auteur Bazin E. dit notamment : « *il ne servirait à rien de prévoir une faculté de rétractation si un tel droit restait clandestin, si le délai pour se rétracter n'était pas préalablement défini et connu du consommateur et si le consommateur n'était pas informé des conditions pour se défaire des liens contractuels, ainsi que des conséquences de l'exercice de son repentir (ce qui pose globalement la question des modalités de rétractation)* »[2093].

Tout ceci est donc à garder à l'esprit dans cette section sur le délai de rétractation de la rupture conventionnelle, un droit à rétractation ne pouvant être réellement utile que si une information du salarié raisonnable a préalablement eu lieu.

Le droit allemand ne prévoyant pas de droit de rétractation[2094], certaines conventions collectives[2095] applicables en prévoiront. Un salarié peut également se mettre d'accord avec son employeur, ou tout du moins tenter de le convaincre d'inscrire un droit de recours dans le « Aufhebungsvertrag ».

Néanmoins, sans droit de recours légal protégeant tous les salariés en leur permettant de se rétracter, cette section va se pencher sur les nombreux recours en annulation qui font suite à la signature de tels contrats de résiliation en Allemagne, ainsi que sur la charge de la preuve. Si en France la rupture conventionnelle cherche à limiter le rôle du juge, ce n'est pas le cas en Allemagne.

---

face à l'asymétrie d'information ?, JCP S, 4 février 2020, n° 5, 1028, p. 27 sur le recours à l'obligation précontractuelle d'information et la réticence dolosive.

[2092] Bernardeau L., *Le droit de rétractation du consommateur un pas de plus vers une doctrine d'ensemble, à propos de l'arrêt CJCE, 13 décembre 2001, Heininger*, JCP G, 2002 I, 168, spéc. N° 22.

[2093] Bazin E., *Le droit de repentir en droit de la consommation*, Recueil Dalloz, 2008, p. 3028, spéc. p. 3032.

[2094] La déclaration de volonté du salarié ne peut en principe être révoquée selon le paragraphe 130 I 2 BGB.

[2095] Michalski L., *Arbeitsrecht,* Start, C.F. Müller, 7. Auflage 2008, S. 55 – 247.

I. Délai de rétractation

En France, nous avons vu lors de la nécessité d'obtenir une homologation de la rupture conventionnelle, qu'une faculté de rétractation est également ouverte pour le salarié et son employeur durant un délai de quinze jours calendaires à compter du lendemain du jour de la signature[2096]. Ceci est posé par le décret n° 2008-715 du 18 juillet 2008[2097]. Un non-respect du délai de rétractation constitue un cas de nullité[2098].

Ce droit de rétractation s'opère à travers une lettre adressée par tout moyen, attestant de sa date de réception par l'autre partie[2099]. Ainsi, même si la convention de rupture a été signée, elle ne lie pas de suite les parties, lesquelles peuvent changer d'avis durant ce délai.
La loi française n'impose également pas à la partie qui se rétracte de motiver sa décision[2100].

Cependant, il est important pour le salarié de notifier sa rétractation à son employeur et non pas seulement à l'administration. Ceci ressort de l'arrêt de la Cour de cassation datant du 6 octobre 2015[2101], où la Cour a rappelé que dans le cas où une partie veut user de son droit de rétractation, l'autre partie doit en être informée, à défaut de quoi la rétractation ne sera pas valable[2102]. L'article L. 1237-13 du Code du travail indique bien que le droit de rétractation s'exerce « *sous la forme d'une lettre adressée par tout moyen attestant de sa date de réception par l'autre partie* »[2103].

[2096] Tricoit J.-P., *Rupture conventionnelle: conditions et conséquences de la remise au salarié d'un exemplaire de la convention*, JCP S, 24 septembre 2019, n° 38, 1268, p. 31; Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 229.
[2097] Décret n° 2008-715 du 18 juillet 2008, portant diverses mesures relatives à la modernisation du marché du travail, version consolidée au 18 avril 2016.
[2098] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 14 janvier 2016, numéro de pourvoi 14-26.220; Loiseau G., JCP S, 2016, 1079; Mouly J., Dr. soc., 2016, p. 291; Icard J., Observations, Cah. Soc., 2016, p. 145.
[2099] Coeuret A., Gauriau B., Miné M., *Droit du travail,* Université, Sirey, 3ème édition, 2013, p. 445.
[2100] Ministère du travail, de l'emploi de la formation professionnelle et du dialogue social, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, mis à jour le 15 janvier 2014, Travail-emploi-gouv.fr.
[2101] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 6 octobre 2015, numéro de pourvoi 14-17.539, publié au bulletin ; Voir aussi Bonnechère M., Note sous arrêt, Cour de cassation, chambre sociale, 6 octobre 2015, A. contre Société Méditerranée Var diffusion, numéro de pourvoi 14-17.539, Le Droit Ouvrier, janvier 2016, n° 810, p. 46 ; Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 6.
[2102] Mouly J., Observations, Dr. Soc., 2015, p. 1033.
[2103] Article L. 1237-13 du Code du travail, créé par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, art. 4.

Cet arrêt du 6 octobre 2015 pose également, qu'une fois le délai de rétractation de quinze jours passé, une prise d'acte[2104] par le salarié pour mettre fin immédiatement au contrat de travail, sans rupture conventionnelle n'est possible que sous deux conditions : si la prise d'acte intervient avant la prise d'effet de la rupture conventionnelle et à la condition que cette prise d'acte soit fondée sur des manquements commis ou révélés au salariés sur la période postérieure à l'expiration du délai de rétractation[2105].

Dans le cas où c'est l'employeur qui use de son droit à rétractation, la lettre adressée au salarié avant la date d'expiration du délai de quinze jours calendaires doit produire ses effets et ce même si la réception par le salarié s'est faite après cette date[2106]. Ceci de la même manière que la Cour de cassation a confirmé que quand le salarié exerce son droit de rétractation, la fin du délai s'apprécie à la date d'envoi de son courrier[2107] et non à la date de réception par l'employeur[2108].

Il est conseillé de faire parvenir la lettre contenant le choix de se rétracter par lettre recommandée avec avis de réception[2109] ou de la remettre en main propre contre une décharge avec la date de la remise[2110].

[2104] La prise d'acte n'a pas de régime légal et est distincte de la rupture conventionnelle qui fait l'objet d'un régime légal précis. Voir à ce sujet Lokiec P., Porta J., *Droit du travail : relations individuelles de travail*, Recueil Dalloz, 13 avril 2017, n° 15, 851 ; Voir aussi Ray J.-E., *Droit du travail, Droit vivant 2020*, Wolters Kluwer, 28ème édition, 2019, p. 509 et RF, *Rupture conventionnelle individuelle*, octobre 2019, 1108, 23, p. 471.

[2105] « *Mais attendu qu'il résulte des articles L. 1237-13 et L. 1237-14 du code du travail qu'en l'absence de rétractation de la convention de rupture, un salarié ne peut prendre acte de la rupture du contrat de travail, entre la date d'expiration du délai de rétractation et la date d'effet prévue de la rupture conventionnelle, que pour des manquements survenus ou dont il a eu connaissance au cours de cette période* », Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 6 octobre 2015, numéro de pourvoi 14-17.539, publié au bulletin ; Voir aussi Wolters Kluwer, *Rupture conventionnelle : passé le délai de rétractation, la prise d'acte admise sous réserve*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16934, 14 octobre 2015.

[2106] Ainsi que posé dans l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 19 juin 2019, numéro de pourvoi 18-22.897, voir RJS, observations, 8-9/ 2019, 483, p. 621.

[2107] Conformément au droit commun des obligation réformé par l'ordonnance de février 2016, voir l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 14 février 2018, numéro de pourvoi 17-10.035, Recueil Dalloz, 2018, 465, RJS, observations sur cet arrêt de la Cour de cassation du14 février 2018, avril 2018, n° 254; Lokiec P., *V. Rupture*, Recueil Dalloz, 19 avril 2018, n° 15, 824. Le début du terme du délai est le lendemain de la date de la signature, voir Dedessus-Le-Moustier N., *Terme du délai de rétractation en matière de rupture conventionnelle*, JCP G, 12 mars 2018, n° 11, 281, pp. 480 et 481.

[2108] Ainsi que posé dans l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 19 juin 2019, numéro de pourvoi 18-22.897, voir RJS, observations, 8-9/ 2019, 483, p. 621.

[2109] RPDS, mai 2017, n° 865, p. 161.

[2110] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 6; Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée.

Le terme « calendaires » indique que sont comptabilisés tous les jours de la semaine, le délai débutant le lendemain de la date de signature de la rupture conventionnelle pour finir le 15ème jour à 24 heures[2111].

En effet, concernant le délai de rétractation mais aussi le délai d'instruction (dont nous avons vu la différence dans la première partie), lesquels sont tous deux des délais de droit commun, leur computation dans le cadre de la rupture conventionnelle est régie par les articles 641 et 642 du Code de procédure civile ainsi qu'à l'article R. 1231-1 du Code du travail[2112]. Ces articles posent que ces délais débutent le lendemain du jour, où le délai où l'acte, le font courir. Ceci vaut pour le délai de rétractation où le délai court le lendemain de la signature de la rupture conventionnelle et pour le délai d'instruction, lequel court le lendemain de la réception de la demande d'homologation par le DDTEFP[2113]. Ces articles indiquent aussi que dans le cas où les délais expirent un samedi, dimanche ou jour férié et chômé, alors ils dureront jusqu'au premier jour ouvrable qui suit.

Dans le cas où les dates des signatures des parties divergent, ce sera la date apposée plus tard qui sera prise en compte pour calculer le délai de rétractation[2114].
Dans le cas où aucune date n'a été apposée, il faut considérer la convention de rupture comme signée le jour correspondant à l'issue de l'entretien unique et s'il y a eu plusieurs entretiens, se baser sur la date du dernier entretien[2115].

Maintenant dans le cas où le salarié, partie à la convention de rupture est en arrêt de travail durant le délai de rétractation, cela ne mènera pas à un report de ce délai, tant qu'il est apte à

[2111] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 3.
[2112] Circulaire 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 5; Article R. 1231-1 du Code du travail, créé par le décret n° 2008-244 du 7 mars 2008, art. (V).
[2113] Circulaire 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 5.
[2114] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 6; Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, TéléRC, le service de saisie d'une demande d'homologation de Rupture Conventionnelle, www.telerc.travail.gouv.fr.
[2115] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 6; Arrêt de la Cour d'appel de Caen, 23 novembre 2012, numéro de pourvoi 10/02955.

exercer sa faculté de rétractation[2116]. Ce sera cependant à lui de prouver qu'il n'était pas apte à l'exercer, en raison par exemple d'une maladie grave ou d'un accident[2117].

Le calcul du délai de rétractation prend son importance en ce que la date de fin de ce délai doit être inscrite dans le formulaire Cerfa. Il ne s'agit cependant pas d'une obligation légale, faisant qu'une erreur de calcul ne rendra pas la convention nulle[2118].

L'exception étant si l'erreur a privée l'une des parties de son droit de rétractation ou si elle a eu pour effet de vicier le consentement d'une des parties[2119]. Ceci ressort de l'arrêt du 29 janvier 2014 de la Cour de cassation[2120], laquelle cour pose pourtant « *que le salarié doit être informé de l'existence de ce droit de rétractation afin de lui en permettre l'exercice effectif* » et que dans ce cas, le délai de rétractation mentionné dans la convention de rupture signée par les parties prévoyait un délai de rétractation inférieur au délai légal de quinze jours calendaires. Si la Cour de cassation considère dans un premier temps que la Cour d'appel avait tort d'estimer « *que cette fausse information ne constituait pas une irrégularité de nature à produire à la convention de rupture les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse* »[2121], elle édicte au final que cette erreur sur la date d'expiration du délai de rétractation légal entraîne la nullité de la convention uniquement dans l'hypothèse où « *elle a eu pour effet de vicier le consentement de l'une des parties ou de la priver de la possibilité d'exercer son droit à rétractation* », ce qui n'était pas le cas ici[2122].

Il est important pour les parties de suivre scrupuleusement ces délais et leurs conditions de computation, qu'il s'agisse de la date décidée pour la rupture du contrat de travail ou de la date d'envoi de la demande d'homologation au DDTEFP, aujourd'hui DIRECCTE quand le délai

---

[2116] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 6.
[2117] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 6.
[2118] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 6.
[2119] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 29 janvier 2014, numéro de pourvoi 12-24.539, publié au bulletin (rejet). Voir aussi Ferrer A., *Note sous arrêt*, Cour de cassation, 29 janvier 2014, n° 12-24.539, Le Droit Ouvrier, 2014, p. 415 ; Auzero G., observations, RDT, 2014, p. 255.
[2120] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 29 janvier 2014, numéro de pourvoi 12-24.539, publié au bulletin (rejet).
[2121] Que cela consiste en une violation de l'article L. 1237-13 du Code du travail.
[2122] Nous citerons cet arrêt dans notre autre partie de ce travail sur « le délai de rétractation dans le cadre de la rupture conventionnelle et du Aufhebungsvertrag ».

de rétractation est écoulé, sans quoi il y aura refus d'homologation de la rupture conventionnelle, ce qui est lourd de conséquences[2123].

La conséquence d'une rétractation comprend souvent la poursuite de la relation de travail par les parties, mais s'il n'y a pas d'accord, ce sera soit un licenciement ou une démission[2124].

Il convient d'ajouter qu'un arrêt de la Cour de cassation du 13 juin 2018[2125] soutient qu'en cas de refus d'homologation par l'administration, ici pour cause d'indemnité de rupture inférieure au minimum conventionnel, si une nouvelle rupture conventionnelle est conclue entre les parties, alors la salariée avait ici droit à bénéficier d'un nouveau délai de rétractation. N'ayant pas bénéficié de ce délai, la Cour de cassation confirme que la seconde convention de rupture était nulle.

En Allemagne en revanche, concernant la déclaration de volonté du salarié, celle-ci ne peut en principe être révoquée selon le paragraphe 130 I 2 BGB. En effet, il n'y a dans la loi allemande actuellement pas de droit de recours. Il est en revanche possible qu'un tel droit soit présent pour le salarié dans la convention collective applicable[2126] ou de le prévoir dans le contrat de résiliation. C'est pourquoi nous avons vu plus en amont que l'Allemagne voit beaucoup de recours en annulation.

[2123] Circulaire 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 5.
[2124] Voir l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 16 septembre 2015, numéro de pourvoi 14-10.291 ; Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 6 ; Wolters Kluwer, Dossier *Rupture atypiques*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 198, 3 novembre 2015, p. 5.
[2125] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 13 juin 2018, numéro de pourvoi 16-24830, publié au bulletin (rejet).
[2126] Michalski L., *Arbeitsrecht,* Start, C.F. Müller, 7. Auflage 2008, S. 55 – 247.

II. Possibilités de recours et charge de la preuve

1. Possibilités de recours

A l'exception du refus d'autorisation en France pour les salariés protégés, tout recourt touchant à la convention de rupture conventionnelle et à son homologation est de la compétence exclusive du Conseil des Prud'hommes[2127]. Ceci en dépit de l'intervention de l'administration au travers de l'homologation[2128].
L'Allemagne ne prévoyant pas d'homologation ou de contrôle préalable à la conclusion d'un « Aufhebungsvertrag », la question de la compétence du juge ne se pose pas.
Ainsi, en France, seuls les salariés protégés ayant vu leur contrat de travail rompu malgré le refus de l'administration ou de par l'annulation de l'homologation, peuvent obtenir leur réintégration dans l'entreprise[2129] ; tandis que pour les salariés non-protégés, leur décision de rompre leur contrat de travail au travers d'une rupture conventionnelle, rend la rupture définitive avec seulement une possibilité d'obtenir réparation[2130].

Le seul conseil de prud'hommes étant compétent pour connaître des litiges touchant à la convention, l'homologation ou le refus d'homologation, il ne peut normalement, selon la Circulaire DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009, accorder une homologation en cas de refus d'homologation par la Direccte. Seulement, la Cour d'appel de Versailles a sur ce point reconnu au juge des référés la pouvoir de prononciation de l'homologation dans son arrêt du 14 juin 2011[2131].

Rappelons que dès lors qu'un salarié protégé est concerné, son statut protecteur dans le cadre d'une rupture conventionnelle doit être informé, pour être opposable à l'employeur, au plus tard au moment de la rupture conventionnelle[2132]; de préférence l'information doit être donnée avant

---

[2127] Berjot X., *La rupture conventionnelle, Le guide pratique*, 2ème édition Afnor, 2016, p. 69 ; Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 229.
[2128] Héas F., *Droit du travail*, Paradigme, 7ème édition, 2020, p. 376.
[2129] Julien D., *La rupture conventionnelle du contrat de travail, salariés protégés*, Les cahiers Lamy du CE, décembre 2010, n° 99.
[2130] Alves-Conde M., *L'aptitude à consentir du salarié*, thèse, 29 novembre 2018, p. 273.
[2131] Arrêt de la Cour d'appel de Versailles, 14 juin 2011, n° 10/01005; Voir aussi Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 12.
[2132] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 30 septembre 2015, numéro de pourvoi 14-17.748; Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 8; Wolters Kluwer, Actualité, n° 16932, 12 octobre 2015.

la signature de la convention et au plus tard avant l'expiration du délai de rétractation de quinze jours pour que l'employeur puisse demander l'autorisation de l'inspecteur du travail[2133].

L'arrêt Dentressangle du 9 mars 2011[2134] a précisé que ni les syndicats, ni le comité d'entreprise ne peuvent demander l'annulation des ruptures conventionnelles individuelles, faisant que seuls les salariés peuvent exercer une action en nullité[2135].

Au niveau du contentieux de la rupture, le juge prud'homal est à même en France selon le droit commun, d'exiger de l'employeur l'exécution de ses engagements pris lors de la rupture du contrat de travail. Le salarié est en droit, en cas de résolution de l'accord pour faute ou de lenteur excessive[2136], de demander des dommages et intérêts. Le juge judiciaire n'est en effet pas contraint par l'intervention de l'administration du travail lors de l'homologation de la convention de rupture pour convenances personnelles[2137] et peut ainsi intervenir.

C'est l'article L. 1237-14 du Code du travail qui, en plus de poser qu'une rupture conventionnelle nécessite une homologation par le directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (DIRECCTE), pose que tout contentieux relève du conseil des prud'hommes, qu'il s'agisse de « *tout litige concernant la convention, l'homologation ou le refus d'homologation*[2138] » sans qu'il n'y ait possibilité de faire de l'homologation un litige distinct de celui sur la convention[2139]. Le contentieux des ruptures conventionnelles est ici intégralement attribué au Conseil des Prud'hommes. Le bloc de compétence ici créé par le législateur, montre sa volonté de ne pas considérer l'homologation et la convention de rupture

---

[2133] Wolters Kluwer, *Les salariés protégés*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16967, 1er décembre 2015, p. 5.
[2134] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 9 mars 2011, numéro de pourvoi 10-11.581.
[2135] Ce point est controversé en doctrine, l'auteur Loiseau G. étant pour (Loiseau G., Note, Droit Social, 2011, p. 681 et suivant.), tandis que l'auteur Pélissier M. J., est au contraire pour qu'un syndicat représentatif puisse agir afin de faire appliquer les règles légales du licenciement pour motif économique quand la rupture conventionnelle s'est vue être utilisée frauduleusement (Pélissier J., SSL, 2011, n° 1484) ; Chirez A., *La rupture conventionnelle pour cause économique*, Le Droit Ouvrier, août 2011, n° 757, p. 474.
[2136] Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 4 ; Arrêt de la Cour d'appel de Rouen, 27 avril 2010, numéro de pourvoi 09-4792.
[2137] Duquesque F., *Droit du travail*, Master Pro, 4ème édition, lextenso édition, 2010, p. 342.
[2138] Concernant le refus d'homologation, la décision de refus ne crée pas de droits acquis, ni au profit des parties à la convention, ni au profit des tiers, comme posé par l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 12 mai 2017, numéro de pourvoi 15-24.220 (rejet), Recueil Dalloz, 25 mai 2017, n° 19, 1048 ; Voir Mouly J., Note, Dr. Soc., 2017, 680 du cet arrêt du 12 mai 2017.
[2139] Coeuret A., Gauriau B., Miné M., *Droit du travail,* Université, Sirey, 3ème édition, 2013, p. 445.

comme détachables[2140]. En effet, le législateur a agi pour ne pas désassembler tout litige administratif concernant l'homologation, de tout litige concernant la convention de rupture en rapport avec le libre consentement des parties face à des violences, au dol ou aux vices du consentement[2141].

L'homologation par la DIRECCTE requise pour valider la rupture conventionnelle ou rupture conventionnelle collective, n'emporte néanmoins pas force de chose jugée[2142].

Concernant la non-possibilité de former des recours administratifs, ce principe connaît une exception valant uniquement pour les salariés protégés qui rentrent dans le cadre de l'autorisation de rupture conventionnelle[2143]. En effet, les salariés protégés requérant comme nous l'avons vu une autorisation de l'inspecteur du travail valant homologation, les recours qui seront formés contre la décision d'un inspecteur du travail de refuser ou d'autoriser leur rupture conventionnelle sont à former devant le tribunal administratif[2144] selon la règle de droit commun et / ou devant le ministre, ainsi que posé par l'article R. 2422-1 du Code du travail[2145]. Cet article R.2422-1 pose que le recours devant le ministre doit « *être introduit dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision de l'inspecteur. Le silence gardé pendant plus de quatre mois sur ce recours vaut décision de rejet* ». Il n'y a donc pas de recours pour les salariés protégés devant le Conseil de Prud'hommes, comme c'est le cas pour les homologations de droit commun[2146].

[2140] Circulaire 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 7.
[2141] Circulaire 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 7.
[2142] Laissant ouvert l'accès au juge.
[2143] Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee.
[2144] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 8 ;
Concernant les salariés protégés, la rupture conventionnelle de leurs contrats de travail est admise selon l'article L. 1237-15 du Code du travail, à la condition d'être autorisée par l'autorité administrative qui doit être saisie après le délai de rétractation de quinze jours passé. Voir ici RJS**,** observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 15 mai 2019, numéro de pourvoi 17-28.547, juillet 2019, n° 443, p. 558.
[2145] Article R. 2422-1 du Code du travail, modifié par le décret n°2008-1503 du 30 décembre 2008, art. 2.
[2146] Circulaire DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, Fiche 14 Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 59.

Le législateur français a aussi prononcé une dérogation dans le but de favoriser un traitement rapide des contentieux, en prononçant que l'ordre administratif est compétent pour se prononcer sur les recours en annulation ou réformer des décisions de l'administration[2147].

L'autorité administrative a l'obligation de remplir le formulaire de rupture conventionnelle, qu'elle ait prononcé un rejet ou une autorisation expresse ou tacite[2148]. Ce document, le conseil des prud'hommes pourra l'exiger si besoin est de l'administration, tant qu'il n'y aura pas eu prescription. En effet, en cas de litige sur la convention d'homologation, le conseil des prud'hommes est saisi en premier et dernier ressort dans un délai de douze mois à compter de la date d'homologation selon l'article L. 1237-14 du Code du travail[2149]. Ce délai de prescription de douze mois[2150] à partir de la date d'homologation vaut pour les actions contestant la validité d'une rupture conventionnelle pour vice du consentement[2151], pour une irrégularité dans la procédure[2152], pour un envoi de la demande d'homologation avant l'expiration du délai de rétractation, mais aussi pour une action en paiement de l'indemnité spécifique de rupture[2153].

Dans le cas où le juge prud'homal annulerait un refus d'homologation, l'autorité administrative sera alors ressaisie[2154]. Il faut donc bien comprendre à travers le ressaisissement de l'autorité administrative pour statuer en prenant compte de l'autorité de la chose jugée, que le conseil des prud'hommes ne sera jamais apte à autoriser l'homologation d'une rupture conventionnelle[2155].

[2147] Bossu B., Dumont F., Verkindt P.-Y., *Droit du travail*, lextenso éditions, 2011, p. 292.
[2148] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 7; Prétot X., *L'homologation de la rupture conventionnelle par l'autorité administrative*, Dr. Soc., 2008, p. 318.
[2149] Article L. 1237-14, créé par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, Art. 5 ; Icard J., *La prescription en droit du travail, Étude d'actualité des relations individuelles de travail*, Chronique, RJS, mai 2019, p. 332.
[2150] La loi du 17 juin 2008 a abrégé les délais de prescription extinctive en droit commun et des durées comme ce court délai de douze mois ont depuis progressivement pris le devant en droit du travail français. Ces délais courts forcent la saisie du juge dans un temps restreint avant qu'il n'y ait déchéance : voir Baugard D., *Prescriptions et pouvoirs du juge judiciaire*, Dr. Soc., 2018, 59. et Carbonnier J., *Note sur la prescription extinctive*, RTD civ., 1952, 171 : « *un délai pour ne pas agir* ».
[2151] RJS, observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 10 avril 2013, numéro de pourvoi 11-15.651, 6/13 n° 445.
[2152] Pour un défaut d'entretien préalable à la signature par exemple.
[2153] RJS, observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 20 novembre 2019, Rupture conventionnelle homologuée et prescription, février 2020, 85, p. 129.
[2154] Duquesque F., *Droit du travail*, Master Pro, 4ème édition, lextenso édition, 2010, p. 343.
[2155] Circulaire 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 7.

La Cour de cassation a soulevé dans son rapport annuel de 2017 sa volonté d'obliger l'administration, par voie réglementaire, à adresser un récépissé à chacune des parties de toute demande d'homologation d'une rupture conventionnelle, afin que les parties sachent toutes deux quelle est la date exacte de la demande d'homologation[2156].

En effet, dans la décision de la cour de cassation du 6 décembre 2017[2157], un salarié a vu sa demande de contestation de sa convention de rupture être déclarée irrecevable pour faute de non-respect du délai de douze mois, mais cela à 24 heures près. Il soulevait qu'il avait été tenu dans l'ignorance de la date d'homologation, cela étant possible du fait que la demande d'homologation incombe à l'une ou l'autre des parties et que la partie l'envoyant à l'administration, n'a pas obligation d'informer l'autre partie[2158]. Or, si dans le cas où une partie n'a pas été informée de l'envoi et que l'administration procède à l'homologation de la convention de rupture de manière implicite en laissant expirer le délai d'instruction de quinze jours, cette partie n'aura pas de moyen pour connaître la date exacte de l'homologation et donc la date exacte du début du recours juridictionnel d'un délai de douze mois. Cette date de départ devient ainsi le « *centre de gravité* » du régime de la prescription[2159], même si ce délai ne commence pas à la date de connaissance des faits du salarié mais repose au contraire sur un critère purement objectif[2160].

Si la Cour de cassation a approuvé la décision de la cour d'appel en jugeant qu' « *une cour d'appel, qui a relevé que le salarié et l'employeur avaient signé une convention de rupture, et devant laquelle il n'était pas contesté que la convention avait reçu exécution, a fait ressortir que ce salarié avait disposé du temps nécessaire pour agir avant l'expiration du délai prévu à*

[2156] Cour de cassation, rapport annuel 2017, Propositions de réforme en matière civile, Application du délai de douze mois du recours juridictionnel prévu en matière de rupture conventionnelle par l'article L. 1237-14 du code du travail, p. 78.
[2157] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 6 décembre 2017, numéro de pourvoi 16-10.220 ; voir Lokiec P., *V. Rupture*, Recueil Dalloz, 19 avril 2018, n° 15, 824 ; Ducloz F., chron., Recueil Dalloz, 2017, 2540 et 2018, 190 ; Mouly J., Observations, Dr. Soc., 2018, 302 ; RJS, observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 6 décembre 2017, numéro de pourvoi 16-10.220, février 2018, n° 106, p. 133.
[2158] Cour de cassation, rapport annuel 2017, Propositions de réforme en matière civile, Application du délai de douze mois du recours juridictionnel prévu en matière de rupture conventionnelle par l'article L. 1237-14 du code du travail, p. 77.
[2159] Mignot M., *Rapport de synthèse*, *La réforme de la prescription*, actes de colloque, LPA, 2 avril 2009, p. 59, spécificités p. 64 sur les conséquences du raccourcissement des délais de droit commun sur le point de départ de la prescription ; Klein J., Rappr., *Le point de départ de la prescription*, thèse, Economica, spéc. N° 8 et Bénabent A., *Sept clés pour une réforme de la prescription extinctive*, D. 2007, 1800, spéc. N° 18.
[2160] Morin J., *Quel point de départ pour la prescription de l'action en nullité de la rupture conventionnelle ?*, RDT, mai 2018, p. 392. Voir aussi François J., *Les obligations. Régime général*, Economica, 2017, n° 184 et suivant sur la différence entre approche subjective et objective du point de départ de la prescription.

l'article L. 1237-14 du code du travail, peu important qu'il ait pu ne pas avoir connaissance de la date exacte de la décision implicite d'homologation », il reste que la Cour de cassation ne trouve pas cette décision satisfaisante, même si elle fait état des dispositions légales actuelles[2161]. Seulement, la direction générale du travail ne souhaite pas remédier à cette situation pour l'instant, indiquant que l'envoi d'un récépissé accusant réception d'une demande d'homologation aux parties est déjà d'usage courant depuis l'arrêté du 8 février 2012[2162] et que si dans la pratique l'administration ne procède pas toujours à cet envoi, cela est principalement dû à un manque de moyens humains et financiers des DIRECCTEs[2163].

Les avocats salariés, comme nous l'avons vu dans notre partie sur les parties à la rupture conventionnelle, peuvent également conclure une rupture conventionnelle s'ils sont salariés sous un contrat à durée indéterminée[2164]. Concernant leur contrat de travail, ces avocats salariés ont eux, la particularité que en cas de contentieux après avoir présenté leur demande d'homologation devant la DIRECCTE compétente, c'est le Bâtonnier qui s'occupera du litige[2165]. Ils peuvent donc bien faire l'objet d'une rupture conventionnelle et si leur particularité réside dans le fait que c'est le Bâtonnier qui va s'occuper d'un quelconque litige les concernant, ils auront toujours la possibilité d'opérer un recours devant les conseils des prud'hommes[2166].

[2161] Cour de cassation, rapport annuel 2017, Propositions de réforme en matière civile, Application du délai de douze mois du recours juridictionnel prévu en matière de rupture conventionnelle par l'article L. 1237-14 du code du travail, p. 78.
[2162] Arrêté du 8 février 2012, relatif à la fixation des modèles de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle de contrat de travail à durée indéterminée.
[2163] Cour de cassation, rapport annuel 2017, Propositions de réforme en matière civile, Application du délai de douze mois du recours juridictionnel prévu en matière de rupture conventionnelle par l'article L. 1237-14 du code du travail, p. 77, 78.
[2164] Dossier jurisprudence théma, *la rupture conventionnelle*, ruptures atypiques, n° 83/2014, 6 mai 2014, p. 3
[2165] Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee.
[2166] Circulaire 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 4.

a) Une diminution des contentieux grâce à ce mode de rupture ?

En Allemagne, l'absence de tout contrôle sur le contenu d'un « Aufhebungsvertrag », se justifie par la nécessité de respecter la « volonté » des parties (de l'employeur souvent). La conséquence mène à de nombreuses tentatives d'annulation devant le juge par les salariés. Tentatives cependant vouées dans la plupart du temps à l'échec. Ainsi, même sans diminution des contentieux en Allemagne, la sécurité juridique reste de mise pour les employeurs.

En France, l'absence de motivation et la charge de la preuve des vices de consentement pesant sur les salariés (tout comme en Allemagne)[2167], mais également le droit de rétractation qui va contribuer à la déjudiciarisation. La rupture conventionnelle a elle-même été instituée afin d'éviter la contestation du motif devant le Conseil des prud'hommes, ce qui déplace bien *a priori* l'objet des litiges vers la vérification de la qualité du consentement du salarié[2168]. Suivant la volonté politique de faire reculer le juge en droit du travail. L'auteur Frouin J.-Y., président de la chambre sociale de la Cour de cassation de 2014 à 2018, considère cet objectif comme attesté par la diversité de ses manifestations, avec des « *règles animées d'une même intention d'écarter ou de mettre à distance le juge social* »[2169]. La rupture conventionnelle en est l'exemple le plus typique, accompagnée d'une jurisprudence bienveillante ne l'entravant pas[2170], comme nous l'avons vu dans ce travail.

Se pose cependant la question en droit français si la rupture conventionnelle qui est un mode de rupture à part entière[2171], engendre vraiment une diminution du contentieux judiciaire[2172], les motifs de recours restant nombreux en pratique. La rupture conventionnelle collective est

---

[2167] A cela s'ajoute que le délai de contestation est réduit à douze mois ; Ciray H., Note sous arrêt, Cour de cassation, chambre sociale, 30 mai 2018, numéro de pourvoi 16-15.273 (publié), droit ouvrier, août 2018, n° 841, p. 525 ; Cet arrêt pose également qu'en cas de rupture du contrat de travail en exécution d'une convention de rupture ensuite annulée, alors la rupture produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Voir à ce sujet Loiseau G., Note, JCP S, 2018, 1218.

[2168] Bonnechère M., Note sous arrêt, Cour de cassation, chambre sociale, 6 octobre 2015, A. contre Société Méditerranée Var diffusion, numéro de pourvoi 14-17.539, Le Droit Ouvrier, janvier 2016, n° 810, p. 45.

[2169] Frouin J.-Y., *Le recul du juge en droit du travail*, RDT, janvier 2020, p. 18.

[2170] Frouin J.-Y., *Le recul du juge en droit du travail*, RDT, janvier 2020, p. 19.

[2171] Lokiec P., Rupture du contrat, IV – *Rupture conventionnelle*, Rép. trav., Dalloz 2013.

[2172] L'auteur Frouin considère que la rupture conventionnelle a « *parfaitement rempli son office puisqu'il* (ce mode de rupture) *rencontre un grand succès et contribue effectivement à la décrue du contentieux »*: Frouin J.-Y., *Le recul du juge en droit du travail*, RDT, janvier 2020, p. 19.

également devenue un mécanisme diminuant le recours au juge[2173]. Les principaux arguments attaquant une justice sociale prétendument défaillante, comprennent notamment les dysfonctionnements de la justice prud'homale[2174], un reproche d'être excessivement normative et une insécurité juridique[2175] pour les employeurs surtout.

Une possibilité est ouverte pour le salarié de contester la régularité de la procédure ou de contester les efforts de reclassement de son employeur, incluant les mesures d'accompagnement, le plan de sauvegarde de l'emploi ou un non-respect de sa priorité de réembauchage[2176]. Il peut à ce titre obtenir réparation.

Le salarié n'est en revanche pas à même de réfuter le motif de la rupture. Une réfutation du motif de la rupture n'est pas admise dans le cadre de la rupture conventionnelle française, en raison du caractère de mode de rupture autonome[2177]. De plus, la Cour de cassation a récemment admis que l'existence d'un différend entre les parties au contrat n'affecte pas en lui-même la validité de leur convention de rupture[2178]. L'usage du mot « différend » et non « litige » s'explique de par la volonté d'exclure « *toute discussion quant au fait de savoir si la solution doit être limitée aux seuls litiges portés devant le juge* »[2179].

[2173] Étant donné que la rupture conventionnelle collective permet la conclusion de ruptures d'un commun accord dans le cadre d'accords collectifs en matière de congés de mobilité et de PDC autonome: voir Frouin J.-Y., *Le recul du juge en droit du travail*, RDT, janvier 2020, p. 19.

[2174] Augmentation et complexification ces dernières années du droit du travail avec un taux élevé de conflits, voir Frouin J.-Y., « Le recul du juge en droit du travail », RDT, janvier 2020, p. 22 et voir le *rapport de la DACS*, Serverin E., SSL, 18 novembre 2019, n° 1883 et Serverin E., *Controverse : la baisse du contentieux est-elle le signe d'une pacification de la relation de travail ?*, RDT, 2019, p. 227, posant que le taux de conflictualité n'est au final pas si élevé mais qu'il y a au contraire une judiciarisation atténuée.

[2175] Frouin J.-Y., *Le recul du juge en droit du travail*, RDT, janvier 2020, p. 22.

[2176] Coeuret A., Gauriau B., Miné M., *Droit du travail,* Université, Sirey, 3ème édition, 2013, p. 446.

[2177] Voir l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 12 février 2014, numéro de pourvoi 12-29.208, non publié au bulletin (rejet) : « *3°/ que sous couvert de contrôler le consentement des parties, les juges du fond ne peuvent contrôler le motif de la convention de rupture conventionnelle qui constitue un mode autonome de rupture ; qu'en annulant la convention de rupture conventionnelle au prétexte qu'elle était intervenue après que la salariée ait fait l'objet d'une sanction disciplinaire grave et injustifiée et alors qu'aucune observation ne lui avait été faite jusqu'alors sur son comportement ou son travail, la cour d'appel qui, sous couvert de contrôler le consentement de la salariée, a opéré un contrôle du motif de la rupture conventionnelle, a violé l'article L. 1237-11 du code du travail, ensemble l'article 12 du code de procédure civile ;* ».

[2178] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 23 mai 2013, numéro de pourvoi 12-13.865, publié au bulletin (rejet) ; Aussi arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 19 novembre 2014, numéro de pourvoi 13-21.979 et Laval J.-S., *L'homologation d'une rupture conventionnelle par l'inspecteur du travail n'est pas tributaire du litige antérieur concernant le contrat de travail*, JCP S, 26 mars 2019, n° 12, 1092, p. 33 ; Voir également Auzero G., *Le différend n'exclut pas la rupture conventionnelle*, RDT, 2013, p. 480.

[2179] Auzero G., Baugard D., Dockès E., *Droit du travail*, 31ème édition Dalloz, 2017, p. 513.

L'arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles du 16 décembre 2014[2180], pose qu'uniquement un salarié protégé est à même de contester une rupture conventionnelle qui a fait l'objet d'une autorisation par l'inspecteur du travail, ceci ressortant de la nécessité du requérant d'avoir un « intérêt à agir » pour contester la décision qui lui est défavorable[2181]. Un salarié ayant vu son contrat être transféré et qui a conclu une rupture conventionnelle avec ce nouvel employeur, dispose en effet selon la Cour d'appel de Versailles du 31 octobre 2012 « *toujours un intérêt à agir aux fins de contester le transfert de son contrat de travail* » dès lors qu'il dispose d'un motif, tel l'absence d'entité économique autonome[2182].

On observe cependant que les recours restent peu nombreux, notamment parce que le législateur, voulant restreindre la possibilité de contester la régularité de la rupture conventionnelle a dans ce but posé des délais courts, le recours juridictionnel devant être formé dans un délai de douze mois à compter de la date d'homologation de la convention[2183], mais aussi parce que le salarié a originellement accepté cette convention (il ne s'agit pas ici d'un licenciement décidé unilatéralement par l'employeur) et s'il n'a pas fait usage de son droit de rétractation, alors il sera moins porté à mettre en cause cette rupture.

Néanmoins, de nombreux abus ont lieu de part cette rupture conventionnelle, ce qui signifie que des remises en cause de la validité d'une telle rupture sont forcées de voir le jour.

Ce sont les hypothèses de fraude et de vice du consentement qui marquent les limites des possibilités d'annulation de la rupture conventionnelle[2184].

[2180] Cour administrative d'appel de Versailles, arrêt du 16 décembre 2014, n° 12-3269 ; Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 12.
[2181] Juritravail.com, Langlet V., *Rupture conventionnelle d'un salarié protégé : l'employeur ne peut pas la contester*, modifié le 26 mars 2015, accès le 20 avril 2016, http://www.juritravail.com/Actualite/salarie-protege-contester-l-autorisation-de-licenciement/Id/200451.
[2182] Arrêt de la Cour d'appel de Versailles, 31 octobre 2012, numéro de pourvoi 11-01510
[2183] Article L. 1237-14 du Code du travail.
[2184] Peskine E., Wolmark C., *Droit du travail,* Hypercours, 2017, 11ème édition Dalloz, 2016, p. 379, 565.

Une fraude consiste traditionnellement « *à ruser avec la loi au lieu de la violer ouvertement* »[2185]. Par exemple, l'employeur fait usage d'une procédure du Code du travail, mais il arrive à éluder la loi en se plaçant artificiellement en dehors[2186].

Ainsi en va-t-il de ruptures conventionnelles masquant la volonté de l'employeur de licencier le salarié. Une telle rupture peut donc voir le jour suite à un harcèlement moral, à des difficultés économiques ou à une restructuration, ou encore suite à une dégradation organisée des conditions de travail du salarié[2187].
Nous avons vu dans la Partie I, qu'un salarié avait dans l'arrêt Sable d'Olonne de mai 2010 plaidé pour vice de consentement. Nous allons à présent voir qu'elle position la Cour de cassation a, dans plusieurs arrêts suivant cette décision, pris position sur la recevabilité d'un recours contre une rupture conventionnelle pour vice de consentement.

La validité du consentement qui est devenu le moyen exclusif de remise en cause d'une rupture conventionnelle[2188], doit être appréciée lors de la signature de la convention de rupture conventionnelle[2189].

La Cour de cassation a, dans l'arrêt du 16 septembre 2015, rejeté le pourvoi que l'employeur avait fait contre le jugement de la Cour d'appel, laquelle avait annulé la rupture conventionnelle d'un cadre dirigeant pour avoir été forcé à choisir entre être licencié pour faute grave ou signer une rupture conventionnelle[2190], ce qui fonde un vice du consentement.

[2185] Carbonnier J., *Droit civil, Les Obligations*, tome 4, n° 7.
[2186] Chirez A., *La rupture conventionnelle pour cause économique*, Le Droit Ouvrier, août 2011, n° 757, p. 474.
[2187] Pélissier J., Auzero G., Dockès E., *Précis de Droit du travail*, 25ème édition, Dalloz, 2011, p. 503 - 449.
[2188] Wolters Kluwer, *Rupture conventionnelle: nouvelles précisions de la Cour de cassation*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16921, 25 septembre 2015, p. 2.
[2189] Voir l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 12 février 2014, numéro de pourvoi 12-29.208, non publié au bulletin (rejet) en son point 4 : « *que la validité du consentement doit être appréciée au moment de la signature de l'acte de rupture conventionnelle ; qu'en appréciant la validité du consentement de la salariée pour signer l'acte de rupture conventionnelle du 16 mars 2010, au regard du caractère injustifié de sa mise à pied antérieure (...) ayant finalement été annulée par jugement du conseil des prud'hommes (...), lorsque ce caractère injustifié n'était nullement établi lors de la signature de l'accord de rupture conventionnelle et n'avait pu avoir aucune incidence sur son consentement, la cour d'appel a violé l'article L. 1237-11 du code du travail, ensemble les articles 1108 et 1109 du code civil ;* ».
[2190] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 16 septembre 2015, numéro de pourvoi 14-13.830, publié au bulletin (rejet).

Un arrêt précédent de la Cour de cassation datant du 23 mai 2013[2191] reconnaît qu'il y a bien eu vice du consentement d'une avocate accusée de divers manquements professionnels, ce qui a affecté la rupture conventionnelle et mené à la requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dans les faits, la Cour d'appel de Versailles avait au 15 décembre 2011 jugé justement, que même « *si l'existence, au moment de sa conclusion, d'un différend entre les parties au contrat de travail n'affecte pas par elle-même la validité de la convention de rupture conclue en application de l'articles L. 1237-11 du Code du travail »*, cet article L. 1237-11 pose bien que *« la rupture conventionnelle (…) ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties* », le but étant de garantir au sein de la rupture conventionnelle la liberté de consentement des parties. La Cour a ainsi relevé que l'employeur, une société d'avocats, avait « *menacé la salariée de voir ternir la poursuite de son parcours professionnel en raison des erreurs et manquements de sa part justifiant un licenciement* », et l'avait donc « *incitée, par une pression, à choisir la voie de la rupture conventionnelle* »[2192]. Pour la Cour d'appel, un tel comportement de l'employeur rend inhérent un consentement vicié de la salariée et justifie donc une requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Nuançons la manière dont les cours considèrent le libre consentement des parties en vue de conclure une rupture conventionnelle : en effet, dans l'arrêt de la Cour de cassation du 29 janvier 2014[2193], la Cour a considéré normal que la Cour d'appel n'ait que relevé le fait que le salarié travaillant en tant que commercial « *avait un projet de création d'entreprise, n'avait pas fait l'objet de rappels à l'ordre ou de menaces de rupture du contrat* », ceci sans chercher à savoir par un contrôle plus en profondeur, si le consentement du salarié n'était pas vicié lors de la rupture par une contrainte venant de l'employeur, contrainte qui aurait privé le salarié de « *tout moyen d'action* » et aurait « *provoqué un état de fatigue morale* ». La Cour de cassation, face à ce grief exprimé par le salarié, se contente de poser que comme aucun état de contrainte n'a été invoqué devant la Cour d'appel, celle-ci n'avait donc pas d'obligation à « *effectuer une recherche qui ne lui était pas demandée* ».

[2191] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 23 mai 2013, numéro de pourvoi 12-13.865, publié au bulletin (rejet).
[2192] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 23 mai 2013, numéro de pourvoi 12-13.865, publié au bulletin (rejet).
[2193] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 29 janvier 2014, numéro de pourvoi 12-25.951, publié au bulletin (cassation partielle).

Il est ainsi difficile d'établir un vice, le différend devant avoir conduit à vicier le consentement. Ceci qu'il s'agisse du consentement du salarié ou même de l'employeur[2194].

Un autre exemple de vice de consentement reconnu ressort de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 février 2014[2195]. Dans cet arrêt, la Cour de cassation rappelle qu'une rupture conventionnelle ne doit pas être imposée et que au vu des actions de l'employeur, lequel avait « *engagé une procédure de licenciement quelques semaines avant la signature de la convention de rupture, qu'il avait ensuite infligé à la salariée une sanction disciplinaire injustifiée et l'avait convoquée à un entretien destiné à déterminer les modalités de la rupture du contrat de travail qui n'avait duré qu'un quart d'heure et au cours duquel les parties n'avaient pas eu d'échange, la cour d'appel a souverainement estimé que le consentement de la salariée avait été vicié* ».

La limitation à la fraude ou au vice de consentement ressort encore de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 mars 2015[2196], arrêt que nous avons déjà analysé dans notre partie sur les salariés protégés et notamment durant le congé maternité. Cette limite ressort ainsi de la volonté de la Cour de cassation de ne pas entraver l'engouement de ce mode de rupture[2197].

Dans cet arrêt, la rupture conventionnelle a considéré être valide par la Cour, malgré le fait qu'elle ait été conclue durant une période de suspension du contrat de travail[2198]. La Cour d'appel aurait « *retenu à bon droit que, sauf en cas de fraude ou de vice du consentement, non invoqués en l'espèce, une rupture conventionnelle peut être valablement conclue en application de l'article L. 1237-11 du Code du travail au cours des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles la salariée a droit au titre de son congé de maternité, ainsi que pendant les quatre semaines suivant l'expiration de ces périodes* ».

[2194] Voir les parties de ce travail sur le vice de consentement touchant l'employeur et sur la nullité de la rupture conventionnelle demandée par l'employeur ; Arrêt de la Cour d'appel de Metz du 6 mai 2013, numéro de pourvoi 11-01105.
[2195] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 12 février 2014, n° de pourvoi 12-29.208, non publié au bulletin (rejet).
[2196] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 25 mars 2015, numéro de pourvoi 14-10.149, publié au bulletin (cassation partielle).
[2197] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 1.
[2198] Voir aussi l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 30 septembre 2014, numéro de pourvoi 13-16.297 et Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 3; Wolters Kluwer, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16683, 3 octobre 2014.

La limitation ici est clairement posée sur la possibilité de faire annuler une rupture conventionnelle conclue durant une période normalement protectrice pour les salariés, en admettant que seuls un cas de fraude ou de vice du consentement invoqués puissent entacher une rupture conventionnelle de nullité. Ainsi une rupture conventionnelle française sera, entre autres, prononcée comme étant nulle par les juges du fond si le consentement du salarié n'a été ni libre, ni éclairé ou qu'il a été dans une situation de violence morale[2199].

Il y a également fraude à la loi selon la direction du travail, s'il est prouvable que l'employeur a volontairement étalé dans le temps la conclusion de ruptures conventionnelles dans le but de contourner les règles du licenciement économique, notamment pour rester en dessous des seuils d'interdiction[2200]. Un exemple serait une série de dix ruptures conventionnelles en trente jours, ou encore dans le cas de deux ruptures conventionnelles au sein de neufs licenciements pour motif économique[2201] (Nous avons vu l'ensemble des indices présents dans la circulaire CGT n° 02 du 23 mars 2010 dans la partie « Terminologie, délimitation des accords de rupture », « Exclusions et autorisations de ruptures au sein des accords amiables »). L'arrêt Dentressangle du 9 mars 2011[2202], relevait par exemple trente-huit ruptures conventionnelles sur une période allant du 30 novembre 2008 au 13 mars 2009 et avec un effectif de salariés passant de 577 à 530. Dans cet arrêt se retrouvent les indices de fraude aux règles du licenciement économique[2203], notamment au travers du déplacement du rapport individuel vers le caractère coordonné et organisé[2204] de multiples RC[2205].

Le salarié doit cependant contester dans un délai de cinq années, ce qui correspond au délai de prescription de l'action. Afin d'éviter au salarié la perte des avantages contenant l'exonération

---

[2199] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 30 janvier 2013, numéro de pourvoi 11-22.332, publié au bulletin (rejet).
[2200] Dockès E., Peskine E., Wolmark V., *Droit du travail*, HyperCours, 5ème édition Dalloz, 2010, p. 347 – 443.
[2201] Instruction DGT n° 2010-02 du 23 mars 2010, observations de Fabre A., *Ruptures conventionnelles et suppressions d'emplois pour motif économique : possibilité offerte par la loi ou fraude à la loi ?*, RDT 2010, p. 369.
[2202] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 9 mars 2011, numéro de pourvoi 10-11-581.
[2203] Si la Cour de cassation ne considère pas que le motif économique de la rupture conventionnelle ne soit pas, en soi, une cause de nullité de la convention de rupture, mais qu'il est nécessaire pour exercer une action en nullité de prouver des vices du consentement, il reste que la cause économique reste souvent la raison derrière des RC : voir ici Chirez A., *La rupture conventionnelle pour cause économique*, Le Droit Ouvrier, août 2011, n° 757, p. 477.
[2204] Loiseau G., Note, Droit Social, 2011, p. 681 et suivant.
[2205] Chirez A., *La rupture conventionnelle pour cause économique*, Le Droit Ouvrier, août 2011, n° 757, p. 474.

d'impôts et de charges sociales sur l'indemnité et son droit aux allocations d'assurance chômage, les juges peuvent annuler la convention ou requalifier la rupture conventionnelle en licenciement sans cause réelle et sérieuse, ce qui fera bénéficier le salarié des allocations d'assurance chômage et d'une indemnité de rupture équivalente à l'indemnité spécifique, avec en plus l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse[2206]. Il n'y a cependant pas de retour possible dans l'entreprise pour le travailleur[2207], conséquence normale de la nullité en droit français.

Nous voyons ainsi la complexité des limites entourant la rupture conventionnelle économique, celle-ci restant possible avec pour exception le cas où un plan de sauvegarde de l'emploi s'impose et uniquement si elle n'a pas pour objet un contournement du droit du licenciement économique. Cette complexité pousse certains auteurs à conseiller aux salariés d'éviter d'accepter une rupture conventionnelle pour motif économique[2208].

En Allemagne, il est fréquent qu'une des parties au contrat, dans la plupart des cas le salarié, regrette de l'avoir signée et recherche alors des causes de nullité, lesquelles sont cependant lourdes de conséquences.
D'autant que nous savons maintenant qu'il n'existe pour la doctrine dominante allemande pas de droit de rétractation légal concernant les contrats de résiliation[2209]. Pour cette raison, chacune des parties ne pourra se rétracter que dès lors que cela a été prévu dans l'accord, le contrat de résiliation étant un contrat conclu d'un commun accord, ou dans le cas où une cause de nullité est présente[2210].

Ceci contrairement à la France, où nous avons vu qu'une faculté de rétractation est permise pour le salarié et l'employeur durant un délai de quinze jours à compter du lendemain de

---

[2206] Pélissier J., Auzero G., Dockès E., *Précis de Droit du travail*, 25ème édition, Dalloz, 2011, p. 503 – 449.
[2207] Duquesque F., *Droit du travail*, Master Pro, 4ème édition, lextenso édition, 2010, p. 343.
[2208] Dockès E., Peskine E., Wolmark V., *Droit du travail*, HyperCours, 5ème édition Dalloz, 2010, p. 348 – 443.
[2209] Il n'y a pas de droit de rétractation légal „gesetzliches Widerrufsrecht" selon le § 312g Abs. 1, § 355 BGB. Voir Volk in Brose, Weth, Volk, *(6) Beendigung durch Aufhebungsvertrag,* Kommentar MuSchG § 17 Kündigungsverbot, 9. Auflage 2020, Rn. 133; BAG 27.11.2003, 2 QZR 177/03; Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 148 – 521.
[2210] Michalski L., *Arbeitsrecht,* Start, C.F. Müller, 7. Auflage 2008, S. 55, 56 ; Bauer J.-H., *Neue Spielregeln für Aufhebungs- und Abwicklungsverträge durch das geänderte BGB?*, NZA, 2002, 171: „*Keine Anwendung der §§ 355, 312 BGB*.".

l'apposition des signatures. D'autant, que ce délai de rétractation doit être respecté en France, à défaut, la convention de rupture ne pourra être soumise à l'homologation[2211]. La loi n'impose également pas à la partie rétractant de devoir motiver sa décision[2212].

Ainsi, la diminution du contentieux est réelle, le recul du juge étant poursuivi volontairement. Cela se passe au travers d'une politique de déplacement de la finalité première du droit du travail, allant de la protection du salarié à l'intérêt des employeurs avec le fonctionnement et la compétitivité des entreprises au premier plan[2213].

Avec la nouvelle rupture conventionnelle collective, le recul du juge ne sera cependant pas immédiatement aggravé, étant donné que la production de droit nouveau ouvre une nécessité du juge, faisant « *qu'à un recul du juge succède souvent un retour du juge* »[2214].

b) Nullité en droit allemand en cas de contournement de la loi de protection contre le licenciement, § 134 BGB

Le contrat de résiliation allemand peut être nul quand sa conclusion fait suite à un contournement de la loi de protection contre le licenciement, donc quand il est utilisé dans un but de détournement des conséquences juridiques légales selon le paragraphe 134 BGB.

Par exemple, dès lors qu'un nouveau contrat de travail est convenu avec le nouvel employeur reprenant l'entreprise[2215]. Il sera nul encore, « unwirksam », s'il a été signé par le salarié lors de son embauche ou à un moment ultérieur et dont l'employeur peut faire usage en y apposant

---

[2211] Pélissier J., Auzero G., Dockès E., *Précis de Droit du travail*, 25ème édition, Dalloz, 2011, p. 500 – 444.
[2212] Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee.
[2213] Frouin J.-Y., *Le recul du juge en droit du travail*, RDT, janvier 2020, p. 24.
[2214] Frouin J.-Y., *Le recul du juge en droit du travail*, RDT, janvier 2020, p. 24 ; « *Si le rôle du juge est encadré (…), en même temps les ordonnances en réécrivant plus d'une centaine de pages du code du travail créent de nouveaux espaces pour le juge, d'autant que les textes contiennent des expressions au contenu volontairement large qui accentueront le pouvoir de ce dernier* » : Combrexelle J.-D., JCP S, 2017, 1305.
[2215] Waldenfels T.-G., *Systematische Darstellung mit Übersichten, Fallbeispielen und allen wichtigen Entscheidungen,* Referendarausbildung Recht, Arbeitsrecht, Richard Boorberg Verlag, 4. Auflage 2009, S. 325; BAG, 18.8.2005, 8 AZR 523/04.

une date de résiliation du contrat de travail qu'il choisit[2216]. Il en va de même des accords prévoyants que si le salarié ne revient pas à temps de ses congés de vacances, son contrat de travail sera résilié[2217]. Sont pareillement nuls les contrats de résiliations comprenant une résiliation automatique liée à un certain comportement, tel un salarié auparavant dépendant à l'alcool qui en consume à nouveau[2218].

c) Nullité dans le cas du contournement de la règle du § 613 a BGB sur les droits et obligations lors d'une cession d'entreprise

En outre, certains contrats de résiliation peuvent être nuls pour la raison du contournement de la règle posée au paragraphe 613 a BGB, sur les droits et obligations lors d'une cession d'entreprise[2219].

Le § 613a BGB en son Abs. I protège le salarié durant un transfert d'entreprise d'une perte de son travail, tout en lui imposant un nouvel employeur ; c'est pourquoi il ressort de manière négative de l'article 12 GG de la Constitution allemande « Grundgesetz » un droit de recours « Widerspruchsrecht », codifié au § 613a Ab. VI BGB[2220]. Cependant ce droit de recours de refuser que son contrat de travail soit transféré au nouvel employeur est dangereux et irréversible[2221].

Ainsi, en cas de transfert d'entreprise, la jurisprudence du tribunal fédéral du travail allemand accepte les contrats de résiliation initiés par l'employeur comme n'étant valides sous ce paragraphe, qu'à la condition que ces contrats visent une résiliation définitive des contrats de travail, ou que des raisons objectives les justifient[2222]. Un contrat de résiliation sera donc nul dès lors qu'il sert à contourner les conséquences juridiques du paragraphe 613a du Code civil allemand

---

[2216] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 211.
[2217] BAG 19.12.1974, 2 AZR 565/73, AP Nr. 3 zu § 620 BGB Bedingung; Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 17.
[2218] LAG München 29.10.1987, 4 Sa 783/87, DB 1988, 506 .
[2219] Rolfs, *Der Arbeitsvertrag*, A 100 der Aufhebungsvertrag, Preis, 5. Auflage, 2015, S. 418, Rz. 42 und ff.
[2220] § 613a Ab. VI BGB : Le salarié peut s'opposer par écrit au transfert de son emploi dans un délai d'un mois à compter de la réception des informations visées au paragraphe 5.
[2221] Rieble, Wiebauer, *Widerspruch (§613a VI BGB) nach Aufhebungsvertrag*, NZA 2009, S. 401.
[2222] Naber S., *Der massenhafte Abschluss arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge*, Forum Arbeits- und Sozialrecht Band 30, Centaurus Verlag 2009, S. 256; BAG 18.8.2005 NZA 2006, 145; 23.11.2006 NZA 2007, 866; BAG 11.12.1997 NZA 1999, 262.

dans le cas où une nouvelle relation de travail avec le repreneur de l'entreprise est convenue ou même seulement envisagée[2223].

Cependant, bien que le droit allemand pose la nullité d'un contrat de résiliation quand une reprise du contrat par la nouvelle entreprise est envisagée, cette apparence de rigueur est contredite par l'autorisation de conclusion d'un contrat de résiliation quand les nouvelles détériorations des conditions de travail sont objectivement justifiées, « sachlich berechtigt »[2224]. Un exemple permettant ceci est lors de la conclusion d'un contrat tripartite par l'intermédiaire d'une société d'intégration et de qualification « Einschaltung einer Beschäftigung- und Qualifizierungsgesellschaft » dans le but d'éviter une insolvabilité[2225].

Il y aura par exemple nullité quand le nouvel employeur posera comme condition pour la conclusion des nouveaux contrats de travail (comprenant des conditions dans la plupart des cas moins favorables) qu'ils doivent résilier leurs contrats de travail existants qu'ils avaient conclus avec leur employeur précédent[2226]. La cour fédérale du travail a radicalement interdit cette pratique[2227]. Il n'existe en pratique cependant pas de base juridique pour cette restriction de la liberté contractuelle, faisant que les contrats de résiliation ne sont pas vraiment contrôlés quand ils sont utilisés dans le cadre d'un transfert d'entreprise[2228] en Allemagne.

[2223] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230.,Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 1. Grundsatz, Rn 6; BAG 18.8.2005 NZA 2006, 145.

[2224] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 1. Grundsatz, Rn 6.

[2225] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230.,Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 1. Grundsatz, Rn 6; BAG 18.8.2005 NZA 2006, 145.

[2226] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 212.

[2227] BAG 28.41987, 3 AZR 75/86, AP Nr. 5 zu § 1 BetrAVG; BAG 10.12.1998, 8 AZR 324/97, NZA 1999, 422; voir aussi Redaktion Beck-aktuell, BAG, *Aufhebungsvertrag bei nur vorgetäuschtem Betriebsübergang unwirksam*, 24.11.2006: « *Die Arbeitsvertragsparteien können das Arbeitsverhältnis im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang wirksam durch Aufhebungsvertrag auflösen, wenn die Vereinbarung auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet ist und nicht nur der Unterbrechung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses dient.* ».

[2228] Naber S., *Der massenhafte Abschluss arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge*, Forum Arbeits- und Sozialrecht Band 30, Centaurus Verlag 2009, S. 256; et voir Grau, Hartmann, *Europäisches Arbeitsrecht*, § 15 Betriebsübergang, Preis, 2. Auflage 2019, S. 759, Rz. 15.95.

Un contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag » est par ailleurs reconnu comme n'étant que rarement contestable en cas de transfert d'entreprise « Betriebsübergang », sauf si l'employeur a fait croire à son salarié que l'exploitation sera fermée et non reprise[2229].

Nous avons également vu plus haut dans ce travail que dans le cas où les parties antidatent leur contrat de résiliation dans le but de tromper l'agence du travail, alors celui-ci sera considéré par l'agence comme contraire aux bonnes mœurs.

Dans l'ensemble, on remarque que les conditions sont très spécifiques pour ce qui est d'obtenir la nullité d'un contrat de résiliation en Allemagne. Dans l'hypothèse où seulement certaines clauses du contrat de résiliation sont nulles, cela peut mener à la disparition de l'ensemble du contrat suite aux dispositions légales posées au paragraphe 139 du BGB. Néanmoins, dans le cas où une clause de sauvegarde « salvatorische Klausel » est conclue, la nullité sera restreinte à la clause nulle correspondante[2230].

d) Le dol et l'erreur en droit français et la déclaration de contestation allemande « Anfechtung »

Un vice de consentement, lequel comprend notamment le dol ou l'erreur ainsi que la violence entre autres, entache la validité d'un engagement dès lors qu'un cocontractant n'est pas libre de toute contrainte ou que l'un des cocontractants n'a pas de volonté lucide apte à s'exprimer[2231].

Rappelons tout d'abord les définitions du dol et de l'erreur :
Le dol est « *l'ensemble des agissements trompeurs ayant entraîné le consentement qu'une des parties à un contrat n'aurait pas donné, si elle n'avait pas été l'objet de ces manœuvres* », manœuvres qui indiquent une volonté de nuire menant pour la partie cible à un résultat préjudiciable requérant que le contrat soit annulé pour vice de consentement[2232].

[2229] BAG, 23.11. 2006, 8 AZR 349/06: Redaktion Beck-aktuell, BAG, *Aufhebungsvertrag bei nur vorgetäuschtem Betriebsübergang unwirksam*, 24.11.2006.
[2230] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 212.
[2231] Dictionnaire-juridique.com, Dictionnaire de droit privé, Braudo S., « le vice du consentement », accès le 22 avril 2016, http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/dol.php.
[2232] Dictionnaire-juridique.com, Dictionnaire de droit privé, Braudo S., « le dol », accès le 22 avril 2016, http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/dol.php.

Concernant l'erreur au sein des contrats, elle pourra mener à une cause de nullité du contrat dès lors qu'elle « *porte sur la substance et qu'il est démontré que, sans elle, la partie qui l'a subie n'aurait pas donné son accord à la formation du contrat* »[2233].

En France, la plupart des ruptures conventionnelles qui seront analysées comme des licenciements sans cause réelle et sérieuse le seront pour vice du consentement. Le dol ou l'erreur, portant tous les deux sur les qualités essentielles du contractant[2234], constituent des moyens permettant d'obtenir l'annulation d'une rupture conventionnelle.

Un arrêt important concernant l'erreur du salarié dans le cadre d'une rupture conventionnelle conclue est l'arrêt du 5 novembre 2014 de la Cour de cassation[2235], lequel fait suite au pourvoi de l'employeur contre l'appréciation souveraine opérée par la Cour d'appel de Rennes qui a considéré que le consentement du salarié avait été vicié suite à une information erronée reçue et ayant eu une conséquence financière sur le calcul de l'allocation chômage qu'il pensait pouvoir recevoir.

La Cour de cassation se penche dans cet arrêt sur l'erreur et commence par rappeler que « *seule une erreur sur la substance caractérise un vice du consentement* »[2236] et que l'employeur avait en appel bien souligné le point que « *le montant des indemnités de retour à l'emploi n'entre pas dans le champ de la rupture conventionnelle* »[2237], ce qui pour la Cour de cassation explique que les employeurs soient, ainsi que précisé par l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, tout au plus, tenus d'informer les salariés de la possibilité de se renseigner par eux-mêmes auprès du service public de l'emploi[2238]. La conclusion d'un tel point de vue pour la

---

[2233] Dictionnaire-juridique.com, Dictionnaire de droit privé, Braudo S., « l'erreur », accès le 22 avril 2016, http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/dol.php.
[2234] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 2.
[2235] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 5 novembre 2014, numéro de pourvoi 13-16.372, non publié au bulletin (rejet).
[2236] Alinéa 1 de l'article L. 1110 du Code civil, créé par la loi 1804-02-07, promulguée le 17 février 1804.
[2237] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 5 novembre 2014, numéro de pourvoi 13-16.372, non publié au bulletin (rejet).
[2238] ANI (Accord National Interprofessionnel) du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail : « *la liberté de consentement des parties est garantie : - par la possibilité, lors des discussions préalables à cette rupture, pour le salarié de se faire assister par une personne de son choix (…) - par l'information du salarié de la possibilité qui lui est ouverte de prendre les contacts nécessaires, notamment auprès du service public de l'emploi, pour être en mesure d'envisager la suite de son parcours professionnel avant tout consentement, - par la création d'un droit de rétractation pendant un délai de 15 jours suivant la signature de*

Cour de cassation est qu'une telle erreur d'un salarié sur le montant des indemnités de retour à l'emploi ne caractérisera « *un vice du consentement qu'à la condition que le montant de ces indemnités soit entré dans le champ contractuel* », c'est à dire que le salarié doit avoir fait part à l'employeur « *du caractère déterminant pour lui du montant de ses indemnités de retour à l'emploi, ou lui aurait à tout le moins demandé de lui communiquer leurs bases de calcul* ».

Nous voyons que la Cour de cassation pose dans cet arrêt une condition de taille pour que les salariés puissent faire reconnaître une telle erreur à leur avantage. La Cour de cassation pose également « *qu'une erreur ne peut caractériser un vice du consentement que si elle est excusable* ».

La Cour opère également une différence entre la rupture conventionnelle prise à l'initiative de l'employeur ou à l'initiative du salarié. Elle pose que dès lors que le salarié en a pris l'initiative, il lui appartient de se renseigner sur le montant des éventuelles indemnités de retour à l'emploi percevables et que l'employeur n'a pas d'obligation à ce titre.

Les circonstances du dol étaient, elles, par exemple réunies dans un arrêt de la Cour de cassation du 9 juin 2015[2239]. L'employeur avait promis dans le cadre d'une clause de non-concurrence que la somme égale aux deux tiers du salaire net du salarié soit versée mensuellement pendant douze mois. L'employeur a ensuite, après homologation, renoncé à cette clause. Étant donné que le salarié, s'il avait eu connaissance de la volonté réelle de l'employeur, n'aurait pas consenti à la rupture, le dol[2240] est établi. Dans cet arrêt, l'employeur avait garanti la clause à son salarié et s'était engagé à ne pas la lever. C'est ce point qui est important, vu qu'en pratique, rien n'interdit aux employeurs de lever une clause de non-concurrence après la conclusion d'une rupture conventionnelle[2241].

---

la convention actant l'accord des parties, - par l'homologation, à l'issue du délai de rétractation, de l'accord définitif des parties par le directeur départemental du travail. ».

[2239] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 9 juin 2015, numéro de pourvoi 14-10.192; Wolters Kluwer, *Rupture conventionnelle: un différend sur la clause de non-concurrence peut conduire à l'annulation*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16856, 18 juin 2015, p. 2.

[2240] Manœuvre, destinée à tromper l'autre partie pour obtenir signature du contrat.

[2241] Par ailleurs, si la convention collective ou le contrat de travail prévoient des modalités spécifiques sur la renonciation à la clause de non-concurrence en cas de RC, l'employeur devra respecter ces modalités pour se libérer de la contrepartie pécuniaire. Posé dans l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 4 février 2015, numéro de pourvoi 13-25.451; Wolters Kluwer, *Rupture conventionnelle: un différend sur la clause de non-concurrence peut conduire à l'annulation*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16856, 18 juin 2015, p. 2;

Concernant l'erreur, celle-ci n'entrainera pas la nullité si elle est inexcusable, fautive, notamment en raison de la négligence de la victime qui a un devoir d'information[2242]. Pour l'auteur Montvalon L., une telle erreur doit cependant « *céder en cas de réticence dolosive, qui rend toujours excusable l'erreur provoquée, quand bien même elle porterait sur un élément de droit sur lequel il aurait été légitime d'attendre que le salarié se fût lui-même renseigné, comme les modalités de calcul de l'indemnité de rupture ou de l'allocation de retour à l'emploi* »[2243]. C'est-à-dire quand l'employeur s'est comporté de manière déloyale, avec une volonté de tromper[2244] et surtout quand la rupture conventionnelle a été proposée par l'employeur[2245]. Par exemple, un employeur qui pousse son salarié inapte, suite à un accident du travail, à conclure une rupture conventionnelle[2246], est une preuve pour l'auteur Montvalon L., que celui-ci a une « *intention malveillante* », dès lors qu'il n'informe pas son salarié « *qu'il peut prétendre, en cas de licenciement, au double de l'indemnité minimale prévue par la loi pour une rupture conventionnelle* »[2247].

Mais nous avons vu que la preuve d'une telle réticence dolosive est difficile à démontrer, devant prouver que l'employeur connaissait lui-même l'information et que son silence avait pour but

---

Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 11.

[2242] Voir la partie de ce travail sur le contenu de l'information donné au salarié; Mais aussi voir Montvalon L. de., *Rupture conventionnelle et réticence dolosive, Quelle protection du consentement face à l'asymétrie d'information ?*, JCP S, 4 février 2020, n° 5, 1028, p. 29 ; Lokiec P., *Garantir la liberté du consentement contractue*l, Dr. Soc., 2009, p. 127 ; Bouvier A., Bouvier A., DARES analyses, *Quels salariés parviennent à négocier leur indemnité de rupture conventionnelle ?,* édité par le Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, n° 006, janvier 2018.

[2243] Montvalon L. de., « Rupture conventionnelle et réticence dolosive, Quelle protection du consentement face à l'asymétrie d'information ? », JCP S, 4 février 2020, n° 5, 1028, p. 29 ; voir aussi ici les articles L. 1237 et L. 1239 du Code civil et la jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 avec l'arrêt de la Cour de cassation, 3ème chambre civile, 21 février 2001, numéro de pourvoi 98-20.817, voir ici Constantin A., observations, JCP E, 2001, 1633 ; Goldie-Génicon C., *Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après*, Le Droit Ouvrier, 2019, p. 533.

[2244] Une faute intentionnelle de l'employeur donc, qui peut couvrir la négligence du salarié victime. Voir ici Ghestin J., *La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée*, JCP G, 2011, 703 ; Il en va de même, avec une erreur de droit sur la réglementation applicable excusable, même si commise par un professionnel, quand suite à une réticence dolosive. Voir Barbier H., observations, RTD civ., 2016, p. 612, aussi Mekki M., observations, Recueil Dalloz, 2017, p. 375 et Montvalon L. de., *Rupture conventionnelle et réticence dolosive, Quelle protection du consentement face à l'asymétrie d'information ?*, JCP S, 4 février 2020, n° 5, 1028, p. 29.

[2245] Fabre A., Radé C., *Le juge et la rupture conventionnelle de travail*, Dr. soc., 2017, p. 20.

[2246] L'employeur veut ici induire en erreur son salarié.

[2247] Tout comme la non-information que le salarié peut prétendre à un PDV accompagné d'une indemnité très supérieure à l'indemnité légale. Voir Montvalon L. de., *Rupture conventionnelle et réticence dolosive, Quelle protection du consentement face à l'asymétrie d'information ?*, JCP S, 4 février 2020, n° 5, 1028, p. 31.

de tromper[2248], par ailleurs, un simple renvoi de l'employeur vers les organismes compétents à fournir des informations suffit[2249].

Il y a bien ici une asymétrie d'information qui n'a pour opposition que l'obligation de bonne foi de l'employeur, celui-ci ne devant pas profiter de l'ignorance de son salarié[2250].

En Allemagne, les accords de volontés, « Willenserklärungen » visant la conclusion d'un contrat de résiliation sont contestables « anfechtbar » selon les règles générales des paragraphes 119, 123 et suivants du BGB. Dans le cas où un contrat de résiliation est déclaré nul, après avoir été déclaré auprès du cocontractant, celui-ci sera supprimé rétroactivement[2251].

La déclaration de contestation « Anfechtungserklärung » du § 143 I BGB est un accord de volonté qui n'est soumis à aucune condition de forme mais doit être réceptionné par l'autre partie[2252]. Il s'agit d'une contestation émanant du salarié contre sa propre déclaration de volonté faite dans le cadre du contrat de résiliation. Cette « Anfechtungserklärung » est irrévocable et ne peut plus être retirée dès lors qu'elle a été réceptionnée[2253]. De plus, à partir du moment où

[2248] Comme dans l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 9 juin 2015, numéro de pourvoi 14-10.192 où l'employeur avait promis une indemnité importante en contrepartie d'une clause de non-concurrence, pour au final y renoncer quelques jours après la rupture; Voir aussi Fabre-Magnan M., *Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme*, JCP G, 2016, 706, n° 269 pour ce qui est de l'intention dolosive venant du fait que l'employeur a un avantage à retirer de l'état d'ignorance de son salarié. L'employeur n'agit ici donc pas par simple négligence mais dans le but de ne pas risquer que son salarié renonce à la conclusion de la rupture.

[2249] Voir la partie de ce travail sur le contenu de l'information donné au salarié et Montvalon L. de., *Rupture conventionnelle et réticence dolosive, Quelle protection du consentement face à l'asymétrie d'information ?*, JCP S, 4 février 2020, n° 5, 1028, p. 29 ; ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, article 12.

[2250] Pour l'auteur Montvalon, il faut ici envisager la rupture « négociée » plutôt comme une rupture unilatérale aux torts de l'employeur et même pourquoi pas, engager sa responsabilité civile, dès lors qu'il a soutenu cette asymétrie de par son silence. Voir Montvalon L. de., *Rupture conventionnelle et réticence dolosive, Quelle protection du consentement face à l'asymétrie d'information ?*, JCP S, 4 février 2020, n° 5, 1028, p. 32 ; Bento de Carvalho L., *Nullité de la rupture conventionnelle homologuée : prime à l'employeur fraudeur ?*, RDT 2018, p. 594 sur l'engagement de la responsabilité civile de l'employeur pour mieux réparer l'ensemble des préjudicies subis par le salarié.

[2251] Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 148 – 521.

[2252] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 4. Anfechtung, Rn 11.

[2253] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 4. Anfechtung, Rn 11; BAG 26.4.2006 AP TzBfG § 14 Vergleich Nr. 1.

la contestation « Anfechtung » a été déclarée pour une raison précise, d'autres motifs de recours ne peuvent pas être rapportés, ils nécessitent alors la mise en place d'une nouvelle déclaration de contestation « Anfechtungserklärung »[2254].

Selon le paragraphe 121 I BGB, une contestation de la validité de l'accord doit donc être annoncée au cocontractant après connaissance de la cause de nullité généralement sans retard excessif, « ohne schuldhaftes Zögern » sous deux semaines[2255].
La contestation de validité suppose que le déclarant se soit trompé sur l'importance de la déclaration de volonté. Par exemple, si le salarié pense que sa déclaration concerne une suspension temporaire de sa relation de travail suite à une incapacité d'exercer avec versement d'une rente limitée et non pas la rupture de son contrat de travail.
A l'inverse, une erreur sur le motif ne sera pas retenue quand, par exemple, le salarié a mal évalué les conséquences sociales et fiscales de la résiliation de son contrat de travail ou qu'il a agréé cet accord parce qu'il ne savait pas que en tant que « personne handicapée » il avait droit à une protection particulière contre le licenciement[2256].

Nous comprenons néanmoins, que l'erreur posée au paragraphe 119 BGB ne permettra en pratique quasiment jamais au salarié de faire déclarer le contrat comme nul. Ceci pour la raison que si le salarié déclare n'avoir pas lu le contrat de résiliation, alors il n'y aura pas nullité pour la raison que celui qui ne connaît pas le contenu de sa déclaration ne peut pas s'être trompé dessus, et s'il déclare s'être trompé, qu'il ne voulait pas rompre son contrat, alors l'annulation pour erreur échouera pour la raison qu'il s'agit d'une erreur sur les conséquences juridiques non prises en considération[2257].

[2254] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 4. Anfechtung, Rn 11; BAG 7.11.2007 NZA 2008, 530.
[2255] Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 148 – 521.
[2256] Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 148 – 521.
[2257] Waldenfels T.-G., *Systematische Darstellung mit Übersichten, Fallbeispielen und allen wichtigen Entscheidungen,* Referendarausbildung Recht, Arbeitsrecht, Richard Boorberg Verlag, 4. Auflage 2009, S 326; BAG, NZA 1992, 790; Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2446; BAG, NJW 1992, 2173.

Un exemple du peu de succès d'obtenir une annulation pour cause d'erreur du contrat de résiliation est, que même une femme enceinte non renseignée sur le fait que la conclusion de ce contrat mène à la perte de son droit de protection de la maternité, n'est pas concédé comme justifiant un droit de recours[2258]. En effet, le paragraphe 9 de la loi sur la protection de la maternité (MuSchG)[2259] ne fait pas obstacle à la résiliation « Aufhebung » de la relation de travail. C'est pourquoi la femme enceinte ne sera pas éligible à opérer une contestation, « Anfechtung » sur la base du paragraphe 119 BGB pour cause d'erreur sur les conséquences juridiques d'un tel acte[2260].
Il en allait de même dans une décision de 1983[2261] concernant une femme enceinte n'ayant déjà pas compris les conséquences négatives que la conclusion d'un « Aufhebunsvertrag » auraient dans sa situation, cela ne donnant toutefois pas droit à une contestation « Anfechtung » du § 119 BGB[2262], ni même en invoquant une contrainte temporelle « Zeitdruck » du § 123 Ab. I BGB du fait que ce contrat de résiliation lui ait été proposé par son employeur lequel avait également refusé de lui accorder le délai de réflexion demandé[2263].

Dans le cas cependant où le salarié ne tient pas à participer aux négociations, c'est-à-dire ne tient pas à venir à un rendez-vous de son employeur pour parler de la mise en place du contrat de résiliation, l'employeur n'a pas le droit de l'y obliger[2264]. Ceci vaut d'autant plus dans le cas où le salarié refuse la proposition de son employeur de conclure un « Aufhebungsvertrag », l'employeur n'a alors également pas le droit de le forcer à venir discuter d'un tel contrat de résiliation[2265].

[2258] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 215.
[2259] Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter (Mutterschutzgesetz MuSchG) § 9 Kündigungsverbot.
[2260] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 4. Anfechtung, Rn 11a; BAG 6.2.1992 AP BGB § 119 Nr. 13.
[2261] BAG, 16.02.1983, 7 AZR 134/81 (Berlin).
[2262] Voir aussi pour plus d'informations Giesen D., BGB Allgemeiner Teil, 44. Auflage, 2020, S. 171 sur « Irrtum bei der Willensäußerung » du § 119 Abs. 1, 120 BGB ; Günther in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 42.
[2263] BAG, Anfechtung eines Aufhebungsvertrages durch Schwangere, NJW 1983, S. 2958.
[2264] Schrader, Thoms, Mahler, *Auskunft durch den Arbeitnehmer: Was darf er? Was muss er?*, NZA 2018, S. 967, b) Auskunftspflichten des Arbeitnehmers.
[2265] Schrader, Thoms, Mahler, *Auskunft durch den Arbeitnehmer: Was darf er? Was muss er?*, NZA 2018, S. 967, b) Auskunftspflichten des Arbeitnehmers; Voir ici aussi la décision BAG, NZA 2009, NZA Jahr 2009 Seite 600 = AP GewO § 106 Nr. AP GEWO § 3.

Il reste qu'un salarié aura du mal à contester son contrat de résiliation en invoquant seulement qu'il a été pris par surprise « Überrumpelungseffekt oder Überraschungseffetkt », sans allier cet argument avec par exemple la menace d'un licenciement qu'aurait prononcée son employeur, afin d'obtenir la contestation de son « Aufhebungsvertrag » grâce au § 123 BGB (pour fraude / tromperie délibérée « arglistige Täuschung » ou menace illicite « widerrechtliche Drohung »)[2266].

Il en va, entre autres, de même pour les salariés en congé parental (paragraphe 18 BErzGG) ou les salariés lourdement handicapés (paragraphes 85, 91 SGB IX) qui ne pourront pas se baser sur l'erreur. Concernant les personnes lourdement handicapées, il est également important de noter que le paragraphe 117 I SGB IX pose qu'elles peuvent se voir retirer leurs assistances spéciales, dans le cas où elles rompent un poste de travail qui leur est adapté, par le bureau de l'intégration en collaboration avec l'agence pour l'emploi allemande. La rupture du contrat de travail n'important pas, la conclusion d'un contrat de résiliation peut ainsi mener au retrait des assistances dont elles bénéficiaient[2267] ce qui peut constituer un véritable coup dur pour ces personnes.

En Allemagne, une révocation selon les §§ 312, 355 BGB rendue possible par la cour d'appel de Hambourg, « Landesarbeitsgericht » du 3 juillet 1991, dans le cas où l'employeur confronte son salarié à la conclusion d'un contrat de résiliation sans lui donner le temps d'y réfléchir et exige de lui une réponse immédiate, a été abrogée par le tribunal fédéral du travail allemand[2268]. Ceci malgré la position de la Cour fédérale du travail allemande qui a posé qu'il n'existe pas d'obligation d'accorder au salarié un délai de réflexion ou de rétractation[2269].

Du point de vue du tribunal fédéral du travail allemand, une contestation basée sur le paragraphe 123 du BGB entre en ligne de compte dès lors que l'employeur a menacé son salarié de recourir à un licenciement sans respect du préavis dans le cas où il refuserait une rupture amiable du

---

[2266] Schrader, Thoms, Mahler, *Auskunft durch den Arbeitnehmer: Was darf er? Was muss er?*, NZA 2018, S. 967, d) Vorabinformation über Gespräch und Gesprächsinhalt; Pour un aperçu général des arrêts sur „arglistige Täuschung" et „widerrechtliche Drohung", voir Däubler in Däubler, Deinert, Zwanziger, *Kommentar für die Praxis, Kündigungsschutzrecht (KSchR), Aufhebungsvertrag*, Rn. 78 ff., 81 ff., 11. Auflage, 2020.
[2267] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 33.
[2268] BAG 30.09.1993 AP Nr. 37 zu § 123 BGB; BAG 27.11.2003 NZA 2004, 597, 598 f; Voir aussi Preis, Temming, *Arbeitsrecht*, Individualarbeitsrecht, Dr. Otto Schmidt, 6. Auflage 2020, S. 55, Rz. 228.
[2269] BAG DB 1994, 279; NZA 1996, 811.

contrat de travail[2270]. Un salarié peut donc aussi contester la validité d'un contrat de résiliation sur la base du § 123 BGB quand il a été mené à conclure cet accord de manière frauduleuse « arglistige Täuschung » ou sous des menaces illicites « widerrechtliche Drohungen ».

Une contestation sur la base de fraude « arglistige Täuschung » du § 123 I Alt. 2 BGB[2271] suppose que l'employeur a, de part une prétention, non-communication ou dénaturation des faits, poussé son salarié à l'erreur de manière intentionnelle et l'a ainsi convaincu de conclure l'accord[2272]. Un exemple est le fait pour l'employeur de faire croire à la fermeture inévitable de l'entreprise, alors que la cession de celle-ci à un autre repreneur est déjà prévue[2273]. Encore lorsque l'employeur répond de façon fausse aux questions de son salarié sur les conséquences sociales découlant de la conclusion d'un tel accord, ou dans le cas où l'employeur fait croire au salarié que d'autres salariés auraient aussi signé un contrat de résiliation.

Dans le cas d'une contestation sur la base d'une fraude, celle-ci doit comprendre des circonstances objectivement vérifiables[2274]. Un comportement est du reste frauduleux, dès lors que le trompeur sait que ses informations sont inexactes ou qu'il donne des informations approximatives[2275]. Il incombe cependant au salarié concerné de prouver ses allégations.

Concernant la menace, « widerrechtliche Drohung » posée au paragraphe 123 du BGB[2276], il s'agit de mettre le salarié dans une situation où il se trouve devoir choisir entre deux maux (l'employeur menace de prononcer un licenciement ordinaire ou extraordinaire ce qui pousse le salarié à conclure le contrat de résiliation[2277]) et où le contrat de résiliation est présenté comme étant le moindre mal. La cour fédérale du travail reconnaît qu'une telle menace a de

---

[2270] BAG 20.11.1969 AP Nr. 16 zu § 123 BGB; BAG 15.12.2005 NZA 2006, 841, 842 f.
[2271] Voir notamment Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2446; Däubler in Däubler, Deinert, Zwanziger, *Kommentar für die Praxis, Kündigungsschutzrecht (KSchR), Aufhebungsvertrag*, Rn. 78 ff., 81 ff., 11. Auflage, 2020.
[2272] Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2446; Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 148 – 521.
[2273] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 216.
[2274] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 216.
[2275] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 216.
[2276] § 123 BGB « Anfechtbarkeit wegen Täuschung oder Drohung », (1) « *Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.* »; Däubler in Däubler, Deinert, Zwanziger, *Kommentar für die Praxis, Kündigungsschutzrecht (KSchR), Aufhebungsvertrag*, Rn. 78 ff., 81 ff., 11. Auflage, 2020.
[2277] BAG 12.8.1999 AP BGB § 123 Nr. 51; Notzon M., *Aktuelles zum Aufhebungsvertrag und zur Anfechtung*, öAT, 2020, 5; LAG Rheinland-Pfalz, 07.03.2019, 5 Sa 301/18, BeckRS 2019, 6831.

plus en plus cours et c'est pourquoi sa jurisprudence l'a reconnue[2278] en acceptant le droit d'un salarié à contester « Anfechten » sa déclaration de volonté « Willenserklärung » pour cause de menace illégale, « widerrechtliche Drohung »[2279]. Néanmoins, elle pose une restriction, en ce qu'une menace est illégale quand un employeur raisonnable[2280] (mais pas un employeur idéal) n'aurait pas sérieusement considéré ordonner une résiliation extraordinaire du contrat de travail dans le cas où son salarié refuserait de signer le contrat de résiliation[2281].

Une menace est pareillement illégale dès lors qu'elle est déraisonnable au vu du but poursuivi[2282]. Effectivement, ce qui est déterminant est qu'il ne faut pas seulement prendre en compte la connaissance subjective réelle[2283] de l'employeur mais plutôt les résultats découlant d'enquêtes complémentaires[2284] auxquelles un « employeur raisonnable »[2285] aurait procédé dans le but d'éclaircir la situation[2286]. Ce qui mène la jurisprudence allemande à ajouter qu'est donc déterminante la connaissance hypothétique de l'employeur[2287].

Il convient d'ajouter que la cour fédérale du travail considère comme négligeable et ainsi ne requiert pas de savoir si le licenciement menacé aurait été jugé valide ou pas au cours d'un

---

[2278] Krause R, *Arbeitsrecht*, 2. Auflage, Nomos 2011, § 20 – 6.
[2279] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 4. Anfechtung, Rn 11a; vgl. nur BAG 30.9.1993 AP BGB § 123 Nr. 37; 23.11.2006 NZA 2007, 866.
[2280] „*Widerrechtlich ist eine solche Drohung, wenn ein vernünftiger Arbeitgeber den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung nicht ernsthaft hätte erwägen dürfen*.": Günther in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 43; BAG, *Form des Aufhebungsvertrages, Bedenkzeit*, NZA 2008, 348 Rn. 48; LAG Hamm BeckRS 2012, 74964; LAG Rheinland-Pfalz BeckRS 2017, 134234; Bauer, *Beseitigung von Aufhebungsverträge*n, NZA, 1992, 1015; Lingemann, Groneberg, *Der Aufhebungsvertrag (Teil 1),* NJW, 2010, 3496 (3497).
[2281] Holbeck-Schwindl, *Referendarpraxis Lernbücher für die Praxisausbildung, Arbeitsrecht*, Verlag Franz Vahlen München, 11. Auflage 2012, S. 144 – 606; BAGE 109, 22 = NZA 2004, 597.
[2282] Waldenfels T.-G., *Systematische Darstellung mit Übersichten, Fallbeispielen und allen wichtigen Entscheidungen,* Referendarausbildung Recht, Arbeitsrecht, Richard Boorberg Verlag, 4. Auflage 2009, S. 326.
[2283] « tats. Subj. Wissensstand des AG. ».
[2284] « weiterer Ermittlungen ».
[2285] « verständiger AG ».
[2286] LAG Düsseldorf 30.4.1991, LAGE § 123 BGB Nr. 14 S. 3; auch BAG 30.1.1986, NZA 1987, 91, 92; Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 4. Anfechtung, Rn 11a.
[2287] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 4. Anfechtung, Rn 11a, « *Entscheidend ist also nach der Rspr. der obj. mögl. und damit ein hypothetischer Wissensstand* »; BAG 16.11.1979 AP BGB § 123 Nr. 21; 21.3.1996 AP BGB § 123 Nr. 42.

procès portant sur la protection contre le licenciement[2288]. La limitation posée par la cour fédérale comprend donc que le licenciement dont l'employeur a menacé le salarié n'a pas à être conforme à la décision qui aurait été prise lors d'un éventuel contrôle par une cour de justice, mais que l'employeur a une marge d'appréciation, « Beurteilungsspielraum » laquelle sera dépassée que dans le cas où l'employeur devra estimer qu'il y a une forte probabilité que le licenciement ne passe pas suite à un contrôle judiciaire[2289].

La Cour fédérale du travail ajoute le fait que même si un délai de réflexion[2290] est accordé au salarié, ce qui n'est pas une obligation légale, ceci ne dissipe pas l'illégalité d'une menace mais admet que l'introduction d'un tel délai de réflexion peut écarter la causalité de la menace pour la déclaration de volonté contestée[2291].

Cette mesure de savoir ce qu'un « employeur raisonnable » aurait fait est très critiquée en Allemagne, ne permettant pas vraiment de poser de critères concrets pour l'application de la loi[2292]. C'est une des raisons pourquoi, comme pour l'erreur, une nullité n'aura ici aussi, dans la plupart des cas pas de succès, d'autant que la charge de la preuve repose encore sur le salarié[2293].

Il vaut donc parfois mieux pour le salarié allemand qu'il se laisse licencier dans le but de demander une « comparaison » dans le procès portant sur la protection contre le licenciement[2294].

[2288] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 4. Anfechtung, Rn 11a.
[2289] Mankowski P., *Beseitigungsrechte – Widerruf, Anfechtung und verwandte Institute*, J.C.B. Mohr (Siebeck P.) Tübingen, Jus Privatum 81, 2003, S. 376; BAG 9.3.1995, BB 1996, 434, 435; 12.8.1999, AP Nr. 51 zu § 123 BGB B1. 3R.
[2290] « Bedenkzeit ».
[2291] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 4. Anfechtung, Rn 11a; BAG 28.11.2007 NZA 2008, 348.
[2292] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 217.
[2293] BAG 12.8.1999 AP BGB § 123 Nr. 51; zur Beweiswürdigung BAG 6.12.2001 AP ZPO § 286 Nr. 33; Hesse, *Münchener Kommentar zum BGB* Vor § 620 Rn. 28; BAG, *Form des Aufhebungsvertrages, Bedenkzeit*, NZA 2008, 348: „*Der Anfechtende trägt die Darlegungs- und Beweislast für sämtliche Voraussetzungen einer wirksamen Anfechtung. Im Falle der Anfechtung des Aufhebungsvertrags hat deshalb der Arbeitnehmer die Tatsachen vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen, welche die angedrohte außerordentliche Kündigung als widerrechtlich erscheinen lassen.*".
[2294] Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 48, *„(...) im Kündigungsschutzprozess einen Vergleich anzustreben*".

Car, dans le cadre d'un procès pour contester un licenciement, c'est l'employeur qui doit exposer et établir[2295] les éléments factuels y ayant mené.

Le jugement du 8 décembre 2009 du tribunal du travail de la région du Schleswig-Holstein[2296] « Landesarbeitsgericht » faisant suite à la décision du tribunal du travail de Neumünster « Arbeitsgericht » du 4 mars 2009[2297], a confirmé le jugement en refusant l'appel de la salariée qui contestait le contrat de résiliation qu'elle avait signé. En l'espèce, la salariée aide-soignante a été convoquée à un entretien personnel suite à des accusations à son encontre de malmener des patients. Durant cet entretien l'employeur lui annonça qu'il n'avait d'autre choix que de prononcer un licenciement extraordinaire mais qu'il lui proposait l'alternative de signer un contrat de résiliation, ce que la salariée accepta. Après qu'elle ait patienté vingt minutes devant la porte, le directeur de l'établissement revint avec le contrat de résiliation que la salariée signa le 25 février 2008. Le 27 février 2008 elle contesta ce contrat de résiliation ne comprenant pas d'indemnité en se basant sur le fait qu'elle a signé sous la menace « Drohung » étant donné qu'elle aurait sinon fait l'objet d'un licenciement extraordinaire immédiat et ajoute qu'il y a eu fraude « arglistige Täuschung » comme il lui a été dit que si elle ne signait pas le contrat de résiliation elle n'aurait pas droit à des indemnités chômage. Elle soutient que la signature de ce contrat de résiliation ne lui a apporté que des conséquences négatives, notamment une période de carence pour les allocations de chômage ainsi que la perte du processus de protection contre le licenciement entre autres « Kündigungsschutzverfahren ». De manière générale elle n'était pas à même sur le moment de comprendre les conséquences inhérentes à la signature du contrat de résiliation. Cependant, le Landesarbeitsgericht a refusé d'annuler le contrat de résiliation signé pour la raison que la relation de travail a bien été terminée lors de la signature du contrat de résiliation et que la salariée n'a pas apporté suffisamment de preuves qu'elle a véritablement été menacée illégalement par la prononciation éventuelle d'un licenciement sans préavis[2298]. Ce jugement est un exemple type de la difficulté pour les salariés allemands d'obtenir l'annulation d'un contrat de résiliation, la charge de la preuve pesant sur eux. Cela montre également bien le caractère immédiat et dévastateur que peut prendre la signature d'un contrat de résiliation. En effet, être convoqué à un entretien individuel et se retrouver à y signer un contrat de résiliation de son

[2295] „Darlegungs- und Beweislast".
[2296] Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 8.12.2009, 2 Sa 223/09.
[2297] Arbeitsgericht Neumünster, Urteil vom 4.03.2009, 1 Ca252 b/08.
[2298] Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 8.12.2009, 2 Sa 223/09.

contrat de travail dans la foulée montre que les salariés ne sont pas beaucoup protégés en droit allemand, notamment par l'absence d'une période de réflexion.

Rappelons qu'en droit allemand, le contrat de résiliation est un outil extrêmement avantageux pour l'employeur, car le salarié, en le signant renonce ainsi à son droit à la protection contre le licenciement auquel il aurait eu droit en cas de licenciement[2299]. Mais ceci n'est pas le seul grand avantage pour l'employeur, car, dans le cas, où le salarié accepte la proposition de signer un contrat de résiliation, cela évite à l'employeur de devoir respecter l'attente du délai prévu pour la protection du licenciement[2300], ce qui donne un aspect immédiat à la rupture d'un contrat de travail via contrat de résiliation[2301].

Une nullité du contrat de résiliation pour cause d'erreur, « Irrtum » est selon le paragraphe 121 I BGB à déclarer « immédiatement »[2302] après la connaissance de l'erreur, tandis qu'une nullité pour cause de menace, « Drohung » doit, selon le paragraphe 124 I BGB être soulevée dans un délai d'un an après la fin de la situation contraignante[2303].

Cette absence en droit allemand de véritable possibilité pour les salariés de revenir sur leur décision de signer un contrat de résiliation, qui dès lors que cela s'est fait sans véritable délai de réflexion et sans connaissance de cause, finit toujours de manière catastrophique financièrement et socialement parlant pour ces personnes. Cela a été reconnu par certains auteurs en Allemagne, et notamment les professeurs Henssler et Preis de Cologne, lesquels ont publié un livre en 2006 regroupant une proposition de loi sur les contrats de travail comprenant 149 paragraphes. Leur projet dans le paragraphe 134 propose de créer une date limite de sept jours

---

[2299] Mankowski P., *Beseitigungsrechte – Widerruf, Anfechtung und verwandte Institute*, J.C.B. Mohr (Siebeck P.) Tübingen, Jus Privatum 81, 2003, S. 375; LAG Düsseldorf 20.3.1996, LAGE § 112 a BetrVG 1972 Nr. 4 S. 6.

[2300] « Kündigungsschutzfrist ».

[2301] Mankowski P., *Beseitigungsrechte – Widerruf, Anfechtung und verwandte Institute*, J.C.B. Mohr (Siebeck P.) Tübingen, Jus Privatum 81, 2003, S. 375; ArbG Dortmund 12.4.1951, AP 1953 Nr. 187 S. 243; *Larenz*, AP 1953 Nr. 187 S. 245.

[2302] « Immédiatement » étant la traduction de « unverzüglich ». Auparavant, après plus de deux semaines, il n'était plus possible d'obtenir l'annulation « Anfechtung »: voir BAG, NJW 1991, 2723. Depuis, le tribunal fédéral du travail allemand a changé de position et renvoi à la nécessité de prendre en compte les circonstances de l'affaire pour décider de la période: voir NJOZ 2015, 70 (71). Il est cependant conseillé de s'en tenir à une semaine, deux maximum. Voir Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2446.

[2303] Michalski L., *Arbeitsrecht,* Start, C.F. Müller, 7. Auflage 2008, S. 57 – 255.

durant laquelle les salariés pourront se rétracter d'un contrat de résiliation sans devoir donner de motif[2304].

Dans le cas où un contrat de résiliation a été conclu et que celui-ci comprend le paiement d'une indemnité, en cas de non-paiement de cette dernière, le salarié a le droit de résilier cet accord selon le § 320 BGB, faisant que le contrat de travail perdure[2305].

Dans le cas où les circonstances ont changé après la conclusion d'un contrat de résiliation et qu'elles touchent au sens fondamental du contrat, le salarié peut exiger que le contrat soit adapté aux nouvelles conditions ou qu'il soit annulé sur la base du § 313 du BGB. En particulier quand après la conclusion d'un tel contrat et avant son entrée en vigueur pour des raisons économiques, la situation économique de l'entreprise s'est nettement améliorée et que la raison de la rupture du contrat du salarié n'a plus lieu d'être[2306].

Un arrêt de 2017 du Landesarbeitsgericht de Niedersachsen[2307] a encore une fois confirmé la difficulté pour les salariés de contester un « Aufhebungsvertrag » conclu sous « Drohung ». Dans ce cas, hormis le refus de considérer la signature du « Aufhebungsvertrag » au domicile de la salariée comme donnant un droit à rétractation[2308], la menace « Drohung » n'aurait ici pas été suffisamment prouvée par la salariée.

Un vice de consentement peut également toucher un employeur. Un exemple est l'arrêt de la Cour d'appel de Metz du 6 mai 2013[2309], où le salarié avait plusieurs fois volé du matériel de l'entreprise, ce que l'employeur avait découvert seulement le lendemain de l'envoi de la demande d'homologation à la DIRECCTE. Ce dol, ainsi considéré par la Cour d'appel de Metz, les vols ayant dissimulé à l'employeur un fait important qui ne l'aurait pas mené à conclure une rupture conventionnelle s'il l'avait su, fait que c'est ici le consentement de l'employeur qui est

---

[2304] Henssler M., Preis U., *Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes*, C.H. Beck, 1. Auflage, 1. Januar 2006.
[2305] Besgen N., Velten A., *Der Rücktritt vom Aufhebungsvertrag in der Insolvenz*, NZA-RR 2010, 561.
[2306] Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 149 – 521.
[2307] LAG Niedersachen vom 07.11.2017, 10 Sa 1159/16.
[2308] Refus de reconnaître par rapport au « Haustürgeschäft »: BAG, 27.11.2003, 2 AZR 177/03; Bauer J.-H., *Neue Spielregeln für Aufhebungs- und Abwicklungsverträge durch das geänderte BGB?*, NZA, 2002, 169; Zundel, *Die Entwicklung des Arbeitsrechts im Jahre 2019*, NJW 2020, 286.
[2309] Arrêt de la Cour d'appel de Metz, chambre sociale, 6 mai 2013, numéros de pourvoi 13/00173 et 11/01105.

cette fois vicié en ce qu'il fut une victime d'une erreur sur les qualités essentielles de son co-contractant.

Le tribunal fédéral du travail allemand (BAG) a récemment décidé[2310] qu'un salarié peut obtenir la nullité « Unwirksamkeit » de son contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag », si son employeur ne lui a pas donné une « chance équitable » (« faire Chance ») [2311] durant les négociations. Cette « exigence de négociation équitable » (« Gebot fairen Verhandelns ») découle des obligations contractuelles secondaires « vertragliche Nebenpflichten » du § 311 II Nr. 1 en liaison avec le § 241 II BGB et s'applique par exemple en cas de « *déstabilisation éventuelle du salarié (...), au travers de négociations faites à des moments ou dans des lieux inhabituels ou par l'exploitation d'une faiblesse reconnaissable du salarié due à une maladie ou à des connaissances linguistiques insuffisantes* »[2312]. Le 6ème Sénat avait considéré qu'une telle situation de négociation était non équitable « unfair », « *si une situation de pression psychologique a été créée ou exploitée, qui rend une décision libre et irréfléchie du partenaire contractuel considérablement plus difficile, voire impossible* »[2313]. Malgré ce développement récent, cela reste difficile à prouver et le tribunal fédéral du travail refuse toujours de reconnaître qu'une absence de délai de réflexion, de droit de rétractation ou de révocation puisse constituer une violation[2314].

[2310] NZA, 2019, *Kein Widerruf des Aufhebungsvertrags, Verletzung des Gebots fairen Verhandelns, Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG*, 688; Plum M., *Das Gebot fairen Verhandelns bei Vertragsverhandlungen*, MDR, 02/2020, S. 71, Rz 11 et BAG, 07.02.2019, 6 AZR 75/18, ECLI:DE: BAG:2019:070219.U.6AZR75.18.0 Rz.34, MDR 2019, 997.

[2311] Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2448; Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 11, 12; Langkamp T., Ruckh L., *Kein Widerruf bei Aufhebungsvertrag am Krankenbett, es gilt aber das Gebot fairen Verhandelns,* RÜ, 8/2019, 489, BeckRS 2019, 1651.

[2312] Relevant beispielsweise bei „*einer möglichen Überrumpelung des Arbeitnehmers (...), durch Verhandlungen zu ungewöhnlichen Zeiten oder an ungewöhnlichen Orten oder bei der Ausnutzung einer erkennbaren krankheitsbedingten Schwäche des Arbeitnehmers oder unzureichender Sprachkenntnisse*", siehe Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2447, 2448; Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 11, 12.

[2313] „*wenn eine psychische Drucksituation geschaffen oder ausgenutzt wird, die eine freie und unüberlegte Entscheidung des Vertragspartners erheblich erschwert oder sogar unmöglich macht*.", siehe BAG, NZA 2019, 688; Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 12; Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2448.

[2314] NZA, 2019, *Kein Widerruf des Aufhebungsvertrags, Verletzung des Gebots fairen Verhandelns, Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG*, 688; Eckert M., *Blick ins Arbeitsrecht*, DStR 2019, 1218; Zundel, *Die Entwicklung des Arbeitsrechts im Jahre 2019*, NJW 2020, 286; Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2447.

e) Droit de rétractation allemand et délai de réflexion, „Widerrufsrecht und Bedenkzeit » :

Nous avons vu que la France prévoit un délai de rétractation légale de quinze jours[2315], à l'inverse de l'Allemagne qui n'en prévoit pas pour la conclusion d'un « Aufhebungsvertrag ».

Par ailleurs, la période de réflexion, « Bedenkzeit »[2316] n'est, tout comme pour le droit de rétractation « Widerrufsrecht », pas obligatoire selon la Cour fédérale du travail et ne mènera donc pas à la nullité du contrat de résiliation. Il en va de même concernant la non communication du thème prévu durant l'entretien auquel un salarié a été convoqué[2317].

Le droit allemand ne pose donc pas de période de réflexion obligatoire pour les « Aufhebungsverträge »[2318] et il n'y a bien pas de droit de rétractation général de 14 jours. Un tel droit de rétractation de 14 jours ne se trouve que dans des contrats de consommateurs « Verbraucherverträgen » spécifiques, par exemple dans des contrats à distance « Fernabsatzverträge »[2319]. La conclusion de « Aufhebungsverträge » est ainsi souvent extrêmement rapide, les intérêts des employeurs étant préservés au mieux en cas de déstabilisation de l'état mental du salarié mis face au mur. Avec la signature du contrat de résiliation, les salariés allemands perdent donc la protection contre le licenciement dont ils auraient bénéficié et la signature est en principe irrévocable[2320].

La possibilité existe bien entendu pour les parties de stipuler dans le contrat de résiliation qu'ils se réservent un droit de rétractation[2321]. Ceci en plus de certaines conventions collectives qui

---

[2315] Délai de rétractation de quinze jours prévu à l'article L. 1237-13 du Code du travail; RJS, observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 14 janvier 2016, numéro de pourvoi 14-26.220, mars 2016, n° 171.
[2316] Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 22.
[2317] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 6. Widerruf, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Rn 13; BAG 30.9.1993 AP BGB § 123 Nr. 37; 22.4.2004 NZA 2004, 1295.
[2318] Des §§ 312g, 355 BGB.
[2319] Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 48.
[2320] Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 47, 48.
[2321] Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 18.

prévoient que le salarié est à même de se rétracter de la conclusion du contrat de résiliation tant qu'il est dans le cadre du délai fixé[2322].

f) Pas de droit de rétractation sur la base du démarchage à domicile « Haustürgeschäft »

La non-application d'un droit de rétractation en Allemagne pour la conclusion d'un contrat de résiliation vaut aussi dans le cas où le contrat a été négocié et conclu en dehors des locaux de l'entreprise[2323]. Il n'y a donc pas application des paragraphes 312b et suivants du BGB.

Cette question s'est posée suite à la modification du BGB au 1er janvier 2002[2324]. La discussion qui a ensuivi à cette période à travers la jurisprudence et littérature en droit du travail allemand, concernait principalement le cas de salariés qui auraient été « überrumpelt », c'est-à-dire subjugués en ce qu'ils ont été bousculés et déstabilisés pour les pousser à accepter la rupture d'un commun accord de manière précipitée. Or, un droit de rétractation « Widerrufsrecht » vaut en droit allemand pour de tels cas, notamment lorsqu'un consommateur a été en quelque sorte subjugué dans le cadre d'un démarchage à domicile, « Haustürgeschäft » et qu'on lui a forcé la main pour lui vendre un contrat.

[2322] Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 17; Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 6. Widerruf, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Rn 13; Zu besonderen Formerfordernissen vgl. BAG 30.9.1993 AP BGB § 123 Nr. 37.

[2323] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 6. Widerruf, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Rn 13; vgl. § 611 Rn. 182; zur alten Rechtslage BAG 25.5.2005 NZA 2005, 1111; BVerfG 23.11.2006 NZA 2007, 85; Hümmerich K., *Alea iacta est, Aufhebungsvertrag kein Haustürgeschäft*, NZA 2004, 809; Bauer J.-H., *Neue Spielregeln für Aufhebungs- und Abwicklungsverträge durch das geänderte BGB?*, NZA, 2002, 169; NZA, 2019, *Kein Widerruf des Aufhebungsvertrags, Verletzung des Gebots fairen Verhandelns, Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG*, 688.

[2324] « Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ».

L'argument avançait que les salariés sont des consommateurs au sens du § 13 BGB[2325] et qu'ils puissent se rétracter d'un « Aufhebungsvertrag » conclu de manière précipitée et ce, sans avoir à donner de raison sur la base du § 312 BGB.
Il faut préciser que le démarchage à domicile « Haustürgeschäft » était réglé dans le § 312 BGB jusqu'au 12 juin 2014 et ne l'est désormais plus. En revanche il se retrouve dans le § 312b cité ci-dessus en son Abs. 1 Nr. 1 dans l'appellation : « außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge ». C'est-à-dire « contrats conclus en dehors de locaux commerciaux ». Le droit de rétractation pour de tels contrats étant désormais posée au § 312g BGB[2326].

Cependant, la cour fédérale du travail allemande, BAG[2327] n'a pas considéré que des « Aufhebungsverträge » puissent donner droit à un droit à rétractation dans sa décision du 27 novembre 2003[2328]. Le BAG a avancé que la conclusion d'un « Aufhebungsvertrag », ici dans le bureau du directeur de l'hôtel où elle travaillait, ne présentait pas un environnement « untypisch », atypique et que la salariée n'a pas été face à une situation surprenante par rapport à la location. Au contraire il s'agit selon le tribunal d'un lieu où des questions en lien avec le droit du travail sont régulièrement réglées.

Concernant un droit à rétractation pour la conclusion d'un « Aufhebungsvertrag » en dehors des locaux et par exemple dans le logement de la salariée, celui-ci ne sera pas accordé non plus. Il ne s'agit pas ici non plus d'un « Haustürgeschäft » du BGB[2329].

[2325] § 13 BGB: Consommateurs: « *Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.* » Le BAG ne s'est pas prononcé dans sa décision du 27.11.2003, 2 AZR 177/03 sur le fait de savoir si un salarié est un consommateur dans le cadre du § 13 BGB.
[2326] §§ 312g Abs. 1, 355 BGB ; Günther in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 42.
[2327] Le Bundesarbeitsgericht BAG a confirmé les décisions de refus du tribunal du travail « Arbeitsgericht » et du tribunal du travail de la région du Brandenburg « Landesarbeitsgericht Brandenburg »: Urteil vom 30.10.2002, 7 SA 386/02.
[2328] BAG 27.11.2003, 2 AZR 177/03 Punkt 6. II; BAG, 27.11.2003, Az: 2 AZR 135/03, NJW 2004, S. 2401, siehe Redaktion Beck-Aktuell Nachrichte, Pressemitteilungen, Fachnews becklink 134415, BAG: Am Arbeitsplatz geschlossener Aufhebungsvertrag ist kein Haustürgeschäft, 5. Januar 2005; Günther in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 42.
[2329] LAG Niedersachen vom 07.11.2017, 10 Sa 1159/16; BAG 27.11.2003, 2 AZR 177/03, BAG 27.11.2003, 2 AZR 135/03, NZA 2004, 597; Hümmerich K., *Alea iacta est, Aufhebungsvertrag kein Haustürgeschäft*, NZA 2004, 809; Hümmerich K., *Aufhebungs- und Abwicklungsvertrag in einem sich wandelnden Arbeitsrecht,* NJW 2004, 2928.

2. Charge de la preuve

Un autre grand avantage du contrat de résiliation pour l'employeur est que la charge de la preuve s'inverse. A l'inverse du licenciement où l'employeur doit prouver l'existence d'un motif de licenciement, c'est ici au salarié de présenter une raison qui annulerait le contrat de résiliation[2330]. Ceci valant pour la France et l'Allemagne.

Le régime allemand prévoit que le salarié doit expliquer et prouver[2331] que son employeur (en tant qu'employeur raisonnable) ne devait pas supposer que la continuation de la relation de travail n'était plus raisonnablement possible (justification du licenciement)[2332]. Étant donné qu'il s'agit ici d'une « preuve négative »[2333]qui est à la charge du salarié, une « allégation générale correspondante »[2334] suffit en premier lieu[2335].
La conséquence est, qu'étant donné les difficultés liées à la « preuve négative », le salarié peut exiger de son employeur, qui est le défendeur de la contestation selon les « principes de la charge de la preuve secondaire », d'étayer ses contestations[2336].

Un exemple serait pour l'employeur d'expliquer qu'il pouvait de manière raisonnable laisser supposer qu'il avait un motif de licenciement[2337]. Cette jurisprudence vaut bien entendu aussi dans le cas qui nous intéresse dans ce travail, où l'employeur menace son salarié avec d'un

---

[2330] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 61.
[2331] « darlegen und beweisen ».
[2332] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 4. Anfechtung, Rn 11b.
[2333] « Negativbeweis ».
[2334] « entspr. Pauschale Behauptung ».
[2335] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 4. Anfechtung, Rn11b.
[2336] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 4. Anfechtung, Rn 11b : « *Wegen der Schwierigkeiten eines Negativbeweises ist vom AG als Anfechtungsgegner nach den Grds. der sekundären Darlegungslast das substantiierte Bestreiten der negativen Tatsache unter Darlegung der für das Positive sprechenden Tatsachen und Umstände zu verlangen* »; Vgl. BGH 19.4.2005 NJW 2005, 2766, 2768.
[2337] BAG 28.11.2007 NZA 2008, 348.

licenciement dans le cas où un contrat de résiliation ne voit pas le jour[2338]. Un motif de contestation ne sera pas accepté dès lors que l'employeur a seulement dit qu'il allait discuter avec le comité d'entreprise[2339]. Remarquons encore que la Cour fédérale du travail pose que la conclusion d'un contrat de résiliation contenant une dispense de travail irrévocable pour le salarié n'exclut pas l'annonce d'un licenciement extraordinaire du contrat de travail dans le temps qui reste, par exemple pour cause d'action délictuelle[2340].

[2338] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 4. Anfechtung, Rn 11b.
[2339] « Betriebsrat »; Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 4. Anfechtung, Rn 11b.
[2340] « Restlaufzeit »; BAG 5.4.2001 AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 34.

Section 2. Avantages et inconvénients de cet accord de rupture

L'usage massif de ruptures conventionnelles individuelles en France, ayant contribué à l'instauration de la rupture conventionnelle collective, peut être observé et analysé de près grâce aux statistiques, notamment concernant le montant des indemnités négociées et même l'âge et le genre des salariés qui contractent. Nous verrons que ces statistiques mettent en avant les avantages et les inconvénients de ce type de rupture, essentiellement pour les salariés, mais aussi dans certains cas pour les employeurs. Si les salariés allemands sont clairement désavantagés par rapport aux salariés français, cela ne signifie pas que ces derniers bénéficient d'une procédure avantageuse et ce loin de là. Cette section va récapituler toutes les informations susceptibles d'aider les futurs salariés français ou allemands qui souhaitent conclure une rupture conventionnelle ou un « Aufhebungsvertrag », afin qu'ils sachent bien à quoi s'en tenir s'ils s'avancent dans cette voie.

I. Remontées et suivi statistique des ruptures conventionnelles

Il n'y a pas en Allemagne de statistiques officielles ou de suivi opéré des contrats de résiliations conclus, tandis qu'en France, les ruptures conventionnelles font l'objet d'un suivi statistique au niveau national grâce à la DARES (Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques)[2341]. Un suivi statistique rapide est opéré et les ruptures conventionnelles sont analysées en détail[2342]. Concernant le suivi statistique rapide, cette opération tend à comptabiliser chaque mois les demandes de ruptures conventionnelles qui sont reçues et autorisées par l'autorité administrative par le biais de la messagerie électronique du ministère ainsi que du système de remontées IRMA-STAT[2343]. Dans la pratique, l'autorité administrative recevant les

[2341] DARES études et statistiques, *Les ruptures conventionnelles : les séries mensuelles et trimestrielles*, 13 avril 2016, http://dares.travail-emploi.gouv.fr/dares-etudes-et-statistiques/statistiques-de-a-a-z/article/les-ruptures-conventionnelles-les-series-mensuelles-et-trimestrielles.
[2342] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 9.
[2343] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 9.

demandes d'homologation va saisir le « nombre de demandes d'homologation de ruptures conventionnelles du contrat de travail à durée indéterminée » reçues entre le 26 et le 25 du mois, pour ensuite contrôler la validité des données avant de les transférer à la DARES[2344]. La DARES va établir des statistiques qui serviront principalement au ministère du travail, statistiques montrant des informations sur le processus de la négociation dans les conventions de rupture, ainsi que sur les causes de refus qui en découlent[2345].

Une des études la plus récente concernant la rupture conventionnelle et les indemnités de départs est celle de l'Institut du Salarié, publiée en 2015[2346]. Il ressort de cette étude comprenant 100 personnes, dont 45 % d'hommes et 55 % de femmes et 57% de cadres, que les ruptures dans cette étude ont plutôt été initiées par les salariés (65%), lesquels ont préféré conclure un départ amiable plutôt que de démissionner, même si la démission reste la première cause de fin de CDI. L'étude indique que dans les grandes entreprises (plus de 500 salariés), dû à un service des ressources humaines (RH) fort, la procédure est ressentie comme plus impressionnante, faisant que ce sont surtout les cadres qui concluent des ruptures conventionnelles.

Il ressort également de cette étude, que les femmes vont plus conclure une rupture conventionnelle que les hommes[2347] (63% des ruptures conventionnelles venant de salariées femmes), préférant agir vite pour ne pas laisser la situation se dégrader, tandis que les hommes vont plutôt attendre jusqu'au bout qu'on leur signifie leur congé. Il a été observé pour ces 100 personnes participantes à l'étude, que quand la rupture est initiée par les entreprises, celles-ci vont accorder une plus grande indemnité. La logique est de vouloir garder une belle image de l'entreprise pour le public, tandis que si c'est le salarié qui souhaite partir, l'entreprise sera plus dure, jouant le jeu du « *si vous voulez partir, démissionnez* ».

[2344] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 9.
[2345] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 9.
[2346] Institut du Salarié, *Indemnités de départ : mieux vaut attendre d'être remercié*, étude de juillet 2013 à juin 2014 sur un panel de 100 personnes, mis à jour le 19 novembre 2015, http://www.institut-du-salarie.fr/paie_droit_social_licenciement_démission_contrat_--Indemnités%20de%20rupture%20:%20Combien%20négocier%20-%20Etude%20réalisée%20sur%20100%20personnes%20accompagnées%20par%20%20l%27Institut%20du%20Salarié%20--96--FR.
[2347] Ceci est également posé dans la fiche sur le chômage de l'INSEE. Il en ressort que les femmes sont davantage au chômage suite à une rupture conventionnelle (ou suite à une démission), tandis que les hommes le seront plus, suite à un licenciement ou à une cessation d'activité non salariée. Voir ici INSEE statistiques Publiques, *références, emplois, chômage, revenus du travail*, édition 2016, p. 5.

De manière surprenante mais également logique, il ressort de cette étude que les non cadres négocient mieux que les cadres. Cela peut être dû au caractère élevé du salaire des cadres (deux à quatre fois supérieur à celui d'un employé) et au fait que les cadres sont moins bien indemnisés que les non cadres eu égard à leur ancienneté. Mais il faut également prendre en compte les contraintes financières en termes de charges sur les indemnités. C'est-à-dire que les indemnités légales et extra-légales sont soumises à des cotisations salariales et patronales quand elles atteignent la somme de 78.456 euros (en 2017). Faisant que les entreprises vont moins octroyer d'indemnités allant au-delà. La conséquence qui ressort de cette étude, est qu'un cadre percevra une indemnité de rupture de 1,25 mois par année d'ancienneté, tandis qu'un non-cadre percevra 1,4 mois par année d'ancienneté.

Autre fait ressortant de cette étude concernant la différence homme femme, les femmes sont un peu moins bien indemnisées (1,35 mois par année d'ancienneté pour les hommes et 1,3 pour les femmes), lesquelles acceptent souvent de recevoir un peu moins pour partir plus rapidement considérant la situation dégradée dans laquelle elles se trouvent. Logiquement, les grandes entreprises indemnisent mieux que les petites et moyennes entreprises, le code du travail prévoyant par exemple a minima six mois pour deux ans d'ancienneté (les personnes embauchées dans des grandes entreprises ont souvent une plus grande ancienneté, dû au fait que les petites entreprises se créent rapidement mais peuvent tout aussi rapidement disparaître), en cas de litige et la possibilité d'obtenir les compétences d'un conseil et vu que ces grandes entreprises tiennent plus à ne pas ternir leur image.

Plus récemment, une analyse de la DARES[2348] sur la négociation des indemnités de rupture conventionnelle a, après avoir analysé les données, posé que finalement, ce sont bien les cadres qui perçoivent de façon généralisée des indemnités de rupture conventionnelle significativement supérieures aux indemnités légales. L'analyse de la DARES avance que cela est dû à deux principaux éléments, d'une part les conventions collectives pour les cadres leurs sont plus favorables et la négociation cadre employeur mène à des indemnités supérieures aux indemnités de branche. Avec un bémol concernant certains secteurs, notamment dans l'hébergement et la restauration, mais aussi dans le commerce ou la construction, où les cadres n'obtiennent ici pas véritablement d'indemnités plus importantes.

[2348] DARES analyses, *Quels salariés parviennent à négocier leur indemnité de rupture conventionnelle ?,* édité par le Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, n° 006, janvier 2018.

Dans une tentative d'éclaircissement de cette situation voyant des indemnités plus importantes obtenues par les cadres, la DARES avance notamment que cela peut être dû au fait que « *chez les ouvriers comme chez les employés, la rupture conventionnelle se substituerait plus souvent à une démission qu'à un licenciement* »[2349]. De plus, ce sont bien les employés ayant un salaire moindre qui constituent la plus grande partie des ruptures conventionnelles individuelles signées. Ceci ressort de l'analyse de la DARES, posant page 2, qu'il « *apparaît que pour les salaires bruts inférieurs à 2520 euros par mois, (…) l'indemnité médiane reçue ne dépasse pas de plus de 5% l'indemnité légale* », *ce qui représente « 75% de l'ensemble des salariés ayant signé une rupture en 2015* »[2350].

[2349] DARES analyses, *Quels salariés parviennent à négocier leur indemnité de rupture conventionnelle ?,* édité par le Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, n° 006, janvier 2018, p. 1.

[2350] L'analyse continue avec la tranche de salaires allant entre 2520 et 4500 euros brut, représentant 20 % des salariés ayant signé une rupture conventionnelle individuelle avec un écart entre indemnité médiane et indemnité légale de licenciement autour de 25 % pour trois à dix ans d'ancienneté ; suivi par les salaires supérieurs à 4500 euros brut par mois, représentant 5% des salariés ayant signé une rupture conventionnelle individuelle et ayant touché des indemnité très favorables à un taux d'indemnité médiane de plus de 60% par rapport à l'indemnité légale ; Pour les salaires supérieurs à 8500 euros, ceux-ci « *reçoivent dans la majorité des cas une indemnité supérieure au double de l'indemnité légale* ». Voir DARES analyses, *Quels salariés parviennent à négocier leur indemnité de rupture conventionnelle ?,* édité par le Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, n° 006, janvier 2018, p. 2.

II. Avantages et inconvénients pour l'employeur

« *Maître de la force de travail qu'il loue, et celle-ci étant inhérente et indissociable de l'individu, l'employeur par voie de conséquence dispose pour une large part de la personne même du salarié.* »[2351].

Guy Poulain

En France, un contrôle s'effectue donc sur la pratique de la rupture conventionnelle. La raison étant que la pratique nous montre que dans la plupart des cas de ruptures conventionnelles, c'est l'employeur qui y est à l'origine, notamment dans sa volonté de poser un plan de réduction des effectifs[2352]. Face à cette pratique, la loi française est intervenue dans le but d'empêcher que l'employeur puisse se soustraire à ses obligations, surtout concernant son obligation de reclassement des salariés. C'est pourquoi les articles L. 1237-11 et suivants du code du travail encadrent la rupture conventionnelle afin de principalement garantir le consentement des parties et en priorité celui du salarié.

En Allemagne, nous voyons que les avantages pour l'employeur reposent principalement sur le fait que le contrat de travail peut être rompu sans respect d'un délai de préavis légal ou résultant d'une convention collective, sans audition du comité d'entreprise[2353] ou du comité du personnel et sans égard à la protection générale ou particulière contre le licenciement pour le salarié, « allgemeiner und besonderer Kündigungsschutz »[2354]. L'employeur n'a tout autant pas besoin dans le cadre d'un tel contrat de résiliation pour départ volontaire d'obtenir l'autorisation d'une

[2351] Poulain G., *Les conséquences de l'inégalité sur la situation juridique du travailleur*, Droit social, 1981, n° 3, p. 754.
[2352] Duquesque F., *Droit du travail*, Master Pro, 4ème édition, lextenso édition, 2010, p. 338.
[2353] Rolfs, *Der Arbeitsvertrag*, A 100 der Aufhebungsvertrag, Preis, 5. Auflage, 2015, S. 412, Rz. 25.
[2354] *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 962.

administration, par exemple de l'office de l'intégration en cas de contrat de résiliation quand un salarié souffrant d'un handicap lourd est concerné[2355].

Par ailleurs, de par la conclusion de contrats de résiliation, l'employeur obtient ici un moyen de ne plus faire paraître ses salariés en position de victimes grâce au caractère « amiable » de ce contrat, notamment en cas de nécessité de licenciements pour motif économique.

L'employeur doit en France respecter certaines obligations, mais la rupture conventionnelle ayant été souhaitée par les employeurs et permettant une rupture rapide et simple, les avantages sont supérieurs aux inconvénients. En Allemagne, nous constatons que le contrat de résiliation est principalement tourné dans l'intérêt de l'employeur, les conséquences négatives dépassant de beaucoup les avantages pour le salarié, l'employeur n'étant lui confronté qu'à l'inconvénient de devoir éventuellement verser une indemnité de départ.

1. Usage prisé dans les petites entreprises

En France, la rupture conventionnelle est très prisée par notamment les petites entreprises qui ont moins de 50 salariés, du évidemment à la souplesse et à la simplicité apparente de ce mode de rupture[2356].

En effet la forme de la rupture conventionnelle française, même s'il y a contrairement au droit allemand une obligation de respecter les délais de rétractation et d'homologation, il n'y a pas de délai de préavis obligatoire comme cela est le cas pour le licenciement[2357]. Ceci rend ce mode de rupture moins formaliste comme les parties peuvent librement et à leur convenance décider de la date de rupture et du montant de l'indemnité. Tant que l'indemnité soumise au droit français n'est pas inférieure au montant le plus favorable pour le salarié, c'est-à-dire

[2355] Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 147 – 519.
[2356] L&S Avocats, Stibon C., *La rupture conventionnelle du droit du travail*, janvier 2015, http://www.ls-avocats.com/articleenligne/71-la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail, p. 1 sur 11 du pdf.
[2357] L&S Avocats, Stibon C., *La rupture conventionnelle du droit du travail*, janvier 2015, http://www.ls-avocats.com/articleenligne/71-la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail, p. 1 sur 11 du pdf.

l'indemnité légale de licenciement, ou l'indemnité conventionnelle de licenciement si le contrat est soumis à une convention collective[2358].

2. Nullité de la rupture conventionnelle demandée par l'employeur

Nous avons vu tout au long de ce travail que c'est très souvent le salarié français ou allemand qui va chercher à contester la convention de rupture. Cependant, il ne faut pas faire l'impasse sur la réalité des employeurs qui ont, dans plusieurs arrêts français, déjà invoqué soit le dol ou l'erreur sur les qualités essentielles du contractant, afin d'obtenir l'annulation de leur rupture conventionnelle[2359].

Un exemple où un employeur a vu sa demande admise par les juges du fond, était une affaire jugée par la Cour d'appel de Metz le 6 mai 2013[2360] et où l'employeur avait découvert a posteriori (informée par la gendarmerie après perquisition suite à la plainte posée par le responsable de la sécurité de l'usine Smart France) que son salarié avait été l'auteur de plusieurs vols de matériels dans son entreprise.

Nous avons déjà vu cet arrêt dans notre partie sur le vice de consentement par dol ou erreur, dans laquelle nous avions informé, que dans cet arrêt c'est bien le consentement de l'employeur qui avait été vicié, ayant été victime d'une erreur sur les qualités essentielles de son cocontractant. D'autant que l'indemnité de rupture prévue était d'un montant de 90000 euros, soit vingt mois de salaire, ce qui justifie au moins que la société Smart ait été fondée à invoquer une erreur sur les qualités essentielles de son cocontractant viciant son consentement, sans quoi elle

[2358] Avenant n° 4 du 18 mai 2009 à l'ANI du 11 janvier 2008, étendu par arrêté du 26 novembre 2009 et Instruction DGT n° 2009-25 du 8 décembre 2009, L&S Avocats, Stibon C., *La rupture conventionnelle du droit du travail*, janvier 2015, http://www.ls-avocats.com/articleenligne/71-la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail, p. 8 sur 11 du pdf.

[2359] Dossier jurisprudence théma, *la rupture conventionnelle*, ruptures atypiques, n° 83/2014, 6 mai 2014, p. 2

[2360] Arrêt de la Cour d'appel de Metz, 6 mai 2013, numéro de pourvoi 11/01105, décision attaquée étant celle du Conseil de Prud'hommes de Forbach du 15 février 2011.

n'aurait pas conclu cette rupture conventionnelle dans ces conditions si elle avait eu connaissance du comportement frauduleux du salarié[2361].

Cette affaire est un exemple d'une application exacte des principes juridiques du droit des contrats, en ce que le consentement des parties qui doit être valable ne l'était pas à cause du fait que l'employeur a été extorqué par dol et que la Cour d'appel a bien annulé la rupture conventionnelle et validé de manière justifiée le licenciement pour faute grave[2362].

[2361] Cour d'appel de Metz, 6 mai 2013, n° 13/00173, https://www.doctrine.fr/d/CA/Metz/2013/RC8939B332B0CCF55D35E.

[2362] Ferro M.-V., *Quand la nullité de la rupture conventionnelle est demandée par l'employeur : CA Metz 6 mai 2013, n° RG 11/01105*, 14 juin 2013, https://blogavocat.fr/space/marie-valerie.ferro/content/quand-la-nullite-de-la-rupture-conventionnelle-est-demandee-par-l-employeur---ca-metz-6-mai-2013--n--rg-11-01105_902f4e3f-d2c8-4316-b853-87d5c288dd56.

III. Avantages et inconvénients pour le salarié

« *Par le contrat de travail est-ce son travail ou sa personne que le travailleur met à la disposition de son partenaire ? C'est, sous certaines réserves, sa personne : il ne sert à rien de nier la réalité au prétexte qu'elle est choquante.* »[2363]

Jean-Jacques Dupeyroux

En ce qui concerne le salarié, il est rarement dans son intérêt de résilier son contrat de travail, que ce soit en France, en Allemagne ou dans tout autre pays du monde.

Sachant qu'un contrat de résiliation à l'amiable mène indubitablement à la perte de l'emploi pour le salarié, ce qui lui retire sa source de revenus. Alors qu'il n'est pas simple de retrouver un emploi de suite, l'existence même de la personne concernée et dans certains cas de sa famille peut ainsi être mise en péril. S'ajoute à la perte d'un salaire la perte d'un prestige social, d'une reconnaissance personnelle, tout ceci pouvant mener à une charge psychique considérable pour l'ex salarié. L'importance que prend l'emploi dans la vie des gens au sein de la société a toujours été grande. La cour fédérale du travail allemande reconnaît que l'exercice d'une activité contractuelle permet au salarié de « *développer sa personnalité ainsi que d'obtenir ou de sauvegarder le respect et l'estime des personnes de son entourage* »[2364]. Or la conclusion d'un contrat de résiliation mène à la perte de ce facteur d'épanouissement, même si cela n'est que provisoire.

Le salarié peut néanmoins certainement y trouver son compte, notamment s'il a l'intention de conclure un autre contrat de travail et donc de rompre son présent contrat rapidement[2365]. Ceci

---

[2363] Dupeyroux J.-J., *Quelques questions, in Liberté, égalité et droit du travail*, Droit social, 1990, p. 9.
[2364] BAG 27.2.1985, GS 1/84, in DB 1985, 2197 (2197); Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 32.
[2365] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 29.

vaut autant pour la France que pour l'Allemagne, avec la différence que l'usage du contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag » sert en Allemagne aussi à rompre les contrats à durée déterminée, ce qui lui octroie une plus grande application.

Par ailleurs, en cas de faute grave commise par le salarié, laquelle habiliterait l'employeur à ordonner un licenciement extraordinaire, « außerordentliche Kündigung », il est possible, de part un contrat de résiliation et, le cas échéant, une exonération non payée de l'obligation de travailler pour le salarié, de conclure des dates de résiliation du contrat de travail échappant à tout soupçon[2366].

Conclure un contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag » ou une rupture conventionnelle va permettre de dater la rupture du contrat de travail à une date qui n'éveillera pas les soupçons du prochain employeur, c'est-à-dire en fin de mois ou de trimestre par exemple.

En France, l'avantage de conclure une rupture conventionnelle est que contrairement à la démission, le salarié peut percevoir les allocations de Pôle Emploi. On retrouve cet avantage en Allemagne.

1. Rupture conventionnelle, préjudice et caractère réparateur de l'indemnité

a) Préjudice et caractère réparateur

Dans une thèse sur la réparation du préjudice en droit du travail[2367] a été évaluée la rupture conventionnelle par rapport à sa particularité d'être une perte d'emploi justifiée et volontaire[2368]. L'auteur se penche sur l'innovation résidant non pas dans le consentement mutuel des parties, mais dans les conditions de départ, le salarié français bénéficiant ainsi d'une indemnité

[2366] *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 962.
[2367] Thèse, Jeanmaire E., Université de Lorraine, *la réparation du préjudice en droit du travail*, thèse, 29 septembre 2016.
[2368] Thèse, Jeanmaire E., Université de Lorraine, *la réparation du préjudice en droit du travail*, thèse, 29 septembre 2016, p. 93.

de rupture conventionnelle[2369] dans les conditions de droit commun. En effet, l'auteur pose que cette indemnité, à l'inverse du licenciement où l'indemnité vient compenser la perte du salaire futur dû à la dépendance économique[2370] du salarié à son employeur, ici l'indemnité ne répare aucun préjudice étant donné que le salarié consent à la perte de son emploi. Est soulignée la nature hybride de la rupture conventionnelle, celle-ci étant exonérée des cotisations de la sécurité sociale seulement pour les salariés ne bénéficiant pas encore d'une pension de retraite.

D'où le caractère de la rupture conventionnelle réparatrice si elle agit comme un substitut à l'indemnité de licenciement ; ou rémunératrice, si elle agit comme un substitut à un départ à la retraite. C'est cette nature partiellement indemnitaire[2371] de la rupture conventionnelle à l'égard du salarié que cette auteure trouve difficile à justifier[2372].
L'auteur conclue que si le salarié a lui-même donné naissance à la perte économique subie, la rupture conventionnelle n'est pas un préjudice réparable étant donné qu'elle rend seulement le mécanisme de la rupture plus attractif à travers cette exonération et qu'il n'y a donc « *pas de préjudice derrière cette indemnité, seulement une volonté politique* ».

Le fait qu'elle fasse entrer la rupture conventionnelle dans la cadre des indemnités non réparatrices en droit du travail en écrivant qu'il est « *inutile de chercher un préjudice à l'origine de leur versement[2373], il n'existe pas* » nous pousse dans ce travail à répondre que cela est une analyse de la rupture conventionnelle trop simple[2374]. La partie financière de la rupture conventionnelle peut au contraire faire face à un préjudice, celui de la perte de l'emploi, même si le salarié a accepté de signer la rupture, pouvant entre autres ressortir d'une pression comme étant la seule solution pour éviter un licenciement qui ne lui permettrait pas de recevoir un bon certificat de travail par exemple. Mais l'indemnité, qui est, du point de vue de ce travail, réparatrice

---

[2369] Avec exonération des cotisations de sécurité sociale.
[2370] Concernant l'abus de dépendance économique pouvant s'appliquer au profit du salarié dans le cadre d'une RC, voir Loiseau G., *Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats*, JCP S, 2015. 1468, n°11; Fabre-Magnan M., *La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail*, SSL 2016. 1715, §3; Bento De Carvalho L., *L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou statu quo* ?, RDT 2016, p. 258 et suivantes.
[2371] Pour l'exonération des cotisations de sécurité sociale.
[2372] Jeanmaire E., Université de Lorraine, *la réparation du préjudice en droit du travail*, thèse, 29 septembre 2016, p. 95.
[2373] Concernant « *l'étude des indemnités légales et conventionnelle de licenciement et de rupture conventionnelle* ».
[2374] Même si l'auteur Jeanmaire E. note la perte de chance et la prise en compte du risque comme dommage préjudiciable.

intrinsèque du dommage subi par le salarié, dès lors qu'il est reconnu par le législateur, que ce mode de rupture nécessite un encadrement à travers le code du travail du consentement des parties. Encadrement surtout pour protéger le salarié, au vu du large usage des employeurs dû à la simplicité et souplesse qui les avantage. Nous pouvons également citer l'URSSAF[2375], organisme assurant une gestion de service public et expliquant bien que l'objet de la fixation du montant d'une indemnité de rupture conventionnelle est de « *réparer le préjudice résultant de la rupture et /ou de ses conditions* »[2376].

Nous tenons également à rappeler que la perte d'un travail, même si cela est volontaire, a très souvent des conséquences psychologiques néfastes pour les personnes. F. Engelstadt, sociologiste norvégien a, dans ses écrits, confirmé que la perte d'un travail comprend des besoins économiques[2377] et psychologiques[2378]. Il ressort de sa position sur les conséquences psychologiques de la perte d'un travail[2379], que le fort déséquilibre psychologique qui peut en résulter tient au fait, que pour nombres de personnes, le travail est une source de de réalisation du Soi « self-realization », d'épanouissement, d'accomplissement. Si nous sommes tous responsables de cette réalisation du Soi, les déséquilibres psychologiques sont la conséquence de situations qui sont hors de notre contrôle, tels des problèmes de santé résultant d'une période de chômage. Engelstad y rattache également la perte de rang social, d'honneur social[2380], l'exclusion sociale et les conséquences psychologiques dus à une longue période de chômage, surtout pour les jeunes personnes[2381], mais également et entre autres, les personnes pour lesquelles une perte d'emploi ou période prolongée de chômage va créer une crise au sein des familles eu égard aux

---

[2375] URSSAF : Union de recouvrement des cotisations de Sécurité sociale et d'allocations familiales. Organismes privés assurant la gestion d'un service public en France, chapeautées par l'Agence centrale des organismes de Sécurité sociale Acoss.
[2376] URSSAF, *les indemnités de rupture du contrat de travail ou des fonctions de mandataire » les indemnités de rupture conventionnelle*, https://www.urssaf.fr/portail/home/employeur/calculer-les-cotisations/les-elements-a-prendre-en-compte/les-indemnites-de-rupture-du-con/les-indemnites-de-rupture-conven.html.
[2377] « *Economic loss may be understood as the difference between the ordinary wage and the income from unemployment benefits or other alternative sources. However, there is no linear relation between need and the amount of income foregone. »*: Engelstad F., *Needs and social justice : the criterion of needs when exempting employees from layoff*, Social Justice Research, 1997, 10(2), 203-223, p. 5.
[2378] Engelstad F., *Needs and social justice : the criterion of needs when exempting employees from layoff*, Social Justice Research, 1997, 10(2), 203-223, p. 5.
[2379] Engelstad F., *Needs and social justice : the criterion of needs when exempting employees from layoff*, Social Justice Research, 1997, 10(2), 203-223, p. 6.
[2380] « social honor ».
[2381] Engelstad F., *Needs and social justice : the criterion of needs when exempting employees from layoff*, Social Justice Research, 1997, 10(2), 203-223, p. 6.

responsabilités familiales qui pèsent sur elles[2382]. Si l'étude comparative de Engelstad date d'avant les années 2000, ce point de vue se retrouve aujourd'hui et notamment dans les propos des Maîtres de conférence R. Bourguignon et P. Garaudel, lesquels considèrent[2383], que même en cas de consentement des salariés, ici dans le cadre de plans de départs volontaires, il y a un report sur eux de la responsabilité du risque du chômage et que l'indemnité est le prix acceptable de cette prise de risque[2384].

Il est ici possible de voir dans la rémunération de la rupture conventionnelle, non pas seulement une volonté politique s'appuyant seulement sur la meilleure manière de pousser les gens à quitter leur poste via le volontariat, mais également une nécessité d'enrayer éventuellement à travers une indemnité « réparatrice », une perte de travail pouvant mener à une déstabilisation psychologique, que cela soit en France ou en Allemagne.

b) Remboursement de l'indemnité perçue en France et en Allemagne

Par ailleurs, l'arrêt du 30 mai 2018[2385] est inquiétant pour les salariés, la Cour de cassation ayant confirmé que l'indemnité perçue par la salariée dans le cadre de sa convention de rupture devait bien être remboursée à la demande de l'employeur, après que la rupture conventionnelle ait été déclarée nulle[2386] par la Cour d'appel pour contournement des dispositions légales relatives à l'ouverture d'un PSE[2387]. La logique suit le principe que la restitution des sommes versées au salarié est inhérente à la convention de rupture annulée, cette convention de rupture n'ayant

---

[2382] Engelstad F., *Needs and social justice : the criterion of needs when exempting employees from layoff*, Social Justice Research, 1997, 10(2), 203-223, p. 7.
[2383] Dans le cadre cependant des plans de départs volontaires que nous avons vu dans la partie correspondante de ce travail.
[2384] Bourguignon R., Garaudel P., Revue @ GRH, 2015/3 (n° 16), Cairn.info, *L'appropriation de la règle de droit : impératif de sauvegarde de l'emploi et dispositifs de départs volontaires*, p. 41-62, 2, https://www-cairn-info.faraway.u-paris10.fr/revue-@grh-2015-3-page-41.htm.
[2385] RJS, observations, sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 30 mai 2018, numéro de pourvoi 16-15.273, 8-9/ 2018, n° 528, p. 632; Également Recueil Dalloz, actualités, 14 juin 2018, n° 22, p.1211.
[2386] "*Attendu, d'autre part, que la nullité de la convention de rupture emporte obligation à restitution des sommes perçues en exécution de cette convention*", arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 30 mai 2018, numéro de pourvoi 16-15273, publié au bulletin (rejet) ; Loiseau G., Note, JCP S, 2018, 1218 ; Tricoit J.-P., *Rupture conventionnelle: conditions et conséquences de la remise au salarié d'un exemplaire de la convention*, JCP S, 24 septembre 2019, n° 38, 1268, p. 32.
[2387] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 30 mai 2018, numéro de pourvoi 16-15273, publié au bulletin (rejet).

jamais existé[2388]. Il s'agit ici d'un désavantage pécuniaire clair pour les salariés qui concluent une rupture conventionnelle et obtiennent ensuite la nullité de cette convention. D'autant que les employeurs reçoivent ici en quelque sorte un « prime », même s'ils sont coupables de fraude à la loi[2389]. La Cour ne considère également pas au vu du comportement fraudeur de l'employeur, de réduire le montant à restituer[2390].

On retrouve ceci en droit allemand[2391]. En effet, un « Aufhebungsvertrag » qui est déclaré nul « unwirksam » suite à, par exemple, un contournement des dispositions légales du § 134 BGB. Cela peut être le cas notamment quand l'employeur ne donne pas la notification requise de licenciement collectif en vertu du § 17 de la loi allemande sur la protection contre le licenciement « Kündigungsschutzgesetz » avant la conclusion du « Aufhebungsvertrag »[2392].

Ainsi, dans un cas de nullité du « Aufhebungsvertrag », tout comme en France désormais, les prestations réalisées doivent être restituées « rückabwickeln »[2393]. ; ce qui signifie que toute indemnité de rupture doit donc être remboursée, sauf exception selon le § 818 Abs. 3 BGB ou le § 814 BGB[2394].

[2388] Bento De Carvalho L., *Nullité de la rupture conventionnelle homologuée: prime à l'employeur fraudeur ?*, RDT, septembre 2018, p. 596.

[2389] Bento De Carvalho L., *Nullité de la rupture conventionnelle homologuée: prime à l'employeur fraudeur ?*, RDT, septembre 2018, p. 594. Cette décision signifie également que des solutions rendues jusqu'à maintenant sont à même d'être compromises : par exemple si un salarié a introduit une demande de résiliation judiciaire de son contrat avant qu'il ait conclu une RC déclarée ensuite nulle : voir Fabre A. et Radé C., *Le juge et la rupture conventionnelle du contrat de travail*, Dr. Soc., 2017, 20.

[2390] Pourtant „l*e droit des restitutions a toujours été corrigé par la prise en compte d'éléments extrinsèques, tels les adages nemo auditur…*" (*nemo auditor propriam turpitudinem allegans*, Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude), voir Seube J.-B., « Le juge et les restitutions », RDC, 2016, 411.

[2391] Voir EuZA, 2019, 398, *Frankreich, Unwirksamer Aufhebungsvertrag*, über das französische Urteil der Cour de cassation, ch. Soc., 30 mai 2018, Nr. 16-15.273, RJS, 2018, Nr. 528 (A. c/Sté NCS Pyrotechnie et technologies), sur l'obligation de rembourser l'indemnité de rupture perçue en cas de rupture conventionnelle nulle en France et en Allemagne.

[2392] Bauer, Krieger, Arnold, *Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge*, 9. Auflage 2014, C. H. Beck, E. Rn. E 78.

[2393] Müller-Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 18. Auflage 2018, § 623 BGB, Rn. 22 et EuZA, 2019, 398, *Frankreich, Unwirksamer Aufhebungsvertrag*.

[2394] Sauf en cas d'objection d'enrichissement: « soweit kein Entreicherungseinwand gegeben ist », selon le § 818 Abs. 3 BGB, voir Rolfs, NJW, 2000, 1227, 1228, ou si l'employeur avait connaissance de la nullité du contrat de résiliation: voir Thies, *Arbeit und Sozialer Schutz, Der Schutz des Arbeitnehmers bei Abschluss arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge*, Bd. 3, 2007, S. 105 sur le § 814 BGB.

2. Certificat de travail

D'autre part, le salarié a autant en France qu'en Allemagne une plus grande chance d'obtenir un certificat de travail positif s'il conclut un contrat de résiliation que s'il fait l'objet d'un licenciement, ce qui peut lui faciliter l'obtention d'un nouvel emploi[2395]. En France également, au moment du départ de l'entreprise, l'employeur doit remettre au salarié un certificat de travail[2396], un exemplaire de l'attestation de Pôle emploi ainsi que lui établir un solde de tout compte contre reçu du salarié[2397]. Cette obligation se retrouve également en droit allemand dans le § 630 BGB.

Le certificat de travail, „Arbeitszeugnis" en Allemagne est une part importante et un des arguments clés avec l'indemnisation financière pour la conclusion d'un contrat de résiliation. En effet, un mauvais certificat, qui couvre spécialement une longue période de travail peut être extrêmement nuisible et préjudiciable pour la carrière.

Le paragraphe 109 GEWO « Gewerbeordnung »[2398] prévoit le droit du salarié à un certificat écrit lors de la cessation de son emploi[2399]. Ce certificat doit au moins comporter des informations sur la nature « Art » et la durée de l'activité « Dauer des Tätigkeit », il s'agit alors d'un certificat simple « einfaches Zeugnis », mais le salarié peut également exiger que les informations comprennent également sa prestation « Leistung » et sa conduite à l'emploi « Verhalten », il s'agit alors d'un certificat qualifié « qualifiziertes Zeugnis »[2400]. Le § 109 GEO prévoit la clarté du certificat et ne permet pas de certificat sous forme électronique[2401].

C'est pourquoi, il est bon pour les salariés de prévoir, surtout en cas de contrat de résiliation conclu suite à des mécontentements, les principales données pour ce certificat, notamment

---

[2395] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 32.
[2396] Miné M., *Le grand livre du droit du travail en pratique*, Eyrolles, 29ème édition, 2018, p. 360.
[2397] Ministère du travail, de l'emploi de la formation professionnelle et du dialogue social, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, mis à jour le 15 janvier 2014, Travail-emploi-gouv.fr.
[2398] Le paragraphe 630 du BGB pose que si c'est le salarié qui doit exiger de son employeur un certificat de travail « Arbeitszeugnis », alors le paragraphe 109 Gewerbeordnung s'applique.
[2399] Rolfs in APS, *Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Kündigungsrecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, 2017, Rn. 44.
[2400] § 109 Ab. 1 GEWO.
[2401] § 109 Ab. 2, 3 GEWO.

concernant la performance et le « leadership » par exemple[2402]. Les salariés n'ont pas le droit en Allemagne de faire valoir devant un tribunal un droit à la formulation de fin courante, comprenant les mots regret, gratitude, remerciements et souhaits[2403] entre autres[2404]. La pratique voit souvent les certificats de travail ne pas être formulés de manière pertinente, souvent pour cause de manque de temps[2405]. Cependant il vaut mieux pour le salarié que la note de comportement, la note de performance et la formule de fin ne manquent pas, c'est pourquoi le salarié peut lors des négociations faire inscrire que « *le salarié est autorisé sur cette base à soumettre une ébauche, laquelle doit être respectée par l'employeur, sauf motif important* »[2406]. Le principe d'élaborer un certificat de travail pré formulé peut aussi être bénéfique pour les employeurs, lesquels font face à des salariés malveillants et ceci peut leur permettre d'éviter des confrontations futures[2407].

Une autre solution pour le salarié est de prévoir avec son employeur dans le cadre d'un Aufhebungsvertrag, un certificat intermédiaire « Zwischenzeugnis » qui soit ajouté au Aufhebungsvertrag, puis suivi dès la fin du rapport de travail, d'un certificat final « Endzeugnis »[2408]. Dans le cas où l'employeur a accepté d'élaborer un certificat intermédiaire à son salarié, le salarié peut tout à fait obliger son employeur à rédiger le contenu du certificat final en conformité avec le contenu du certificat intermédiaire, s'il prévoit cela dans le « Aufhebungsvertrag[2409]. Il est donc utile pour le salarié, que celui-ci prévoie durant les négociations de son contrat de résiliation les formules qui seront utilisées, sachant qu'il ne pourra obliger son employeur à utiliser les formules de remerciements et de souhaits pour la fin « Dankes- und Wunschformel »[2410]. Le salarié pourra cependant aller devant le tribunal

---

[2402] „Leistungs- und Führungsnote", Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 52.
[2403] „Bedauern", „Dank", „Wünsche".
[2404] „Leistungs- und Führungsnote", „Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 52.
[2405] „Leistungs- und Führungsnote", Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 52.
[2406] « *Der Arbeitnehmer ist berechtigt, auf dieser Basis einen Entwurf hereinzureichen, von dem der Arbeitgeber nur aus wichtigem Grund abweichen darf* », Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 52.
[2407] Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 52.
[2408] Lingemann, Groneberg, *Der Aufhebungsvertrag* (Teil 4), NJW 2011, S. 2938, „15. Zeugnis".
[2409] LAG Niedersachsen, Urteil vom 13. 3. 2007, LAGNIEDERSACHSEN Aktenzeichen 9SA183506 9 Sa 1835/06, BeckRS 2007, BECKRS Jahr 46079; Höser, *Rechtsprechungsübersicht zu Arbeitszeugnissen, insbesondere zur Bindungswirkung*, NZA-RR 2012, S. 288, « 8. Bindungswirkung bei Zeugnissen ».
[2410] Voir la jurisprudence du BAG: BAGE 97, BAGE Band 97, S. 57 ; NJW 2001, S. 2995 ; NZA 2001, S. 843. Lingemann, Groneberg, *Der Aufhebungsvertrag* (Teil 4), NJW 2011, S. 2938, „15. Zeugnis".

(procédure courte sans avoir besoin d'avocat) s'il n'est pas d'accord avec le contenu de son certificat de travail.

3. Informations et aides sur la rupture conventionnelle individuelle, collective et le contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag »

Nous constatons également dans la pratique, que ces modes de rupture qualifiés à la française, en la rupture conventionnelle individuelle et collective, sont bien expliqués par les différents sites gouvernementaux français et sont gratuits. Cependant différents sites proposent des « pack indemnité rupture conventionnelle » payants[2411]. Sont vantés des simulateurs d'indemnité de rupture conventionnelle auprès de gestionnaires de paie, responsables en entreprise, comptables mais aussi étudiants, permettant de « simplement identifier » les différentes étapes légalement fixées, et également de chiffrer l'indemnité de rupture, de repérer le régime social et fiscal selon les différentes situations.

En Allemagne, il est conseillé de demander avis à un avocat ou autre personne compétente pour obtenir des renseignements sur ce type de rupture qu'est le contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag », surtout pour ce qui est des conséquences financières et sociales. Ce mémoire soutient et partage cet avis.

Ce mémoire a eu pour but de poser, d'analyser et de comparer les systèmes français et allemands (ruptures conventionnelles, rupture conventionnelles collectives ainsi que le « Aufhebungsvertrag ») et espère contribuer par sa publication à aider les personnes concernées à faire usage de ce mode de rupture. Tout en leur évitant de devoir payer pour obtenir des renseignements sur sa mise en œuvre et ses conséquences, tant négatives que positives.

[2411] Un exemple est le site Legisocial avec son « calcul indemnité rupture conventionnelle 2018 », avec un coût de 70 € qui comprend pourtant nombre de document mis en ligne gratuitement, tels les formulaires cerfa, les questions réponses du Ministère du travail etc., auteur de l'outil Pierre Jean, dernière mise à jour le 18 avril 2018 https://www.legisocial.fr/outils-gestion-rh-et-paie/calcul-indemnite-rupture-conventionnelle-2018.html?utm_source=LEGISOCIAL+-+Marketing&utm_medium=email&utm_campaign=LÃ©gi-Social+-+Newsletter+-+%23348&hash=2bab89794abcce11eb0ff412eb63f1c8.

CONCLUSION DE CHAPITRE

Ce chapitre s'est d'une part, concentré sur les cas de nullité dans le cadre de la rupture conventionnelle française et du « Aufhebungsvertrag » allemand. Il ressort qu'en France les motifs de nullité sont limités, ce qui correspond à l'autonomie souhaitée par le législateur du mode de rupture qu'est la rupture conventionnelle[2412] : la nullité n'a lieu en effet qu'en cas d'absence d'un ou de plusieurs entretiens[2413], ou s'il n'a pas été remis d'exemplaire de la convention de rupture conventionnelle au salarié[2414], ou en cas de non-respect du délai de rétractation[2415], ou encore s'il y a eu vice du consentement du salarié[2416].

Nous avions vu dans la partie I de ce travail, que l'obligation d'information qui incombe aux employeurs français dans le cadre de la conclusion d'une rupture conventionnelle est peu contraignante[2417]. Ceci, bien qu'il s'agisse du « *pilier majeur* » de la protection du bénéficiaire du

---

[2412] Loiseau G., *Le harcèlement moral ne vicie pas en soi le consentement*, JCP S, 26 février 2019, n° 8, 1057, p. 28.

[2413] La Cour de cassation a décidé sur ce cas au 1er décembre 2016 et soutenu que le défaut du ou des entretiens entraîne la nullité de la convention (les termes de l'article L. 1237-12 du Code du travail sont clairs : « *Les parties au contrat conviennent du principe d'une rupture conventionnelle lors d'un ou plusieurs entretiens au cours desquels le salarié peut se faire assister* ») et que c'est à l'invoquant d'établir l'existence de cette cause de nullité (voir ici RJS, observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 1er décembre 2016, numéro de pourvoi 15-21.609, publié au bulletin, février 2017, n° 98) ; RJS**,** observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 3 juillet 2019, numéro de pourvoi 18-14.414, octobre 2019, n° 561, p. 706.

[2414] RJS**,** observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 3 juillet 2019, numéro de pourvoi 18-14.414, octobre 2019, n° 561, p. 706 ; voir également RJS, observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 6 février 2013, numéro de pourvoi 11-27.000, avril 2013, n° 280.

[2415] Délai de rétractation de quinze jours prévu à l'article L. 1237-13 du Code du travail; RJS, observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 14 janvier 2016, numéro de pourvoi 14-26.220, mars 2016, n° 171.

[2416] Insanité d'esprit et vices du consentement, comprenant la violence. Voir Loiseau G., *Le harcèlement moral ne vicie pas en soi le consentement*, JCP S, 26 février 2019, n° 8, 1057, p. 28; Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 14 janvier 2016, numéro de pourvoi 14-26.220; Loiseau G., JCP S, 2016, 1079; Mouly J., Dr. soc., 2016, p. 291; Icard J., Observations, Cah. Soc., 2016, p. 145; Patin M., Note sous arrêt, Cour de cassation, 6 février 2013, numéro de pourvoi 11-27.000, JCP S, 2013, 1162; Taquet F., Note sous arrêt, RDT 2013, p. 258; Ferrer A., Note sous arrêt, Le Droit Ouvrier, 2013, p. 507; Icard J., observations, Cah. Soc., 14 janvier 2013.

[2417] Les salariés consentent ainsi souvent à la conclusion d'une rupture conventionnelle, ignorant d'informations déterminantes connues par leurs employeurs et le droit du travail français ne corrige pas cette possible asymétrie en encadrant au final peu l'échange d'information dans une rupture conventionnelle. Voir ici Chauvel P., *Le dol*, Rép. civ., Dalloz, n° 62 et Montvalon L. de., *Rupture conventionnelle et réticence dolosive, Quelle protection du consentement face à l'asymétrie d'information ?*, JCP S, 4 février 2020, n° 5, 1028, p. 27 et Montvalon L. de., *Rupture conventionnelle et réticence dolosive, Quelle protection du consentement face à l'asymétrie d'information ?*, JCP S, 4 février 2020, n° 5, 1028, p. 27 sur le recours à l'obligation précontractuelle d'information et la réticence dolosive.

droit de rétractation[2418]. Or le droit à rétractation, objet de cette partie II, ne peut être finalement utile que si une bonne information du salarié a eu lieu.

En Allemagne, où l'obligation d'information est également faible, les droits de rétractation[2419] et de réflexion[2420], « Widerrufsrecht und Bedenkzeit », ne sont tout simplement pas obligatoires et ne mènent pas à la nullité du contrat de résiliation. En signant le contrat de résiliation, les salariés allemands perdent donc la protection contre le licenciement qu'ils auraient eue et la signature du contrat de résiliation est en principe irrévocable[2421]. D'où l'importance que les parties stipulent, dans le contrat de résiliation, qu'ils se réservent un droit de rétractation. Cela même si certaines conventions collectives prévoient pour le salarié le droit de se rétracter[2422], car il est préférable que l'inclusion d'une période de rétractation devienne usage courant. Toutefois, l'absence légale de possibilité pour les salariés de revenir sur leur accord, surtout si un délai de réflexion n'a pas été accordé et s'ils sont peu informés, va souvent les mener à une situation financière inattendue et préjudiciable pour eux. Les auteurs allemands Henssler et Preis, qui ont publié en 2006 une proposition de loi sur les contrats de travail comprenant 149 paragraphes, avaient bien conscience de ce problème et proposé, à ce sujet dans le § 134, de créer une date limite de sept jours durant laquelle les salariés peuvent se rétracter d'un contrat de résiliation sans devoir donner de motif[2423]. On déplore que cela ne soit pas le cas.
En France, le délai de rétractation est nécessaire pour obtenir l'homologation de la rupture conventionnelle et son non-respect constitue un cas de nullité[2424]. Cette faculté de rétractation est ouverte au salarié et à l'employeur durant un délai de quinze jours calendaires à compter du lendemain du jour de la signature[2425]. La rétractation s'opère à travers une lettre adressée par

---

[2418] Bernardeau L., *Le droit de rétractation du consommateur un pas de plus vers une doctrine d'ensemble, à propos de l'arrêt CJCE, 13 décembre 2001, Heininger*, JCP G, 2002 I, 168, spéc. N° 22.
[2419] « Widerrufsrecht »; Il en va de même pour la non communication du thème prévu durant l'entretien auquel il a été convoqué.
[2420] Délai de réflexion ; Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 22.
[2421] Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 47, 48.
[2422] Voir Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 6. Widerruf, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Rn 13; Zu besonderen Formerfordernissen vgl. BAG 30.9.1993 AP BGB § 123 Nr. 37.
[2423] Henssler M., Preis U., *Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes*, C.H. Beck, 1. Auflage, 1. Januar 2006.
[2424] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 14 janvier 2016, numéro de pourvoi 14-26.220; Loiseau G., JCP S, 2016, 1079; Mouly J., Dr. soc., 2016, p. 291; Icard J., Observations, Cah. Soc., 2016, p. 145.
[2425] Ceci est posé par le décret n° 2008-715 du 18 juillet 2008 ; Décret n° 2008-715 du 18 juillet 2008, portant diverses mesures relatives à la modernisation du marché du travail, version consolidée au 18 avril 2016 ; Tricoit J.-P., *Rupture conventionnelle: conditions et conséquences de la remise au salarié d'un exemplaire*

tout moyen, attestant de sa date de réception par l'autre partie[2426] et la loi n'impose pas à la partie se rétractant de motiver sa décision[2427]. Ainsi, le droit français cherche à limiter le rôle du juge à travers la rupture conventionnelle. Ceci n'est pas le cas en Allemagne, car sans droit de rétractation légal prévu, il est évident que les salariés vont plus souvent intenter un recours en annulation de la rupture. Néanmoins, nous avons vu dans ce chapitre que ce qui prévaut dans le modèle allemand, c'est bien la difficulté d'obtenir l'annulation de la conclusion d'un « Aufhebungsvertrag »[2428].

Concernant les recours, en France, l'homologation par la DIRECCTE, requise, pour valider la rupture conventionnelle[2429] n'emporte pas force de chose jugée[2430]. De ce fait, tout recourt qui touche à la convention de rupture conventionnelle et à son homologation est de la compétence exclusive du Conseil des Prud'hommes[2431]. Ceci en dépit de l'intervention de l'administration au travers de l'homologation[2432]. Par ailleurs, ni les syndicats, ni le comité d'entreprise ne peuvent demander l'annulation des ruptures conventionnelles individuelles, faisant, que seuls les salariés peuvent exercer une action en nullité[2433]. La seule exception française à la non-possibilité de former des recours administratifs concerne les salariés protégés qui rentrent dans le cadre de l'autorisation de rupture conventionnelle[2434]. Ceux-ci requièrent une autorisation de l'inspecteur du travail valant homologation et un recours contre la décision d'un inspecteur du travail qui a refusé ou autorisé la rupture conventionnelle est à former devant le tribunal

---

de la convention, JCP S, 24 septembre 2019, n° 38, 1268, p. 31; Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 229.

[2426] Coeuret A., Gauriau B., Miné M., *Droit du travail,* Université, Sirey, 3ème édition, 2013, p. 445.

[2427] Ministère du travail, de l'emploi de la formation professionnelle et du dialogue social, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, mis à jour le 15 janvier 2014, Travail-emploi-gouv.fr.

[2428] La déclaration de volonté du salarié ne peut en principe être révoquée selon le paragraphe 130 I 2 BGB.

[2429] Ou rupture conventionnelle collective.

[2430] Laissant ouvert l'accès au juge.

[2431] Berjot X., *La rupture conventionnelle, Le guide pratique*, 2ème édition Afnor, 2016, p. 69 ; Viart H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867, p. 229.

[2432] Héas F., *Droit du travail*, Paradigme, 7ème édition, 2020, p. 376.

[2433] L'arrêt Dentressangle du 9 mars 2011 a précisé que ni les syndicats, ni le comité d'entreprise ne peuvent demander l'annulation des ruptures conventionnelles individuelles : Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 9 mars 2011, numéro de pourvoi 10-11.581 ; Ce point est controversé en doctrine, l'auteur Loiseau G. étant pour (Loiseau G., Note, Droit Social, 2011, p. 681 et suivant.), tandis que l'auteur Pélissier M. J., est au contraire pour qu'un syndicat représentatif puisse agir afin de faire appliquer les règles légales du licenciement pour motif économique quand la rupture conventionnelle s'est vue être utilisée frauduleusement (Pélissier J., SSL, 2011, n° 1484) ; Chirez A., *La rupture conventionnelle pour cause économique*, Le Droit Ouvrier, août 2011, n° 757, p. 474.

[2434] Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee.

administratif[2435] et / ou devant le ministre[2436]. En Allemagne, nous avons déjà vu que le « Aufhebungsvertrag » ne fait pas de distinction dans la conclusion de ce contrat selon que le salarié est protégé ou non.

Nous avons insinué que la France recherche à limiter le rôle du juge, objectif répondant aux critiques qui attaquent la justice sociale prétendument défaillante, invoquant des dysfonctionnements de la justice prud'homale[2437], une normativité excessive et une insécurité juridique[2438] (il est apparent qu'il s'agit principalement d'arguments avancés par les employeurs) ; Mais est-ce que cela signifie une véritable diminution des contentieux ?[2439] La rupture conventionnelle[2440] est bien considérée par les employeurs comme réduisant le risque de contentieux, dû à l'absence de motivation de la rupture et au fait que c'est aux salariés de démontrer qu'il y a eu vice de consentement[2441]. À cela s'ajoute que la rupture conventionnelle elle-même a été instituée dans le but d'éviter la contestation du motif devant le Conseil des prud'hommes, ce qui déplace bien a priori l'objet des litiges vers la vérification de la qualité du consentement du

[2435] Selon la règle de droit commun. Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 8 ;
Concernant les salariés protégés, la rupture conventionnelle de leurs contrats de travail est admise selon l'article L. 1237-15 du Code du travail, à la condition d'être autorisée par l'autorité administrative qui doit être saisie après le délai de rétractation de quinze jours passé. Voir ici RJS**,** observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 15 mai 2019, numéro de pourvoi 17-28.547, juillet 2019, n° 443, p. 558.
[2436] Ainsi que posé par l'article R. 2422-1 du Code du travail, modifié par le décret n°2008-1503 du 30 décembre 2008, art. 2.
[2437] Augmentation et complexification ces dernières années du droit du travail avec un taux élevé de conflits, voir Frouin J.-Y., « Le recul du juge en droit du travail », RDT, janvier 2020, p. 22 et voir le *rapport de la DACS*, Serverin E., SSL, 18 novembre 2019, n° 1883 et Serverin E., *Controverse : la baisse du contentieux est-elle le signe d'une pacification de la relation de travail ?*, RDT, 2019, p. 227, posant que le taux de conflictualité n'est au final pas si élevé mais qu'il y a au contraire une judiciarisation atténuée.
[2438] Frouin J.-Y., *Le recul du juge en droit du travail*, RDT, janvier 2020, p. 22.
[2439] L'auteur Frouin considère que la rupture conventionnelle a "*parfaitement rempli son office puisqu'il* (ce mode de rupture) *rencontre un grand succès et contribue effectivement à la décrue du contentieux*": Frouin J.-Y., *Le recul du juge en droit du travail*, RDT, janvier 2020, p. 19.
[2440] En tant que mode de rupture à part entière, voir notamment Lokiec P., Rupture du contrat, IV – *Rupture conventionnelle*, Rép. trav., Dalloz 2013.
[2441] A cela s'ajoute que le délai de contestation est réduit à douze mois ; Ciray H., Note sous arrêt, Cour de cassation, chambre sociale, 30 mai 2018, numéro de pourvoi 16-15.273 (publié), droit ouvrier, août 2018, n° 841, p. 525 ; Cet arrêt pose également qu'en cas de rupture du contrat de travail en exécution d'une convention de rupture ensuite annulée, alors la rupture produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Voir à ce sujet Loiseau G., Note, JCP S, 2018, 1218.

salarié[2442]. Enfin, si les motifs de recours restent au final nombreux en pratique[2443], on observe que les recours eux-mêmes sont peu nombreux. Les délais courts, le recours juridictionnel devant être formé dans un délai de douze mois à compter de la date d'homologation de la convention[2444], mais aussi l'acceptation par le salarié de la convention de rupture et le non-usage de son droit de rétractation, étant des raisons cumulatives expliquant ce faible nombre de recours. Ainsi, la diminution du contentieux est bien réelle en France, le recul du juge étant poursuivi volontairement. Cela se passe au travers d'une politique de déplacement de la finalité première du droit du travail, allant de la protection du salarié à l'intérêt des employeurs avec le fonctionnement et la compétitivité des entreprises au premier plan[2445]. Avec l'introduction de la nouvelle rupture conventionnelle collective, le recul du juge ne sera cependant pas immédiatement aggravé. Car même si une sécurité juridique toujours plus forte est souhaitée par les employeurs, la production de droit nouveau est toujours suivie d'une nécessité du juge : « *(…) à un recul du juge succède souvent un retour du juge* »[2446].

Au final, ce sont les hypothèses de fraude et de vice du consentement qui marquent les limites des possibilités d'annulation de la rupture conventionnelle individuelle française, mais aussi allemande[2447]. Car sans droit de rétractation légal pour les « Aufhebungsverträge »[2448], chacune des parties ne peut souvent se rétracter que si prévu dans l'accord ou dans le cas où une cause de nullité est présente[2449]. En France, il en va ainsi de ruptures conventionnelles masquant la volonté de l'employeur de licencier le salarié. Une telle rupture pouvant voir le jour suite à un harcèlement moral, à des difficultés économiques ou à une restructuration, ou encore suite à

[2442] Bonnechère M., Note sous arrêt, Cour de cassation, chambre sociale, 6 octobre 2015, A. contre Société Méditerranée Var diffusion, numéro de pourvoi 14-17.539, Le Droit Ouvrier, janvier 2016, n° 810, p. 45 ; Voir aussi l'auteur Frouin, qui considère cet objectif comme attesté par la diversité de ses manifestations, avec des « *règles animées d'une même intention d'écarter ou de mettre à distance le juge social* » : Frouin J.-Y., *Le recul du juge en droit du travail*, RDT, janvier 2020, p. 18.

[2443] La rupture conventionnelle collective est, elle aussi, devenue un mécanisme diminuant le recours au juge. Ceci étant donné que la rupture conventionnelle collective permet la conclusion de ruptures d'un commun accord dans le cadre d'accords collectifs en matière de congés de mobilité et de PDC autonome: voir Frouin J.-Y., *Le recul du juge en droit du travail*, RDT, janvier 2020, p. 19.

[2444] Article L. 1237-14 du Code du travail.

[2445] Frouin J.-Y., *Le recul du juge en droit du travail*, RDT, janvier 2020, p. 24.

[2446] Frouin J.-Y., *Le recul du juge en droit du travail*, RDT, janvier 2020, p. 24 ; « *Si le rôle du juge est encadré (…), en même temps les ordonnances en réécrivant plus d'une centaine de pages du code du travail créent de nouveaux espaces pour le juge, d'autant que les textes contiennent des expressions au contenu volontairement large qui accentueront le pouvoir de ce dernier* » : Combrexelle J.-D., JCP S, 2017, 1305.

[2447] Peskine E., Wolmark C., *Droit du travail,* Hypercours, 2017, 11ème édition Dalloz, 2016, p. 379, 565.

[2448] Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 148 – 521.

[2449] Michalski L., *Arbeitsrecht,* Start, C.F. Müller, 7. Auflage 2008, S. 55, 56.

une dégradation organisée des conditions de travail du salarié[2450]. Il y a également fraude à la loi, si l'employeur a volontairement étalé dans le temps la conclusion de ruptures conventionnelles dans le but de contourner les règles du licenciement économique, spécifiquement pour rester en dessous des seuils d'interdiction[2451]. L'exemple courant utilisé étant une série de dix ruptures conventionnelles en trente jours[2452].

En Allemagne, les cas de nullités sont nombreux pour le « Aufhebungsvertrag » mais difficiles, voire impossibles à obtenir, la charge de la preuve pesant en plus sur les salariés[2453] :

Ainsi, un contrat de résiliation allemand peut être nul, dès lors que sa conclusion fait suite à un contournement de la loi de protection contre le licenciement[2454]. Il sera nul par exemple, « unwirksam », si signé par le salarié lors de son embauche ou à un moment ultérieur et dont l'employeur peut faire usage en y apposant une date de résiliation du contrat de travail choisit par lui[2455].

Il y a aussi nullité possible en cas de contournement de la règle du § 613 a BGB sur les droits et obligations lors d'une cession d'entreprise[2456]. Ce paragraphe protège le salarié d'une perte de son travail durant un transfert d'entreprise, sachant que si le salarié use de son droit de recours et refuse que son contrat de travail soit transféré au nouvel employeur, cela est irréversible[2457]. La conséquence est, qu'un « Aufhebungsvertrag » est reconnu comme n'étant que

---

[2450] Pélissier J., Auzero G., Dockès E., *Précis de Droit du travail*, 25ème édition, Dalloz, 2011, p. 503 - 449.

[2451] Dockès E., Peskine E., Wolmark V., *Droit du travail*, HyperCours, 5ème édition Dalloz, 2010, p. 347 – 443 ; Le salarié doit cependant contester dans un délai de cinq années, ce qui correspond au délai de prescription de l'action.

[2452] Ou encore le cas de deux ruptures conventionnelles au sein de neufs licenciements pour motif économique. Voir Instruction DGT n° 2010-02 du 23 mars 2010, observations de Fabre A., *Ruptures conventionnelles et suppressions d'emplois pour motif économique : possibilité offerte par la loi ou fraude à la loi ?*, RDT 2010, p. 369.

[2453] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 61.

[2454] Par exemple, quand un nouveau contrat de travail est convenu avec le nouvel employeur reprenant l'entreprise. Voir Waldenfels T.-G., *Systematische Darstellung mit Übersichten, Fallbeispielen und allen wichtigen Entscheidungen,* Referendarausbildung Recht, Arbeitsrecht, Richard Boorberg Verlag, 4. Auflage 2009, S. 325; BAG, 18.8.2005, 8 AZR 523/04.

[2455] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 211; Il en va de même des accords prévoyants que si le salarié ne revient pas à temps de ses congés de vacances, son contrat de travail sera résilié : BAG 19.12.1974, 2 AZR 565/73, AP Nr. 3 zu § 620 BGB Bedingung; Sont encore nuls, les contrats de résiliations comprenant une résiliation automatique liée à un certain comportement, tel un salarié qui était dépendant à l'alcool et qui recommence à en consumer : LAG München 29.10.1987, 4 Sa 783/87, DB 1988, 506.

[2456] Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 19; Rolfs, *Der Arbeitsvertrag*, A 100 der Aufhebungsvertrag, Preis, 5. Auflage, 2015, S. 418, Rz. 42 und ff; BAG 10.12.1998, 8 AZR 324/97, NZA 99, 422.

[2457] Rieble, Wiebauer, *Widerspruch (§613a VI BGB) nach Aufhebungsvertrag*, NZA 2009, S. 401; Il ressort ici de manière négative de l'article 12 GG de la Constitution allemande « Grundgesetz » un droit de recours « Widerspruchsrecht » codifié au § 613a Ab. VI BGB : § 613a Ab. VI BGB : Le salarié peut s'opposer par

rarement contestable en cas de transfert d'entreprise « Betriebsübergang », sauf dans le cas où l'employeur a fait croire à son salarié que l'exploitation sera fermée et non reprise[2458].

Qu'en est-t-il de la contestation allemande : « Anfechtung » ? Les accords de volontés, « Willenserklärungen » qui visent la conclusion d'un contrat de résiliation sont en effet contestables « anfechtbar » selon les règles générales des §§ 119, 123 et suivants du Code civil allemand, BGB[2459]. La déclaration de contestation « Anfechtungserklärung » représente un accord de volonté qui n'est soumis à aucune condition de forme mais qui doit être réceptionnée par l'autre partie[2460]. Le salarié doit contester au plus vite (sous deux semaines)[2461] sa propre déclaration de volonté faite dans le « Aufhebungsvertrag », sachant que cette contestation est irrévocable et ne peut plus être retirée quand elle a été réceptionnée[2462]. La contestation de validité suppose toutefois que le déclarant se soit trompé sur l'importance de sa déclaration. Par exemple, s'il pense que sa déclaration concerne une suspension temporaire de sa relation de travail suite à une incapacité d'exercer avec versement d'une rente limitée et non pas la rupture de son contrat de travail. À l'inverse, nous avons vu qu'une erreur sur le motif n'est pas retenue quand le salarié a mal évalué les conséquences sociales et fiscales de la résiliation de son contrat de travail ou qu'il a agréé à cet accord en ne sachant pas qu'en tant que « personne handicapée » il avait droit à une protection particulière contre le licenciement[2463]. L'erreur posée au § 119 BGB ne permet ainsi en pratique presque jamais au salarié de faire déclarer un « Aufhebungsvertrag » nul. Même si le salarié déclare n'avoir pas lu le contrat de résiliation, la

---

écrit au transfert de son emploi dans un délai d'un mois à compter de la réception des informations visées au paragraphe 5.

[2458] BAG, 23.11. 2006, 8 AZR 349/06: Redaktion Beck-aktuell, BAG, *Aufhebungsvertrag bei nur vorgetäuschtem Betriebsübergang unwirksam*, 24.11.2006; Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 19.

[2459] Dans le cas où un contrat de résiliation est déclaré nul, après avoir été déclaré auprès du cocontractant, celui-ci sera supprimé rétroactivement. Voir Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 148 – 521.

[2460] De plus, à partir du moment où la contestation « Anfechtung » a été déclarée pour une raison précise, d'autres motifs de recours ne peuvent pas être rapportés, ils nécessitent alors la mise en place d'une nouvelle déclaration de contestation « Anfechtungserklärung » : voir Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 4. Anfechtung, Rn 11; BAG 7.11.2007 NZA 2008, 530.

[2461] Selon le paragraphe 121 I BGB, une contestation de la validité de l'accord doit donc être annoncée au cocontractant après connaissance de la cause de nullité généralement sans retard excessif, « ohne schuldhaftes Zögern » sous deux semaines.

[2462] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 4. Anfechtung, Rn 11; BAG 26.4.2006 AP TzBfG § 14 Vergleich Nr. 1.

[2463] Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 148 – 521.

nullité requiert qu'il connaisse le contenu de sa déclaration pour s'être trompé dessus ; tandis que s'il déclare s'être trompé, ne pas avoir voulu rompre son contrat, alors l'annulation pour erreur échouera pour la raison qu'il s'agit d'une erreur sur les conséquences juridiques non prises en considération[2464]. Nous avions vu que même une femme enceinte non renseignée sur le fait que la conclusion de ce contrat mène à la perte de son droit de protection de la maternité, n'a pas obtenu de droit de recours reconnu[2465]. Il en va de même en invoquant la contrainte temporelle « Zeitdruck », après qu'un employeur ait proposé un « Aufhebungsvertrag » à une femme enceinte et refusé de lui accorder le délai de réflexion qu'elle avait demandé[2466]. Un refus des employeurs allemands de donner un temps de réflexion à leurs salariés n'emporte ainsi pas non plus de droit de révocation[2467].

Dans le cas de la menace, « widerrechtliche Drohung » du § 123 BGB[2468], avec un salarié qui se trouve dans une situation où il doit choisir entre deux maux[2469] et où le contrat de résiliation est présenté comme étant le moindre mal ; son usage de plus en plus courant a poussé la cour fédérale du travail à la reconnaitre plus largement[2470]. Ainsi, un salarié peut contester « Anfechten » sa déclaration de volonté « Willenserklärung » pour cause de menace illégale, « widerrechtliche Drohung »[2471]. Néanmoins, une limitation persiste, une menace n'étant reconnue

---

[2464] Waldenfels T.-G., *Systematische Darstellung mit Übersichten, Fallbeispielen und allen wichtigen Entscheidungen,* Referendarausbildung Recht, Arbeitsrecht, Richard Boorberg Verlag, 4. Auflage 2009, S 326; BAG, NZA 1992, 790.

[2465] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 215.

[2466] BAG, Anfechtung eines Aufhebungsvertrages durch Schwangere, NJW 1983, S. 2958; du § 123 Ab. I BGB ; Günther in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 42.

[2467] Pas de droit de révocation selon les §§ 312, 355 BGB. Il s'agit d'un revirement de jurisprudence, la cour d'appel de Hambourg, « Landesarbeitsgericht » l'ayant permis dans son arrêt du 3 juillet 1991, où un employeur avait confronté son salarié à la conclusion d'un contrat de résiliation sans donner de temps de réflexion et exigeant une réponse immédiate. Or cette décision a été abrogée par le tribunal fédéral du travail allemand. Voir BAG 30.09.1993 AP Nr. 37 zu § 123 BGB; BAG 27.11.2003 NZA 2004, 597, 598 f; Voir aussi Preis, Temming, *Arbeitsrecht*, Individualarbeitsrecht, Dr. Otto Schmidt, 6. Auflage 2020, S. 55, Rz. 228. Voir également BAG DB 1994, 279; NZA 1996, 811 sur la non-exigence d'une obligation d'accorder au salarié un délai de réflexion ou de rétractation.

[2468] § 123 BGB « Anfechtbarkeit wegen Täuschung oder Drohung », (1) « *Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.* »; Däubler in Däubler, Deinert, Zwanziger, *Kommentar für die Praxis, Kündigungsschutzrecht (KSchR), Aufhebungsvertrag*, Rn. 78 ff., 81 ff., 11. Auflage, 2020.

[2469] Par exemple, l'employeur menace de prononcer un licenciement ordinaire ou extraordinaire, ce qui pousse le salarié à conclure le contrat de résiliation. Voir BAG 12.8.1999 AP BGB § 123 Nr. 51; Günther in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 43.

[2470] Krause R, *Arbeitsrecht*, 2. Auflage, Nomos 2011, § 20 – 6.

[2471] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 4. Anfechtung, Rn 11a; vgl. nur BAG 30.9.1993 AP BGB § 123 Nr. 37; 23.11.2006 NZA 2007, 866.

comme illégale que quand un « employeur raisonnable » (mais pas un employeur idéal) n'aurait pas sérieusement considéré ordonner une résiliation extraordinaire du contrat de travail dans le cas où son salarié refuserait de signer le « Aufhebungsvertrag »[2472]. Or nous avons vu dans ce chapitre que cette exigence de savoir ce qu'un « employeur raisonnable » aurait fait est très critiquée en Allemagne. Cela ne permettant pas de poser de critères concrets pour l'application de la loi[2473]. C'est notamment pourquoi, comme pour l'erreur, une nullité aura ici peu de succès[2474].

Cependant, un salarié allemand aura la possibilité de se « désister » du contrat, « Rücktrittsrecht » sur la base du § 323 I BGB, dans le cas où son employeur ne paye pas l'indemnité de départ prévue dans le contrat de résiliation par exemple[2475]. L'indemnité constituant la raison principale, avec le certificat de travail, pour laquelle il accepte la conclusion d'un tel contrat. Néanmoins, il ne pourra pas se désister dans le cas où son employeur n'est pas en état ou n'est pas autorisé, financièrement, à lui verser l'indemnité, en cas d'insolvabilité par exemple[2476]. N'est pas non plus encore décidé, si ce droit de désistement permet d'obtenir la nullité[2477] « Unwirksamkeit » du « Aufhebungsvertrag », ou plutôt un droit à réembauche[2478] « Wiedereinstellungsanspruch »[2479]. L'importance de cette démarcation ressort du fait que si le « Aufhebungsvertrag » a été conclu après la prononciation préalable d'un licenciement, alors le fait que ce contrat devienne nul, le licenciement prononcé reprendra sa validité et si le délai (en Allemagne très court) de trois semaines du § 4 S. 1 KSchG est dépassé, le salarié n'aura alors plus la possibilité d'agir devant les tribunaux contre son licenciement sur la base du § 5 KSchG[2480].

[2472] Holbeck-Schwindl, *Referendarpraxis Lernbücher für die Praxisausbildung, Arbeitsrecht*, Verlag Franz Vahlen München, 11. Auflage 2012, S. 144 – 606; BAGE 109, 22 = NZA 2004, 597.

[2473] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 217.

[2474] D'autant que la charge de la preuve repose encore sur le salarié. Voir BAG 12.8.1999 AP BGB § 123 Nr. 51; zur Beweiswürdigung BAG 6.12.2001 AP ZPO § 286 Nr. 33; Hesse, *Münchener Kommentar zum BGB* Vor § 620 Rn. 28.

[2475] Sur la base du § 323 I BGB; Besgen N., Velten A., *Der Rücktritt vom Aufhebungsvertrag in der Insolvenz*, NZA-RR 2010, 561 ; Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2448; Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 23.

[2476] Cela a été reconnu par le BAG, dans sa décision du 10 novembre 2011, 6 AZR 357/10: Insolvenz; Ou quand l'employeur n'est pas autorisé à payer l'indemnité ; Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 23.

[2477] Bauer, Krieger, Arnold, Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, A Rn. 187.

[2478] LAG Niedersachsen, 15.12.2010, 2 Sa 742/10, BeckRS 2011, 73473.

[2479] Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2448.

[2480] Bauer, Haußmann, BB 1996, 901 (902); Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2448, 2449; Bauer, Krieger, Arnold, *Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge*, A Rn. 187.

Avant de finir sur les avantages et inconvénients des ruptures conventionnelles et des « Aufhebungsverträge », présentons tout d'abord les statistiques. Il n'y a malheureusement pas de statistiques officielles ou de suivi opéré régulièrement des contrats de résiliations conclus en Allemagne, à l'inverse de la France. C'est notamment grâce à la procédure d'homologation que les ruptures conventionnelles font l'objet d'un suivi statistique au niveau national, opéré par la DARES[2481] qui analyse les ruptures conclues en détail[2482]. Une des études la plus récente est celle de l'Institut du Salarié, publiée en 2015[2483]. Sur 100 personnes, comprenant 45 % d'hommes, 55 % de femmes et dont 57% de cadres, il ressort que les ruptures ont de manière surprenante été plus souvent initiées par les salariés (65%), lesquels ont préféré conclure un départ amiable plutôt que de démissionner[2484]. Cette étude indique que dans les grandes entreprises de plus de 500 salariés et notamment dû à un service des ressources humaines fort, la procédure est ressentie comme plus impressionnante, faisant que ce sont surtout les cadres qui vont conclure des ruptures conventionnelles. Il ressort également que les femmes vont plus conclure une rupture conventionnelle que les hommes[2485], celles-ci préférant agir vite et ne pas laisser la situation se dégrader (même si elles sont moins bien indemnisées en moyenne[2486]), tandis que les hommes ont tendance à attendre jusqu'au bout qu'on leur signifie leur congé.

Sur les avantages et inconvénients pour les employeurs, en Allemagne, nous avons vu que les avantages ressortent principalement du fait que le contrat de travail peut être rompu sans respect d'un délai de préavis légal, sans audition du comité d'entreprise[2487] ou du comité du personnel

---

[2481] Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques : DARES études et statistiques, *Les ruptures conventionnelles : les séries mensuelles et trimestrielles*, 13 avril 2016, http://dares.travail-emploi.gouv.fr/dares-etudes-et-statistiques/statistiques-de-a-a-z/article/les-ruptures-conventionnelles-les-series-mensuelles-et-trimestrielles.

[2482] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 9.

[2483] Institut du Salarié, *Indemnités de départ : mieux vaut attendre d'être remercié*, étude de juillet 2013 à juin 2014 sur un panel de 100 personnes, mis à jour le 19 novembre 2015, http://www.institut-du-salarie.fr/paie_droit_social_licenciement_démission_contrat_--Indemnités%20de%20rupture%20:%20Combien%20négocier%20-%20Etude%20réalisée%20sur%20100%20personnes%20accompagnées%20par%20%20l%27Institut%20du%20Salarié%20--96--FR.

[2484] La démission reste tout de même la première cause de fin de CDI.

[2485] Ceci est également posé dans la fiche sur le chômage de l'INSEE. Il en ressort que les femmes sont davantage au chômage suite à une rupture conventionnelle (ou suite à une démission), tandis que les hommes le seront plus, suite à un licenciement ou à une cessation d'activité non salariée. Voir ici INSEE statistiques Publiques, *références, emplois, chômage, revenus du travail*, édition 2016, p. 5.

[2486] 1,35 mois par année d'ancienneté pour les hommes et 1,3 pour les femmes.

[2487] Rolfs, *Der Arbeitsvertrag*, A 100 der Aufhebungsvertrag, Preis, 5. Auflage, 2015, S. 412, Rz. 25.

et sans égard à la protection générale ou particulière contre le licenciement pour le salarié[2488]. L'employeur n'a également pas besoin d'obtenir l'autorisation d'une administration, par exemple de l'office de l'intégration en cas de contrat de résiliation d'un salarié souffrant d'un handicap lourd[2489] et l'absence d'obligation de prévoir un délai de rétractation ou même d'octroyer à son salarié un délai de réflexion, rend ce dispositif dangereux pour l'autre partie. Le principal inconvénient n'étant finalement que le versement de l'indemnité ou l'accord de l'employeur à prolonger le délai de préavis de rupture avec rémunération et exemption de travail. De plus, l'avantage non négligeable du contrat de résiliation, mais aussi de la rupture conventionnelle, reste qu'un employeur obtient un moyen parfait pour ne plus faire paraître ses salariés en position de victimes, le contrat étant à caractère « amiable ». En France, si l'employeur doit respecter certaines obligations et conditions administratives supplémentaires, la rupture conventionnelle permet toutefois également une rupture rapide et simple (même si pas aussi rapide ou simple qu'en Allemagne) et les avantages restent supérieurs aux inconvénients, ce qui explique son succès.

Sur les avantages et inconvénients pour les salariés : Étant donné qu'un contrat de résiliation à l'amiable mène indubitablement à la perte de l'emploi pour le salarié, cela lui retire sa source de revenus[2490] et l'existence même de la personne concernée et dans certains cas de sa famille peut être mise en péril. S'ajoute donc à la perte d'un salaire la perte d'un prestige social, d'une reconnaissance personnelle[2491], car il ne faut pas sous-estimer l'importance que prend l'emploi dans la vie des gens au sein de la société. La cour fédérale du travail allemande qui reconnaît pourtant que l'exercice d'une activité contractuelle permet au salarié de « *développer sa personnalité ainsi que d'obtenir ou de sauvegarder le respect et l'estime des personnes de son entourage* »[2492], il est étrange que la conclusion d'un « Aufhebungsvertrag » puisse mener si facilement à la perte de ce facteur d'épanouissement, même si que provisoirement. Les auteurs

---

[2488] « allgemeiner und besonderer Kündigungsschutz ». Voir *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 962.
[2489] Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 147 – 519.
[2490] « *Economic loss may be understood as the difference between the ordinary wage and the income from unemployment benefits or other alternative sources. However, there is no linear relation between need and the amount of income foregone. »*: Engelstad F., *Needs and social justice : the criterion of needs when exempting employees from layoff*, Social Justice Research, 1997, 10(2), 203-223, p. 5.
[2491] Engelstad F., *Needs and social justice : the criterion of needs when exempting employees from layoff*, Social Justice Research, 1997, 10(2), 203-223, p. 5.
[2492] BAG 27.2.1985, GS 1/84, in DB 1985, 2197 (2197); Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 32.

français R. Bourguignon et P. Garaudel[2493], considèrent eux aussi et à raison, que même en cas de consentement des salariés, ici dans le cadre de plans de départs volontaires, il y a un report sur eux de la responsabilité du risque du chômage et que l'indemnité est le prix acceptable de cette prise de risque[2494].

Il reste que tout salarié peut néanmoins y trouver son compte, particulièrement s'il en est à l'origine et recherche lui-même une rupture rapide, ceci valant autant pour la France que pour l'Allemagne ; avec la différence que l'usage du « Aufhebungsvertrag » permet en Allemagne de également rompre les contrats à durée déterminée, ce qui lui octroie une plus grande application.

L'indemnité de rupture n'étant pas obligatoire en Allemagne, c'est la rédaction et la remise d'un certificat de travail[2495] qui va constituer le deuxième plus grand avantage de ce mode de rupture pour les salariés. Les salariés ayant autant en France qu'en Allemagne une plus grande chance d'obtenir un certificat de travail positif avec une rupture amiable, cela va contribuer à faciliter l'obtention d'un nouvel emploi[2496]. En France, l'employeur doit remettre au salarié un certificat de travail[2497], un exemplaire de l'attestation de Pôle emploi ainsi que lui établir un solde de tout compte[2498]. En Allemagne, le certificat de travail, „Arbeitszeugnis" est d'autant plus important que sa formulation constitue une science à part entière. La rédaction et surtout le choix des mots peut être extrêmement nuisible et préjudiciable pour le salarié, sans même que celui-ci ne s'en rende compte. En effet, les employeurs allemands usent presque d'un « code secret » dans la rédaction de ces certificats. Une négociation du contenu et du choix des mots est donc importante avant la signature, surtout étant donné que les salariés allemands n'ont pas le droit de faire valoir devant un tribunal un droit à la « formulation de fin ». Celle-ci

[2493] Dans le cadre cependant des plans de départs volontaires que nous avons vu dans la partie correspondante de ce travail.
[2494] Bourguignon R., Garaudel P., Revue @ GRH, 2015/3 (n° 16), Cairn.info, *L'appropriation de la règle de droit : impératif de sauvegarde de l'emploi et dispositifs de départs volontaires*, p. 41-62, 2, https://www-cairn-info.faraway.u-paris10.fr/revue-@grh-2015-3-page-41.htm.
[2495] § 630 BGB.
[2496] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 32.
[2497] Miné M., *Le grand livre du droit du travail en pratique*, Eyrolles, 29ème édition, 2018, p. 360.
[2498] Ministère du travail, de l'emploi de la formation professionnelle et du dialogue social, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, mis à jour le 15 janvier 2014, Travail-emploi-gouv.fr.

comprend les mots : regret, gratitude, remerciements et souhaits[2499] entre autres[2500] : « Dankes- und Wunschformel »[2501]. La pratique voit souvent les certificats de travail ne pas être formulés de manière pertinente, souvent pour cause de manque de temps ou manque d'enthousiasme de la part des employeurs[2502]. Les salariés doivent donc négocier le contenu du futur certificat de travail, s'assurer que la note de comportement, la note de performance et la formule de fin ne manquent pas et sont même conseillés de « *(...) soumettre une ébauche, laquelle doit être respectée par l'employeur, sauf motif important* »[2503]. Le salarié allemand peut aussi prévoir et négocier le contenu d'un certificat intermédiaire « Zwischenzeugnis » et s'assurer que le contenu du certificat final correspondra avec ce dernier[2504]. En cas de désaccord sur le contenu du certificat de travail, les salariés allemands gardent la possibilité d'aller devant le tribunal dans le cadre d'une procédure courte et ne nécessitant pas de prendre un avocat.

[2499] „Bedauern", „Dank", „Wünsche".
[2500] „Leistungs- und Führungsnote", „Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 52.
[2501] Voir la jurisprudence du BAG: BAGE 97, BAGE Band 97, S. 57 ; NJW 2001, S. 2995 ; NZA 2001, S. 843. Lingemann, Groneberg, *Der Aufhebungsvertrag* (Teil 4), NJW 2011, S. 2938, „15. Zeugnis".
[2502] „Leistungs- und Führungsnote", Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 52.
[2503] « *Der Arbeitnehmer ist berechtigt, auf dieser Basis einen Entwurf hereinzureichen, von dem der Arbeitgeber nur aus wichtigem Grund abweichen darf* », Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 52.
[2504] Lingemann, Groneberg, *Der Aufhebungsvertrag* (Teil 4), NJW 2011, S. 2938, „15. Zeugnis"; Voir aussi LAG Niedersachsen, Urteil vom 13. 3. 2007, LAGNIEDERSACHSEN Aktenzeichen 9SA183506 9 Sa 1835/06, BeckRS 2007, BECKRS Jahr 46079; Höser, *Rechtsprechungsübersicht zu Arbeitszeugnissen, insbesondere zur Bindungswirkung*, NZA-RR 2012, S. 288, « 8. Bindungswirkung bei Zeugnissen ».

CONCLUSION DE PARTIE

« *Tout malfaiteur attaquant le droit social devient par ses forfaits rebelle et traître à la patrie ; il cesse d'en être membre en violant ses lois, et même il lui fait la guerre ; alors la conservation de l'État est incompatible avec la sienne* »[2505].

Jean-Jacques Rousseau

Nous avons vu que dans les deux droits, les deux parties peuvent trouver un intérêt dans la conclusion d'une rupture conventionnelle ou d'un « Aufhebungsvertrag »[2506]. Cependant, les désavantages dépassent finalement de loin les avantages consentis aux salariés, sauf pour les salariés experts en la matière et prêts à se battre bec et ongles pour obtenir une rupture qu'ils considèreront satisfaisante. La pratique et la norme traduisent toutefois plutôt un déséquilibre inhérent de ce mode de rupture, lequel correspond malheureusement parfaitement au déséquilibre inhérent à la relation employeur et salarié.

Les deux pays prévoient une période de carence différente, chacune ayant ses désavantages propres. La France ne connait pas d'exception, ne cherche pas à différencier selon la personne à l'origine de la rupture et l'Allemagne, en cas d'application de la période de carence, voit les droits acquis réduits d'autant. Les régimes fiscaux et sociaux sont également très différents. Rappelons que la France prévoit une exonération fiscale jusqu'à un certain montant pour les salariés ne pouvant pas bénéficier de leur pension de retraite légale ; l'Allemagne soumet la totalité de l'indemnité de départ versée, à l'impôt sur le revenu.

[2505] Rousseau J-J., (1712-1778), *Le contrat social*, 1762, Livre II, chapitre 5, 72.
[2506] Voir notamment Rolfs, *Der Arbeitsvertrag*, A 100, Aufhebungsvertrag, Preis, 5. Auflage 2015, S. 404, Rz. 2.

Quant aux motifs de nullité, nous avons vu que la France n'en admet que peu[2507], dans un esprit d'autonomie de la rupture conventionnelle, qui, avec le droit de rétractation légal et le caractère amiable de cette rupture, mène indubitablement à un recul du juge et rempli l'objectif poursuivi par le législateur et souhaité par le patronat. En Allemagne aussi, le « Aufhebungsvertrag » représente le contrat type avantageant les employeurs. Car même si les recours devant le juge sont plus nombreux, nous avons vu que ceux-ci sont très difficiles, voire impossibles à obtenir pour les salariés après signature. Ceci, couplé à l'absence de délai de rétractation légal, à un devoir d'information faible et à un pouvoir de négociation fort, inhérent à la position dominante de l'employeur, le contrat de résiliation allemand donne à ces derniers une rupture rapide et sûre.

[2507] La nullité n'a lieu en effet qu'en cas d'absence d'un ou de plusieurs entretiens, ou s'il n'a pas été remis d'exemplaire de la convention de rupture conventionnelle au salarié, ou en cas de non-respect du délai de rétractation[2507], ou encore s'il y a eu vice du consentement du salarié.

Conclusion générale

« *Lesté d'une charge (probatoire) insupportable, le salarié risque la noyade ! N'en ayons cure, l'essentiel est (sain et) sauf : le bateau « rupture conventionnelle » continue, tranquillement, de voguer, par temps calme, sur une mer d'huile, ses voiles gonflées par le vent (jurisprudentiel)... Le continent d'amarrage est désormais bien déterminé : cap sur la modernité ! Et tant pis pour les noyés...* »[2508].

Patrice Adam

La rupture conventionnelle individuelle[2509], et le contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag » s'auto-acclament et se justifient par la liberté donnée aux salariés, de mettre fin de manière consensuelle (« libre et éclairée ») à leur contrat de travail.

Au vu du modèle allemand qui ne bénéficie d'aucun encadrement légal, l'encadrement français peut renforcer l'image sécuritaire de la rupture conventionnelle individuelle. Or nous avons vu que sur la protection réelle des salariés, les deux droits se ressemblent plus qu'ils ne diffèrent sur de nombreux points. Notamment en raison des nombreuses pressions pouvant peser sur les salariés, les employeurs peuvent les inciter relativement simplement à signer une rupture, en leur faisant miroiter une indemnité, ainsi qu'en les convaincant qu'une rupture amiable est préférable à un licenciement. Les conséquences psychologiques néfastes de cette rupture apparaissent souvent trop tard pour le salarié, qui, dans un moment de faiblesse et par manque d'information, choisit d'accepter la proposition de rupture proposée.

[2508] Adam P., « Rupture conventionnelle : ode aux noyés (Sur l'entretien, la nullité et la preuve) », Cass. Soc. 1er décembre 2016, n° 15-21.609, Le Droit Ouvrier, mars 2017, n° 824, p. 150.
[2509] Et la rupture conventionnelle collective, dans la mesure où les salariés sont « libres » de conclure un accord individuel avec leur employeur, une fois l'accord collectif négocié avec les syndicats.

Si la jurisprudence française s'est chargée d'encadrer la rupture conventionnelle individuelle dès 2008[2510], la nouvelle rupture conventionnelle collective qui a vu son introduction en 2018 avait été préparée bien avant 2008 et a utilisé le succès de la RCI comme rampe de lancement. En effet, malgré et même en raison de l'encadrement de la RCI qui a mené à un recul du juge, la rupture conventionnelle collective a réussi à renforcer encore plus la protection des intérêts des entreprises. Rejoignant de plus en plus l'Allemagne dans la facilité de se séparer de salariés et même de salariés protégés au travers de contrats « consensuels ».

Le salarié allemand, s'il a une opportunité de changer rapidement d'emploi, ce mode de rupture lui est favorable. Car il ne va pas s'exposer à une réclamation de son employeur pour rupture de contrat[2511] ; ou encore, s'il est menacé de licenciement pour des raisons comportementales, cet accord amiable lui évite de faire connaître le motif du licenciement à son prochain employeur, notamment en négociant une date de fin de contrat de travail qui correspond à la fin du mois ou mieux, à une fin de trimestre et en obtenant un certificat de travail correct[2512]. Il n'en reste pas moins que les avantages pour l'employeur allemand sont plus nettement supérieurs. Celui-ci n'a pas besoin de l'approbation d'une autorité administrative comme en France et n'a pas à tenir compte des délais de préavis légaux et contractuels[2513], ni besoin d'opérer une sélection sociale[2514] et peut donc user du « Aufhebungsvertrag » pour se séparer de ses salariés les moins qualifiés et ainsi maintenir ou améliorer la structure d'âge et la qualification de la main-d'œuvre nécessaire à la poursuite de son entreprise[2515]. Sachant que la possibilité en Allemagne de faire annuler un « Aufhebungsvertrag » se rapproche de zéro.

[2510] « *La jurisprudence a tâché d'empêcher que la rupture amiable soit un biais trop commode pour éviter l'application du droit du licenciement, lequel est d'ordre public. Certaines règles du droit du licenciement ont, pour cette raison, traversé avec succès l'écran que la rupture d'un commun accord dressait devant elles. Et la validité des ruptures d'un commun accord a été cantonnée aux hypothèses dans lesquelles le contournement du droit du licenciement était le moins à craindre.* », voir Peskine E., Wolmark C., *Droit du travail,* Hypercours, 2017, 11ème édition Dalloz, 2016, p. 376 point 560.

[2511] Indemnisation selon le §280Abs.1 et le §281BGB; pénalité contractuelle éventuellement convenue. Voir Bengelsdorf, NZA 1994, 193 (193); Preis U., *Der Arbeitsvertrag*, 5. Auflage, Ottoschmidt, 2015, S. 404, Rz. 3.

[2512] « Geraden Datum am Monatsende oder zum Quartalsschluss », voir Küttner/Eisemann, Personalbuch 2014, Aufhebungsvertrag Rz. 2; Preis U., *Der Arbeitsvertrag*, 5. Auflage, Ottoschmidt, 2015, S. 405, Rz. 3.

[2513] Ni n'ayant à respecter les dispositions générales du § 1 KSchG, ou les dispositions spéciales, par exemple des § 15 KSchG, § 9 MuSchG[2513], § 18 BEEG, § 85 SGB IX.

[2514] Section 1 (3) KSchG ; Une sélection sociale n´étant pas nécessaire si la résiliation est nécessaire pour des raisons opérationnelles.

[2515] Bengelsdorf, NZA 1994, 193 (193); Preis U., *Der Arbeitsvertrag*, 5. Auflage, Ottoschmidt, 2015, S. 404, Rz. 2; sans même nécessiter une audition du comité d'entreprise : § 102 BetrVG ; Preis U., *Der Arbeitsvertrag*, 5. Auflage, Ottoschmidt, 2015, S. 404, Rz. 2; Fitting, § 102 BetrVG Rz. 15; Lingemann/Groneberg, NJW 2010, 3496 (3496).

Pour conclure, le salarié peut y perdre plus que sa chemise et se retrouver sans emploi du jour au lendemain[2516], la signature pouvant avoir lieu en Allemagne le jour du premier entretien. Il sera en position de ne même pas pouvoir soumettre les motifs de rupture de l'employeur à un contrôle juridictionnel ayant, de part cette rupture, renoncé à sa protection contre le licenciement et au délai de trois semaines pour aller devant le juge[2517].

Ceci, sans compter les désavantages financiers, avec l'imposition totale de l'indemnité de départ, si une indemnité a été prévue, ainsi que les conséquences de la période de carence « Sperrfrist »[2518] et même une perte de droits relatifs à sa retraite, qui peuvent s'appliquer si le salarié n'a pas fait attention et ne s'est pas suffisamment renseigné[2519]. En Allemagne, nous avons vu que l'indemnité de départ d'un contrat de résiliation n'est en effet pas exonérée d'impôt mais ne bénéficie que d'un dégrèvement fiscal soumis à conditions et peut se voir appliquer une période de carence[2520]. En revanche, les possibilités de non-application de la période de carence ayant été élargies en Allemagne[2521], surtout depuis 2017, constituent ici pour le salarié un avantage par rapport à la France. Les conséquences fiscales et sociales de la rupture conventionnelle restent en France plus avantageuses[2522], l'indemnité de rupture n'étant pas assujettie aux prélèvements fiscaux et sociaux, sauf exceptions[2523].

[2516] Il peut être amené à prendre une décision rapide si l'offre de l'employeur est limitée dans le temps ou si des conditions favorables ne sont accordées que si l'offre est acceptée rapidement « Turbo Premium » par exemple.
[2517] Accordé par le § 4 phrase 1 KSchG.
[2518] Voir également Schüren in Schüren, Hamann, *Kommentar AÜG, § 3 Versagung*, 5. Auflage 2018, Rn. 108; AÜG est la loi allemand relative au travail temporaire: Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung.
[2519] Le fait qu'un salarié allemand n'a pas reçu l'information que la conclusion d'un „Aufhebungsvertrag" peut mener à l'application d'une période de carence, ne constitue pas de motif d'annulation selon le § 119 Abs. 2 BGB. Voir BAG 10.03.1988, AP BGB § 123 Nr. 22 et 14.02.1996, NZA 1996, 811 ainsi que Schüren in Schüren, Hamann, *Kommentar AÜG, § 3 Versagung*, 5. Auflage 2018, Rn. 108.
[2520] Également en France ; Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 119.
[2521] Le principe général reste qu'un « Aufhebungsvertrag » ne déclenche pas de période de carence, si le salarié peut prouver qu'il a de par la conclusion de ce contrat de résiliation amiable, évité un licenciement justifié. Voir ici Schüren in Schüren, Hamann, *Kommentar AÜG, § 3 Versagung*, 5. Auflage 2018, Rn. 108 et Fuhlrott M., *Geänderte Dienstanweisung der Agentur für Arbeit, Sperrzeitneutrale Aufhebungsverträge*, NZA 2017, 225 f. et la nouvelle « Geschäftsanweisung » de l'agence du travail allemande sur le § 159 SGB III; Juli S., *Aufhebungsverträge ohne Sperrzeit*, ArbRAktuell, 2017, 237.
[2522] Pour le salarié qui ne bénéficie pas encore de sa pension de retraite légale. Voir Coeuret A., Gauriau B., Miné M., *Droit du travail,* Université, Sirey, 3ème édition, 2013, p. 445.
[2523] Article L. 242-1 du Code de la Sécurité Sociale ; Article L. 1237-13 du code du travail.

Sur l'indemnité de rupture, raison principale pour les salariés dans les deux pays pour conclure une telle rupture, le droit allemand ne prévoit pas d'obligation de versement d'une indemnité. Contrairement à la France qui oblige les employeurs à verser une indemnité, dont le montant ne peut être inférieur à celui de l'indemnité légale de licenciement ou encore à l'indemnité conventionnelle dans le cas où celle-ci est supérieure[2524]. En Allemagne, la pratique va prévoir le versement d'une indemnité, mais sans montant minimum et certains salariés vont tout simplement ne pas en recevoir.

On constate donc, qu'autant en Allemagne qu'en France, un contrat portant départ volontaire reste utilisé par les employeurs pour contraindre leurs salariés à quitter l'entreprise. Le fait pour l'employeur de faire miroiter à son salarié une indemnité de départ ne suffit cependant pas, en Allemagne surtout, à neutraliser les conséquences négatives de ce contrat de résiliation. Car si un avantage fiscal peut être obtenu, le salarié doit alors être très bien informé sur la meilleure manière d'articuler son contrat de résiliation à sa situation financière personnelle. Ce qui est rendu très difficile si son employeur ne lui laisse pas assez de temps pour obtenir ces informations. N'oublions pas que le salarié se trouve dans une situation de faiblesse lorsqu'il (elle) négocie avec son employeur. Et le devoir d'information qui incombe à l'employeur, en Allemagne, mais aussi en France, est faible et insuffisant. Au final, un manque lacunaire flagrant d'information du salarié, va en dernier ressort lui incomber à lui seul.

La France, en encadrant la rupture conventionnelle, réussit-elle à contrôler le caractère consensuel de ce dispositif, ou ne s'agit-il finalement que d'un type de rupture attractif et en vogue ? La liberté du choix reste incertaine dans la plupart des cas, certains salariés ayant en pratique été contraints de quitter leur poste contre leur volonté. Il n'est pas étonnant que la rupture conventionnelle ou le contrat de résiliation soient connus comme permettant aux entreprises de « pousser discrètement certains salariés vers la sortie » ; et si l'Allemagne connait des recours devant les juges plus nombreux, le résultat est le même qu'en France, avec peu d'annulations de cette rupture.

Le nombre faible de recours s'explique tout d'abord entre autres, par la limitation française des motifs de nullité, la nullité n'étant possible qu'en cas d'absence d'un ou de plusieurs

[2524] Avenant n° 4 du 18 mai 2009 à l'accord interprofessionnel du 11 janvier 2008, étendu par arrêté du 26 novembre 2009.

entretiens[2525], de non remise de l'exemplaire de la convention de rupture conventionnelle au salarié[2526], de non-respect du délai de rétractation[2527], ou en cas de vice de consentement du salarié[2528]. Ce qui fait que à part pour fraude ou vice de consentement[2529], en France, une telle rupture ne peut être annulée et les ruptures conventionnelles (tout comme les « Aufhebungsverträge ») restent valables. Ceci même si elles interviennent durant une période de suspension d'un contrat, par exemple durant un congé de maternité[2530], ou sont consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle[2531]. Au final, au lieu que le salarié ait le choix entre rester ou quitter librement l'entreprise, il obtient juste le droit de décider de la forme de son départ[2532].

Or les salariés protégés devraient pourtant bénéficier d'un droit du travail plus protecteur. Mais si ces derniers passent généralement avec succès de salariés au statut de chômeurs, au travers

---

[2525] La Cour de cassation a décidé sur ce cas au 1er décembre 2016 et soutenu que le défaut du ou des entretiens entraîne la nullité de la convention (les termes de l'article L. 1237-12 du Code du travail sont clairs : « *Les parties au contrat conviennent du principe d'une rupture conventionnelle lors d'un ou plusieurs entretiens au cours desquels le salarié peut se faire assister* ») et que c'est à l'invoquant d'établir l'existence de cette cause de nullité (voir ici RJS, observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 1er décembre 2016, numéro de pourvoi 15-21.609, publié au bulletin, février 2017, n° 98) ; RJS**,** observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 3 juillet 2019, numéro de pourvoi 18-14.414, octobre 2019, n° 561, p. 706.

[2526] RJS**,** observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 3 juillet 2019, numéro de pourvoi 18-14.414, octobre 2019, n° 561, p. 706 ; voir également RJS, observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 6 février 2013, numéro de pourvoi 11-27.000, avril 2013, n° 280.

[2527] Délai de rétractation de quinze jours prévu à l'article L. 1237-13 du Code du travail; RJS, observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 14 janvier 2016, numéro de pourvoi 14-26.220, mars 2016, n° 171.

[2528] Insanité d'esprit et vices du consentement, comprenant la violence. Voir Loiseau G., *Le harcèlement moral ne vicie pas en soi le consentement*, JCP S, 26 février 2019, n° 8, 1057, p. 28; Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 14 janvier 2016, numéro de pourvoi 14-26.220; Loiseau G., JCP S, 2016, 1079; Mouly J., Dr. soc., 2016, p. 291; Icard J., Observations, Cah. Soc., 2016, p. 145; Patin M., Note sous arrêt, Cour de cassation, 6 février 2013, numéro de pourvoi 11-27.000, JCP S, 2013, 1162; Taquet F., Note sous arrêt, RDT 2013, p. 258; Ferrer A., Note sous arrêt, Le Droit Ouvrier, 2013, p. 507; Icard J., observations, Cah. Soc., 14 janvier 2013.

[2529] Auzero G., *Rupture conventionnelle: la sécurisation en marche!*, RDT, 2013, p. 555.

[2530] Arrêt de la Cour de cassation, 25 mars 2015, numéro de pourvoi 14-10.149, publié au bulletin (cassation partielle), montre par exemple la volonté de la Cour de cassation de ne pas entraver l'usage de la rupture conventionnelle au vu de l'engouement qu'elle engendre. Cet arrêt porte sur la période de suspension supplémentaire de quatre semaines prévues par la loi dans le cadre du congé maternité et confirme la décision de la Cour d'appel en ce qu'elle avait « *retenu à bon droit que, sauf en cas de fraude ou de vice du consentement, non invoqués en l'espèce, une rupture conventionnelle peut être valablement conclue en application de l'article L. 1237-11 du Code du travail au cours des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles la salariée a droit au titre de son congé de maternité, ainsi que pendant les quatre semaines suivant l'expiration de ces périodes* » ; Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 3.

[2531] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 16 décembre 2015, numéro de pourvoi 13-27.212.

[2532] « *Le véritable choix qui doit être offert au salarié doit être de quitter librement l'entreprise ou de rester, et non celui de décider de la forme de son départ* », Lamy Social 2012, n° 2915.

de ce mode de rupture, l'utilisation du mot « protégés » perd tout son sens. Car le « Aufhebungsvertrag » allemand ne les protège pas et le droit français qui interdit tout licenciement durant une période de suspension du contrat de travail d'une salariée enceinte et durant son congé de maternité[2533], retire cette protection si une rupture conventionnelle a été signée[2534].

Il est vraisemblable que sans l'usage désormais courant de ce dispositif de rupture, bon nombre de salariés seraient encore en poste au sein de leur entreprise. Qu'est-il advenu ici de l'objectif du droit du travail de protection du salarié ? Comme souligné par le professeur Lokiec P., il « *doit être protégé non seulement contre la volonté de son employeur mais aussi contre sa propre volonté, qui n'est pas toujours librement donnée*. »[2535]. Si en France, contrairement à l'Allemagne, le droit du travail avait gardé « *une méfiance épidermique à l'égard de l'échange individuel des volontés entre salarié et employeur, le vent souffle aujourd'hui en faveur d'une réhabilitation de la volonté* » ; ce modèle de rupture conventionnelle, « *(...) confère des effets jusque-là inconnus (...) aux arrangements individuels en matière de rupture du contrat de travail*. »[2536]. Cette possibilité de rompre le contrat de travail avec comme seule raison la volonté des parties, même s'il s'agit de volontés encadrées (encore) en France, a été le précurseur du changement élaboré puis établit par la rupture conventionnelle collective. La RCC poussant ce procédé encore plus loin et à une plus grande échelle. Il faut rester suspicieux de ces volontés, principalement de celle du salarié subordonné.

[2533] A l'exception d'une faute grave ou d'un motif étranger à la grossesse, voir l'article L. 1225-4 du Code du travail, modifié par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 en son article 10: « *Aucun employeur ne peut rompre le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté, pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles elle a droit au titre du congé de maternité, qu'elle use ou non de ce droit, et au titre des congés payés pris immédiatement après le congé de maternité ainsi que pendant les dix semaines suivant l'expiration de ces périodes. Toutefois, l'employeur peut rompre le contrat s'il justifie d'une faute grave de l'intéressée, non liée à l'état de grossesse, ou de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement. Dans ce cas, la rupture du contrat de travail ne peut prendre effet ou être notifiée pendant les périodes de suspension du contrat de travail mentionnées au premier alinéa.* ».

[2534] Certains auteurs, dont Peskine et Wolmark avançant qu'il s'agit ici d'un véritable « processus de déconstruction » du droit du travail, voir Peskine E., Wolmark C., *Droit du travail,* Hypercours, 2017, 11ème édition Dalloz, 2016, p. 380, 567.

[2535] Lokiec P., *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, février, 2015, p. 33 ; Lokiec P., *Vers un nouveau droit du travail ?*, Recueil Dalloz, 26 octobre 2017, n° 36, 2118 : Ce même problème se retrouve dans la rupture conventionnelle collective, notamment avec les nouvelles instances représentatives : « *Un droit tout entier destiné au bon fonctionnement de l'entreprise, ce qui n'exclut pas la prise en compte des intérêts des salariés mais relègue l'impératif de protection des salariés, qui était de l'essence du droit du travail, au second plan* ».

[2536] Lokiec P., *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, février, 2015, p. 33.

Les volontés des salariés sont victimes des volontés politiques : en France, la rupture conventionnelle individuelle, introduite en 2008 a été présentée comme avantageuse car protectrice des salariés[2537]. Leur permettant de toucher une indemnité et des allocations chômage contrairement à la démission. La véritable volonté politique se comprend et se manifeste toutefois dans l'objectif de déjudiciarisation, de contournement du juge judiciaire[2538].

Cette déjudiciarisation a aussi été adressée par le Centre d'études de l'emploi (CEE), après qu'il ait constaté que la rupture conventionnelle individuelle française de 2008 a, à elle seule sur une période de dix années, attiré près de trois millions de salariés[2539]. Le CEE reconnaît que ce dispositif rend possible des ruptures de contrat de travail qui n'auraient pas eu lieu, alors même que l'effet sur les embauches reste difficile à évaluer[2540]. Le CEE a aussi confirmé[2541], que le grand avantage de la rupture conventionnelle consiste en un mode de rupture juridique sécurisé dont les contentieux sont faibles. Cet avantage va très probablement avoir le même succès avec la rupture conventionnelle collective, l'objectif de fluidification du marché du travail n'étant, avec la rupture conventionnelle individuelle, que partiellement rempli.

[2537] Dans certains cas, une rupture conventionnelle peut effectivement être avantageuse pour un salarié.
[2538] Grâce à l'accord négocié entre les parties (Accord individuel pour la rupture conventionnelle individuelle et accord collectif menant à une rupture individuelle pour la rupture conventionnelle collective) et au contrôle effectué à priori en France par l'autorité administrative. Voir également les propos des auteurs du livre Peskine E., Wolmark C., *Droit du travail,* Hypercours, 2017, 11ème édition Dalloz, 2016, p. 377.
[2539] Période de 2008 à janvier 2018, voir Direction de l'information légale et administrative, vie-publique.fr, *Réforme du Code du travail : que change la rupture conventionnelle collective*, 17 janvier 2018, http://www.vie-publique.fr/actualite/dossier/rcc/reforme-du-code-du-travail-que-change-rupture-conventionnelle-collective.html.
[2540] Étude du CEE, Centre d'études de l'emploi, « Connaissance de l'emploi », Les 4 pages du CEE, mai 2015 : « *un dispositif qui intensifie les sorties d'emplois* » (…) « *Pour tester l'hypothèse d'une intensification des flux d'emplois due à la mise en œuvre de la rupture conventionnelle, deux groupes de 1 760 entreprises comparables ont été construits (à l'aide de la méthode d'appariement sur score de propension), c'est-à-dire deux groupes qui présentent des caractéristiques observables statistiquement semblables (même gestion de la main-d'œuvre, mêmes performances économiques, même secteur d'activité, etc.), mais qui se différencient par le simple fait que l'un a utilisé la rupture conventionnelle au moins une fois au cours de l'année 2009 et l'autre, pas.* » (…) « *Les résultats montrent que le taux de sorties d'emploi dans les entreprises utilisatrices a augmenté plus rapidement entre 2008 et 2009 que celui des non-utilisatrices. De même, le groupe des entreprises utilisatrices a connu des destructions d'emploi (sorties non compensées par des entrées) plus importantes entre 2008 et 2009, au-delà de l'effet de la crise observé pour l'ensemble des entreprises (cf. Signoretto, 2013).* » p. 3 ; « *Les études se référant aux objectifs qui lui étaient assignés montrent que la rupture conventionnelle a permis de minimiser les contentieux judiciaires et de fluidifier le marché du travail. En revanche, aucune étude ne met à jour un effet sur les embauches.* » p. 1 ; « *Quant à l'effet de la rupture conventionnelle sur les embauches, tel que prédit par les théories économiques préconisant plus de flexibilité sur le marché du travail, il reste difficile à évaluer.* » p. 4. ; Voir aussi Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle ne facilite pas le débat sur la qualité de la relation d'emploi*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16892, 13 août 2015, pp. 3 et 4.
[2541] Dans son étude de 2015.

Le mouvement des gilets jaunes a eu un impact non négligeable sur les relations individuelles et collectives de travail en France[2542]. Les syndicats et la négociation collective ayant été fragilisés, cela a contribué à creuser les fractures sociales de la France[2543]. L'utilité même des syndicats (parties nécessaires et fondamentales à la nouvelle rupture conventionnelle collective) a été remise en question avec la crise des gilets jaunes, ce qui continue à les fragiliser[2544]. Depuis la mise en place de la rupture conventionnelle individuelle en 2008, le législateur a multiplié les obstacles à la saisine du juge prud'homal, ce qui a contribué à faire glisser les « *conflits sociaux des prétoires vers les ronds-points* »[2545]. Le mouvement des gilets jaunes et l'entrée en vigueur de la rupture conventionnelle homologuée ont contribué au « *pouvoir morcelé* (des syndicats, incapables de s'entendre entre eux) *à la faveur de la négociation d'entreprise qui met en concurrence les salariés entre eux* »[2546], ce qui se voit clairement dans le cadre de la nouvelle rupture conventionnelle collective.

Le droit du travail, directement soumis aux injonctions de doctrines économiques, lesquelles mènent des mouvements de dérégulation en Europe et minimisent notamment la responsabilité des employeurs, au travers par exemple de la rupture conventionnelle individuelle et collective française, sont des mécanismes récents[2547] qui se rapprochent du modèle allemand. Cette flexibilisation[2548], opérée dans le cadre des ruptures conventionnelles, tout comme dans le « Aufhebungsvertrag » allemand, avait été prévue de longue date et use de la plus grande acceptation des formes de participation des salariés à la rupture de leurs contrats de travail. Entre

---

[2542] Mouvement qui a débuté suite à l'augmentation fiscale programmée du prix du carburant dans le cadre de la transition énergétique en novembre 2018, mais mouvement qui s'est rapidement étendu aux charges, impôts et normes de l'État. Voir ici Lahalle T., *Les gilets jaunes et le droit du travail*, JCP S, 16 juillet 2019, n° 28, 1208, pp. 8 à 13; Selon le géographe Guilluy C., ce mouvement était attendu depuis longtemps : Guilluy C., *La France périphérique. Comment on a sacrifié les classes populaires ?*, Flammarion, 2014.
[2543] Lahalle T., *Les gilets jaunes et le droit du travail*, JCP S, 16 juillet 2019, n° 28, 1208, p. 8.
[2544] Les syndicats sont ainsi de moins en moins acteurs de grandes réformes, voir Gourgues G., Yon K., *Démocratie, le fond et la forme : une lecture politique des ordonnances Macron*, RDT, 2017, 625; Lahalle T., *Les gilets jaunes et le droit du travail*, JCP S, 16 juillet 2019, n° 28, 1208, p. 12.
[2545] Lahalle T., *La baisse du contentieux prud'homal*, JCP S, 2018, 1386.
[2546] Gourgues G., Yon K., *Démocratie, le fond et la forme : une lecture politique des ordonnances Macron*, RDT, 2017, 625.
[2547] Gomes B., *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, thèse, 3 décembre 2018, p. 92.
[2548] Fabre-Magnan, *Le forçage du consentement du salarié*, Le Droit Ouvrier, 2012, p. 459. Voir aussi Alves-Conde M., *L'aptitude à consentir du salarié*, thèse, 29 novembre 2018, p. 31: « *(...) il ne fait guère de doutes que les motifs de suspicion que charrie le consentement du travailleur salarié n'ont pas disparu. Bien au contraire, dans un monde (juridique) fait de mobilités, de précarités et de concurrences accrues entre les travailleurs (toutes concrètes), le consentement libre et éclaire est plus que jamais mythique.* ».

cette politique et la position de subordination du salarié, il est clair qu'un consentement « libre et éclairé » ne relève que du mythe[2549].

Le « Aufhebungsvertrag » allemand a lui été utilisé depuis le 19ème siècle, mais connaît comme en France, surtout depuis ces dernières années un essor dans son utilisation[2550]. Son utilisation plus forte ne s'est cependant pas accompagnée de grands changements dans sa réglementation[2551]. Il reste peu protecteur des salariés (avec comme principale exception une possible non-application de la période de carence quand le salarié n'est pas à l'origine du contrat de résiliation). Cet aspect peu protecteur se retrouve jusque dans l'avis du tribunal fédéral du travail allemand, (BAG), lequel considère que les parties au contrat de travail se font face avec un pouvoir de négociation égal « gleicher Verhandlungsmacht »[2552]. Cet avis (très) difficile à accepter montre bien que la volonté politique allemande reste très protectrice des employeurs. Elle peut même se retrouver confortée par la volonté politique française qui s'en rapproche de plus en plus, en tout cas pour ce qui est du résultat, la mise en place des mécanismes français et allemands étant différente.

Les ruptures conventionnelles ont bien réussi à transformer, que ce soit en France ou en Allemagne, le travail en une marchandise, les entreprises pouvant rompre le contrat de travail moyennant paiement[2553].

[2549] Rieg A., *La lutte contre les clauses abusives des contrats. Esquisse comparative des solutions allemandes et françaises*, Études offertes à René Rodière, Dalloz, 1981, p. 221; voir également Mazeaud D., *Le nouvel ordre contractuel*, RDC, 2003, p. 295 sur l'usage du mot *« utopie ».*

[2550] Sur la pratique fréquente de ce mode de rupture en Allemagne, voir Notzon M., *Aktuelles zum Aufhebungsvertrag und zur Anfechtung*, öAT, 2020, 4.

[2551] Voir également Hümmerich K., *Aufhebungs- und Abwicklungsvertrag in einem sich wandelnden Arbeitsrecht,* NJW 2004, 2921.

[2552] Gagel, Winkler, *Kommentar SGB II, SGB III, § 159 SGB III, Aufhebungsvertrag,* 78. EL, Mai 2020, Rn. 74: „*Nach Meinung des BAG stehen sich bei Abschluss eines Aufhebungsvertrages die Arbeitsvertragsparteien mit gleicher Verhandlungsmacht gegenüber. (…) Wesentlich ist, dass der oder die Arbeitslose der vorgeschlagenen Vereinbarung zugestimmt und damit eine Ursache für die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses gesetzt hat*."; BSG 12.04.1984, 7 Rar 28/83, Soz-Sich 84, 388.

[2553] Tandis que les valeurs civiques, défendant les règles sociales face aux lois du marché, sont pourtant là afin que le travail ne soit « *pas une simple « marchandise », qu'il n'est pas un bien qu'une entreprise peut se procurer ou céder moyennant paiement d'un prix* » : Supiot A., *L'Esprit de Philadelphie*, Seuil, 2010 et Lokiec P., *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, février, 2015, p. 155 .

Synthèse allemande

Zusammenfassung der Arbeit über den Vergleich zwischen der französischen „rupture conventionnelle individuelle“ und der „rupture conventionnelle collective“ mit dem deutschen Aufhebungsvertrag

Les traductions du français à l’allemand qui vont suivre sont des traductions libres de l’auteur. Cette synthèse allemande reprend une partie des points jugés importants de l’analyse principale comparant les ruptures conventionnelles individuelles et collectives française avec le « Aufhebungsvertrag ».

Einführung
I. Aufhebungsvertrag und „rupture conventionnelle“
1. Rechtsrahmen
a) Deutsche Besonderheit durch die Verwendung des Aufhebungsvertrages zur Beendigung eines befristeten Arbeitsvertrages und öffentlicher Dienst
b) Form des Vertrages für einen gültigen Aufhebungsvertrag oder eine „rupture conventionnelle“
c) Der Status der schutzwürdigen Arbeitnehmer
(a) Schutzwürdige Arbeitnehmer während der Aussetzung ihres Arbeitsvertrages
(b) Berufskrankheit und Arbeitsunfall
(c) Mutterschutz
(d) Behinderte Arbeitnehmer
(e) Ergebnis
d) Vor-Gespräche
(a) Informationspflicht
(b) Begleitung beim Gespräch

e) Die französische „homologation“ als Zulassung der Verwaltung

(a) Verlauf der französischen „rupture conventionnelle individuelle“

(b) Die „rupture conventionnelle“ durch das Cerfa-Formular

f) Aufhebungsvertragsinhalt

(a) Freistellung

(b) Erledigungsklausel / Ausgleichsklausel

(c) Aufrechnungsverbot

(d) „Turboklausel“ oder Recht zur vorzeitigen Lösung

(e) Ausschluss von Zurückbehaltungsrechten im Aufhebungsvertrag

(f) Inhaltskontrolle

g) Abfindung

h) Das Datum der Beendigung des Arbeitsvertrages

2. Steuerliche und soziale Konsequenzen

a) steuerliche Folgen

b) soziale Folgen

c) Unterschiede der Sperrzeiten in Frankreich und Deutschland

3. Rechtsbeschwerde

II. Die neue französische „rupture conventionnelle collective“ als französischer kollektiver Aufhebungsvertrag

III. Vor- und Nachteile des Aufhebungsvertrages

IV. Zusammenfassung

Einführung

"Das Arbeitsrecht ist eine grundlegende Institution des Kapitalismus. Vergessen wir nicht, dass es die Unterordnung der Mehrheit der arbeitenden Bevölkerung organisiert!" (...); „Unterordnung gegen Schutz, dies ist eine wesentliche Gleichung für das Funktionieren des modernen Kapitalismus..."[2554].

Pascal Lokiec

Neben der Kündigung akzeptiert das deutsche Recht seit dem 19. Jahrhundert die Möglichkeit der Auflösung eines Arbeitsvertrags auf die gleiche Weise, wie er geschaffen wurde, das heißt durch Konsens durch einen Vertrag, welcher einvernehmlich geschlossen wurde, der "contrarius consensus"[2555]. Die Hauptbedingung für die Gültigkeit ist die Übereinstimmung von Willen „lex contractus". Die vorherige nötige Vereinbarung zwischen den Parteien, die für die Beendigung des Arbeitsvertrags erforderlich ist, verpflichtet daher zu übereinstimmenden und hinreichend genauen Absichtserklärungen der Parteien einvernehmlich zu kündigen[2556].

Der deutsche Aufhebungsvertrag stellt somit ein Verpflichtungsgeschäft dar, welches eine ganze Reihe von Rechten durch das Wort "Vertrag" aufhebt[2557]. Die Tatsache, dass dieser Aufhebungsvertrag das Gegenstück zur Rechtfertigung des Arbeitsverhältnisses ist, sein "actus

---

[2554] Lokiec P., *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, février, 2015, p. 20 : *„Le droit du travail est une institution de base du capitalisme. N'oublions pas qu'il organise la subordination de la majeure partie de la population active ! » (...); « Subordination contre protection, voici une équation indispensable au fonctionnement du capitalisme moderne (...) ».*

[2555] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 1; Siehe auch Rolfs in APS, *Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Kündigungsrecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, 2017, Rn. 1; Boemke B., *Privatautonomie im Arbeitsprivatrecht*, NZA 1993, 532 (534); Heinze, *FS für Dieter Gaul*, 1992, 305 (317); Papier, *Der verfassungsrechtliche Rahmen für Privatautonomie im Arbeitsrecht*, RdA, 1989, 137 (138); Söllner S., *Der verfassungsrechtliche Rahmen für Privatautonomie im Arbeitsrecht*, RdA, 1989, 144 (147 ff.).

[2556] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 1.

[2557] Rudkowski, *Das „ewige" Widerspruchsrecht des Arbeitsnehmers nach § 613a VI BGB und seine Grenzen*, NZA 2010, S. 742.

contrarius", ergibt sich insbesondere daraus, dass in den meisten Fällen eine Entschädigung als Gegenleistung versprochen wird[2558].

Der Aufhebungsvertrag im 19. Jahrhundert spielte nur eine begrenzte Rolle[2559], seine Präsenz ist seitdem jedoch stark gewachsen. Heute wird er in der Unternehmenspraxis fast genauso häufig eingesetzt wie die Kündigung. Einige sprechen sogar von „Flucht in den Kündigungsvertrag "[2560].
Voraussetzung ist demnach, dass die Willenserklärungen der Parteien frei und willig in diesem gegenseitigen Vertrag[2561] abgegeben worden sind[2562] sowie die Einhaltung der Schriftform nach §§ 623, 126 BGB[2563], was man im französischen Pendant wiederfindet.

Die französische „rupture conventionnelle“ ist erst am 1. August 2008 in Kraft getreten, gefolgt von der neuen „rupture conventionnelle collective“, eingeführt durch die Macron-Reform und seit dem 23. Dezember 2017 anwendbar[2564].

Der Aufhebungsvertrag unterscheidet sich grundlegend von der Kündigung, indem der Arbeitgeber das Kündigungsrecht nicht anzuwenden hat (dasselbe gilt in Frankreich mit der „rupture conventionnelle“), was für ihn von sehr großem Vorteil ist. Außerdem wird sein Arbeitnehmer

---

[2558] Rudkowski, *Das „ewige“ Widerspruchsrecht des Arbeitsnehmers nach § 613a VI BGB und seine Grenzen*, NZA 2010, S. 742; Der Arbeitnehmer kann auch, wenn sein Arbeitnehmer eine vereinbarte Abfindung nicht bezahlt, gemäß § 323 I BGB vom Aufhebungsvertrag zurücktreten. Jedoch muss er den Arbeitgeber vorher zur Leistung auffordern, in der Regel mit einer 14 Tägigen Frist. Siehe Besgen N., Velten A., *Der Rücktritt vom Aufhebungsvertrag in der Insolvenz*, NZA-RR 2010, 561; BAG, 25.06.1987, NZA 1988, 466, unter Aufgabe von BAG, 16.10.1969, AP ZPO § 794 Nr. 20 ; LAG Köln, 05.01.1996, NZA-RR, 1997, 11 ; Schulze, Der Betriebsrat, 2009, S. 14 f. (15) ; Hesse in BeckOK ArbR, 01.06.2010, § 620 BGB, Rn. 83 ; Bauer, NZA, 2002, 169 ; Löwisch, Spinner, KSchG, 9. Auflage, 2004, vor § 1 KSchG Rn. 128.
[2559] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 2.
[2560] Germelmann, NZA 1997, 236 (236); Prof. Dr., Klaus Hümmerich (1949 – 2007), *Alea iacta est, Aufhebungsvertrag kein Haustürgeschäft*, NZA 2004, 809.
[2561] i. S. der §§ 320 ff. BGB; Siehe auch Besgen N., Velten A., *Der Rücktritt vom Aufhebungsvertrag in der Insolvenz*, NZA-RR 2010, 561; Bauer, Haußmann, BB 1996, 901; Bengelsdorf in Moll, ArbR, 2. Auflage, 2009, § 46 Rn. 348 ; Kliemt in HWK, ArbR, 3. Auflage, 2008, Anh, § 9 KSchG, Rn. 30 ; Schaub, Linck, ArbR-Hdb, 13. Auflage, 2009, § 122 Rn. 37M ; Reinfelder W., *Der Rücktritt von Aufhebungsvertrag und Prozessvergleich*, NZA 2013, 63.
[2562] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 1.
[2563] Günther in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 26; Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2445.
[2564] Décret n°2017-1724 vom 20. Dezember 2017 in seiner neuen konsolidierten Fassung vom 28. April 2018.

oft diesen Aufhebungsvertrag trotz des Verlusts seiner Kündigungsschutzrechte unterschreiben, wenn ihm sonst zum Beispiel eine personenbedingte Kündigung droht oder für den Fall, dass er eine andere Arbeit gefunden hat[2565].

Die individuelle und kollektive „ruptures conventionnelles" sind als eigenständige Verfahren gewollt und sollen ermöglichen, dass Arbeitsverträge im gegenseitigen Einvernehmen aufgehoben werden können, jedoch abgetrennt vom Regime der betriebsbedingten Kündigung. Sie bilden somit autonome Verfahren zur Beendigung von Arbeitsverträgen dar.

Dieser Rechtsvergleich des deutschen und französischen Aufhebungsvertrags wird zeigen, dass dieser in Deutschland zahlreiche negative Auswirkungen für den Arbeitnehmer enthält, insbesondere aufgrund nicht ausreichender Kontrolle und vom Gesetzgeber nicht hinreichend gestellten Bedingungen im Vergleich zum gesetzlichen Rahmen der französischen „rupture conventionnelle", vor allem weil die „rupture conventionnelle" im Vergleich bestimmte Voraussetzungen enthält, um den freien Willen des Arbeitnehmers zu garantieren. Jedoch könnte Frankreich zum Beispiel in Bezug auf die Sperrfrist von Deutschland lernen und angesichts des neuen französischen kollektiven Aufhebungsvertrages wird klar, dass Frankreich in eine neue, klare, weniger arbeitnehmerschützende Richtung umgeschwenkt hat.

[2565] Krause R, *Arbeitsrecht*, 2. Auflage, Nomos 2011, § 20 - 1.

I. Aufhebungsvertrag und „rupture conventionnelle“

In diesem Teil wird verglichen und anerkannt, welche bestimmten Bedingungen das französische Recht festlegt, um den Arbeitnehmer bestmöglich bis zur Unterzeichnung zu schützen. Anders ist es im deutschen Recht mit dem Aufhebungsvertrag.

1. Rechtsrahmen

Im Gegensatz zu Deutschland, wo der Aufhebungsvertrag bereits seit geraumer Zeit genehmigt und genutzt wurde, hat Frankreich die Einführung der „rupture conventionnelle individuelle“ und dessen Inkrafttreten erst ab dem 1. August 2008 im französischen Recht eingeführt.

Verschiedene Verordnungstexte[2566] vervollständigen das französische Gesetz Nr. 2008-596 vom 25. Juni 2008 über die Modernisierung des Arbeitsmarktes[2567].
Der Aufhebungsvertrag ist in Deutschland grundsätzlich durch den §§ 241 I und 311 des BGB genehmigt.

Die beidseitige Einwilligung der Vertragsparteien befindet sich im § 311 BGB, wodurch ein Arbeitsvertrag aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung aufgelöst werden kann[2568]. Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages wird nach den allgemeinen Regeln der §§ 145 ff. BGB ausgeführt, also durch Angebot sowie Annahme und wird in der Praxis häufig zur kurzfristigen Aufhebung von Arbeitsverträgen eingesetzt[2569].

[2566] L’arrêté du 18 juillet 2008 concernant les modèles de la demande d’homologation d’une rupture conventionnelle de contrat de travail à durée indéterminée ; le décret n° 2008-715 du 18 juillet 2008, posant des mesures relatives à la modernisation du marché du travail et le décret n° 2008-716 du 18 juillet 2008 portant diverses mesures relatives à la modernisation du marché du travail et les deux circulaires DGT, circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008 relative à l’examen de la demande d’homologation d’une rupture conventionnelle d’un contrat à durée indéterminée et la circulaire DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009 relative à la rupture conventionnelle d’un contrat à durée indéterminée.
[2567] Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail.
[2568] Wollenschläger M., *Arbeitsrecht,* Academia Iuris Lehrbücher der Rechtswissenschaft, Carl Heymanns Verlag, 3. Auflage 2010, Rn. 364.
[2569] Ein Vorvertrag über den Abschluss eines Aufhebungsvertrages ist ebenfalls möglich. Siehe NZA, 2010, *Vorvertrag über den Abschluss eines Aufhebungsvertrags, Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG*, 273.

Dies ist insbesondere aus Sicht des Arbeitgebers frei von Risiken[2570]. Die Initiative kann vom Arbeitgeber oder vom Arbeitnehmer ausgehen und es ist nicht erforderlich, einen bestimmten Grund anzugeben[2571]. In Frankreich ist eine „rupture conventionnelle", sei diese individuell oder kollektiv, ebenfalls nicht zu begründen[2572].

Die französische „rupture conventionnelle" wurde vom französischen Unternehmensverband Medef stark verteidigt[2573] und als die Lösung vorgestellt, welche die Auflösung von Arbeitsverträgen sichern würde, zusammen mit einer Friedensfunktion der sozialen Beziehungen[2574]. Für den Gesetzgeber sollte sie auch kostspielige Rechtsstreitigkeiten vermeiden und der Kontrolle des Richters und der Rechtsprechung des Kassationsgerichts „Cour de cassation" entgehen[2575].

Diese Einstellung findet sich in Deutschland wieder, wo Aufhebungsverträge als ein gutes Mittel zur Schaffung eines Gleichgewichts zwischen den Interessen der betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber weitergegeben werden.

Des Weiteren wurde wegen ihrer anerkannten Funktion der Streitbeilegung und der Einstellung von Rechtsstreitigkeiten die sogenannte Friedensfunktion dem deutschen Aufhebungsvertrag anerkannt[2576].

[2570] *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 962.
[2571] Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 147 - 519.
[2572] Coeuret A., Gauriau B., Miné M., *Droit du travail,* Université, Sirey, 3ème édition, 2013, p. 444.
[2573] Bossu B., Dumont F., Verkindt P.-Y., *Droit du travail*, lextenso éditions, 2011, p. 291.
[2574] Taquet F., *Brèves réflexion sur la rupture conventionnelle du contrat de travail*, J.C.P. édition E., 2008, 1921, n° 2.
[2575] Chassagnard-Pinet S., Verkindt P.Y., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, J.C.P. S., 2008, 1465, n° 2.
[2576] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 3.

a) Deutsche Besonderheit durch die Verwendung des Aufhebungsvertrages zur Beendigung eines befristeten Arbeitsvertrages und öffentlicher Dienst

In Deutschland ist der Abschluss eines Aufhebungsvertrages möglich, um einen befristeten Vertrag zu beenden. Diese Verwendung des Aufhebungsvertrags zur Kündigung ist in der Praxis in Deutschland üblich. Befindet sich ein Arbeitnehmer in einem unbefristeten Arbeitsvertrag, kann er seinen Arbeitsvertrag gemäß der im Arbeitsvertrag festgelegten Kündigungsfrist beenden. Wird er jedoch im Rahmen eines befristeten Arbeitsvertrages eingestellt und sobald die Probezeit abgelaufen ist, kann er dies vor dem festgelegten Datum normalerweise nicht tun. Wenn ein befristeter Arbeitnehmer eine neue Stelle gefunden hat und seinen Arbeitsvertrag schneller kündigen möchte, kann der deutsche Aufhebungsvertrag, dessen Hauptmerkmal die alsbaldige Beendigung des Vertrages ist[2577], von Vorteil sein[2578].

Dies ist einer der Hauptunterschiede zum französischen Aufhebungsvertrag, sei dieser individuell „rupture conventionnelle individuelle“ oder kollektiv „rupture conventionnelle collective“: in Frankreich können allein Arbeitnehmer in einem unbefristeten Verhältnis einen Aufhebungsvertrag abschließen[2579]. In Frankreich war die „rupture conventionnelle individuelle“ somit nur für Arbeitnehmer mit einem unbefristeten Arbeitsvertrag im privaten Sektor möglich, unabhängig davon, ob es sich um einen geschützten Arbeitnehmer handelt oder nicht[2580].

Die „rupture conventionnelle“ gilt weiterhin nicht für Arbeitnehmer in einem befristeten Arbeitsverhältnis, jedoch läuft aktuell ein 6-jähriger Versuch der Benutzung der „rupture conventionnelle“ für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst[2581] .

[2577] Ob ein Aufhebungsvertrag oder eine befristete Fortsetzung besteht, richtet sich nach dem Regelungsgehalt. Siehe Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 15 und BAG, 18.01.2017, 7 AZR 236/15, NZA 17, 849.

[2578] Teilzeit- und Befristungsgesetz TzBfG § 15 Ende des befristeten Arbeitsvertrages.

[2579] Article L. 1231-1 et L. 1237-11 Code du travail.

[2580] Direction de l’information légale et administrative (Premier Ministre), Service-public.fr, *Ruptures conventionnelles : conditions, procédure et indemnisation,* vérifié le 29 septembre 2017, https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F19030.

[2581] La loi de transformation de la fonction publique a été adoptée le 23 juillet 2019 et promulguée en date du 6 août 2019[2581]. L’article 72 de cette loi n° 2019-828 du 6 août 2019 prévoit finalement une expérimentation durant six années de la rupture conventionnelle pour les agents des trois fonctions publiques avec une entrée en vigueur au 1er janvier 2020. Sur l’article 24 du projet de loi de transformation de la fonction publique, 13 février 2019, présenté par Dussopt O. : « *L’article 24 renforce les garanties des agents publics, et les leviers des employeurs publics, en instituant un mécanisme de rupture conventionnelle aligné sur celui prévu par le code du travail. Ce dispositif a vocation à s’appliquer aux contractuels relevant des trois*

In Deutschland wird dieser Ausschluss des Aufhebungsvertrags für befristete Verträge nicht gefunden. Im Gegenteil, es wird in der Praxis oft von Aufhebungsverträgen Gebrauch gemacht um befristete Arbeitsverträge schnell aufzulösen. Weiterhin ist ein Aufhebungsvertrag im öffentlichen Dienst insoweit möglich, dass in Deutschland der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Bundesländer (TV-L, "Tarifvertrag der Länder") im § 33 Abs. 1 b) vorsieht, dass der Arbeitsvertrag jederzeit ohne Kündigung und ohne Kündigungsfrist mittels eines "Auflösungsvertrags" enden kann, wenn ein gegenseitiges Einverständnis besteht[2582]. Im deutschen öffentlichen Dienst kann daher eine solche einvernehmliche Auflösungsvereinbarung geschlossen werden. In der Praxis leitet ein Vorgesetzter beispielsweise auf Aufforderung eines Arbeitnehmers diese Aufforderung und die Einwilligungserklärung beider Parteien[2583] an das Personalmanagement weiter[2584], welches dann einen solchen Aufhebungsvertrag ausarbeitet[2585].

b) Form des Vertrages für einen gültigen Aufhebungsvertrag oder eine „rupture conventionnelle“

Beide Rechte verlangen jeweils eine schriftliche Form des Vertrages. Falls dies nicht der Fall sein sollte, so ist der Vertrag nichtig. In Frankreich heißt es in Artikel L. 1237-11 des

---

versants de la fonction publique. Il s'inscrit dans l'objectif, plus général, du Gouvernement qui est de favoriser la mixité des carrières publiques et privées. (...) L'article prévoit une expérimentation s'agissant des fonctionnaires de l'État et hospitaliers : il est prévu d'appliquer ce dispositif à titre expérimental pendant 5 ans, à compter du 1er janvier 2020 jusqu'au 31 décembre 2025. Il s'agit d'un cas supplémentaire de cessation définitive de fonctions qui entraine radiation des cadres et perte de la qualité du fonctionnaire. Calquée sur le modèle de la rupture conventionnelle des contractuels, elle ne concernera ni les fonctionnaires stagiaires, ni les fonctionnaires détachés sur contrat, ni les fonctionnaires ayant droit à une pension de retraite à taux plein. (...) L'évaluation de ces expérimentations sera présentée au Parlement un an avant leur terme. Elle portera notamment sur le nombre de fonctionnaires couverts par ces dispositifs et leur coût global. L'article 24 permet également d'étendre le régime d'auto-assurance chômage des agents publics civils aux cas de privation d'emploi résultant d'une rupture conventionnelle, sur le modèle de ce qui existe pour le secteur privé, ou de certaines démissions donnant droit à une indemnité de départ volontaire. ».

[2582] Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L), § 33 Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung, „*(1) Das Arbeitsverhältnis endet ohne Kündigung a) mit Ablauf des Monats, in dem die/der Beschäftigte das gesetzlich festgelegte Alter zum Erreichen einer abschlagsfreien Regelaltersrente vollendet hat, b) jederzeit im gegenseitigen Einvernehmen (Auflösungsvertrag).“*.

[2583] „Einverständniserklärung“.

[2584] „Personalverwaltung“.

[2585] Kirch H.-H., Universität Bonn, Personalrat der wissenschaftlich Beschäftigten, *Auflösungsverträge und Kündigungen im Öffentlichen Dienst der Länder (TV-L),* , 25. September 2015, https://www.prwiss.uni-bonn.de/de/a-z/aufloesungsvertraege-und-kuendigungen-im-oeffentlichen-dienst-der-laender-tv-l.

Arbeitsgesetzbuches, dass der Arbeitnehmer und sein Arbeitgeber einvernehmlich beschließen können, den unbefristeten Arbeitsvertrag, was beide verbindet, zu kündigen. Durch die Notwendigkeit der Unterschrift von beiden Parteien, wird die Schriftform nach § 623 BGB als zwingend erforderlich gemacht[2586]. Dieses Erfordernis der Schriftform ist konstitutiv und absolut, sodass im Falle der Nichterfüllung der Rechtsakt gemäß § 125 BGB nichtig ist[2587]. Die Schriftform gilt nicht, wenn der Vertrag per Fax, SMS oder E-Mail ausgetauscht wird, die elektronische Signatur ist auch für diesen Vertrag nicht gültig[2588]. Da diese Schriftform in Deutschland verlangt, dass der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer auf demselben Dokument unterschreiben, ist ein Briefwechsel auch nicht gültig[2589]. Die Unterschriften müssen nominativ und von Hand geschrieben werden[2590]. Die Schriftformerfordernis kann durch eine notarielle Beglaubigung nach § 126 Abs. 4 BGB ersetzt werden, wie durch eine gerichtliche Entscheidung nach § 278 VI 1 Alt. 2 ZPO[2591]. Falls ein Vertreter die Vereinbarung unterschreibt, muss der Status des Vermittlers klar ersichtlich sein[2592].

Die Schriftformverpflichtung in Deutschland galt daher nicht immer für den Aufhebungsvertrag, welcher aus dem 19. Jahrhundert stammte, obwohl er damals nur eine begrenzte Rolle hatte[2593]. Dieser benötigte bis zum 30. April 2000 keiner Schriftform[2594]. Bis zu diesem Zeitpunkt konnte der Aufhebungsvertrag stillschweigend von den Parteien geschlossen werden

---

[2586] § 623 BGB seit dem 1. Mai 2000 in Kraft; Notzon M., *Aktuelles zum Aufhebungsvertrag und zur Anfechtung*, öAT, 2020, 4; Bauer J.-H., *Neue Spielregeln für Aufhebungs- und Abwicklungsverträge durch das geänderte BGB?*, NZA, 2002, 169; Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2445.

[2587] *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 963; Koch U., in Schaub G., Koch U., *Arbeitsrecht von A-Z, Aufhebungsvertrag*, 24. Auflage, 2020.

[2588] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 23.

[2589] Klumpp in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 623 Schriftform der Kündigung*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 56; Es sei denn jede Partei, wie in Paragraph 126 II 2 des BGB festgelegt, hat auf dem Dokument der anderen Partie ebenfalls unterzeichnet; „Beendigung des Arbeitsverhältnisses", Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 47.

[2590] Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 147 - 519.

[2591] BAG 23.11.2006, 6 AZR 394/06; Preis U., Gotthardt M., *Schriftformerfordernis für Kündigungen, Aufhebungsverträge und Befristungen nach § 623 BGB*, NZA 2000, 356.

[2592] BAG 28.11.2007, 6 AZR 1108/06.

[2593] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 2.

[2594] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S.230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 2. Form des Aufhebungsvertrags, Rn 9; BAG 14.6.2006 NZA 2006, 1154.

"stillschweigender Aufhebungsvertrag“, wenn Anhaltspunkte bewiesen haben, dass dies der Wille der Parteien war[2595].

Wer einen Arbeitsvertrag geschlossen hat, kann ihn einvernehmlich beenden. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit in § 311 I BGB. Der Aufhebungsvertrag wird in § 623 des BGB unter der allgemeineren Bezeichnung "Auflösungsvertrag" als Bestandteil eines Beendigungstatbestands genannt[2596].

Andererseits gibt es keine deutsche rechtliche Definition dieses Begriffs. Es ist jedoch verständlich, dass zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer eine einvernehmliche Vereinbarung besteht und dass diese Vereinbarung der einzige Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist[2597].

Der Anwendungsbereich der französischen „rupture conventionnelle“ ist auch nach Anwendung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit sehr weit gefasst, so dass die Vertragsparteien ihre vertragliche Beziehung einvernehmlich beenden können.
Dies setzt jedoch im Rahmen der „rupture conventionnelle“ voraus, dass die Gültigkeitsbedingungen der Zivilrechtsabkommen eingehalten werden, das heißt ein Einverständnis ohne Mängel „consentement non vicié“ sowie eine Vertragsfähigkeit[2598]. Unter Einverständnis ohne Mängel versteht man ein informiertes und freies Einverständnis, frei von Gewalt, Bedrohung, Druck oder Zwang[2599].

[2595] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S.230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 2. Form des Aufhebungsvertrags, Rn 9; BAG 16.3.2000, 2 AZR 196/99 – BeckRS 2000, 30783764.
[2596] Es wird darauf hingewiesen, dass es der Schriftform bedarf und dass die elektronische Signatur ausgeschlossen ist. Voir également Preis U., Gotthardt M., *Schriftformerfordernis für Kündigungen, Aufhebungsverträge und Befristungen nach § 623 BGB*, NZA 2000, 354: „*Unter den allgemeinen Begriff der Auflösungsverträge fallen insbesondere die Aufhebungsverträge*.“: On retrouve sous le terme général de „Auflösungsverträge“ les „Aufhebungsverträge“.
[2597] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 24.
[2598] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 2.
[2599] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 2.

c) Der Status der schutzwürdigen Arbeitnehmer

„*Es ist die menschliche Person, die tatsächlich Gegenstand des Vertrages ist, und gleichzeitig das Subjekt*."[2600]

Georges Ripert

Für Arbeitnehmer in unbefristeten Arbeitsverträgen stellte die Einführung des Aufhebungsvertrages 2008 in Frankreich einen rechtlichen Wendepunkt dar, da die Aufhebung eines Arbeitsvertrages von geschützten Arbeitnehmern ermöglicht wurde.

Dieser rechtliche Wendepunkt ist umso stärker, wenn daran erinnert wird, dass eine solche Kündigung für die „Cour de cassation" früher immer als Straftat angesehen wurde „délit d'entrave"[2601]. Dies ergab sich aus der Tatsache, dass geschützte Arbeitnehmer nach französischem Recht den exorbitanten und außergewöhnlichen Schutz des Gewohnheitsrechts genießen[2602].

Das französische Arbeitsgesetz in Artikel L. 1237-15 erlaubt nun die Aufhebung des Vertrages eines geschützten Arbeitnehmers[2603]. Die Artikel L. 2411.1 und L. 2411.2 des Code du travail enthalten die Liste der geschützten Arbeitnehmer. Geschützte Arbeitnehmer sind unter anderem der Berater, der den Arbeitnehmern bei einem Kündigungsgespräch assistiert, Gewerkschaftsdelegierte, Personalvertreter, das gewählte Betriebsratsmitglied, der Gewerkschaftsvertreter, der Vertreter im Vorstand einer europäischen Gesellschaft, der Personalvertreter des Ausschusses für Hygiene, Sicherheit und Arbeitsbedingungen „Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail", der Arbeitnehmervertreter während einer Umstrukturierung oder Zwangsliquidation, der Arbeitnehmervertreter im Vorstand oder der Aufsichtsrat von Unternehmen des

---

[2600] „*C'est la personne humaine qui est en réalité l'objet du contrat, en même temps qu'elle en est le sujet"*, Ripert G. (1880-1958), *Les forces créatrices du droit*, Paris : LGDJ, 1955, n° 109, p. 275.
[2601] Arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle, 6 janvier 2004, RJS 2004, n° 434.
[2602] Bossu B., Dumont F., Verkindt P.-Y., *Droit du travail*, lextenso éditions, 2011, p. 293.
[2603] Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 9.

öffentlichen Sektors sowie der Betriebsarzt. Alle diese Menschen können nun ihren Vertrag durch einen Aufhebungsvertrag verlieren.

Zu beachten ist jedoch, dass im Zusammenhang mit dem Aufhebungsvertrag der Vertragsbruch eines geschützten Arbeitnehmers nur unter der Bedingung erfolgt, dass ein Arbeitsaufsichtsbeamter dies autorisiert hat[2604], gemäß Artikel L. 1237-15 sowie Artikel L. 2411-1 des Arbeitsgesetzbuches[2605].

Das französische Homologationsverfahren „procédure d'homologation", später in dieser Arbeit genauer erläutert, wird hier zugunsten eines Genehmigungsverfahrens für einen geschützten Arbeitnehmer verworfen[2606]. Jedoch ist die Ermächtigung des Arbeitsaufsichtsbeamten begrenzt, da sie nur dazu dient, die freie Zustimmung des Arbeitnehmers zu bewerten, indem sichergestellt wird, dass kein Druck des Arbeitgebers auf den Arbeitnehmer ausgeübt wurde[2607]. Die Rolle des französischen Arbeitsaufsichtsbeamten umfasst daher nicht die Beurteilung des Vorliegens eines berechtigten Grundes für den Abschluss eines Aufhebungsvertrages[2608].

(a) Schutzwürdige Arbeitnehmer während der Aussetzung ihres Arbeitsvertrags

Das französische Arbeitsministerium hat im Rundschreiben „circulaire" 2009-04 vom 17. März 2009 einen Ausschluss für geschützte Arbeitnehmer festgelegt, deren Arbeitsvertrag ausgesetzt ist. Nach diesem Rundschreiben ist die Art der Aussetzung des betroffenen Vertrags entscheidend. Es wird insoweit unterschieden zwischen Aussetzungsfristen für die Schutzvorschriften gelten, gegenüber welchen, für die keine Schutzvorschriften gelten. Bei Aussetzungen, die keinen besonderen Schutz genießen, wie zum Beispiel Sabbatjahr, Erziehungsurlaub oder

[2604] Coeuret A., Gauriau B., Miné M., *Droit du travail,* Université, Sirey, 3ème édition, 2013, p. 442.
[2605] Dass die Bedingungen festlegt.
[2606] Bossu B., Dumont F., Verkindt P.-Y., *Droit du travail*, lextenso éditions, 2011, p. 293.
[2607] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 8 ; Circulaire DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés Fiche 14, Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 59.
[2608] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 8.

unbezahlter Urlaub, wird es kein Problem sein, einen Aufhebungsvertrag abzuschließen[2609]. Dies gilt auch für den Abschluss eines Aufhebungsvertrages während einer Nichtberufskrankheit, sofern die Parteien dies in Kenntnis der Sachlage und nach freiem Ermessen vereinbarten[2610].

Die „Cour de cassation" geht in ihrem Urteil vom 30. September 2013[2611] noch weiter und genehmigt den Abschluss eines Aufhebungsvertrages während der Aussetzung des Arbeitsvertrags eines kranken Arbeitnehmers als Folge von "Leiden bei der Arbeit" („souffrance au travail").
Das Kassationsgericht erkennt die vom Arbeitnehmer vorgebrachte moralische Belästigung nicht an und erinnert daran, dass ein Streit zwischen den Parteien (darüber, ob der Arbeitnehmer wirklich krank war oder seinen Zustand der moralischen Belästigung verfälschte) keinen Einfluss auf die Gültigkeit eines Vertragsbruchs hat und ist der Ansicht, dass dieser in der Lage war, bei Unterzeichnung des Aufhebungsvertrags, seine freie und informierte Zustimmung zu erteilen.

Umgekehrt können bestimmte Aussetzungen von Arbeitsverträgen, die im Falle einer Auflösung förmlich überwacht werden, laut Rundschreiben DGT Nr. 2009-04 vom 17. März 2009[2612] und Nr. 07/2012 vom 30. Juli 2012[2613] eigentlich nicht Objekt eines Aufhebungsvertrages während dieser Zeit sein.
Diese werden hierunter aufgeführt.

[2609] Circulaire DGT 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 3.
[2610] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 3.
[2611] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 30 septembre 2013, numéro de pourvoi 12-19.711, non publié au bulletin, (rejet).
[2612] Circulaire DGT 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 3.
[2613] Circulaire DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés Fiche 14, Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 58.

(b) Berufskrankheit und Arbeitsunfall

Betroffen sind beispielsweise gerade nicht arbeitstätige Arbeitnehmer aufgrund einer Berufskrankheit oder eines Arbeitsunfalls gemäß Artikel L. 1226-9 des Arbeitsgesetzbuchs oder Arbeitnehmer in Mutterschaftsurlaub, siehe Artikel L. 1225-4 des Arbeitsgesetzbuches.

Das französische Arbeitsministerium ist insbesondere besorgt über die Tatsache, dass die freie Einwilligung des Arbeitnehmers tatsächlich schwieriger zu beweisen ist[2614], wenn beispielsweise zuvor ein Entlassungsverfahren eingeleitet wurde.

Zu beachten ist jedoch, dass das Urteil des Kassationsgerichtshofs vom 30. September 2014[2615] in umgekehrter Reihenfolge zu den Bestimmungen des DGT-Rundschreibens vom 17. März 2009 und 30. Juli 2012 ergeht und im Gegenteil, den gültigen Abschluss des Aufhebungsvertrages eines Arbeitnehmers während der Zeit der Aussetzung nach einem Arbeitsunfall wie in diesem Fall als auch während der Dauer einer Berufskrankheit zulässt. In diesem Urteil unterstützt das Kassationsgericht das Berufungsgericht von Lyon vom 14. Februar 2013, sofern kein Betrug oder fehlender freier Wille vorlagen.

(c) Mutterschutz

In Bezug auf den Schutz schwangerer Frauen, Frauen im Mutterschaftsurlaub oder Frauen in den vier Wochen nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs kontert das Kassationsgericht auch hier dem Rundschreiben DGT vom 17. März 2009 sowie den Schutz vom Artikel L. 1225-4 des Arbeitsgesetzbuchs. In Absatz 1 dieses Artikels heißt es: "*kein Arbeitgeber darf den*

[2614] „*la liberté du consentement du salarié peut en effet apparaître plus délicate à rapporter"*: Circulaire DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés Fiche 14, Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 58.

[2615] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 30 septembre 2014, numéro de pourvoi 13-16.297, publié au bulletin (rejet); Dossier jurisprudence théma, *la rupture conventionnelle*, ruptures atypiques, n° 83/2014, 6 mai 2014, p. 1 ; Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231, p. 3; Wolters Kluwer, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16683, 3 octobre 2014.

Arbeitsvertrag einer Arbeitnehmerin beenden, wenn sie sich in dem Stadium einer medizinisch begründeten Schwangerschaft befindet, sowie während aller Zeiträume, in denen der Arbeitsvertrag für sie ausgesetzt ist aufgrund ihres Anspruchs auf Mutterschaftsurlaub, unabhängig davon, ob sie von diesem Recht Gebrauch macht und für die vier Wochen nach Ablauf dieser Fristen "[2616].

Dieser Artikel enthält eine Frist von vier Wochen, während dieser die Arbeitnehmerin nach ihrer Aussetzung des Arbeitsvertrags Anspruch auf Fortdauer des Schutzes hat. In der Entscheidung des Kassationsgerichts vom 25. März 2015[2617] wurde entschieden, dass es sich nicht um ein erworbenes Recht handelt. Dies könnte möglicherweise auf die Begeisterung zurückzuführen sein, mit welcher der Aufhebungsvertrag angenommen wird[2618], weshalb das Kassationsgericht diesen nicht behindern möchte und gleichzeitig innerhalb der Grenzen des rechtlichen Rahmens bleibt.

Dieses Urteil zeigt in der Tat, dass die Gerichte einen Aufhebungsvertrag als gültig in Betracht ziehen können, selbst wenn dieser während der Aussetzung eines Arbeitsvertrags geschlossen wurde. In diesem Fall hat die angestellte Vertriebsingenieurin einen Aufhebungsvertrag während der Schutzfrist von 4 Wochen geschlossen. Als sie versuchte diesen anzufechten, unterstützte das Kassationsgericht die Position des Berufungsgerichts mit der Begründung, dass "*zu Recht festgestellt wurde, dass eine Vertragsverletzung gemäß Artikel L. 1237-11 des Vertrags mit Ausnahme des Betrugs oder des Mangels der Einwilligung, die in diesem Fall nicht geltend*

[2616] Article L. 1225-4 du Code du travail : „*aucun employeur ne peut rompre le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté et pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles elle a droit au titre du congé de maternité, qu'elle use ou non de ce droit, ainsi que pendant les quatre semaines suivant l'expiration de ces périodes"* ; 2ème alinéa : „*Toutefois, l'employeur peut rompre le contrat s'il justifie d'une faute grave de l'intéressée, non liée à l'état de grossesse, ou de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement. Dans ce cas, la rupture du contrat de travail ne peut prendre effet ou être notifiée pendant les périodes de suspension du contrat de travail mentionnées au premier alinéa"*. : Übersetzung Absatz 1: Kein Arbeitgeber kann den Arbeitsvertrag einer Arbeitnehmerin kündigen, wenn sie sich in einer medizinisch begründeten Schwangerschaft befindet und während der gesamten Dauer der Aussetzung des Arbeitsvertrags, auf den sie im Rahmen des Mutterschaftsurlaubs Anspruch hat, unabhängig davon ob sie von diesem Recht Gebrauch macht oder nicht, sowie in den vier Wochen nach Ablauf dieser Fristen; Absatz 2: Jedoch kann der Arbeitgeber den Vertrag kündigen, wenn er ein schwerwiegendes Verschulden der betroffenen Person beweisen kann, das nicht mit dem Schwangerschaftszustand zusammenhängt oder wenn er unmöglich diesen Vertrag aus einem Grund, welcher nicht mit der Schwangerschaft oder der Geburt zusammenhängt, aufrechterhalten kann. In diesem Fall kann die Beendigung des Arbeitsvertrags während der in Absatz 1 genannten Zeiträume der Aussetzung des Arbeitsvertrags nicht wirksam werden oder mitgeteilt werden.

[2617] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 25 mars 2015, numéro de pourvoi 14-10.149, publié au bulletin (cassation partielle).

[2618] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 1.

gemacht wurden, ein Aufhebungsvertrag wirksam abgeschlossen werden kann (...) während der Perioden der Aussetzung des Arbeitsvertrags, zu denen die Mitarbeiterin aufgrund ihres Mutterschutzes und während der vier Wochen nach Ablauf dieser Fristen berechtigt ist". Die „Cour de cassation" schlussfolgerte, dass der Klagegrund unbegründet sei[2619].

Das deutsche Recht schützt ebenfalls wenig schwangere Frauen oder Frauen die während ihres Mutterschutzes ihr Arbeitsverhältnis durch einen Aufhebungsvertrag verloren haben. In Deutschland, im Gegensatz zu Frankreich, wo es im Artikel L. 1225-4 des Arbeitsgesetzbuches[2620] klar steht, dass kein Aufhebungsvertrag während des Mutterschutzes stattfinden kann (in der Regel siehe jedoch Urteil vom 25. März 2015[2621]), räumt das deutsche Recht ohne Einschränkung den Abschluss eines Aufhebungsvertrages ein[2622]. Der besondere Kündigungsschutz, der für die Dauer des Mutterschafts- oder Vaterschaftsurlaubs gilt, wirkt sich nicht auf einvernehmliche Beendigungsvereinbarungen wie den Aufhebungsvertrag aus[2623].

Der Vorteil, wenn dies so in Worte gefasst werden kann, ist, dass der Abschluss eines Aufhebungsvertrages während des Mutterschutzes oder der Elternzeit im deutschen Recht die Abfindung (falls vorhanden) darstellt[2624].

[2619] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 25 mars 2015, numéro de pourvoi 14-10.149, publié au bulletin (cassation partielle) : La Cour de cassation soutien la position de la Cour d'appel en édictant qu'a été „*retenu à bon droit que, sauf en cas de fraude ou de vice du consentement, non invoqués en l'espèce, une rupture conventionnelle peut être valablement conclue en application de l'article L. 1237-11 du Code du travail au cours des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles la salariée a droit au titre de son congé de maternité, ainsi que pendant les quatre semaines suivant l'expiration de ces périodes"*.

[2620] Article L. 1225-4 Code du travail, modifié par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, art. 10.

[2621] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 25 mars 2015, numéro de pourvoi 14-10.149, publié au bulletin (cassation partielle).

[2622] Haufe.de, *Aufhebungsvertrag: Voraussetzungen, 3 Aufhebungsverträge mit besonderen Personengruppen*, https://www.haufe.de/personal/personal-office-premium/aufhebungsvertrag-voraussetzungen-3-aufhebungsvertraege-mit-besonderen-personengruppen_idesk_PI10413_HI940927.html.

[2623] § 19 BEEG: § 19 Kündigung zum Ende der Elternzeit „*Der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin kann das Arbeitsverhältnis zum Ende der Elternzeit nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten kündigen*"; Siehe auch Tschöpe, Rinck, *Arbeitsrecht Handbuch*, 11. Auflage, Ottoschmidt, 2019, S., 1607, Rz. 21.

[2624] Grundmann S., Georgiou C., *Die Aufhebung von Arbeitsverträgen*, Rieder, 3. Auflage 2014, S. 40.

(d) Behinderte Arbeitnehmer

Das Urteil des Kassationsgerichts vom 16. Dezember 2015[2625], bestätigt durch das Urteil des Berufungsgerichts von Bourges am 15. September 2017[2626], entschied über den Aufhebungsvertrag, abgeschlossen zwischen einem Arbeitgeber und seinem Arbeitnehmer, letzterer angestellt in der Kategorie "behinderter Arbeitnehmer". In dieser Entscheidung akzeptierte das Gericht das Argument des behinderten Mitarbeiters nicht, welcher argumentierte, dass er keine aufgeklärte Einwilligung erteilen konnte, da er weder begleitet wurde noch hatte er einen Dolmetscher bei der Unterzeichnung gehabt, obwohl er taub und stumm war und in dieser Zeit von der Arbeit eingestellt. Der Gerichtshof schreibt, dass seine "*angebliche Schwierigkeit, das geschriebene Wort zu lesen*" nicht bewiesen wurde. Diese harten Wörter des Berufungsgerichts von Bourges[2627] beschreiben eine Rechtsprechung, welche außerhalb der gewöhnlichen Bedingungen des Gewohnheitsrechts keine Unwirksamkeit anerkennt.

In einem jüngst ergangenen Urteil des Kassationsgerichts vom 16. Mai 2018 wurde dennoch der Aufhebungsvertrag einer Arbeitnehmerin mit geistiger Behinderung als Entlassung ohne wirklichen und seriösen Grund gewertet “licenciement sans cause réelle et sérieuse“[2628]. Die Angestellte argumentierte, dass ihre Zustimmung aufgrund ihres mentalen Zustands geändert worden sei, was das Pariser Berufungsgericht und später das Kassationsgericht anerkannten: „*um eine gültige Handlung zu vollbringen, muss man einen gesunden Geist haben*.“[2629]. Die Gerichte beurteilten hier durch ärztliche Atteste, ob zum Zeitpunkt der Unterzeichnung die geistigen Fähigkeiten der Arbeitnehmerin beeinträchtigt waren und zu einem Mangel ihrer Einwilligung führten.

Diese beiden französischen Urteile zeigen, dass die Entscheidungen der Gerichte in Bezug auf die Beurteilung der Zustimmung eines behinderten Arbeitnehmers, sei es geistig oder

---

Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 16 décembre 2015[2625], numéro de pourvoi 13-27.212, publié au bulletin (cassation partielle).

[2626] Arrêt de la Cour d’appel de Bourges, chambre sociale, 15 septembre 2017, numéro de pourvoi 16-00327.

[2627] Arrêt de la Cour d’appel de Bourges, chambre sociale, 15 septembre 2017, numéro de pourvoi 16-00327 bestätigt das Urteil der Cour de cassation, chambre sociale, 16 décembre 2015, numéro de pourvoi 13-27.212, publié au bulletin (cassation partielle).

[2628] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 16 mai 2018, numéro de pourvoi 16-25852, non publié au bulletin.

[2629] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 16 mai 2018, numéro de pourvoi 16-25852, non publié au bulletin : „*que pour faire un acte valable, il faut être sain d’esprit*“.

körperlich, sehr unterschiedlich sein können. Es scheint vor allem der Arbeitnehmer zu sein, der nachweisen muss, dass seine Einwilligung bei der Unterzeichnung in der Tat mangelhaft war.

Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit schwerbehinderten Personen führt in Deutschland nicht zur Anwendung des Kündigungsschutzes[2630]. Es ist daher in Deutschland nicht erforderlich, die Zustimmung des Integrationsamtes für einen Aufhebungsvertrag einzuholen, anders als bei der Entlassung[2631], bei welcher der Arbeitgeber die Vertreter des Integrationsamtes der schwerbehinderten Arbeitnehmer über die Situation informieren muss[2632].

Die einzige Verpflichtung besteht darin, die Schwerbehindertenvertretung, das heißt den oder die Vertreter von Behinderten, darüber zu informieren, dass ein Aufhebungsvertrag mit einem behinderten Arbeitnehmer geschlossen wird; es besteht jedoch keine Notwendigkeit diese Vertreter vor Abschluss der Beendigung des Arbeitsverhältnisses anzuhören[2633]. Diese Nichtvoraussetzung des Anhörens wurde vom Bundesarbeitsgericht in der Entscheidung vom 14. März 2012[2634] festgelegt und geht auch aus einem Dokument des Deutschen Amtes für Integration (LVR) hervor[2635]. Nach dieser Integrationsstelle bedarf der Abschluss eines Aufhebungsvertrags keiner vorherigen Genehmigung nach den §§ 85 ff. SGB IX und wiederholt eine alte Entscheidung des Bundesgerichts vom 27. März 1958[2636].

Jedoch ist die Einladung des Integrationsamtes zur Teilnahme am Abschluss des Aufhebungsvertrags möglich und eine gute Sache, um die Festlegung einer Sperrfrist durch das Arbeitsamt

---

[2630] Kündigungsschutz der §§ 85 bis 91 SGB IX.
[2631] Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 50; Siehe auch Pauken, *Leitfaden für die Beschäftigung schwerbehinderter Menschen*, Teil 2, ArbRAktuell 2016, S. 183.
[2632] „die Schwerbehinderten-Vertretung unterrichten".
[2633] Haufe.de, *Aufhebungsvertrag: Voraussetzungen, 3 Aufhebungsverträge mit besonderen Personengruppen*, https://www.haufe.de/personal/personal-office-premium/aufhebungsvertrag-voraussetzungen-3-aufhebungsvertraege-mit-besonderen-personengruppen_idesk_PI10413_HI940927.html.
[2634] BAG 14.3.2012 EzA SGB IX § 95 Nr. 4.
[2635] LVR-Integrationsamt (Landschaftsverband Rheinland), *Der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX*, 11. Aktualisierte und ergänzte Auflage, 2015.
[2636] LVR-Integrationsamt (Landschaftsverband Rheinland), *Der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX*, 11. Aktualisierte und ergänzte Auflage, 2015, S. 15, 2.2; BAG vom 27. März 1958, 2 AZR 20/56, AP Nummer 12 zu § 14 SchwbG.

zu meiden[2637]. Selbst in Fällen, in denen das Integrationsamt die Teilnahme am Aufhebungsvertrag verweigert, kann der Versuch ihn einzubeziehen Vorteile bringen, solange dies dokumentiert ist[2638].

Der SGB IX beinhaltet in den §§ 85 ff. eine Genehmigungspflicht durch das Integrationsamt für die Entlassungen schwerbehinderter Arbeitnehmer ab dem Moment, wenn der Arbeitnehmer ohne Unterbrechung länger als sechs Monate beschäftigt war[2639]. Diese sechs Monate bietet den Arbeitgebern einen Vorteil, was sie dazu ermutigt, Menschen mit Behinderungen einzustellen und diese Frist wird als eine Art Probezeit angesehen[2640]. Dies zeigt sich daran, dass das deutsche Recht des schwerbehinderten[2641] nur die Beendigung von Arbeitsverhältnissen schützt, die nicht dem Willen der schwerbehinderten Arbeitnehmer entsprechen oder sogar entgegenstehen[2642]. Dies bedeutet, dass, auch wenn ein deutscher Schwerbehinderter kündigt, keine Einwilligung des Integrationsamtes erforderlich ist. Gleiches gilt im Rahmen eines Abwicklungsvertrages, der beispielsweise nach der Aussprache einer Kündigung geschlossen wird und die Folgen dieser Kündigung regelt[2643].

Deutsche behinderte Arbeitnehmer, die einen Aufhebungsvertrag abschließen, erhalten daher keine Vorteile gegenüber Nichtbehinderten. Daher ist es sehr wichtig, dass sie sich vor dem Abschluss eines solchen Vertrages über die sozialen Folgen erkundigen. Aufgrund von wechselnder Rechtsprechung und da die Weisungen der Bundesagentur für Arbeit häufig geändert werden, gibt es keinen Überblick über den "wichtigen Grund", welcher erlaubt einer Sperrfrist zu entgehen[2644]. Darüber hinaus müssen Menschen mit Behinderungen nicht nur auf die

---

[2637] Haufe.de, *Aufhebungsvertrag: Voraussetzungen, 3 Aufhebungsverträge mit besonderen Personengruppen*, https://www.haufe.de/personal/personal-office-premium/aufhebungsvertrag-voraussetzungen-3-aufhebungsvertraege-mit-besonderen-personengruppen_idesk_PI10413_HI940927.html.
[2638] Haufe.de, *Aufhebungsvertrag: Voraussetzungen, 3 Aufhebungsverträge mit besonderen Personengruppen*, https://www.haufe.de/personal/personal-office-premium/aufhebungsvertrag-voraussetzungen-3-aufhebungsvertraege-mit-besonderen-personengruppen_idesk_PI10413_HI940927.html.
[2639] § 90 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 SGB IX sieht Ausnahmen vom Kündigungsschutz vor.
[2640] LVR-Integrationsamt (Landschaftsverband Rheinland), *Der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX*, 11. Aktualisierte und ergänzte Auflage, 2015, S. 19, 2.7.1.
[2641] „Schwerbehindertenrecht".
[2642] LVR-Integrationsamt (Landschaftsverband Rheinland), *Der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX*, 11. Aktualisierte und ergänzte Auflage, 2015, S. 15, 2.1.
[2643] LVR-Integrationsamt (Landschaftsverband Rheinland), *Der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX*, 11. Aktualisierte und ergänzte Auflage, 2015, S. 15, 2.2.
[2644] Juli S., *Aufhebungsverträge ohne Sperrzeit*, ArbRAktuell, 2017, 237: « *Was ein „wichtiger Grund" für die einvernehmliche Beendigung eines Arbeitsverhältnisses ist, hat der Gesetzgeber nicht definiert. Das Ausfüllen dieses unbestimmten Rechtsbegriffs ist den Gerichten vorbehalten* ». Voir Steinmeyer in Ascheid, Preis, Schmidt, SGB III, § 159, Rn. 65 ff.; Fuhlrott M., *Geänderte Dienstanweisung der Agentur für Arbeit, Sperrzeitneutrale Aufhebungsverträge*, NZA 2017, 225; LVR-Integrationsamt (Landschaftsverband

Sperrfrist achten, sondern auch auf die Ruhezeit, die zur Sperrfrist hinzugerechnet werden kann. Dies verzögert die Zahlung von Arbeitslosengeld weiter, wenn das Arbeitsverhältnis ohne Berücksichtigung der normalen Kündigungsfrist beendet worden ist[2645].

(e) Ergebnis

„*Übrigens verletzt jeder Verbrecher das Recht der staatlichen Ordnung und wird durch seine Verbrechen ein Empörer und Verräter am Vaterlande; wenn er die Gesetze bricht, hört er auf, ihm anzugehören; er bekämpft es sogar. In diesem Fall ist die Erhaltung des Staates mit seiner eigenen unvereinbar*."[2646].

Jean-Jacques Rousseau

Das französische Recht besagt, dass bestimmte Situationen die Anwendung eines Aufhebungsvertrages schwierig machen. Unter anderem, wenn es sich um einen Arbeitnehmer handelt, der als arbeitsunfähig erklärt wurde zum Beispiel wegen eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit[2647]. Wichtig zu bemerken ist jedoch, dass es in Frankreich kein spezifisches Verbot für ältere Menschen gibt, die sich dem Rentenalter nähern.

Im Gegensatz zu Frankreich gibt es in Deutschland keine Ausnahmen oder die Verpflichtung, eine vorherige Genehmigung für die Nutzung des Aufhebungsvertrages zur Beendigung eines Arbeitsvertrags einzuholen. Die Einstufung der Arbeitnehmer nach deutschem Recht schützt nur vor einer Entlassung.

Rheinland), *Der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX*, 11. Aktualisierte und ergänzte Auflage, 2015, S. 16, 2.3.

[2645] § 158 SGB III.

[2646] Rousseau J-J., (1712-1778), *Le contrat social*, 1762, Livre II, chapitre 5, 72, „*Tout malfaiteur attaquant le droit social devient par ses forfaits rebelle et traître à la patrie ; il cesse d'en être membre en violant ses lois, et même il lui fait la guerre ; alors la conservation de l'État est incompatible avec la sienne*".

[2647] Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), *Rupture conventionnelle : conditions*, situations rendant impossible la rupture conventionnelle, mis à jour le 6 juin 2013, Service-Public.fr.

Infolgedessen wird der Aufhebungsvertrag in Deutschland als echte Chance für den Arbeitgeber angesichts der Entlassung und ihrer Grenzen dargestellt. Betrachtet man zum Beispiel unter anderem behinderte Arbeitnehmer, Betriebsratsmitglieder[2648], ältere Arbeitnehmer oder Frauen mit Kindern, deren Entlassung sehr schwierig gewesen wäre, so verhilft der Aufhebungsvertrag, indem er eine einfache und schnelle Auflösung ermöglicht. Insbesondere da der Abschluss eines Aufhebungsvertrages nicht der vorherigen Anhörung des Betriebsrates benötigt[2649]. Darüber hinaus meidet der Arbeitgeber auch mögliche Rechtsstreitigkeiten des Arbeitnehmers nach seiner Entlassung, bei denen er ihn hätte wiedereinstellen müssen[2650].

d) Vor-Gespräche

In Frankreich ist eine „rupture conventionnelle" durch mindestens ein obligatorisches Gespräch möglich, in welchem der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber Informationen über die Auswirkungen bekommt oder dazu wie er sich selbst informieren kann, siehe Artikel L. 1237-12 des Arbeitsgesetzbuches. Weiterhin gilt, wenn die Parteien sich einigen und den Vertrag unterzeichnen, so erhalten sie in Frankreich eine gesetzliche Widerrufsfrist von zwei Wochen. In Deutschland ist eine solche Frist nicht im Gesetz verankert, sodass generell keine gilt, es sei denn die Parteien haben eine im Aufhebungsvertrag eingefügt oder eine wird im Tarifvertrag vorgesehen.

Eine Abgrenzung des französischen Rechts gegenüber dem deutschen Recht besteht somit darin, dass ein (oder mehrere) Gespräch die Gültigkeit der „rupture conventionnelle" befürwortet. Das Gespräch oder die Gespräche dienen einer Vereinbarung über die Bedingungen der Auflösung, einschließlich des Datums der Aufhebung und der Höhe der zu zahlenden

---

[2648] Zur Begünstigung eines Betriebsratsmitglieds, der BAG geht davon aus, dass der gesetzliche Kündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder einen sachlichen Grund bietet, besondere Leistungen im Rahmen eines Aufhebungsvertrages zu vereinbaren. Siehe Gaul B., *Aktuelles Arbeitsrecht*, Band 2, Dr. Otto Schmidt, 2018, SS. 401, 402, 7.

[2649] Rolfs in APS, *Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Kündigungsrecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, 2017, Rn. 36; Fitting, *Handkommentar zum BetrVG*, 28. Auflage 2016, § 102, Rn. 15; Lingemann, Groneberg, NJW 2010, 3496; Richardi, Thüsing, *Kommentar BetrVG*, § 102, 16. Auflage, 2018, Rn. 22.

[2650] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 59.

Entschädigung[2651]. Es ist durchaus rechtmäßig im französischen wie auch im deutschen Recht, die „rupture conventionnelle“ in einem ersten und einzigen Gespräch zwischen den Parteien zu unterzeichnen. Dies deutet nicht auf ein rechtswidriges Einverständnis, wie im Urteil des Kassationsgerichts „Cour de cassation“ vom 5. November 2014[2652] und 12. Februar 2014[2653] betont. In der Entscheidung vom 12. Februar 2014[2654] heißt es, dass "*der Gesetzgeber nicht die Durchführung mehrerer Gespräche verlangt oder die Dauer dieser Gespräche festlegt, um die Einverständnisfreiheit der Parteien zu gewährleisten*."

Wenn das erste oder das einzige Gespräch häufig vom Arbeitgeber initiiert wird, kann der Arbeitnehmer ebenso die Initiative ergreifen[2655]. Da das Gespräch ein fester Bestandteil des Einverständnisses der Parteien ist, ist es außerdem erforderlich, dass die Gespräche in gutem Glauben “bonne foi“ organisiert werden[2656]. Hierfür ist es ratsam für den Arbeitgeber, den Arbeitnehmer ab dem ersten Gespräch zu benachrichtigen, dass er Anspruch auf eine Unterstützung hat sowie, dass er die Möglichkeit hat Informationen und Meinungen zu sammeln, die ihm bei seiner Entscheidung helfen sollen beispielsweise bei der französischen Arbeitsagentur „agence du travail“. Der Arbeitgeber ist auch in Frankreich verpflichtet, ihn über das Entschädigungssystem „régime de l’indemnité“ zu informieren, das heißt über die steuerlichen und sozialen Konsequenzen, die sich aus der „rupture conventionnelle“ ergeben[2657].

Wie wäre es jetzt, wenn in Frankreich kein Gespräch stattfände, was ein Angestellter vor dem Arbeitsgericht „Tribunal prud'homal“ angeklagt hatte um eine Nichtigkeit seiner „convention de rupture“ zu erhalten obwohl er den Vertrag „convention“ unterzeichnet hatte, welche

---

[2651] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 4.
[2652] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 5 novembre 2014, numéro de pourvoi 13-16.372, non publié au bulletin (rejet).
[2653] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 12 février 2014, numéro de pourvoi 12-29.208, non publié au bulletin (rejet).
[2654] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 12 février 2014, numéro de pourvoi 12-29.208, non publié au bulletin (rejet), Punkte 6 und 7 : „*le législateur n'exige pas la tenue de plusieurs entretiens ni ne fixe la durée de ces entretiens pour que soit garantie la liberté du consentement des parties à la rupture conventionnelle“*.
[2655] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 4.
[2656] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 4.
[2657] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 4.

besagte, dass zwei Gespräche stattgefunden hatten[2658] und dass er von seinem Widerrufsrecht kein Gebrauch gemacht hatte. Die „cour de cassation" entschied am 1. Dezember 2016 in dieser Sache und machte geltend, dass der Mangel des Gesprächs die Nichtigkeit der Vereinbarung[2659] zur Folge hätte und dass das Vorliegen dieser Nichtigkeitsursache vom Klagenden geltend gemacht werden müsse[2660]. In diesem Urteil vertrat die „cour de cassation" die Auffassung, dass die vom Arbeitgeber vorgelegten Beweise, dass die beiden Befragungen stattgefunden hätten, nicht materiell nachprüfbar waren, wie von der „cour d'appel" als Berufungsgericht behauptet, aber dass das Berufungsgericht hier die Beweislast umgekehrt hat.

Aus diesem Urteil ist festzuhalten, dass für den Kassationshof die „rupture conventionnelle" vom gemeinsamen Willen der Parteien ausgeht, was ein Treffen und eine Diskussion voraussetzt, durch ein oder mehrere Gespräche ermöglicht[2661].

In Deutschland werden das oder die Gespräche nicht gesetzlich vorgesehen, jedoch geht man davon aus, dass eine Aufhebung im gegenseitigen Einvernehmen wenigstens ein Gespräch benötigt. Hinzu kommt, dass Gespräche in Deutschland nicht unbedingt am Arbeitsort stattfinden müssen[2662]. Weiterhin kann ein deutscher Arbeitnehmer, welcher nicht an den Verhandlungen teilnehmen möchte, das heißt nicht mit seinem Arbeitgeber einen Termin vereinbaren möchte, um über die Umsetzung des Aufhebungsvertrages zu sprechen, nicht von seinem Arbeitgeber verpflichtet werden[2663]. Dies gilt umso mehr für den Fall, wenn der Arbeitnehmer den Vorschlag seines Arbeitgebers zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags ablehnt. Hier hat der

---

[2658] Voir l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 1er décembre 2016, numéro de pourvoi 15-21.609, publié au bulletin, Cour d'appel de Toulouse du 22 mai 2015.
[2659] Les termes de l'article L. 1237-12 du code du travail étant clairs : „*Les parties au contrat conviennent du principe d'une rupture conventionnelle lors d'un ou plusieurs entretiens au cours desquels le salarié peut se faire assister*" : Die Vertragsparteien einigen sich in einem oder mehreren Gesprächen auf das Prinzip einer rupture conventionnelle", in welchem der Arbeitnehmer begleitet werden kann.
[2660] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 1er décembre 2016, numéro de pourvoi 15-21.609, publié au bulletin.
[2661] Cour de cassation, rapport annuel 2016, Jurisprudence de la cour, p. 200.
[2662] Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 17; Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 6. Widerruf, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Rn 13; Zu besonderen Formerfordernissen vgl. BAG 30.9.1993 AP BGB § 123 Nr. 37.
[2663] Schrader, Thoms, Mahler, *Auskunft durch den Arbeitnehmer: Was darf er? Was muss er?*, NZA 2018, S. 967, „b) Auskunftspflichten des Arbeitnehmers".

Arbeitgeber nicht das Recht, ihn zur Teilnahme an der Diskussion für einen solchen Aufhebungsvertrag zu zwingen[2664].

(a) Informationspflicht

In Frankreich sollte der Arbeitgeber vorsichtig mit seiner Informationsverpflichtung zu seinem Arbeitnehmer umgehen. Die Pflicht ihm vollständige Informationen über die Folgen einer solchen Auflösung zu geben, bringt die Vermeidung möglicher Rechtsstreitigkeiten mit sich[2665], da sein Arbeitnehmer die volle Kenntnis der Folgen der Auflösung haben sollte. Der Arbeitgeber sollte nicht nur dieser Informationspflicht nachkommen, wenn die „rupture conventionnelle" infolge von wirtschaftlichen Schwierigkeiten auf den Tisch gekommen ist[2666]. Empfohlen wird den Arbeitgebern, ihre Informationspflicht durch ein schriftliches Dokument, welches entweder direkt an den Arbeitnehmer übermittelt wird, per Einschreiben zugestellt oder der Aufhebungsvereinbarung beigefügt ist, anzuweisen[2667].

Dieser Rat ist für beide Parteien besonders nützlich, da mangelnde Informationen oder der Austausch falscher Informationen leicht zu einer Nichtigkeit wegen fehlender Einwilligung führen kann. Ein Beispiel zeigt das Urteil des Kassationsgerichtshofs vom 5. November 2014[2668], in dem die Einwilligung des Arbeitnehmers vom Berufungsgericht Rennes am 20. Februar 2013 als bemängelt „vicié" eingestuft wurde, weil sein Arbeitgeber ihm falsche Informationen über die Höhe seiner monatlichen Bruttogehälter für die letzten 12 Monate übermittelt hatte, welche die Grundlage für die Berechnung der Zulage bildeten. Diese fehlerhaften Informationen hatten die Berechnungen der Arbeitslosenentschädigung des Arbeitnehmers verfälscht, welche er

---

[2664] Schrader, Thoms, Mahler, *Auskunft durch den Arbeitnehmer: Was darf er? Was muss er?*, NZA 2018, S. 967, „b) Auskunftspflichten des Arbeitnehmers"; Siehe auch *BAG*, NZA 2009, NZA Jahr 2009 S. 600 = AP GewO § 106 Nr. AP GEWO § 3.

[2665] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 2.

[2666] Wenn der Arbeitgeber über die Vorteile eines Sozialplans für freiwillige Arbeitsausstiege „plan de départ volontaire" oder eines Sozialplans zum Erhalt von Arbeitsplätzen „plan de sauvegarde de l'emploi" informieren muss, Siehe Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 2.

[2667] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 2.

[2668] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 5 novembre 2014, numéro de pourvoi 13-16.372, non publié au bulletin (rejet).

geltend machen wollte. Die Konsequenz war die Analyse vom Gericht der „rupture conventionnelle“ als Kündigung ohne echten und schwerwiegenden Grund, was mit der Zahlung von Schadensersatz einherging.

In Deutschland besteht trotz der Schwere der sozialen und finanziellen Folgen, die sich aus dem Abschluss eines Aufhebungsvertrages ergeben können, der meistens vom Arbeitgeber vorgeschlagen wird, keine Verpflichtung den Arbeitgeber aufzufordern, seinen Arbeitnehmer vor Abschluss eines solchen Vertrags über die Rechtsfolgen eines solchen Aufhebungsvertrages zu informieren[2669]. Dies geht aus den allgemeinen Regeln der deutschen Rechtsprechung hervor, da sich jede Partei über die rechtlichen Konsequenzen selber unterrichten muss, die sich aus einer solchen autonomen Entscheidung ergeben können[2670]. Nur in bestimmten Ausnahmefällen ist der Vertragspartner verpflichtet, die andere Partei vor Abschluss des Vertrages über die besonderen Risiken zu informieren[2671]. Dieser Grundsatz gilt im deutschen Recht auch für das Arbeitsrecht[2672].

Jedoch in dem Fall, in dem der Arbeitgeber beschließt, seinem Arbeitnehmer Informationen zu übermitteln, müssen diese, wie in Frankreich, korrekt und vollständig sein[2673]. Andernfalls schuldet er ihm Schadensersatz[2674].

Diese Informationsanforderungen werden Aufklärungspflicht genannt und ihre Anwendung hängt in Deutschland von den spezifischen Umständen des Falls ab[2675], insbesondere von wem

---

[2669] Holbeck-Schwindl, *Referendarpraxis Lernbücher für die Praxisausbildung, Arbeitsrecht*, Verlag Franz Vahlen München, 11. Auflage 2012, S. 143 – 602; Preis, Temming, *Arbeitsrecht*, Weitere Beendigungstatbestände, Dr. Otto Schmidt, 6. Auflage 2020, S. 704, Rz. 3407 und 3408.
[2670] *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 968; BAG 11.12.2001 AP BetrAVG § 1 Auskunft Nr. 2; LAG HM 7.6.2005 NZA-RR 2005, 606, 608; MüKoBGB/*Hesse* Vor § 620 Rn. 40a.
[2671] Rolfs in APS, *Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Kündigungsrecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, 2017, Rn. 7.
[2672] *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 968.
[2673] BAG 12.12.202, 8 AZR 497/01; Rolfs in APS, *Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Kündigungsrecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, 2017, Rn. 6, 11.
[2674] BAG 3.7.1990, 3 AZR 382/89, NZA 1990, 971; Rolfs in APS, *Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Kündigungsrecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, 2017, Rn. 12.
[2675]Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 5. Aufklärungspflichten, Rn 12; BAG 11.12.2001 AP BetrAVG § 1 Auskunft Nr. 2; Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 10, 21.

die Initiative zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages gekommen ist[2676]. In den meisten Fällen, wenn die Initiative vom Angestellten kam, kann der Arbeitgeber ihn nach den Konsequenzen und Risiken seiner freiwilligen Unterzeichnung des Aufhebungsvertrages sich selbst erkundigen lassen[2677]. Aus diesem Grund ist es gut, wenn ein Arbeitnehmer sich vorher bei der Arbeitsagentur und anderen zuständigen Institutionen über die Folgen eines Aufhebungsvertrages erkundigt. Dies dient dazu, die vorgeschlagene Abfindung hinsichtlich der damit verbundenen Risiken und ihrer Angemessenheit zu prüfen.

In Bezug auf die Informationspflicht machen die Autoren Müller und Glöge geltend, dass der Arbeitgeber in Deutschland tatsächlich nur ausnahmsweise verpflichtet sein kann, seinen Arbeitnehmer unaufgefordert darauf hinzuweisen welche finanziellen Risiken drohen[2678]. Trotz der Tatsache, dass sich der Angestellte über die negativen Folgen selbst erkundigen muss, in Bezug auf seine Zusatzrente, seine Arbeitslosenversicherung und seine Besteuerung, kann es im Einzelfall und insbesondere auch wenn die Aufhebung des Arbeitsvertrags auf Initiative des Arbeitgebers erfolgt und in seinem Interesse liegt[2679], zu Arbeitgeber-Informations- und Warnpflichten kommen[2680]. Infolgedessen muss der deutsche Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer über die Nachteile informieren, die ihm bekannt sind und die durch den Abschluss eines solchen Vertrages über das freiwillige Ausscheiden entstehen würden[2681].

Diese Informationspflicht ergibt sich aus § 242 BGB, welcher die Regeln von Treu und Glauben festlegt. Eine solche Informationspflicht umfasst beispielsweise die Auswirkungen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf die betriebliche Altersversorgung oder die Höhe der Altersrente und die Leistungen der Arbeitslosenversicherung[2682]. Das Recht auf Informationen wird stärker ausfallen, wenn der Arbeitnehmer in einem Alter nahe des Renteneintritts ist[2683]. Wenn der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer jedoch nicht ordnungsgemäß informieren kann, muss er

---

[2676] BAG 11.12.2001 AP BetrAVG § 1 Auskunft Nr. 2; 21.2.2002 EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 7; 24.2.2011 NZA-RR 2012, 148.
[2677] BAG 24.2.2011 NZA-RR 2012, 148.
[2678] BAG 3.7.1990 AP BetrAVG § 1 Nr. 24.
[2679] BAG, NZA 2001, 206.
[2680] Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 147 - 520.
[2681] BAG 10.03.1988, AP BGB § 611 Fürsorgepflicht Nr. 99.
[2682] Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 147 - 520.
[2683] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 213.

ihn zur zuständigen Abteilung wenden[2684]. Wenn der Arbeitgeber die Pflicht der Information nicht erfüllt hat, werden jedoch nur Schadensersatzzahlungen angerechnet im Sinne des § 280 BGB[2685].

In Deutschland genügt es somit, wie in Frankreich, dass der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer die Möglichkeiten einer Anfrage bei der Arbeitsagentur mitteilt[2686], genauso wie es auch ausreicht, die Informationspflicht durch Klauseln im Aufhebungsvertrag zu erläutern beispielsweise, dass der Arbeitnehmer über die betreffenden Risiken informiert wurde[2687].

(b) Begleitung beim Gespräch

Ein französischer Arbeitnehmer sowie, unter Bedingungen, sein Arbeitgeber können durch eine weitere Person während des Gesprächs begleitet werden. Diese Assistenzoption ermöglicht, dass der Arbeitnehmer von einer von ihm ausgewählten Person unterstützt wird. In Frankreich muss diese Person Teil des Personals des Unternehmens sein und der Arbeitgeber muss vor dem Gespräch[2688] darüber informiert werden, siehe Artikel L. 1237- 12 des Code du travail. Wenn der Arbeitnehmer nicht über diese Assistenzmöglichkeit informiert wird, so bringt dies jedoch nicht die Nichtigkeit der „convention de rupture“ mit sich, wie es aus einem Urteil des Kassationshofs vom 29. Januar 2014[2689] hervorgeht, in dem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht über die Möglichkeit einer Unterstützung durch einen Berater aus einer Liste, von der Verwaltungsbehörde erstellt, unterrichtet hatte, obwohl es in dem Unternehmen keine Personalvertretungseinrichtung gab „institution représentative du personnel“.

[2684] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 214.
[2685] § 280 BGB „Schadensersatz wegen Pflichtverletzung“; BAG 10.3.1988 AP BGB § 611 Fürsorgepflicht Nr. 99; 24.2.2011 NZA-RR 2012, 148; Academia Iuris Lehrbücher der Rechtswissenschaft ; Wollenschläger M., *Arbeitsrecht,* Academia Iuris Lehrbücher der Rechtswissenschaft, Carl Heymanns Verlag, 3. Auflage 2010, Rn 371.
[2686] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 214.
[2687] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 214.
[2688] Coeuret A., Gauriau B., Miné M., *Droit du travail,* Université, Sirey, 3ème édition, 2013, p. 443 ; Peskine E., Wolmark C., *Droit du travail,* Hypercours, 2017, 11ème édition Dalloz, 2016, p. 377, 562.
[2689] Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 29 janvier 2014, numéro de pourvoi 12-27.594, publié au bulletin (rejet).

Infolgedessen hatte sich der Arbeitnehmer an seinen Vorgesetzten gewandt um ihn beim Gespräch zu begleiten. Das Kassationsgericht gibt hier zu, dass ein Arbeitnehmer auch von seinem Vorgesetzten unterstützt werden kann, auch wenn der Vorgesetzte an dem Unternehmen beteiligt ist, sofern es wirklich eine freie Wahl des Angestellten ist und ohne jegliches Manöver oder Druck, der ihn dazu veranlasst hat, die „rupture conventionnelle" zu unterschreiben[2690]. Anstelle einer Nichtigkeit tritt in diesen Fällen höchstens ein Anspruch auf Schadensersatz für den Arbeitnehmer ein[2691].

Wurde der Arbeitnehmer während des Gesprächs begleitet, muss das Antragsformular für die Verwaltung „demande d'homologation" den Vor- und Nachnamen sowie die Arbeit der begleitenden Person enthalten[2692], beispielsweise gemäß Artikel L. 1237-12 des Arbeitsgesetzbuchs, wenn es sich um jemanden aus der Personalvertretungseinrichtung handelt, wie der Betriebsrat „comité d'entreprise", Personalvertreter „délégués du personnel", Gewerkschaftsdelegierte „délégués syndicaux" oder, falls es keine repräsentative Personaleinrichtung im Unternehmen gibt, ein Mitarbeiterberater, der in einer von der Verwaltungsbehörde erstellten Liste aufgeführt ist oder sogar ein anderer Mitarbeiter des Unternehmens, unabhängig davon, ob es eine Arbeitnehmervertretung gibt oder nicht [2693].

Auf diese Weise hat der Arbeitgeber auch die Möglichkeit unterstützt zu werden, jedoch unter sehr besonderen Bedingungen gemäß Artikel L. 1237-12 des Arbeitsgesetzbuchs und nur dann, wenn sein Arbeitnehmer dieses Recht in Anspruch nimmt. Der Arbeitgeber ist auch verpflichtet, seinen Arbeitnehmer zu informieren, wenn er begleitet werden will. Im Falle einer Assistenz muss der Arbeitgeber den Vor- und Nachnamen sowie die Tätigkeit der Person in das Formular für die Verwaltung eintragen.

In demselben Artikel L. 1237-12 des Arbeitsgesetzbuches werden die Personen, die dem Arbeitgeber zur Wahl stehen, aufgelistet. Das Arbeitsgesetzbuch enthält keine Angaben zu Form und Fristen für die gegenseitigen Informationen zwischen den Parteien über die Bereitschaft begleitet zu werden oder nicht. Da der Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber und ebenfalls der

---

[2690] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 5.
[2691] Peskine E., Wolmark C., *Droit du travail,* Hypercours, 2017, 11ème édition Dalloz, 2016, p. 377, 562.
[2692] Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, p. 3.
[2693] Article L. 1237-12 du Code du travail, créé par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, art. 5.

Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer über eine unterstützende Begleitung informieren muss, ist es für alle Beteiligten besser, wenn diese Informationen rechtzeitig übermittelt werden[2694]. Weder der Arbeitnehmer noch der Arbeitgeber hat in Frankreich das Recht, von einem Rechtsanwalt begleitet zu werden[2695]. Der Arbeitsvertrag bleibt während des Gesprächs bis zum Abschluss der Vereinbarung erhalten[2696].

In Deutschland ist die Wahl der begleitenden Person frei, diese muss nicht unbedingt dem Unternehmen angehören, beispielsweise ein Freund oder sogar der Lebenspartner, sofern der Arbeitgeber informiert ist und dies akzeptiert. Dies kann im Vergleich zu Frankreich angenehmer für den Arbeitnehmer sein, welcher von einer außenstehenden Person begleitet werden kann, ohne Bedenken, jemanden aus dem Unternehmen in eine mögliche Konfliktsituation mit dem eigenen Arbeitgeber zu bringen.

e) Die französische „homologation" als Zulassung der Verwaltung

(a) Verlauf der französischen „rupture conventionnelle individuelle"

Erst nach einer zweiwöchigen Frist kann für die abgeschlossene „rupture conventionnelle" ein Antrag auf Zulassung „homologation" der Verwaltung vorgelegt werden. Dies erfolgt indem eine Partei einen Antrag auf Erteilung einer Genehmigung „demande d'homologation" an die Verwaltungsbehörde stellt, wie im Artikel L. 1237-14 des französischen Arbeitsgesetzbuches geregelt.

Die Rundschreiben „circulaires" DGT Nr. 2008-11 vom 22. Juli 2008 und Nr. 2009-4 vom 17. März 2009 sehen daher die Verpflichtung vor, den Vertrag in dreifacher Ausfertigung zu erstellen, für den Arbeitnehmer, den Arbeitgeber sowie für die zuständige DIRECCTE oder die zuständige Arbeitsaufsicht „inspecteur du travail".

[2694] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 5.
[2695] Pélissier J., Auzero G., Dockès E., *Précis de Droit du travail*, 25ème édition, Dalloz, 2011, p. 500 - 442.
[2696] Duquesque F., *Droit du travail*, Master Pro, 4ème édition, lextenso édition, 2010, p. 339.

Die französische Verwaltungsbehörde wird innerhalb einer weiteren zweiwöchigen Frist den freien Willen der Parteien, die Einhaltung aller Formalitäten sowie die Überprüfung des Pflichtgesprächs sicherstellen. Außerdem kann die Verwaltungsbehörde ebenfalls Kontrollen durchführen, unter anderem bezüglich des Gehalts und der Länge der Betriebszugehörigkeit. Im Falle einer Zulassung „homologation" gilt dann die „rupture conventionnelle" als in Kraft getreten und eine eventuelle Abfindung kann am folgenden Tag ausgezahlt werden[2697].

Bei geschützten Arbeitnehmern muss der Antrag immer von der initiativeergreifenden Partei „*partie la plus diligente"*, Arbeitnehmer oder Arbeitgeber, gestellt werden, diesmal jedoch bei dem Arbeitsaufsichtsbeamten „inspecteur du travail" und durch ein spezielles Formular[2698].
Die Behörde kann gemäß Artikel L. 1237-14 Absatz 2 des Arbeitsgesetzbuches ausdrücklich oder stillschweigend annehmen, ebenso wie sie unter Angabe von Gründen, nach Überprüfung bestimmter Informationen, ablehnen kann[2699].

Auf der Internetseite des französischen Ministeriums für Arbeit „TéléRC" kann eine „homologation" online eingereicht werden[2700], jedoch nur für ungeschützte Mitarbeiter. Der Antrag wird online ausgefüllt und muss ausgedruckt werden, damit die Parteien ihre Unterschriften per Hand aufbringen und dann der DIRECCTE auf postalischem Wege zuschicken können[2701].

Eine Kontrolle über die freie Einwilligung der Parteien sowie über Betrug und Missbrauch findet man auch im deutschen Recht, jedoch erst nachdem die Parteien den Aufhebungsvertrag unterzeichnet haben und mit einer Beweislast beim Arbeitnehmer[2702].

[2697] Bossu B., Dumont F., Verkindt P.-Y., *Droit du travail*, lextenso éditions, 2011, p. 292.
[2698] Circulaire DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés Fiche 14, Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 58 ; Tricoit J.-P., *Rupture conventionnelle: conditions et conséquences de la remise au salarié d'un exemplaire de la convention*, JCP S, 24 septembre 2019, n° 38, 1268, p. 31.
[2699] Coeuret A., Gauriau B., Miné M., *Droit du travail,* Université, Sirey, 3ème édition, 2013, p. 445.
[2700] Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, TéléRC, le service de saisie d'une demande d'homologation de Rupture Conventionnelle, www.telerc.travail.gouv.fr.
[2701] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 5, 6.
[2702] Volk in Brose, Weth, Volk, *(6) Beendigung durch Aufhebungsvertrag,* Kommentar MuSchG § 17 Kündigungsverbot, 9. Auflage 2020, Rn. 134; BAG 12.8.99, 2 AZR 832/98, NZA 2000, 27 (29).

(b) Die „rupture conventionnelle“ durch das Cerfa-Formular

In Frankreich erfolgt der Antrag auf Autorisierung einer „rupture conventionnelle“ mit einem speziellen Formular „formulaire cerfa“. Das Formular ist nach Ablauf der gesetzlichen Widerrufsfrist von 15 Kalendertagen per Einschreiben mit Rückschein an den Arbeitsaufsichtsbeamten zu senden[2703]. Es gibt zwei verschiedene Formulare, je nachdem ob es sich um einen geschützten (Cerfa n°14598*01) oder ungeschützten Arbeitnehmer (Cerfa n° 14599*01) handelt.

In dem Formular für ungeschützte Arbeitnehmer, siehe Artikel L. 1237-14 des Arbeitsgesetzbuchs, werden im ersten Teil "*Informationen zu den Parteien des Aufhebungsvertrages*"[2704] einschließlich der Identität beider Parteien, der Anstellung und Qualifikation des Arbeitnehmers, der geltende Tarifvertrag sowie die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers zum geplanten Kündigungstermin angefordert. Ebenfalls ist die monatliche Bruttovergütung der letzten zwölf Monate sowie die in den letzten drei Monaten gezahlten Jahres- oder Sonderprämien nötig. Der Durchschnitt muss dann für das Einkommen der letzten zwölf und der letzten drei Monate gebildet werden und die entsprechend größere Zahl dem Antrag hinzugefügt werden.

Der zweite Teil beinhaltet den "*Ablauf des Austauschs, um den Aufhebungsvertrag zu vereinbaren*"[2705], zusammen mit dem Datum der Gespräche und ob und von wem die Parteien begleitet wurden.

Der dritte Teil betrifft die Aufhebungsvereinbarung. Der Bruttobetrag der spezifischen Abfindung „indemnité supra-légale“[2706] muss angegeben werden, ebenso wie das Datum der Aufhebung des Arbeitsvertrages, gefolgt von den Unterschriften der Parteien, denen die Worte "gelesen und zugestimmt" vorangestellt sind. Das Ende der Widerrufsfrist muss ebenfalls schriftlich festgehalten werden.

Das Formular für geschützte Arbeitnehmer vom Artikel L. 1237-15 Code du travail unterscheidet sich darin, dass in seinem dritten Teil nach dem Datum und dem Sinngehalt der Anhörung

---

[2703] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 8.
[2704] „*Informations relatives aux parties à la convention de rupture“*.
[2705] „*Déroulement des échanges pour convenir de la rupture conventionnelle“*.
[2706] Eine „indemnité supra-légale“ ist eine Abfindung, die über der gesetzlichen Mindestabfindung liegt.

des Betriebsrats gefragt wird. Das Formular gibt an, dass der Zulassungsantrag mit diesem Formular nach den in den Artikeln R. 2421-1 ff. des Arbeitsgesetzbuches festgelegten üblichen Regeln beim Arbeitsaufsichtsbeamten eingereicht werden muss[2707].

Dieses Cerfa-Formular ist autark „auto-suffisant", kein anderes Dokument ist erforderlich[2708]. Das Formular beinhaltet einen Abschnitt, in dem die Parteien und ihre eventuellen Begleitungen Kommentare zu den Gesprächen sowie allgemeine Anmerkungen zum gesamten Ablauf des Aufhebungsvertrags festhalten können[2709], auch bleibt den Parteien weiterhin die Möglichkeit, zusätzliche Anhänge hinzuzufügen[2710]. Alle diese Elemente helfen der Verwaltungsbehörde bei der Feststellung, ob die Einwilligungsfreiheit eingehalten wurde. Sie werden jedoch nur berücksichtigt, wenn die Verfasser sie datiert und unterzeichnet haben[2711].

Einige Beispiele von Anhängen, die dem Formular hinzugefügt werden können, sind die Informationen, die der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer bezüglich des Sozial- und Steuerregimes der spezifischen Abfindung „indemnité supra-légale" gibt, die Entwicklung der Wettbewerbsverbotsklausel oder die Regelungen der Sachleistungen (Wohnung, Dienstwagen, EDV-Ausstattung unter anderem)[2712].

[2707] „*La demande d'autorisation, accompagnée du présent formulaire, doit être formée auprès de l'inspecteur du travail selon les règles habituelles"*.

[2708] Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee.

[2709] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 6.

[2710] „*Feuillets annexes présentant soit une convention de rupture ad hoc, soit explicitant les points d'accord de volonté des parties dans le cadre de la rupture"*, Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee.

[2711] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 6.

[2712] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 6 ; In Deutschland, siehe Gaul B., *Aktuelles Arbeitsrecht*, Band 2, Dr. Otto Schmidt, 2018, S. 257.

f) Aufhebungsvertragsinhalt

In dieser Partie werden ausgewählte Vertragsklauseln, die normalerweise in einem deutschen Aufhebungsvertrag vorgesehen sind, kurz erläutert.

(a) Freistellung

Die Parteien können im Aufhebungsvertrag eine Klausel vorsehen, die den Arbeitnehmer bis zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsvertrags von seiner Arbeit entbindet, insbesondere durch die Verwendung seiner restlichen Urlaubstage oder beispielsweise durch Überstunden, wenn der Arbeitgeber diese nicht auszahlen will[2713].

Zwischen widerruflicher und unwiderruflicher Freistellung muss unterschieden werden: eine unwiderrufliche Freistellung bedeutet, dass der Arbeitgeber sein leistungsbezogenes Weisungsrecht prinzipiell aufgibt, während er bei einer widerruflichen Freistellung seinen Arbeitnehmer verpflichten kann, die vertraglich geschuldete Tätigkeit wieder aufzunehmen[2714].

Wird eine unwiderrufliche Freistellung abgeschlossen, muss der Arbeitgeber darauf achten, in dieser Klausel das gesetzliche Wettbewerbsverbot[2715] des Arbeitsvertrages für diesen Zeitraum hinzuzufügen[2716].

[2713] Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 12; Siehe auch Günther in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 32 bis 34; Rolfs in APS, *Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Kündigungsrecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, 2017, Rn. 44.
[2714] Günther in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 33.
[2715] Nach dem § 60 HGB; Siehe auch Rolfs in APS, *Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Kündigungsrecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, 2017, Rn. 44.
[2716] Günther in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 33.

(b) Erledigungsklausel / Ausgleichsklausel

Eine solche Klausel sieht vor, alle gegenseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis aufzuheben um somit hauptsächlich Folgestreitigkeiten zu vermeiden[2717]. Ein von dieser Aufhebung ausgenommener Anspruch muss gesondert aufgelistet werden und es ist von entscheidender Bedeutung, sowohl für die Arbeitnehmer als auch für die Arbeitgeber, eine Einigung zu erzielen und im Aufhebungsvertrag alle existierenden Forderungen anzugeben, damit eine solche Ausgleichsklausel diese nicht zum Erlöschen bringt[2718].

(c) Aufrechnungsverbot

Sehr häufig sind Aufhebungsverträge mit einem Aufrechnungsverbot vorgesehen. Dies bedeutet für den Arbeitnehmer, dass seine Abfindung beispielsweise nicht zum Ausgleich von Schadensersatz gegenüber seinem Arbeitgeber verwendet werden kann[2719]. Nach § 309 Nr. 3 BGB ist es jedoch untersagt, eine Klausel vorzusehen, durch die der Arbeitnehmer eine unbestrittene oder gerichtlich festgestellte Forderung nicht mehr ersetzen muss.

(d) „Turboklausel" oder Recht zur vorzeitigen Lösung

Eine solche Klausel ermöglicht es dem Arbeitnehmer mit einer erhaltenen Arbeitsfreistellung seinen Arbeitsvertrag vorzeitig zu kündigen[2720]. Ein Mitarbeiter mit einer Arbeitsfreistellungsklausel für beispielsweise vier Monate kann diese Klausel nutzen, um das Arbeitsverhältnis

---

[2717] Zu den Ausgleichs- /Erledigungsklauseln, siehe Günther in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 30 et 31.
[2718] Zum Beispiel ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot oder Darlehensschulden: Labisch, Kanzlei für Arbeitsrecht, Aufhebungsvertrag, IV. Was sollte noch darin stehen?, accès le 10 mars 2019, https://www.arbeitsrecht-rheinland-pfalz.de/glossar-begriffserlaeuterung-rechtlicher-begriffe/glossarbegriffe/aufhebungsvertrag.html.
[2719] Lingemann, Groneberg, *Der Aufhebungsvertrag* (Teil 4), NJW 2011, S. 2939, „17. Aufrechnungsverbot".
[2720] Siehe auch Rolfs, *Der Arbeitsvertrag*, A 100 der Aufhebungsvertrag, Preis, 5. Auflage, 2015, S. 405, Rz. 4.

innerhalb einer Woche zu kündigen, wenn er nach zwei Monaten bereits eine neue Arbeit gefunden hat. In einer solchen Klausel wird häufig beschlossen, den Lohn für die verbleibenden zwei Monate als einmalige Abfindung zu zahlen.

Auf diese Weise kann der Mitarbeiter schnell seine neue Arbeit aufnehmen und erhält trotzdem die restlichen Bezüge. Der Vorteil für den Arbeitgeber besteht darin, dass er durch die Zahlung dieser Löhne in Form einer Abfindung die Lohnnebenkosten vermeiden kann[2721].

(e) Ausschluss von Zurückbehaltungsrechten im Aufhebungsvertrag

In Deutschland sehen Aufhebungsverträge häufig eine Regelung vor, welche Zurückbehaltungsrechte ausschließen, beispielsweise durch die Formulierung „*den Vertragsparteien steht kein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der sich aus diesem Aufhebungsvertrag ergebenden Verpflichtungen zu.*“ [2722]. Dies kann für den Arbeitnehmer den Vorteil haben, dass der Arbeitgeber nicht einen Teil seiner Abfindung behält, während der Vorteil dieser Klausel für den Arbeitgeber darin besteht, dass sein Mitarbeiter beispielsweise nicht den Firmenwagen behalten kann, solange sein Arbeitszeugnis nicht seinen Wünschen entspricht[2723].

(f) Inhaltskontrolle

Das Aufrechnungsverbot und der Ausschluss von Zurückbehaltungsrechten müssen in angemessener Weise angesichts der AGB-rechtlichen Besonderheiten in den Aufhebungsvertrag aufgenommen werden[2724]. Das Bundesarbeitsgericht wies darauf hin, dass

---

[2721] Die Schriftform des § 623 BGB ist für diese „Turbo“ oder „Sprinterklausel“ erforderlich, siehe BAG, 17.12.2015, 6 AZR 709/14, NZA 2016, 361; Siehe ebenfalls Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 10.
[2722] Lingemann, Groneberg, *Der Aufhebungsvertrag* (Teil 4), NJW 2011, S. 2939, „16. Zurückbehaltungsrecht“.
[2723] Lingemann, Groneberg, *Der Aufhebungsvertrag* (Teil 4), NJW 2011, S. 2939, „16. Zurückbehaltungsrecht“.
[2724] Rolfs in APS, *Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Kündigungsrecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, 2017, Rn. 44.

Ausgleichsklauseln[2725] die in § 307 Abs. III 1 BGB vorgesehene inhaltliche Kontrolle nicht umgehen können, da solche Zusatzklauseln Bestandteil des Aufhebungsvertrags sind[2726].

Tatsächlich betraf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 24. Februar 2016[2727] eine Klausel eines Aufhebungsvertrages, welche einen beidseitigen Forderungsverzicht enthielt. Die Mitarbeiterin mit dem Wunsch eine andere Stelle anzutreten, hatte diesen Vertrag zuerst gestellt und unterschrieb ihn nach Erhalt vom Arbeitgeber. Trotz der Tatsache, dass dieser gegenseitige Verzicht der Kontrolle des § 307 I 1 BGB unterliegt, beurteilte das Gericht, dass diese Klausel nur zu Unrecht einen Arbeitnehmer benachteiligt, wenn der Arbeitgeber die Situation des Arbeitnehmers entgegen den Geboten von Treu und Glauben benutzt hat, um seine eigenen Interessen durchzusetzen. Das Gericht machte geltend, dies war nicht der Fall und somit die Ansprüche der Arbeitnehmerin aufgrund der Verzichtsklausel erloschen sind[2728].

Ebenso wies das Gericht darauf hin, dass diese Klausel im Kündigungsvertrag nicht verborgen war, sondern sich sogar knapp über den Unterschriften befand[2729] und die Arbeitnehmerin hätte sich vom Arbeitgeber denken können, dass dieser eine „Gesamtbereinigung" der Forderungen versuchen würde. Für das Gericht traf den Arbeitgeber ebenfalls keine Verpflichtung, die Arbeitnehmerin über diesen Punkt zu informieren[2730].

Deutsche Arbeitnehmer sollten daher äußerst vorsichtig sein in Bezug auf die Klauseln in ihrem Aufhebungsvertrag, insbesondere wenn es um hohe Forderungen geht[2731].

[2725] Siehe auch Günther in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 30.

[2726] Stoffels M., BAG, *AGB-Kontrolle einer Ausgleichsklausel im Aufhebungsvertrag*, NJW 2012, S. 103; BAG, 21. 6. 2011, 9 AZR 203/10 (LAG München), siehe S. 105, 11I, 121 : „*Unter einer betrieblichen Übung ist die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu verstehen, aus denen die Arbeitnehmer schließen dürfen, ihnen solle eine Leistung oder Vergünstigung auf Dauer gewährt werden*."; Böhm, NZA 2008, NZA Jahr 2008 Seite 919; Preis, Bleser, Rauf, DB 2006, DB Jahr 2006 Seite 2812; BAG, NZA 2008, NZA Jahr 2008 Seite 219 ; LAG Schleswig-Holstein, NZA-RR 2004, NZA-RR Jahr 2004 Seite 74; LAG Düsseldorf, DB 2005, DB Jahr 2005 Seite 1463; Siehe auch Preis, Temming, *Arbeitsrecht*, Weitere Beendigungstatbestände, Dr. Otto Schmidt, 6. Auflage 2020, S. 699, Rz. 3380; Bezüglich des Unterliegens der AGB-Kontrolle für Aufhebungsverträgen, siehe auch Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 15; BAG 24.01.2013, 8 AZR 965/11, NZA-RR 13, 400.

[2727] BAG (5. Senat), Urteil vom 24.02.2016 - 5 AZR 258/14.

[2728] BAG (5. Senat), Urteil vom 24.02.2016, 5 AZR 258/14, Punkt 21 3.

[2729] BAG (5. Senat), Urteil vom 24.02.2016, 5 AZR 258/14, Punkt 33.

[2730] BAG (5. Senat), Urteil vom 24.02.2016, 5 AZR 258/14, Punkt 47 (1).

[2731] Eine AGB-Kontrolle bei Aufhebungsverträgen kommt sehr eingeschränkt in Betracht, insbesondere da der Aufhebungsvertrag ausgehandelt wird: Siehe Bauer J.-H., *Neue Spielregeln für Aufhebungs- und Abwicklungsverträge durch das geänderte BGB?*, NZA, 2002, 173.

g) Abfindung

" *Man sagt, es gibt drei Millionen Menschen, die Arbeit wollen. Das ist nicht wahr, Geld würde ihnen ausreichen*."[2732].

Coluche

Ein weiterer Unterschied zwischen dem deutschen und französischen Recht besteht in der ausgezahlten Abfindung „indemnité de départ". In Frankreich kann diese nicht niedriger als die gesetzliche Kündigungsabfindung „indemnité de licenciement" sein oder die Abfindung, die in der Tarifvereinbarung steht, falls diese für den Arbeitnehmer günstiger ist[2733].

Eine solche Regelung gibt es in Deutschland nicht, hier vereinbaren die Parteien die Höhe der Abfindung frei, ohne auf eine gesetzliche Mindesthöhe achten zu müssen. Aus der Praxis in Deutschland ergibt sich eine Grundregel nach welcher die Abfindung oft berechnet wird. Sie ergibt sich aus der Hälfte des Bruttomonatslohns je Beschäftigungsjahr[2734].

In der Praxis wird die Abfindung oft nach oben oder unten angepasst, je nachdem ob sich der Arbeitgeber von einem beschützten Arbeitnehmer trennen oder ob er gegen einen Arbeitnehmer eine verhaltensbedingte Kündigung aussprechen will[2735].

[2732] Coluche (1944 - 1986), Sketch Le Chômeur, Der Arbeitslose, 1986 : *« On dit qu'il y a trois millions de personnes qui veulent du travail. C'est pas vrai, de l'argent leur suffirait ».*
[2733] Coeuret A., Gauriau B., Miné M., *Droit du travail,* Université, Sirey, 3ème édition, 2013, p. 444.
[2734] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 31.
[2735] Ein Arbeitnehmer sollte ebenfalls vorsichtig was seine Urlaubsansprüche angeht, da gemäß dem Bundesarbeitsgericht, ein Verzicht auf Urlaubsabgeltung nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses weiterhin rechtswirksam ist: Siehe Moll W., *Wen oder was schützt das (Urlaubs-)Recht?*, RdA 2015, 240; BAG, 14.05.2013, 9 AZR844/11, NZA 2013, 1098; Siehe auch Voelzke in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 42 und 50.

h) Das Datum der Beendigung des Arbeitsvertrages

In Frankreich gibt es für die „rupture conventionnelle“ keine Kündigungsfrist „préavis“, da dieser Begriff nur im Rahmen des Arbeitnehmerkündigung „démission“ oder der Entlassung „licenciement“ benutzt wird[2736]. Es gilt daher der Grundsatz, die Parteien können einen Termin für die Beendigung des Arbeitsvertrags frei vereinbaren, sofern sie die Zeit berücksichtigen, welche die DIRECCTE für die Entscheidung über den eingereichten Antrag benötigt[2737].

Der deutsche Aufhebungsvertrag sieht ebenfalls keine Kündigungsfrist vor, die Parteien können frei entscheiden das Arbeitsverhältnis sofort zu beenden oder mit einer bestimmten Frist[2738].

2. Steuerliche und soziale Konsequenzen

a) Steuerliche Folgen

Einen weiteren Unterschied zwischen Frankreich und Deutschland gibt es bei den steuerlichen und sozialen Konsequenzen, welche die Abfindung betreffen.

[2736] Ministère du Travail, de l’Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee.

[2737] Circulaire 2009-04 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d’un contrat à durée indéterminée, p. 5 ; Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 8; Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 18 février 2015, numéro de pourvoi 13-23.880, non publié au bulletin (cassation partielle), violation des articles: ancien article 1134 du Code civil (depuis le 1er octobre 2016 articles 1103, 1193 et 1104 du nouveau Code civil) et L. 1221-1 et L. 1237-13 du Code du travail.

[2738] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 118.

In Frankreich gilt grundsätzlich, unter bestimmten Bedingungen, dass die Abfindung einer Steuer- sowie einer Sozialbeitragsbefreiung unterliegt und der Arbeitnehmer stets ein Recht auf Arbeitslosengeld behält [2739].

Dies ist in Deutschland nicht der Fall[2740] und die Abfindung eines Aufhebungsvertrages ist seit dem 1. Januar 2006 nicht mehr steuerfrei. Es bleibt nur die Möglichkeit des Fünftelungsverfahrens[2741]. Diese Steuerentlastung ist nur in dem Fall möglich, wenn der Aufhebungsvertrag von Seiten des Arbeitgebers stammt[2742]. Eine Steueroptimierung kann in Deutschland zwar erlangt werden, jedoch setzt dies meistens voraus, dass der Arbeitnehmer sehr gut informiert ist und oftmals die Hilfe eines Steuerberaters benötigt.

Das Problem, dass sich bei der Optimierung des Aufhebungsvertragsinhaltes für den deutschen Arbeitnehmer[2743] herausstellt ist, dass dieser sich selbst über die möglichen negativen Folgen erkundigen muss[2744]. Es handelt sich um ein Prinzip der deutschen Rechtsprechung, welches sich auf das Arbeitsrecht erstreckt[2745]. Den Arbeitgeber trifft daher prinzipiell keine Informationspflicht, wie bereits in dieser Arbeit erläutert.

Entscheidet sich jedoch der Arbeitgeber dazu seinem Arbeitnehmer Informationen über die rechtssozialen Konsequenzen eines solchen Aufhebungsvertrages zu geben, so müssen diese, genauso wie im französischen Recht, wahrheitsgemäß sein. Wenn der Aufhebungsvertrag somit auf Initiative des Arbeitgebers zustande kommt und dieser offensichtlich in seinem Interesse

---

[2739] Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre), *Comment calculer l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ?*, exonérations fiscales et sociales, mis à jour le 7 avril 2014, Service-Public.fr, https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F31539.

[2740] Abfindungen sind in Deutschland seit 2006 grundsätzlich nicht mehr steuerfrei, siehe Rolfs in APS, *Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Kündigungsrecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, 2017, Rn. 119.

[2741] Zu der Steuerermäßigung, siehe Seidel in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 27; Rolfs in APS, *Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Kündigungsrecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, 2017, Rn. 120.

[2742] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 177.

[2743] Über sie erheblichen sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen Voelzke in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 29; Kroeschell, Cornelius, *Aufhebungsverträge und Sperrzeit*, jM 2016, 30; Kuhn J., Becker J., *Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte bei Aufhebungsverträgen*, DB, 2016, 1994.

[2744] *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 968.

[2745] *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 4. Auflage, Preis 2012, S. 968.

liegt, so entsteht in dieser Situation eine Informationspflicht zugunsten des Arbeitnehmers[2746] und zwar besonders bezüglich der negativen und atypischen Auswirkungen dieses Vertrages[2747]. Sollte der Arbeitgeber dennoch diese Pflicht nicht ausüben, kommt es nicht zur Nichtigkeit des Vertrages, sondern nur zur Auszahlung von Schadensersatz[2748].

b) Soziale Folgen

In Bezug auf Sozialabgaben „cotisations sociales" ist in Frankreich zu beachten, dass die im Falle einer „rupture conventionnelle" gezahlte Abfindung von denselben Befreiungen der Sozialabgaben wie die Entlassungsabfindung „indemnité de licenciement" profitiert[2749]. Dies gilt nicht, wenn der Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, eine gesetzliche Altersrente zu beziehen, so dass in diesem Fall eine Befreiung der Sozialabgaben ausgeschlossen ist[2750].

Mit Ausnahme von den französischen Sozialabgaben „CSG"[2751] und „CRDS"[2752] wird der von den Sozialabgaben befreite Teil[2753] nach dem kleinsten Betrag bestimmt, der entweder aus dem nicht einkommensteuerpflichtigen Anteil oder dem doppelten jährlichen Höchstbetrag der Sozialversicherung resultiert[2754]. Die Abfindung der „rupture conventionnelle" wird den Sozialabgaben „CSG" und „CRDS" nur für den Teil unterworfen, der die gesetzliche oder tarifvertragliche Abfindung übersteigt[2755].

[2746] Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 147 - 520.
[2747] Diese Pflicht entsteht laut § 242 BGB durch den Grundsatz von Treu und Glauben.
[2748] Wollenschläger M., *Arbeitsrecht,* Academia Iuris Lehrbücher der Rechtswissenschaft, Carl Heymanns Verlag, 3. Auflage 2010, Rn. 371; BAG 3.7.1990, 3 AZR 382/89, NZA 1990, 971.
[2749] Hier ist eine wesentliche Unterscheidung zwischen der individuellen „rupture conventionnelle" und der kollektiven „rupture conventionnelle" zu finden, da bei dem kollektiven Aufhebungsvertrag die Besteuerung und die Sozialabgaben auf die Regelung der Sozialpläne für den Erhalt von Arbeitsplätzen „plans de sauvegarde de l'emploi" ausgerichtet sind.
[2750] Article 80 duodecies 6° Code Général des Impôts.
[2751] „Contribution sociale généralisée".
[2752] „Contribution au remboursement de la dette sociale".
[2753] Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 10 ; URSSAF, *les indemnités de rupture du contrat de travail ou des fonctions de mandataire » les indemnités de rupture conventionnelle*, https://www.urssaf.fr/portail/home/employeur/calculer-les-cotisations/les-elements-a-prendre-en-compte/les-indemnites-de-rupture-du-con/les-indemnites-de-rupture-conven.html
[2754] Article L. 242-1 Code de la sécurité sociale.
[2755] Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre), *Comment calculer l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ?*, exonérations fiscales et sociales, mis à jour le 07.04.2014, accès le

Auch hier herrscht ein Automatismus sobald die Höhe der Abfindung das Zehnfache der jährlichen Höchstgrenze der französischen Sozialversicherung übersteigt. Die Abfindung ist dann ab dem ersten Euro voll sozialversicherungspflichtig[2756]. Hier stellt die zehnfache jährliche Höchstgrenze der Sozialversicherung die Grenze dar, bei einer Abfindung darüber hinaus spricht man von goldenem Fallschirm oder von goldenem Handschlag „parachutes dorés".

In Bezug auf die sozialrechtlichen Folgen im deutschen Recht ist der größte Nachteil für den Arbeitnehmer das Entfallen des Arbeitslosengeldes, wenn er von seinem ehemaligen Arbeitgeber eine Abfindung bekommt oder einfach nur den Aufhebungsvertrag unterschreibt[2757]. In diesem Fall entfällt gemäß § 159 I 1 SGB III das Arbeitslosengeld für eine Regelzeit von 12 Wochen, da „*vorsätzlich die Arbeitslosigkeit herbeigeführt*" wurde.

c) Unterschiede der Sperrzeiten in Frankreich und Deutschland

Der Hauptunterschied zwischen der französischen und der deutschen Wartezeit ist die Tatsache, dass in Frankreich die Wartezeit allein einen Aufschub darstellt. So kommt es zwar in Frankreich zu einer Sperrzeit „période de carence", jedoch handelt es sich nur um eine zeitlich verrechnete Zahlung ohne Minderung der erworbenen Rechte[2758].

---

21 février 2018, https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F31539; Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), Service-public.fr, Questions-Réponses, *Comment calculer l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ?*, vérifié le 21 février 2018, https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F31539; Retenir la plus petite limite des exclusions entre soit la part exclue de cotisations, ou la part qui correspond au montant légal ou conventionnel, sachant que les CSG et CRDS sont calculées sans abattement: voir Legisocial, *Régime social et fiscal des indemnités de rupture 2018*, dernière mise à jour le 20 avril 2018, https://www.legisocial.fr/reperes-sociaux/regime-social-fiscal-indemnites-rupture-2018.html

[2756] „CSG" und „CRDS"; URSSAF, *les indemnités de rupture du contrat de travail ou des fonctions de mandataire » les indemnités de rupture conventionnelle*, https://www.urssaf.fr/portail/home/employeur/calculer-les-cotisations/les-elements-a-prendre-en-compte/les-indemnites-de-rupture-du-con/les-indemnites-de-rupture-conven.html

[2757] Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008, S. 147, 148 - 520.

[2758] Legifrance, Arrêté du 25 juin 2014 portant agrément de la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage et les textes qui lui sont associés, JORF n°0146 du 26 juin 2014, texte n° 28, NOR : ETSD1415197A, https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029150768.

Die französische „période de carence“ ist auf 150 Kalendertage beziehungsweise 5 Monate begrenzt[2759]. Der Teiler 91,4 „diviseur“ spielt dabei eine entscheidende Rolle, welcher seit 2017 die Dauer der französischen Sperrfrist berechnet. Bekommt ein Arbeitnehmer beispielsweise eine Abfindung im Rahmen einer „rupture conventionnelle“ in Höhe von 25.000 Euro, wird dieser Betrag durch 91,4 geteilt, also 273 Tage. Hier greift die Begrenzung der „période de carence“ ein und die Sperrfrist wird auf 150 Tage begrenzt[2760]. Bekommt ein Arbeitnehmer allerdings eine geringere Abfindung, beispielsweise nur 5.000 Euro, ergibt sich durch den Teiler 91,4 eine „période de carence“ von 54 Tagen.

In Deutschland beträgt die Wartezeit in der Regel 12 Wochen beziehungsweise 3 Monate, in denen wie in Frankreich in dieser Zeit kein Arbeitslosengeld gezahlt wird[2761]. Allerdings verkürzt sich die absolute Leistungsdauer des Arbeitslosengeldes, was in Frankreich nicht der Fall ist. Die Reduzierung gemäß § 148 Abs. 1 Ziffer 4 SGB III entspricht einem Viertel[2762]. Im Gegensatz zu Frankreich liegt in Deutschland daher eine Minderung dessen vor, was Arbeitnehmer ohne Sperrzeit erhalten würden.

Die deutsche Sperrzeit entspricht somit nicht wirklich der französischen Sperrzeit „période de carence“. Die sogenannte deutsche Ruhezeit[2763] entspricht eher der französischen „période de carence“. Diese Ruhezeit kann zusätzlich zur Sperrzeit verhängt werden, das Arbeitslosengeld wird dadurch nicht gekürzt, sondern erst später ausgezahlt[2764]. Eine Ruhezeit wird auferlegt sobald der Arbeitnehmer vor dem offiziellen Ende des Arbeitsverhältnisses, also vor Ablauf einer normalen Kündigungsfrist, seine Tätigkeit gegen eine Abfindung einstellt[2765]. Die

---

[2759] Convention du 14 avril 2017, relative à l’assurance chômage, règlement général annexé à la convention du 14 avril 2017, article 21, différés d’indemnisation, § 2, Le différé spécifique est désormais limité à 150 jours calendaires.
[2760] Legisocial, *La convention d’assurance chômage du 14 avril 2017 modifie le „différé spécifique d’indemnisation“*, 26 mai 2017, mis à jour le 29 septembre 2017, p. 3.
[2761] Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 49.
[2762] Voelzke in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 31.
[2763] Voelzke in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 31.
[2764] Labisch, Kanzlei für Arbeitsrecht, *Aufhebungsvertrag*, Aufhebungsvertrag, III, Die Abfindung, accès le 10 mars 2019, https://www.arbeitsrecht-rheinland-pfalz.de/glossar-begriffserlaeuterung-rechtlicher-begriffe/glossarbegriffe/aufhebungsvertrag.html.
[2765] Eckert, *Sozialversicherungsrechtliche Fragen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses (insbesondere Sperrzeit),* BC 2007, S. 123: „*Während der Dauer einer Ruhezeit wird kein Arbeitslosengeld gezahlt. Eine Ruhezeit tritt etwa dann ein, wenn ein Arbeitsverhältnis durch Aufhebungsvertrag vor dem Zeitpunkt gekündigt wurde, zu dem das Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung hätte beendet werden können.*“.

Abfindung ist dann bis zu diesem Zeitpunkt "in Ruhe", da der Arbeitnehmer bereits eine Abfindung erhalten hat. Diese Ruhezeit kann verkürzt werden, wenn die erste Abfindung niedriger ist als das Gehalt, was der Arbeitnehmer erhalten hätte, wenn er bis zum Ende seines Arbeitsverhältnisses weitergearbeitet hätte[2766].

Die Kosten aufgrund des Verlustes von Arbeitsplätzen werden in Frankreich und Deutschland von der Gesellschaft finanziert. Wie der französische Autor Lokiec P. zu Recht betont: „*In einer Gesellschaft, in der Risiken sozialisiert werden, ist der Aufruf an die Gemeinschaft an sich nicht schockierend. Schockierend allerdings ist, dass die Gemeinschaft die Konsequenzen einer wirtschaftlichen Tätigkeit trägt, die allzu oft ihre Auswirkungen auf den Menschen ignoriert, seien es soziale- oder Umweltauswirkungen.“*[2767].
Während Frankreich nicht das Arbeitslosengeld für den Arbeitnehmer kürzt, der seinen Arbeitsvertrag durch einen Aufhebungsvertrag beendet hat, wird dies in Deutschland anders geregelt[2768]. Die deutsche Gesellschaft trägt zwar die Kosten der Arbeitslosigkeit, jedoch nur gegen einen Anteil des Arbeitslosengeldes des Betroffenen. Dieses System bestraft die Arbeitnehmer, die einen Aufhebungsvertrag herbeigeführt und unterzeichnet haben[2769].

Um diesen Teil der Unterschiede zwischen der französischen und der deutschen Sperrfrist abzuschließen, sei erwähnt, dass Frankreich keine Ausnahme für die Sperrfrist kennt, sie gilt also für alle. Ihre Dauer ist jedoch variabel und hängt von der Höhe der erhaltenen Abfindung ab sobald diese den gesetzlichen Mindestbetrag übersteigt „indemnité supra-légale“[2770]. Die französische Sperrfrist gilt, unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer oder der Arbeitgeber den

---

[2766] Labisch, Kanzlei für Arbeitsrecht, *Aufhebungsvertrag*, Aufhebungsvertrag, III, Die Abfindung, accès le 10 mars 2019, https://www.arbeitsrecht-rheinland-pfalz.de/glossar-begriffserlaeuterung-rechtlicher-begriffe/glossarbegriffe/aufhebungsvertrag.html.
[2767] Lokiec P., *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, février, 2015, p. 162 : „*Dans une société où les risques sont socialisés, l'appel à la collectivité n'est pas choquant en soi. Ce qui l'est, c'est que la collectivité supporte les conséquences d'une activité économique qui, trop souvent, n'a que faire de ses effets sur la personne humaine, que ce soient du reste ses effets sociaux ou environnementaux.“*.
[2768] Rolfs in APS, *Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Kündigungsrecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, 2017, Rn. 50.
[2769] Haidn C., *Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe*, ArbRAktuell, 2020, 379: Die Sperrzeit „*soll allein die Versichertengemeinschaft davor schützen, dass das versicherte Risiko zu Lasten der Gemeinschaft manipuliert wird*“.
[2770] Legisocial, *La convention d'assurance chômage du 14 avril 2017 modifie le « différé spécifique d'indemnisation*, 26 mai 2017, mis à jour le 29 septembre 2017, p. 3.

Aufhebungsvertrag veranlasst hat und wird länger sein bei einer höher ausgehandelten Abfindung[2771].

In Deutschland hingegen gibt es mögliche Ausnahmen der 12-wöchigen Sperrfrist[2772]. Ein wichtiger Grund kann zur Vermeidung einer Sperrfrist führen[2773], zum Beispiel wenn der Arbeitnehmer den Aufhebungsvertrag unterzeichnet, weil ihm sonst eine betriebsbedingte Kündigung droht[2774] und er durch den Aufhebungsvertrag einen Vorteil gegenüber der Kündigung erlangen konnte. Seit 2017 erkennt die Bundesagentur für Arbeit sogar weitere Fälle an, in denen einem Arbeitnehmer gemäß § 159 SGB III zum ALG I keine Sperrfrist auferlegt wird[2775]. Eine der bedeutsamsten Erweiterungen ist, dass ein Arbeitnehmer einen Aufhebungsvertrag jetzt nicht nur aus betrieblichen- sondern auch aus personenbezogenen Gründen abschließen

---

[2771] Legifrance, Arrêté du 25 juin 2014 portant agrément de la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage et les textes qui lui sont associés, JORF n°0146 du 26 juin 2014, texte n° 28.
[2772] Haidn C., *Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe*, ArbRAktuell, 2020, 379.
[2773] Voelzke in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 34.
[2774] Siehe auch Schweiger M., *Die Systematik des wichtigen Grundes nach § 159 SGB III bei Abschluss eines Aufhebungsvertrags im Falle drohender betriebsbedingter Kündigung*, NZS, 2015, 330; Hümmerich K., *Aufhebungs- und Abwicklungsvertrag in einem sich wandelnden Arbeitsrecht,* NJW 2004, 2923; Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 12.
[2775] Bundesagentur für Arbeit, gültig ab 01.08.2019, Fachliche Weisungen, Arbeitslosengeld § 159 SGB III, Ruhen bei Sperrzeit: "*159.1.2.1.1 Wichtiger Grund bei Eigenlösung des Beschäftigungsverhältnisses und gleichzeitig drohender Arbeitgeberkündigung*
(1) Hat der Arbeitslose das Beschäftigungsverhältnis beendet, weil ihm andernfalls eine arbeitgeberseitige Kündigung drohte, liegt allein darin kein wichtiger Grund.
(2) Ein wichtiger Grund für den Abschluss eines Aufhebungsvertrages oder für eine Eigenkündigung liegt vor, wenn
- eine Kündigung durch den Arbeitgeber mit Bestimmtheit in Aussicht gestellt worden ist,
- die drohende Arbeitgeberkündigung auf betriebliche oder personenbezogene (nicht aber verhaltensbedingte) Gründe gestützt würde,
- die Arbeitgeberkündigung zu demselben Zeitpunkt, zu dem das Beschäftigungsverhältnis geendet hat, oder früher wirksam geworden wäre; bei einer einvernehmlichen Freistellung ist das Ende des Arbeitsverhältnisses maßgebend, wenn bis dahin Arbeitsentgelt gezahlt wird,
- im Falle der Arbeitgeberkündigung die Kündigungsfrist eingehalten würde,
- der Arbeitnehmer nicht unkündbar war und 1. eine Abfindung von bis zu 0,5 Monatsgehältern für jedes Jahr des Arbeitsverhältnisses an den Arbeitnehmer gezahlt wird (in Anlehnung an § 1a KSchG). In diesem Fall kommt es nicht darauf an, ob die drohende Arbeitgeberkündigung rechtmäßig ist, oder die Voraussetzungen der Spiegelstriche 1 – 5 erfüllt sind und 2. der Arbeitslose a) objektive Nachteile aus einer arbeitgeberseitigen Kündigung für sein berufliches Fortkommen vermieden hat; oder b) sonstige Gründe darlegt, aus denen er objektiv Nachteile aus einer arbeitgeberseitigen Kündigung befürchten musste. Solche Gründe können Vergünstigungen sein, auf die im Falle der Kündigung kein Anspruch bestanden hätte. Solche Vergünstigungen sind z. B. Abfindungen, die höher sind als 0,5 Monatsgehälter pro Beschäftigungsjahr und auf die ohne Abschluss des Aufhebungsvertrages kein Anspruch bestanden hätte (z. B. eine um 10 % höhere Abfindung als bei einer Arbeitgeberkündigung). In den Fallgestaltungen nach den Nrn. 2a) und 2b) kommt es darauf an, dass die drohende Kündigung rechtmäßig wäre.".

kann. Ein solcher Fall liegt vor, wenn ihm sonst eine personenbedingte Kündigung ausgesprochen worden wäre, beispielsweise infolge von Kurzzeiterkrankungen[2776].

Diese Zielsetzung des deutschen Rechts, die Arbeitnehmer so zu beeinflussen, dass sie keinen Aufhebungsvertrag unüberlegt unterschreiben, hat den Vorteil, die Sperrfrist zu vermeiden. Die seit 2017 eingetretenen Erweiterungen wirken sich stärker positiv für deutsche Arbeitnehmer aus.

Dies findet sich allerdings nicht in Frankreich wieder und dieser Grundsatz könnte gut im französischen Recht verankert werden. Dadurch würde die „rupture conventionnelle" eine weitere arbeitnehmerfreundliche Nuance bekommen, wenn die Arbeitnehmer gegen ihren Willen oder aufgrund einer Krankheit unterschreiben mussten.

[2776] Fuhlrott M., *Geänderte Dienstanweisung der Agentur für Arbeit, Sperrzeitneutrale Aufhebungsverträge*, NZA 2017, 226; Juli S., *Aufhebungsverträge ohne Sperrzeit*, ArbRAktuell, 2017, 237; Bundesagentur für Arbeit, gültig ab 01.08.2019, Fachliche Weisungen, Arbeitslosengeld § 159 SGB III, Ruhen bei Sperrzeit, 159.1.2.1.1; Fuhlrott M., *Geänderte Dienstanweisung der Agentur für Arbeit, Sperrzeitneutrale Aufhebungsverträge*, NZA 2017, 226.

3. Rechtsbeschwerde

« Im ersten Moment nach der Unterschriftsleistung mögen beide Arbeiterinnen Erleichterung empfunden haben. Einen sie belastenden Konflikt brachten sie mit ihrer Unterschriftsleistung zur Auflösung. Die weitere Entwicklung der Geschehnisse, die andernfalls nicht bei den Arbeitsgerichten aktenkundig geworden wäre, belegt, dass die Flucht in den Aufhebungsvertrag beim Arbeitnehmer generell allerdings nur zu einer vorübergehenden Erleichterung führt. Irgendwann werden sich bei unseren Arbeitnehmerinnen Zweifel eingeschlichen haben, es wird Reue aufgekommen sein über den „verschenkten" Arbeitsplatz, vitaminisiert von Wut über die Spontaneität der Unterschriftsleistung, vermutlich auch ergänzt um Empörungssignale aus dem Angehörigen- oder Freundeskreis. »[2777].

Klaus Hümmerich

Eine Bedenkzeit ist für das Bundesarbeitsgericht im Rahmen des Aufhebungsvertrags keinesfalls zwingend und wird nicht zur Nichtigkeit des Vertrages führen[2778]. Dasselbe gilt für das Widerrufs- und Rücktrittsrecht sowie für die Nichtmitteilung des Gesprächsinhalts vor dem Treffen, zu welchem der Arbeitnehmer einberufen wurde[2779]. Das deutsche Recht sieht daher keine Pflichtbedenkzeit vor und es besteht, anders als in Frankreich, kein allgemeines Widerrufsrecht von 14 Tagen. Ein solches Widerrufsrecht findet sich nur bei bestimmten Verbraucherverträgen beispielsweise bei Fernabsatzverträgen wieder[2780].

[2777] Prof. Dr., Klaus Hümmerich (1949 – 2007), *Alea iacta est, Aufhebungsvertrag kein Haustürgeschäft*, NZA 2004, 809.
[2778] BAG 30.9.1993 AP BGB § 123 Nr. 37; 22.4.2004 NZA 2004, 1295; Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 22.
[2779] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 6. Widerruf, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Rn 13.
[2780] Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 48.

Daher ist es wichtig zu beachten, dass deutsche Arbeitnehmer durch den Abschluss des Aufhebungsvertrages häufig ihren Kündigungsschutz verlieren und die Unterzeichnung grundsätzlich unwiderruflich ist[2781].

Selbstverständlich besteht für die Parteien die Möglichkeit im Aufhebungsvertrag zu vereinbaren, dass sie sich ein Widerrufsrecht vorbehalten. Hinzu sehen einige Tarifverträge vor, dass Arbeitnehmer vom Abschluss eines Aufhebungsvertrages zurücktreten können solange dies innerhalb einer gesetzten Frist erfolgt[2782].

Durch die strengen Folgen, wie von Sperrfrist und geringen Steuervergünstigungen, kommt es nicht selten im deutschen Recht in der Praxis vor, dass die Parteien den Aufhebungsvertrag rückdatieren, um den Konsequenzen zu entkommen[2783]. Dies kommt in Frankreich eher nicht vor, da das Gesetz ein Widerrufsrecht vorsieht, innerhalb welchem die Parteien die Möglichkeit haben sich anders zu entscheiden. Außerdem sind die steuerlichen und sozialen Folgen in Frankreich weniger gravierend. Wenn die deutsche Arbeitsagentur Kenntnis über die Rückdatierung des Aufhebungsvertrages erlangt, kommt es dennoch nicht automatisch zur Nichtigkeit dieses Vertrages. Vielmehr kommt es darauf an, dass wenigstens eine Partei nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben entgegen gewirkt hat[2784].

Allerdings kann es schwierig werden für die Parteien diesen Vertrag rückzudatieren aufgrund der Hartz IV Gesetze, welche jetzt durch den § 38 I SGB III den Arbeitnehmer verpflichten sich spätestens 3 Monate vor der Beendigung der Beschäftigung bei der Arbeitsagentur arbeitssuchend zu melden. Wenn durch eine kürzere Kündigungsfrist weniger als 3 Monate Zeit ist,

---

[2781] Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 47, 48.
[2782] Müller, Glöge, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage 2016, S. 230, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht des Schuldverhältnisses, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 8. Dienstvertrag, § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses, II. Aufhebungsvertrag, 6. Widerruf, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Rn 13; Zu besonderen Formerfordernissen vgl. BAG 30.9.1993 AP BGB § 123 Nr. 37.
[2783] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 119; LAG Baden-Würtemberg 25.4.1991, 13 Sa 115/90, LAGE Nr. 5 zu § 611 BGB; LAG Baden-Würtemberg 22.5.1991, 12 Sa 160/90, LAGE Nr. 4 zu § 611 BGB Aufhebungsvertrag.
[2784] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 119; LAG Baden-Würtemberg 25.4.1991, 13 Sa 115/90, LAGE Nr. 5 zu § 611 BGB ; LAG Baden-Würtemberg 22.5.1991, 12 Sa 160/90, LAGE Nr. 4 zu § 611 BGB Aufhebungsvertrag.

muss die Meldung bei der Arbeitsagentur innerhalb von 3 Tagen geschehen[2785]. Falls diese Regelung nicht befolgt wird, kommt es zu einer einwöchigen Sperrfrist[2786].

Im § 159 I 1 SGB III ist in Deutschland geregelt, dass es bezüglich der sozialen Konsequenzen sehr darauf ankommt, ob ein wichtiger Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Abschließung eines Aufhebungsvertrages vorliegt[2787]. Ein wichtiger Grund liegt vor, sobald der Arbeitnehmer im Zuge einer betriebsbedingten oder personenbedingten Kündigung hätte gekündigt werden müssen[2788].

In Frankreich ist das Recht auf eine Rechtsbeschwerde vor dem Arbeitsrichter „juge des prud'hommes" möglich[2789]. Allerdings wird selten von der Klagemöglichkeit vor dem Arbeitsgericht „les prud'hommes" Gebrauch gemacht, hauptsächlich durch das Widerrufsrecht und den Antrag auf Erteilung einer Genehmigung „procédure d'homologation". In Deutschland hingegen wird davon mehr Gebrauch gemacht.

Die deutschen Arbeitnehmer versuchen daher oft nach dem Abschluss eines Aufhebungsvertrages diesen zu widerrufen. Das ist jedoch in der Praxis sehr schwer zu erreichen, besonders da durch den Aufhebungsvertrag die Beweislast beim Arbeitnehmer liegt[2790].

Der Aufhebungsvertrag kann wegen Irrtum angefochten werden[2791], wenn er ohne schuldhaftes Zögern, unverzüglich laut § 121 I BGB gegenüber der anderen Partei angekündigt wird[2792]. Der

---

[2785] Voelzke in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 47.
[2786] § 38 I Satz 2 SGB III; Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 120.
[2787] Voelzke in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 34, 37.
[2788] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 194; Siehe auch Haidn C., *Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe*, ArbRAktuell, 2020, 379.
[2789] Der französische Gesetzgeber lässt nur eine Frist von 12 Monaten ab dem Tag der Zulassung für die Klage zu, Duquesque F., *Droit du travail*, Master Pro, 4ème édition, lextenso édition, 2010, p. 343.
[2790] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 61; BAG 12.8.1999 AP BGB § 123 Nr. 51; zur Beweiswürdigung BAG 6.12.2001 AP ZPO § 286 Nr. 33; Hesse, *Münchener Kommentar zum BGB* Vor § 620 Rn. 28 ; Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 8.12.2009, 2 Sa 223/09.
[2791] Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2446.
[2792] Mehr als zwei Wochen zwischen der Kenntniserlangung und dem Zugang der Anfechtungserklärung würde beispielsweise nicht als „unverzüglich" angesehen werden. Siehe Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2446.

Arbeitnehmer hat sich beispielsweise bei der Bedeutung seiner abgegebenen Willenserklärung geirrt.

Ein Mangel an Information reicht jedoch für die Anfechtung des Aufhebungsvertrages wegen Irrtum nicht aus, da der Arbeitnehmer selbst dafür zuständig ist, sich über die negativen Folgen eines solchen Vertrages zu informieren. Deswegen wird die Anfechtung wegen Irrtum im Falle eines Aufhebungsvertrages selten zum Erfolg führen[2793].

Schwierig wird es ebenfalls mit der Anfechtung des Vertrages wegen Täuschung oder Drohung, siehe § 123 BGB[2794], besonders da hier der Arbeitnehmer objektive Beweise vorlegen muss[2795].

[2793] Waldenfels T.-G., *Systematische Darstellung mit Übersichten, Fallbeispielen und allen wichtigen Entscheidungen,* Referendarausbildung Recht, Arbeitsrecht, Richard Boorberg Verlag, 4. Auflage 2009, S. 326; BAG, NZA 1992, 790.
[2794] Hierzu Günther in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 43; Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 22; BAG 13.12.2007, 6 AZR 200/07, NZA-RR 08, 341.
[2795] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 216 ; Voir aussi Preis, Temming, *Arbeitsrecht*, Weitere Beendigungstatbestände, Dr. Otto Schmidt, 6. Auflage 2020, S. 700, Rz. 3386.

II. Die neue französische „rupture conventionnelle collective“ als kollektiver Aufhebungsvertrag

Das französische Arbeitsgesetz sieht seit 2018 vor, dass ein Tarifvertrag „accord collectif“ einen kollektiven Aufhebungsvertrag vorsehen kann[2796]. Ursprung ist die Verordnung „ordonnance“ vom 22. September 2017, dessen Ratifizierungsgesetz vom 14. Februar 2018 vom Senat angenommen und dem Verfassungsrat „conseil constitutionnel“ vorgelegt wurde, welcher dies in seiner Entscheidung vom 21. März 2018 mit einer guten Mehrheit bestätigte[2797].

Wie bei der „rupture conventionnelle“ beruht die Möglichkeit des kollektiven Aufhebungsvertrages auf der Freiwilligkeit der Parteien und kann daher nicht von den Arbeitgebern den Arbeitnehmern auferlegt werden oder umgekehrt.

Der kollektive Aufhebungsvertrag beruht einerseits auf einem Tarifvertrag zwischen Arbeitgeber und Gewerkschaften[2798] und andererseits auf einem Individualvertrag „accord individuel“ zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Das Schema der Individualvereinbarung ist nach Angaben des Arbeitsministeriums vom Recht der wirtschaftlich bedingten Entlassung „droit du licenciement économique“ getrennt[2799] sowie von der individuellen „rupture conventionnelle“ abgekoppelt[2800].

Die kollektive „rupture conventionnelle“ ist somit, wie die individuelle, als eigenständiges Verfahren gewollt, sie ermöglicht die Aufhebung von Arbeitsverträgen im gegenseitigen Einvernehmen und beinhaltet erneut die Hürde der Sicherstellung der nötigen Abtrennung von den bereits existierenden Verfahren der betriebsbedingten Kündigung. Die Grenze zum Kündigungsrecht aus betriebsbedingten Gründen „le droit du licenciement pour motif économique“ musste in der Tat schon seit 2008 mit dem individuellen Aufhebungsvertrag sorgfältig beobachtet werden. Da die „rupture conventionnelle“ genauso wie in Deutschland nicht dem

---

[2796] Ministère du travail, *La rupture conventionnelle collective*, droit du travail et rupture du contrat, publié et mis à jour le 11 avril 2018 et le 19 avril 2018, http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-collective.
[2797] Conseil Constitutionnel, décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d’habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.
[2798] „Ou organismes signataires habilités“: oder unterzeichnungsberechtigten Einrichtungen.
[2799] Article L. 1233-3 du Code du travail.
[2800] Article L. 1237-16 du Code du travail.

Kündigungsrecht unterliegt, muss die französische Rechtsprechung sicherstellen, dass dieses neue Verfahren nicht zu dessen Umgehung genutzt wird[2801]. Die Schwierigkeit liegt darin, dass aus "*wirtschaftlichen Gründen*" abgeschlossene „ruptures conventionnelles", trotz des Verbots der Umgehung der Garantien der betriebsbedingten Kündigungen und Massenentlassungen, nicht verboten sind[2802]. Das Risiko einer betrügerischen Nutzung der „rupture conventionnelle", beispielsweise zur Vermeidung der Erstellung eines Sozialplans[2803] „plan de sauvegarde de l'emploi", ist schwer zu regulieren[2804].

Mit der Einführung der individuellen „rupture conventionnelle" war somit bereits ein Grundstein des französischen Rechtswegs gefallen, insofern, als dass die Abgrenzung zwischen betriebsbedingter Kündigung und „rupture conventionnelle" im Kontext von wirtschaftlichen Schwierigkeiten schwächer geworden ist. Folglich ist jetzt in der Praxis im Falle der Abschaffung von Arbeitsplätzen aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten der Abschluss einer „rupture conventionnelle" seit 2008 möglich, unter der Bedingung, dass der Arbeitnehmer ausdrücklich auf die vorteilhafteren Rechte hingewiesen wurde, auf die er im Falle einer betriebsbedingten Kündigung Anspruch haben könnte[2805].

Diese Möglichkeit, eine individuelle „rupture conventionnelle" im Falle von wirtschaftlichen Schwierigkeiten abzuschließen, ist jedoch von Massenentlassungen abzutrennen, da im Falle von Massenentlassungen diese französischen „ruptures conventionnelles" nicht vorkommen

---

[2801] Voir notamment sur la RC, l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 9 mars 2011, numéro de pourvoi 10-11.581, publié au bulletin (cassation partielle) ; Voir Favennec-Héry F., Note, JCP S, 2011, 1200 ; Favennec-Héry F., *Ruptures collectives pour motif économique, Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Dalloz, mars 2011; Pélissier J., SSL, 2011, n° 1484, p. 7 ; Loiseau G., Note, Droit Social, 2011, p. 681 et sur la RCC, voir l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles, 4ème chambre, 14 mars 2019, n° 18VE04158, JurisData n° 2019-004411, RJS, observations sur l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles, 14 mars 2019, n° 18VE04158, mai 2019, n° 287, p. 368, Aknin F., *Rupture du contrat de travail, L'autonomie de la RCC*, JCP S, 30 avril 2019, n° 17-18, 1136, p. 42 ; Dalmasso R., *La place du consentement du salarié dans les contentieux de la rupture conventionnelle*, sous la direction de Sachs T., Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012, p. 227.

[2802] Circulaire DGT n° 2012-07 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés Fiche 14 : Rupture conventionnelle, 30 août 2012, Travail 2012-8, Texte 7/59, p. 57.

[2803] Der „plan de sauvegarde de l'emploi" (PSE) der Artikel L. 1233-61 und L. 1237-16 des französischen Arbeitsgesetzbuches; sowie die „accords collectifs de gestion prévisionnelle des emplois et compétences" (GPEC) des Artikels L. 2242-15 Code du travail.

[2804] Exposé : Bonnechère M., *Les plans de départs volontaires,* 22 février 2010, dans la conférence organisée par la Commission de droit social (formation continue) du Barreau de Paris à l'auditorium du Harlay, Le Droit Ouvrier, mai 2010, n° 742, p. 233 : « *la loi exclut des PSE la rupture conventionnelle, mais cela ne signifie nullement que les ruptures conventionnelles excluent le PSE !* ».

[2805] L&S Avocats, Stibon C., *La rupture conventionnelle du droit du travail*, janvier 2015, http://www.ls-avocats.com/articleenligne/71-la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail, page 2 sur 11 du pdf.

dürfen. Gewollt ist, dass die französischen Arbeitgeber die Rechtsvorschriften der Massenentlassungen nicht umgehen[2806]. Aufgrund der Schwierigkeit, eine Umgehung der Massenentlassungsverfahren aufzudecken, soll die französische Verwaltungsbehörde auf Hinweise besonders achten. Anzeichen eines schwierigen wirtschaftlichen Kontextes und einer Umgehung[2807] könnten unter anderem gegeben sein bei einer Überschreitung von „*zehn Anträgen innerhalb eines Zeitraums von dreißig Tagen und mindestens ein Antrag innerhalb eines Dreimonatszeitraums nachdem zehn Anträge in dem unmittelbar vorausgehenden Dreimonatszeitraum stattgefunden hatten; oder einem Antrag in den ersten drei Monaten des Jahres nach mehr als achtzehn Anträgen im vorausgegangenen Kalenderjahr*"[2808]. Außerdem kann "*eine Kombination dieser Anträge mit Entlassungen aus betriebsbedingten Gründen, die zur Überschreitung der gleichen Schwellenwerte führen, ebenfalls zu einem Hinweis führen*"[2809].

Wie in Frankreich ist es in Deutschland möglich, Aufhebungsverträge abzuschließen, wenn sich ein Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindet. Jedoch trennt Deutschland,

---

[2806] Der „plan de sauvegarde de l'emploi" (PSE) der Artikel L. 1233-61 und L. 1237-16 des französischen Arbeitsgesetzbuches; sowie die „accords collectifs de gestion prévisionnelle des emplois et compétences" (GPEC) des Artikels L. 2242-15 Code du travail können nicht Gegenstand einer „rupture conventionnelle" sein; A ce sujet, l'auteur Lokiec conclu cependant que si « *les départs volontaires compris dans un projet de compression d'effectifs ne seront plus comptabilisés pour déterminer l'application de la procédure de licenciements pour motif économique. Cette solution n'est pas sans présenter de sérieux dangers de contournement* », voir Lokiec P., Rep. trav. Dalloz, Janvier 2009, n° 10 et s.; Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015, p. 2; Aussi Chirez A., *La rupture conventionnelle pour cause économique*, Le Droit Ouvrier, août 2011, n° 757, p. 473.

[2807] Die französische Verwaltungsbehörde „administration" wird im Falle einer Umgehung der bestehenden Massenentlassungsverfahren (PSE und GPEC) die „homologation" nicht erteilen. Siehe Instruction DGT n° 2010-02 du 23 mars 2010, relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée, p. 2 et 3.

[2808] Rousseau D., avec la collaboration de Fricotté L., Renaud A., *Le Mémo social 2015,* Liaisons Sociales Quotidien, Wolters Kluwer, avril 2015, p. 926; Instruction DGT n° 2010-02 du 23 mars 2010, relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée, p. 3. Les ruptures conventionnelles ne doivent ainsi pas être utilisées de manière frauduleuse dans le but de contourner le droit du licenciement pour motif économique : arrêt de la Cour de cassation, 22 juin 2016, numéro de pourvoi 15-16.994, voir notamment Tournaux S., Note, Lexbase Hebdo, édition Sociale, n° 662 et Auzero G., Baugard D., Dockès E., *Droit du travail*, 31ème édition Dalloz, 2017, p. 512; Le dépassement de « *dix demandes d'homologation sur une période de trente jours, au moins une demande sur une période de trois mois, faisant suite à dix demandes s'étant échelonnées sur la période de 3 mois immédiatement antérieure ; une demande au cours des trois premiers mois de l'année faisant suite à plus de dix-huit demandes au cours de l'année civile précédente ».*

[2809] Instruction DGT n° 2010-02 du 23 mars 2010, relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée, p. 3 ; Il est précisé qu'une « *combinaison de ces demandes avec des licenciements pour motifs économiques aboutissant au dépassement des mêmes seuils peut également constituer un indice* ».

im Gegensatz zu Frankreich, nicht das Verfahren des arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrages von den Abfindungsplänen und den betriebsbedingten Entlassungen.

Wie sieht also die Lage mit Aufhebungsverträgen in Deutschland aus, welche aufgrund von Abfindungsplänen des Arbeitgebers zustande kommen. Die Benutzung eines Abfindungsplans vom Arbeitgeber kann erfolgreich zum freiwilligen Ausscheiden vor einem geplanten Personalabbau führen, indem sich Arbeitnehmer melden, um einen Aufhebungsvertrag abzuschließen[2810]. Anziehungskraft werden die vorgesehenen Abfindungszahlungen haben, welche wie in einem Sozialplan gestaffelt sind und von der Dauer der Betriebszugehörigkeit abhängen[2811].

Insbesondere „Turboprämien" können für den Arbeitnehmer einen zusätzlichen Anreiz schaffen noch schneller den Arbeitsvertrag aufzuheben, indem auf die Einhaltung der einmonatigen- bis siebenmonatigen Kündigungsfrist verzichtet wird[2812]. Durch sogenannte „Ansprachprogramme" können dann auch Arbeitgeber selbst entscheiden, wen sie im Hinblick auf ein freiwilliges Ausscheiden ansprechen wollen, damit sie beispielsweise gezielt Arbeitnehmer mit wichtigen Qualifikationen von diesem Angebot fernhalten und somit behalten können[2813]. Bezüglich der Gleichbehandlung, insbesondere wenn sich ein Freiwilligenprogramm an ältere Arbeitnehmer wendet, so erkennt der BAG[2814] eine Benachteiligung, welche jedoch nach § 10 S. 1 und 2 AGG so gerechtfertigt sein kann, dass die Beschäftigungschancen Jüngerer verbessert werden sollen[2815]. In der jüngst in Frankreich eingeführten, kollektiven „rupture conventionnelle" wird das freiwillige Ausscheiden älterer Arbeitnehmer ebenfalls erleichtert, da Aufhebungsverträge in beiden Rechten auf Freiwilligkeit beruhen.

Jedoch ist in Frankreich der „PDV: plan de départ volontaire" mit den deutschen Abfindungsplänen und somit „Freiwilligkeitsprogrammen" vergleichbar und nicht die „rupture conventionnelle collective". Frankreich trennt den neuen kollektiven Aufhebungsvertrag streng von diesen „PDV" ab, im Gegensatz zu Deutschland, wo Aufhebungsverträge häufig im Rahmen von Abfindungsplänen verwendet werden. Die „plans de départs volontaires" sind reine

---

[2810] Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 11.
[2811] Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 12.
[2812] „Turbopämie", auch genannt „Sprinterprämie" und „Schnellentscheiderprämie". Siehe Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 12.
[2813] Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 11.
[2814] BAGE 133, 265 = NZA 2010, 561 Ls 3.
[2815] Siehe Däubler, Bertzbach-Brors, AGG, 4. Auflage 2018, § 10 Rn. 102 ff.

praxisentstandene Verfahren, welche durch die Rechtsprechung Fuß gefasst haben[2816]. Sie dienen dazu, genau wie in Deutschland, den Personalbestand von Unternehmen durch freiwilliges Ausscheiden gegen Bezahlung von Abfindungen zu reduzieren. Diese „PDV" können in zwei verschiedene theoretische Typen kategorisiert werden: eine „kalte" oder „autonom" genannte Kategorie[2817], welche stattfindet bevor das Unternehmen ein betriebsbedingtes Massenentlassungsprojekt[2818] umsetzt. Hier bekundet der Arbeitgeber lediglich seine Bereitschaft zu einem Personalabbau ohne Entlassungen in Betracht zu ziehen, falls die Zahl der freiwilligen Austritte nicht seiner Zielsetzung entspricht[2819]; Daran schließt sich eine häufigere „warme" Kategorie[2820] an, welche den „PDV" in einem betriebsbedingten Massenentlassungsverfahren[2821] integriert[2822]. In dieser Kategorie wird der Arbeitgeber, welcher eine Anzahl an betriebsbedingten Kündigungen anstrebt, vorschlagen, diese Zahlen durch freiwilliges Ausscheiden zu verringern, wobei der „PDV" in einem Plan zum Erhalt der Arbeitsplätze „PSE: plan de sauvegarde de l'emploi" integriert werden muss[2823].

Der deutsche Autor Däubler rät Arbeitgebern, ihren Arbeitnehmern eine Bedenkzeit von einigen Tagen einzuräumen, damit diese sachkundige Personen frei von Druck einholen können, insbesondere angesichts der „*Tragweite der zu treffenden Entscheidung (...) auch dann, wenn der Arbeitnehmer selbst sein Interesse an dem „Freiwilligkeitsprogramm" bekundet hat*"; sowie mehr Möglichkeiten zur Weiterqualifizierung anzubieten, was in Freiwilligenprogrammen oft zu wenig Zuspruch findet[2824]. Weiterhin sind Freiwilligenprogramme ohne Betriebsrat trotz Rechtslage wohl möglich, insbesondere da Arbeitgeber in der Erwartung einer schnellen Lösung von solch einem Vorgehen Gebrauch machen[2825]. Eine Unwirksamkeit dieser Maßnahmen wird hier erst stattfinden, wenn durch die „*Freiwilligenprogramme so viele Arbeitnehmer*

[2816] Dalmasso R., *La « rupture conventionnelle collective » : une chimère ?*, Le Droit Ouvrier, novembre 2017, n°832, p. 652.
[2817] Catégorie „à froid" ou „autonome".
[2818] „Projet de licenciement économique collectif".
[2819] Dalmasso R., *La « rupture conventionnelle collective » : une chimère ?*, Le Droit Ouvrier, novembre 2017, n°832, p. 652.
[2820] Catégorie „à chaud".
[2821] „Procédure de licenciement économique collectif".
[2822] Dalmasso R., *La « rupture conventionnelle collective » : une chimère ?*, Le Droit Ouvrier, novembre 2017, n°832, p. 652 ; Dumoulin F., Observations, Le Droit Ouvrier, 2012, Bull. V n° 22, p.600.
[2823] Voir l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 25 janvier 2012, n°10-23.516, Bull. V n° 22, Dumoulin F., Le Droit Ouvrier, 2012, p.600 et l'arrêt de la Cour de Cassation, 9 octobre 2012, n°11-23.142, Bull. V n° 254.
[2824] Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 12.
[2825] Siehe Urteil vom LAG Schleswig-Holstein, NZA-RR 2008, 244 und Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 13.

erreicht werden, dass die Voraussetzungen einer Betriebsänderung nach § 111 S. 3 Nr. 1 BetrVG erfüllt oder die Sätze des § 112 a I BetrVG erreicht sind"[2826]. Jedoch sollte der Betriebsrat mit einbezogen werden und unter anderem beim Abfindungsplan mitbestimmen[2827].

Was geschieht nun mit den Aufhebungsverträgen, welche innerhalb eines Abfindungsplans abgeschlossen werden. Werden diese im Rahmen der Grenzwerte, welche das Vorliegen einer Massenentlassung nach den §§ 17 ff KSchG kennzeichnet, mitgezählt?
Das deutsche Recht ist in der Tat dem französischen schon lange voraus, unter anderem mit der Möglichkeit der Einbeziehung von Aufhebungsverträgen innerhalb von Massenentlassungen[2828]. Dies wird klar mit den Worten von Naber S. dargelegt: „*Massenentlassungen werden oftmals durch den massenhaften Abschluss von Aufhebungsverträgen durchgeführt*"[2829] und „*Aufhebungsverträge ermöglichen es dem Arbeitgeber (...), den Unwägbarkeiten des gegenwärtigen deutschen Massenentlassungsrechts auszuweichen.*"[2830].
Das Verfahren des § 17 I KSchG[2831] ermächtigt einen deutschen Arbeitgeber im Rahmen der Umstrukturierung seines Unternehmens, die einen Personalabbau beinhaltet, Aufhebungsverträge einzubeziehen. Alle Entlassungstatbestände müssen jedoch innerhalb von 30 Kalendertagen zusammengezählt und diese Massenentlassungen müssen bei der Agentur für Arbeit gemeldet werden[2832]. Ob die Aufhebungsverträge im Rahmen der Grenzwerte mitgezählt werden

---

[2826] Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 13; BAG, NZA 2015, 1207: *"so liegt eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts analog §§ 112, 112 a BetrVG und evtl. der Mitbestimmungsrechte nach § 95 I und § 87 I Nr. 10 BetrVG vor.*"
[2827] Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 15.
[2828] Naber S., *Der massenhafte Abschluss arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge*, Dissertation, Centaurus Verlag & Madie UG, Forum Arbeits- und Sozialrecht, Band 30, 2009, S. 255, ff.
[2829] Naber S., *Der massenhafte Abschluss arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge*, Dissertation, Centaurus Verlag & Madie UG, Forum Arbeits- und Sozialrecht, Band 30, 2009, S. 202.
[2830] Naber S., *Der massenhafte Abschluss arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge*, Dissertation, Centaurus Verlag & Madie UG, Forum Arbeits- und Sozialrecht, Band 30, 2009, S. 254; Siehe dazu auch Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 10.
[2831] BAG 20.01.2016, 6 AZR 601/14, BAGE 154, 53 = NZA 2016, 490; § 17 I KSchG: „*(1) Der Arbeitgeber ist verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er 1. In Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als 5 Arbeitnehmer, 2. In Betrieben mit in der Regel mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern 10 vom Hundert der im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer oder aber mehr als 25 Arbeitnehmer, 3. In Betrieben mit in der Regel mindestens 500 Arbeitnehmern mindestens 30 Arbeitnehmer; innerhalb von 30 Kalendertagen entläßt. Den Entlassungen stehen andere Beendigungen des Arbeitsverhältnisses gleich, die vom Arbeitgeber veranlasst werden*.".
[2832] Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 6.; Ludwig D., Hinze J., *Das Massenentlassungsanzeigeverfahren, häufige Fehler und Vermeidungsstrategien*, NZA 2020, 694.

sollen, ist folglich gemäß dem Wortlaut des § 17 I 2 KSchG zu bejahen[2833]. Mit der Formulierung „*andere Beendigungen des Arbeitsverhältnisses*“ werden Aufhebungsverträge Entlassungen gleichgestellt, wenn diese vom Arbeitgeber veranlasst wurden. Die Rechtsprechung hat die Einbeziehung von Aufhebungsverträgen ebenfalls anerkannt[2834]. Somit können „Aufhebungsverträge die Voraussetzungen einer Massenentlassung erfüllen“[2835] und für die Zählung der Grenzwerte des § 17 I KSchG innerhalb der 30 Tage kommt es bei den Aufhebungsverträgen darauf an wann „*das Angebot des Arbeitgebers dem Arbeitnehmer zugeht*“[2836].

Stellt sich aktuell immer noch die Frage der möglichen Unwirksamkeit dieser Aufhebungsverträge, die neben Entlassungen innerhalb einer Restrukturierung mitbenutzt werden und zu den „anzeigepflichtigen Entlassungen“ gehören? Da im Falle einer unterbliebener oder fehlerhafter Massenentlassungsanzeige die Anzeigepflicht auch rückwirkend entstehen kann, könnten bereits abgeschlossene Aufhebungsverträge unwirksam sein[2837]. Für den Autor Däubler ist die Unwirksamkeit von Aufhebungsverträgen im Falle einer Nichtanzeige an die Agentur für Arbeit gegeben, wenn zwar nicht in der Literatur ausdrücklich erläutert, dafür bereits in einem älteren Urteil des BAG enthalten[2838]. In diesem Urteil hatte das BAG einen Aufhebungsvertrag für unwirksam erklärt, solange die Massenentlassungsanzeige nicht stattgefunden hatte. Für Däubler kann hier ebenfalls die ausschließliche Nutzung von Aufhebungsverträgen nicht als Verzicht auf den Kündigungsschutz nach den §§ 17 KSChG aufgefasst werden, da dieser im öffentlichen Interesse besteht oder „*allenfalls nach Abschluss des Aufhebungsvertrags (…) ein*

[2833] Siehe Ludwig D., Hinze J., *Das Massenentlassungsanzeigeverfahren, häufige Fehler und Vermeidungsstrategien*, NZA 2020, 699; Voir également, BAG, 19.03.2015, 8 AZR 119/14, BeckRS 2016, 70521; BAG 28.06.2012, 6 AZR 780/10, BAGE 142, 202 = NZA 2012, 1029.

[2834] BAG, AP BGB § 613 a Nr. 464 = BackRS 2015, 70521; zustimmen Moll in APS, Kündigungsschutzrecht, 5. Auflage 2017, § 17 KSchG Rn. 33.

[2835] BAGE 91, 107 = NZA 1999, 761 (unter II 2); Weigand in KR, 12. Auflage 2019, § 17 KSchG Rn. 66, für ein Freiwilligenprogramm; Meyer, Röger, NZA-RR 2011, 393 (396); Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 15.

[2836] Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 15.

[2837] Naber S., *Der massenhafte Abschluss arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge*, Dissertation, Centaurus Verlag & Madie UG, Forum Arbeits- und Sozialrecht, Band 30, 2009, S. 255, ff; Der Autor Naber S. war in seiner Dissertation der Ansicht, dass dies zum heutigen Zeitpunkt noch nicht höchstrichterlich entschieden wurde und besonders angesichts der starken – grundrechtlich geschützten - Vertragsautonomie, was den Aufhebungsvertrag ausmacht, soll die Lage noch eher unklar für Arbeitgeber und Arbeitnehmer sein. Er empfiehlt, dass Arbeitgeber Aufhebungsverträge erst dann unterschreiben, wenn sie eine klare Übersicht ihrer Schwellenwerte des § 17 I KSchG haben.

[2838] Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, S. 11, 15 und 16; BAG, NZA 1999, 761.

Verzicht möglich" ist[2839]. Dies bedeutet für Däubler, dass solch ein Verzicht gemäß § 134 BGB unwirksam wäre[2840].

Mit der französischen kollektiven „rupture conventionnelle" wurde in Frankreich neben den „plans de déparst volontaires" ein weiterer Schritt Richtung Deutschland gemacht, selbst wenn die Verfahren unterschiedlich sind, und den französischen Unternehmen die Möglichkeit gegeben, ebenfalls massenhaft Arbeitsverträge im gegenseitigem Einvernehmen zu beenden.

Diese Möglichkeit ist, wie schon erwähnt, gegeben, indem der Arbeitgeber einen kollektiven Aufhebungsvertrag mit den Gewerkschaften aushandeln kann, welcher dann nur noch von „freiwilligen" Arbeitnehmern unterzeichnet werden muss. Eine noch stärkere Umgehung der traditionellen französischen Verfahren kommt hier im Endeffekt zur Geltung, in einem noch größeren Ausmaß und mit einer noch stärkeren Rechtssicherheit für Arbeitgeber als mit der individuellen „rupture conventionnelle". Vor dieser Änderung war es in Frankreich überhaupt nicht möglich, sich den Verfahrensregeln der betriebsbedingten Kündigung „licenciement économique", welche bessere Garantien für die Arbeitnehmer beinhalten[2841], zu entziehen, sofern der Grund für eine Kündigung ein wirtschaftlicher war[2842].

Ein signifikanter Unterschied zwischen dem kollektiven Aufhebungsvertrag und der bisherigen „rupture conventionnelle" als individueller Aufhebungsvertrag liegt darin, dass der Wille der Regierung auf der Angleichung der Besteuerung und der Sozialkosten[2843] mit den Systemen der Abfindung eines Sozialplans zum Erhalt von Arbeitsplätzen „plan de sauvegarde de l'emploi"[2844] basiert. Diese Willensangleichung ermöglicht eine vollständige Steuerfreiheit und macht den kollektiven Aufhebungsvertrag steuerlich vorteilhafter als sein individuelles Modell. Während bei dem individuellen Aufhebungsvertrag ein Arbeitnehmer, der eine gesetzliche Altersrente genießt, ab dem ersten Euro besteuert wird, ist ein Arbeitnehmer, der nicht von der

---

[2839] BAGE 91, 107 = NZA 1999, 761; Kritisch dazu Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 15, 16 und Weigand, KR, KSchG, § 17 Rn. 66.
[2840] Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 15, 16.
[2841] Unter anderem die Wiedereinstellungspriorität oder eine Verpflichtung zur Neueinstufung: La priorité de réembauchage et l'obligation de reclassement par exemple; Pélissier J., Auzero G., Dockès E., *Précis de Droit du travail*, 25ème édition, Dalloz, 2011, p. 498 – 438.
[2842] Bossu B., Dumont F., Verkindt P.-Y., *Droit du travail*, lextenso éditions, 2011, p. 293.
[2843] „Forfait social".
[2844] „PSE".

gesetzlichen Altersrente profitiert, von der Einkommenssteuer befreit. Dies findet sich im kollektiven Aufhebungsvertrag nicht wieder, wo in beiden Fällen eine Steuerbefreiung vorliegt.

Diese Reform von Präsident E. Macron, die sich auf das französische Arbeitsrecht auswirkt, wurde stark kritisiert aus dem Grund, dass den großen Unternehmen die Möglichkeit gegeben wurde, diesen kollektiven Aufhebungsvertrag mit den Gewerkschaften abzuschließen indem traditionelle Verfahren umgangen wurden.

Seit 2008 war der französische individuelle Aufhebungsvertrag bereits insoweit attraktiv, als dass er insbesondere "*jede gerichtliche Auseinandersetzung über die wirtschaftliche Legitimität der Abschaffung von Arbeitskräften*" zu vermeiden half[2845]. Mit dem neuen kollektiven konventionellen Aufhebungsvertrag kommt für die Unternehmen eine noch größere Rechtssicherheit hinzu. Trotz der Sozialpläne zum Erhalt von Arbeitsplätzen „plans de sauvegarde de l'emploi" und der bereits in Kraft getretenen Sozialpläne für freiwillige Arbeitsausstiege „plans de départs volontaires autonome" ist bekannt, dass diese in hohem Maße den Unwägbarkeiten von Gerichtsentscheidungen unterliegen. So bestätigte die derzeitige Arbeitsministerin M. Pénicaud, dass der aktuelle Wille der Regierung darin liegt, durch die Einrichtung des neuen konventionellen Aufhebungsvertrages einen Vorteil (für die Unternehmen) durch die Festlegung eines bekannten Rechtsrahmens im Voraus zu schaffen[2846].

In der Tat ist der kollektive Aufhebungsvertrag von den Arbeitnehmern und den Gewerkschaften nur sehr schwer in Frage zu stellen, da es keiner wirtschaftlichen Rechtfertigung der Unternehmen bedarf[2847] und die Berufung vor dem Verwaltungsgericht nur innerhalb eines kurzen Zeitraums von zwei Monaten eingelegt werden kann[2848]. Die Mehrheit der Gewerkschaften,

---

[2845] Lokiec P., *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, février, 2015, p. 122.

[2846] „*L'avantage de la loi travail est de fixer un cadre connu des acteurs à l'avance*": Der Vorteil des Arbeitsgesetzes besteht darin, im Voraus einen bekannten Rahmen für die Akteure festzulegen, wie Arbeitsministerin Pénicaud M. anmerkte, zitiert in der Zeitung Le Monde Economie, Bougon F. Jacqué P., Belouezzane S., *Les salariés de PSA, Pimkie, groupe Figaro… cobayes de la rupture conventionnelle collective* , 9 janvier 2018, http://www.lemonde.fr/economie-francaise/article/2018/01/09/les-salaries-de-psa-pimkie-groupe-figaro-cobayes-de-la-rupture-conventionnelle-collective_5239114_1656968.html.

[2847] Alors qu'un PSE doit contenir un motif économique; Le Monde Économie, Bougon F. Jacqué P., Belouezzane S., *Les salariés de PSA, Pimkie, groupe Figaro… cobayes de la rupture conventionnelle collective* , 9 janvier 2018, http://www.lemonde.fr/economie-francaise/article/2018/01/09/les-salaries-de-psa-pimkie-groupe-figaro-cobayes-de-la-rupture-conventionnelle-collective_5239114_1656968.html.

[2848] Es ist zu beachten, dass diese zweimonatige Frist nur für die Anfechtung des Tarifvertrags gilt. Die Beendigung des Arbeitsvertrags an sich kann innerhalb von zwölf Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor dem Arbeitsgericht angefochten werden.

wie aktuell bei der französischen Kleiderfirma Pimkie, kann jedoch sehr wohl die Unterzeichnung des Tarifvertrages ablehnen[2849].

Angesichts der kreierten Distanz zwischen dem konventionellen Aufhebungsvertrag und dem Recht auf wirtschaftliche Entlassung „licenciement économique“ sowie aufgrund des freiwilligen und gegenseitigen Charakters, bringt die Einfachheit und Schnelligkeit dieses Systems in der Tat große Vorteile für die Unternehmen.

[2849] Die Notwendigkeit einer Mehrheitsvereinbarung: als die Pimkie-Gruppe mit dem Ausscheiden von 208 Mitarbeitern plante, lehnten die Gewerkschaften CGT und CFDT die „rupture conventionnelle collective“ Anfang Januar 2018 ab.

III. Vor- und Nachteile des Aufhebungsvertrages

"*Der Arbeitgeber ist Herr über die Arbeitskraft die er mietet und da diese mit dem Individuum inhärent und untrennbar ist, steht somit dem Arbeitgeber zum großen Teil selbst die Person des Arbeitnehmers zur Verfügung.“*[2850].

Guy Poulain

Der Aufhebungsvertrag sowie die „rupture conventionnelle“ enthalten bestimmte und manchmal erhebliche Nachteile für den Arbeitnehmer. Diese Art den Beschäftigungsvertrag zu beenden ist auch entstanden durch den Einfluss der Arbeitgeberseite, welche immer auf eine einfache, schnelle und möglichst kostensparende Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzielt. Diese Nachteile für den Arbeitnehmer sind daher verständlich. Frankreich und Deutschland haben jeweils verschiedene Vorgehensweisen, um den negativen Auswirkungen entgegenzuwirken aber dieser Aufhebungsvertrag behält stets einen großen Nutzen für die Unternehmen.

Obwohl der Aufhebungsvertrag auf dem freien Willen der Parteien gegründet ist, muss dennoch beachtet werden, dass sich der Arbeitnehmer hier immer in einer schwächeren Verhandlungsposition befindet. Diese Ansicht zur schwächeren Verhandlungsposition des Arbeitnehmers entspricht jedoch nicht der Meinung des BAG, dass der Ansicht ist, dass „*(...) sich bei Abschluss eines Aufhebungsvertrages die Arbeitsvertragsparteien mit gleicher Verhandlungsmacht gegenüber“* stehen[2851].

[2850] Poulain G., *Les conséquences de l'inégalité sur la situation juridique du travailleur*, Droit social, 1981, n° 3, p. 754 : « *Maître de la force de travail qu'il loue, et celle-ci étant inhérente et indissociable de l'individu, l'employeur par voie de conséquence dispose pour une large part de la personne même du salarié.* ».
[2851] Gagel, Winkler, *Kommentar SGB II, SGB III, § 159 SGB III, Aufhebungsvertrag,* 78. EL, Mai 2020, Rn. 74; BSG 12.04.1984, 7 Rar 28/83, Soz-Sich 84, 388.

Daher ist die heute übliche Anwendung des Aufhebungsvertrages oder der „rupture conventionnelle“ der Antrieb der Arbeitnehmer geworden, deren Einverständnis für den Verlust ihrer Arbeitsstelle selbst zu geben.

Eine im Jahre 2003 durchgeführte Umfrage von Bielenski, Hartmann, Pfarr und Seifert hat bewiesen, dass jede zehnte Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch einen Aufhebungsvertrag herbeigeführt wurde. Hinzu ging bei 60 von 100 Aufhebungsverträgen die Initiative zum Abschluss des Vertrages vom Arbeitnehmer aus und in einem Drittel der Fälle, in denen Arbeitsverhältnisse einvernehmlich beendet wurden, ist im Untersuchungszeitraum vom Arbeitgeber keine Abfindung gezahlt worden[2852].

In Frankreich geht aus einer Umfrage vom CEE „centre d’études de l’emploi“ als Forschungszentrum des Arbeitsmarktes im Jahr 2010 hervor[2853], dass in diesem Jahr 61% der „ruptures conventionnelles“ vom Arbeitgeber stammten[2854]. Diese Umfrage stellte weiterhin fest, dass sich in der großen Mehrheit die Höhe der Abfindungen „indemnités de rupture“ in der Nähe der gesetzlichen Pflichtabfindung bewegen. Außerdem wurde zum einen beobachtet, dass die Arbeitnehmer sehr isoliert sind, sei es vor, während oder nach dem Ablauf des Aufhebungsverfahrens und zum anderen, dass sechs Monate nach der Umfrage 75 von 100 Personen immer noch auf Arbeitssuche waren.
Diese Umfrage beleuchtet auch, dass weniger als ein Viertel der geprüften „ruptures conventionnelles“ gemeinsame Merkmale mit der Kündigung zeigen „démission“, mehr als ein Drittel mit gerichtlichen Auflösungen „résiliations judiciaires“ und weniger als die Hälfte mit Entlassungen „licenciements“. Bestätigt wird hier, dass die „rupture conventionnelle“ auch in Frankreich als Mittel benutzt wird um das Arbeitsverhältnis zu beenden ohne die Entlassung anwenden zu müssen.

Der Trend der französischen „rupture conventionnelle“ setzt sich in der Tat stark und immer zunehmender durch, mit insgesamt 3,4 Millionen „ruptures conventionnelles“ in der Zeit von

---

[2852] Naber S., *Der massenhafte Abschluss arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge*, Forum Arbeits- und Sozialrecht Band 30, Centaurus Verlag 2009, S. 6.
[2853] Étude du Centre d’études de l’emploi (CEE), *Des ruptures conventionnelles vues par des salariés*, octobre 2012.
[2854] CEE, Dalmasso R., Gomel B., Meda D., Serverin E., *Des ruptures conventionnelles vues par des salariés, Analyse d’un échantillon de cent une ruptures conventionnelles signées fin 2010*, Rapport de recherche du CEE n° 95, octobre 2012.

der Einführung Juni 2008 bis Juli 2018. In diesem Zeitraum von zehn Jahren[2855] wurden 3.440.828 Anträge „conventions de rupture“ abgegeben, davon wurden nur 81.581 als unzulässig beurteilt beispielsweise wegen unvollständiger Unterlagen und insbesondere wurden nur 209.124 Anträge abgelehnt. Dies ergibt insgesamt 3.150.123 zugelassene „ruptures conventionnelles homologuées“ seit der Einführung dieser Auflösungsmöglichkeit bis Juli 2018[2856].

Zu den Hauptvorteilen des Aufhebungsvertrages und der individuellen und kollektiven „rupture conventionnelle“ zählt die Überreichung eines guten Arbeitszeugnisses an den Arbeitnehmer[2857]. Arbeitnehmer haben, sobald es durch den Aufhebungsvertrag oder die Entlassung zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommt, durchaus bessere Chancen eine neue Arbeit zu finden, wenn sie ein gutes Arbeitszeugnis bekommen. Durch den Abschluss des Aufhebungsvertrages, welcher Einwilligung beider Parteien und natürlich im besten Fall Verhandlungen enthält, kann ein Arbeitszeugnis oftmals besser ausfallen als bei einer Entlassung[2858].

Das Arbeitszeugnis[2859] ist zusammen mit einer Abfindung in Deutschland verständlicherweise ein wichtiger Teil der Verhandlungen, da die berufliche Zukunft des Arbeitnehmers aufs Spiel gesetzt wird. Das Arbeitszeugnis kann ein einfaches- oder ein qualifiziertes Zeugnis sein. Ein einfaches Zeugnis beinhaltet nur Angaben zu Art und Dauer der Tätigkeit[2860], während ein (vom Arbeitnehmer verlangt) qualifiziertes Arbeitszeugnis gemäß § 109 Abs. 1 S. 3 GewO bestimmte Zusatzinformationen[2861] zur Leistung und das Verhalten des Arbeitnehmers beinhalten muss.

[2855] Siehe Ergebnisse der französischen DARES, https://dares.travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/2019-008.pdf: Der französischen DARES zufolge wurden 2018 437.700 einzelne „ruptures conventionnelles“ genehmigt „homologuées“, was einem Anstieg von 3,9% gegenüber 2017 entspricht. In 2017 waren 420.900 „ruptures conventionnelles“ genehmigt worden, was bereits einer Zunahme von 7,8 % gegenüber dem Jahr 2016 entspricht. Im Jahr 2016 wurden 389.744 „ruptures conventionnelles“ genehmigt und 2015 waren es 358.244. Der Trend geht also immer weiter nach oben.

[2856] Legisocial, *rupture conventionnelle: un mode de rupture qui continue de progresser !*, 31 août 2018, https://www.legisocial.fr/actualites-sociales/2826-rupture-conventionnelle-mode-rupture-continue-progresser.html?utm_source=LEGISOCIAL+-+Marketing&utm_medium=email&utm_campaign=L%C3%83%C2%A9giSocial+-+Newsletter+-+%23412&hash=2bab89794abcce11eb0ff412eb63f1c8.

[2857] Ministère du travail, de l’emploi de la formation professionnelle et du dialogue social, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, mis à jour le 15 janvier 2014, Travail-emploi-gouv.fr ; In Deutschland im § 630 BGB.

[2858] Preis U., Einiko B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang Verlag 2005, S. 32.

[2859] § 109 Abs. 1 S. 1 GewO; Günther in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 40, 41.

[2860] § 109 Abs. 1 S. 2 GewO.

[2861] § 630 BGB regelt, wenn der Verpflichtete der Arbeitnehmer ist und vom Arbeitgeber ein schriftliches Zeugnis über sein Dienstverhältnis und dessen Dauer fordert, wird § 190 GEWO angewendet.

Aus diesem Grund sollten Arbeitnehmer während der Verhandlungen das Arbeitszeugnis immer im Vordergrund behalten[2862], insbesondere wenn die Gespräche im Verlauf des Abschlusses des Aufhebungsvertrages in Unzufriedenheit stattfinden beispielsweise wegen der Leistungs- und Führungsnote[2863].

Deutsche Arbeitnehmer haben vor Gericht kein Recht im Arbeitszeugnis auf die Wörter „Bedauern", „Dank" und „Wünsche"[2864]. In der Praxis werden sogar öfter keine Arbeitszeugnisse aussagekräftig formuliert, häufig aufgrund von Zeitmangel[2865]. Jedoch ist es besser für den Arbeitnehmer, dass seine Verhaltens- und Leistungsnote sowie die Endformel nicht fehlen. Deshalb sollten Arbeitnehmer während der Verhandlung darauf beharren, dass im Aufhebungsvertrag geschrieben steht „*der Arbeitnehmer ist berechtigt, auf dieser Basis einen Entwurf einzureichen, von dem der Arbeitgeber nur aus wichtigem Grund abweichen darf*"[2866]. Es ist weiterhin sinnvoll ein vorformuliertes Zwischen- oder Endzeugnis zu verlangen, um sicherzustellen, dass das Zeugnis den Vorstellungen des Arbeitsnehmers erfüllt[2867]. Wenn ein Arbeitgeber ein Zwischenzeugnis ausgestellt hat, kann der Arbeitnehmer verlangen, dass der Inhalt des Endzeugnisses dem Inhalt des Zwischenzeugnisses entspricht[2868], die Dankes- und Wunschformeln sind durch den Arbeitnehmer allerdings trotzdem nicht erzwingbar[2869].

[2862] Günther in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 41.
[2863] Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 52.
[2864] Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 52.
[2865] Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 52.
[2866] Steinhemer J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015, S. 52.
[2867] Lingemann, Groneberg, *Der Aufhebungsvertrag* (Teil 4), NJW 2011, S. 2938, „15. Zeugnis".
[2868] LAG Niedersachsen, Urteil vom 13. 3. 2007, LAGNIEDERSACHSEN Aktenzeichen 9SA183506 9 Sa 1835/06, BeckRS 2007, BECKRS Jahr 46079; Höser, *Rechtsprechungsübersicht zu Arbeitszeugnissen, insbesondere zur Bindungswirkung*, NZA-RR 2012, S. 288, „8. Bindungswirkung bei Zeugnissen".
[2869] BAGE 97, BAGE Band 97, S. 57; NJW 2001, S. 2995; NZA 2001, S. 843; Lingemann, Groneberg, *Der Aufhebungsvertrag* (Teil 4), NJW 2011, S. 2938, „15. Zeugnis".

IV. Zusammenfassung

"Mit einer unerträglichen (Bewährungs-)Last beschwert, riskiert der Arbeitnehmer zu ertrinken! Dies sei uns gleichgültig, das Entscheidende ist (sicher und) wohlbehalten: das Schiff "rupture conventionnelle" kann weiter gleiten, unbeschwert, bei ruhigem Wetter, auf einem Meer von Öl, die Segel vom Wind (der Rechtsprechung) aufgeblasen... Der Anlegekontinent steht nun fest: Kurs auf die Modernität! Und Pech für die Ertrunkenen…"[2870].

Patrice Adam

Die französische individuelle „rupture conventionnelle" und die kollektive „rupture conventionnelle" sowie der deutsche Aufhebungsvertrag fordern einen wahren freien Willen insbesondere des Arbeitnehmers in Bezug auf die für ihn gewünschte vorteilhaftere Beendigung seines Arbeitsverhältnisses.

Wie bereits dargestellt prüft die französische Verwaltung im Voraus, ob der Wille der Parteien tatsächlich frei war. Ein rechtlicher Rahmen kann in der Tat viel dazu beitragen, insbesondere wenn durch den Arbeitgeber Druck auf den Arbeitnehmer ausgeübt wird. Dadurch kann der Arbeitnehmer fast zur Unterschrift gezwungen werden ohne Zeit zu haben, die psychischen Folgen dieser Auflösung des Arbeitsverhältnisses abzuwägen[2871]. Das Angebot einer

---

[2870] Adam P., *Rupture conventionnelle : ode aux noyés* (Sur l'entretien, la nullité et la preuve), Cass. Soc. 1er décembre 2016, n° 15-21.609, Le Droit Ouvrier, mars 2017, n° 824, p. 150 : « *Lesté d'une charge (probatoire) insupportable, le salarié risque la noyade ! N'en ayons cure, l'essentiel est (sain et) sauf : le bateau « rupture conventionnelle » continue, tranquillement, de voguer, par temps calme, sur une mer d'huile, ses voiles gonflées par le vent (jurisprudentiel)... Le continent d'amarrage est désormais bien déterminé : cap sur la modernité ! Et tant pis pour les noyés...* ». Traduction du français vers l'allemand par l'auteur de ce travail. Übersetzung ins Deutsche vom Autor dieser Arbeit.

[2871] Über eine « psychische Drucksituation », siehe Plum M., *Das Gebot fairen Verhandelns bei Vertragsverhandlungen*, MDR, 02/2020, S. 71, Rz 11 et BAG, 07.02.2019, 6 AZR 75/18, ECLI:DE:BAG:2019:070219.U.6AZR75.18.0 Rz.34, MDR 2019, 997; Dans cet arrêt, une salarié était en arrêt maladie à son domicile. Son employeur lui a rendu visite dans le but de conclure un „Aufhebungsvertrag". La salariée a ensuite contesté le contrat de résiliation pour cause d'erreur „Irrtum", de fraude / tromperie délibérée „arglistige Täuschung" et de menace „Bedrohung". Elle a également révoqué la conclusion du contrat selon le § 355 BGB en argumentant, que son employeur avait usé de sa faiblesse causée par la maladie pour conclure le contrat de résiliation; Elle considérait également bénéficier d'un droit de rétractation „Widerrufsrecht", le

Abfindung, die Angst vor Gericht zu gehen und besonders in Deutschland der „Überrumpelungseffekt“ des Arbeitnehmers durch keine gesetzlich vorgegebene Bedenkzeit können schnell zu Fehlentscheidungen des Arbeitnehmers führen, welche er nach Abschuss des Aufhebungsvertrages stark bereut. Obwohl das BAG jüngst entschieden hat, dass sich ein Arbeitnehmer von seinem Aufhebungsvertrag lösen kann, wenn sein Arbeitgeber ihm keine „faire Chance“ („Gebot fairen Verhandelns“[2872]) bei den Verhandlungen gelassen hat[2873], so ist dies schwierig zu beweisen[2874] und in das Fehlen einer Bedenkzeit oder eines Rücktritts- oder Widerrufsrechts liegt weiterhin kein Verstoß[2875].

Der strengere französische Rechtsrahmen der „rupture conventionnelle individuelle“ von 2008[2876] geht in die richtige Richtung, jedoch zeigt die Einführung der neuen „rupture conventionnelle collective“, dass die Interessen der Unternehmen im politischen Vordergrund stehen.

---

contrat ayant été conclu en dehors de son lieu de travail. Le tribunal fédéral du travail avait ici cependant refusé d’accorder un droit de rétractation sur la base du § 355 BGB et a réitéré, que l’absence de délai de réflexion et de droit de rétractation ne restreint pas la liberté de décision. Ainsi que posé dans un arrêt précédent du BAG du 14.02.1996, 2 AZR 234/95, BeckRS 9998, 22977. Voir sur cet arrêt également Notzon M., *Aktuelles zum Aufhebungsvertrag und zur Anfechtung*, öAT, 2020, 5 et voir NZA, 2019, *Kein Widerruf des Aufhebungsvertrags, Verletzung des Gebots fairen Verhandelns, Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG*, 688; Eckert M., *Blick ins Arbeitsrecht*, DStR 2019, 1218; Zundel, *Die Entwicklung des Arbeitsrechts im Jahre 2019*, NJW 2020, 286; Günther in Gsell, Krüger, Lorenz, Reymann, *Großkommentar, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, BeckOK, 01.08.2020, Rn. 42, 43.

[2872] Dieses „Gebot fairen Verhandelns“ wird aus den vertraglichen Nebenpflichten gemäß § 311 II Nr. 1 iVm § 241 II BGB hergeleitet und ist relevant beispielsweise bei „*einer möglichen Überrumpelung des Arbeitnehmers (...), durch Verhandlungen zu ungewöhnlichen Zeiten oder an ungewöhnlichen Orten oder bei der Ausnutzung einer erkennbaren krankheitsbedingten Schwäche des Arbeitnehmers oder unzureichender Sprachkenntnisse*“: Siehe dazu Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2447; Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 11, 12; Schmidt in Küttner, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020, Rn. 22.

[2873] Der 6. Senat hatte solch eine Verhandlungssituation als unfair angesehen, „*wenn eine psychische Drucksituation geschaffen oder ausgenutzt wird, die eine freie und unüberlegte Entscheidung des Vertragspartners erheblich erschwert oder sogar unmöglich macht*.“; Siehe BAG, NZA 2019, 688; Däubler, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 12; Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2448.

[2874] Langkamp T., Ruckh L., *Kein Widerruf bei Aufhebungsvertrag am Krankenbett, es gilt aber das Gebot fairen Verhandelns,* RÜ, 8/2019, 485, 489, BeckRS 2019, 1651.

[2875] NZA, 2019, *Kein Widerruf des Aufhebungsvertrags, Verletzung des Gebots fairen Verhandelns, Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG*, 688; Eckert M., *Blick ins Arbeitsrecht*, DStR 2019, 1218; Zundel, *Die Entwicklung des Arbeitsrechts im Jahre 2019*, NJW 2020, 286; Lingemann, Chakrabarti, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2447.

[2876] „ *La jurisprudence a tâché d’empêcher que la rupture amiable soit un biais trop commode pour éviter l’application du droit du licenciement, lequel est d’ordre public. Certaines règles du droit du licenciement ont, pour cette raison, traversé avec succès l’écran que la rupture d’un commun accord dressait devant elles. Et la validité des ruptures d’un commun accord a été cantonnée aux hypothèses dans lesquelles le contournement du droit du licenciement était le moins à craindre.* “, Peskine E., Wolmark C., *Droit du travail,* Hypercours, 2017, 11ème édition Dalloz, 2016, p. 376 point 560.

In Deutschland wird die nicht zwingend gezahlte Abfindung nicht gänzlich steuerlich befreit und sieht die Anwendung einer Sperrfrist vor[2877]. In Frankreich sind die finanziellen Auswirkungen der „rupture conventionnelle" für den Arbeitnehmer vorteilhafter[2878], jedoch besteht nicht die Möglichkeit wie in Deutschland, in manchen Fällen die Sperrfrist zu umgehen. Weitere Hürden für den Arbeitnehmer sind in beiden Ländern an Informationen zu gelangen, welche ihm zur richtigen Verhandlungsstrategie verhelfen können sowie als Arbeitnehmer, trotz der schwächeren Verhandlungsposition gegenüber dem Arbeitgeber, nicht überstürzt zu handeln. In beiden Rechten, jedoch insbesondere in Deutschland, wird es schwierig, den bereits unterzeichneten Aufhebungsvertrag anzufechten.

Besonders das Angebot einer Abfindung hört sich für den Arbeitnehmer verlockend an und kann es ihm leicht machen, sein Einverständnis zur Beendigung seines Arbeitsverhältnisses zu geben. Wie der Autor Lokiec P. erläutert, ist das Ziel des Arbeitsrechts der Schutz des Arbeitnehmers: dieser „*soll nicht nur gegen den Willen seines Arbeitgebers beschützt werden, sondern auch gegen seinen eigenen Willen, welcher nicht immer freiwillig gegeben ist*" [2879]; Weiterhin wünscht Lokiec P., dass Frankreich, im Gegensatz zu Deutschland, ein großes Misstrauen gegenüber dem individuellen Willensaustausch zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber behalten hätte[2880]. Dies ist ebenfalls die Ansicht dieser Arbeit, denn durch die Einführung der individuellen „rupture conventionnelle" hat sich das Tor zur heutigen kollektiven „rupture conventionnelle" geöffnet, welche dieses Prozedere in einem noch größeren Maßstab anwendet. Inwieweit auf dem freien Willen eines untergeordneten Arbeitnehmers vertraut werden kann, ist schwierig. Zwar kann der Aufhebungsvertrag sowohl in Frankreich als auch in Deutschland Vorteile mit sich bringen, insbesondere wenn dadurch eine Kündigung seitens des Arbeitgebers umgangen wird, was eine Abfindung und Arbeitslosengeld mit sich bringt, doch ist das tatsächliche Ziel in Frankreich die Rechtssicherheit durch die Entjustizialisierung[2881].

[2877] Hjort J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage 2011, S. 119.
[2878] Article L. 242-1 du Code de la Sécurité Sociale ; Avenant n° 4 du 18 mai 2009 à l'accord interprofessionnel du 11 janvier 2008, étendu par arrêté du 26 novembre 2009 ; Coeuret A., Gauriau B., Miné M., *Droit du travail,* Université, Sirey, 3ème édition, 2013, p. 445.
[2879] Il „*doit être protégé non seulement contre la volonté de son employeur mais aussi contre sa propre volonté, qui n'est pas toujours librement donnée*.", Lokiec P., *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, février, 2015, p. 33.
[2880] Lokiec P., *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, février, 2015, p. 33.
[2881] « Déjudiciarisation ». Peskine E., Wolmark C., *Droit du travail,* Hypercours, 2017, 11ème édition Dalloz, 2016, p. 377.

Die „rupture conventionnelle“ und der Aufhebungsvertrag haben schließlich die Arbeit erfolgreich in eine Handelsware gewandelt, wodurch die Unternehmen relativ einfach Arbeitsverträge gegen Bezahlung auflösen können[2882]. Denn tatsächlich schützend für den Arbeitnehmer, welcher überlegt einen Aufhebungsvertrag abzuschließen bleibt oft nur, sowohl in Frankreich trotz der Aufsicht der Verwaltungsbehörde, als auch in Deutschland, die auf den Arbeitnehmer auferlegte Pflicht, sich über seine Rechte selbst zu informieren. Hier ist eine naive Vorstellung gegeben, da eher wenige Arbeitnehmer tatsächlich bewusst und wissend einen vorteilhaften Aufhebungsvertrag oder „rupture conventionnelle“ aushandeln können, insbesondere mit Sicht auf deren untergeordneter Stellung gegenüber ihrem Arbeitgeber. Mit Erfolg ist die Verantwortung des Verlusts des Arbeitsplatzes auf die Arbeitnehmer übergegangen.

[2882] Tandis que les valeurs civiques, défendant les règles sociales face aux lois du marché, sont pourtant là afin que le travail ne soit „*pas une simple „marchandise“, qu'il n'est pas un bien qu'une entreprise peut se procurer ou céder moyennant paiement d'un prix*“ : Supiot A., *L'Esprit de Philadelphie*, Seuil, 2010 et Lokiec P., *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, février, 2015, p. 155.

Bibliographie

Ouvrages, monographies et thèses

Sources de droit français

ADAM P., *La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail, Brefs propos… embarrassés*, sous la direction de SACHS T., Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012.

ALVES-CONDE M., *L'aptitude à consentir du salarié*, thèse, 29 novembre 2018.

AUZERO G., DOCKÈS E., *Droit du travail*, 33ème édition Dalloz, 2020.

AUZERO G., BAUGARD D., DOCKÈS E., *Droit du travail*, 31ème édition Dalloz, 2017.

BAILLY P., *La place de la volonté du salarié dans les restructurations*, *La volonté du salarié*, In SACHS, T. (dir.), Dalloz, 2012.

BENTO DE CARVALHO L., *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, thèse, 10 septembre 2015.

BERJOT X., *La rupture conventionnelle, Le guide pratique*, 2ème édition Afnor, 2016.

BESSY V. Ch., *Les limite de la contractualisation de la relation de travail*, LGDJ, 2007.

BLATMAN M., VERKINDT P.-Y., BOURGEOT S., *L'état de santé du salarié*, édition Liaisons, 3ème édition, 2014.

BOSSU B., DUMONT F., VERKINDT P.-Y., *Droit du travail*, lextenso éditions, 2011.

CHAUVEL P., *Le dol*, Rép. civ., Dalloz, n° 62, 1999.

CARBONNIER J., *Droit civil*, *Les Obligations,* tome 4, n° 7, 1994.

CHIREZ A., *De la confiance en droit contractuel*, thèse, 1977.

COEURET A., GAURIAU B., MINÉ M., *Droit du travail,* Université, Sirey, 3ème édition, 2013.

COLOMBET H., *L'obligation d'information sur les règles de droit*, thèse, 2016.

CORRIGNAN-CARSIN D., *Contrat de travail à durée déterminée Rép. Trav*. Dalloz, numéros 341 et suivants, 2008 et 2012.

CRAMAZOU L., *Les alternatives au licenciement collectif pour motif économique : la voie de l'accord d'entreprise*, sous la direction de FAVENNEC F., 2019.

DALMASSO R., *La place du consentement du salarié dans les contentieux de la rupture conventionnelle*, sous la direction de SACHS T., Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012.

DESPAX M., *Négociations, conventions et accords collectifs*, T. 7, Traité de droit du travail, sous la direction de CAMERLYNCK G-H., 2ème édition 1989.

DIDRY C., JOBERT A., *L'introduction en restructuration, dynamiques institutionnelles et mobilisations collectives*, édition PUR, 2010.

DOCKÈS E., PESKINE E., WOLMARK V., *Droit du travail*, HyperCours, 5ème édition Dalloz, 2010.

DUPEYROUX J.-J., *Quelques questions, Liberté, égalité et droit du travail*, Droit social, 1990.

DUQUESQUE F., *Droit du travail*, Master Pro, 4ème édition, lextenso édition, 2010.

DURAND P., *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, tome 1, n° 94, 1947.

FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations*, PUF, Thémis, 3ème édition, Tome 1, 2012.

FAVENNEC-HÉRY F., VERKINDT P.-Y., *Droit du travail*, LGDJ, 6ème édition, 2018.

FAVENNEC-HÉRY F., *Ruptures collectives pour motif économique, Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Dalloz, mars 2011.

FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Les Obligations*, *L'acte juridique*, Dalloz-Sirez, 2010.

FRANÇOIS J., *Les obligations. Régime général*, Economica, 2017.

FRIEDMANN G., *Le travail en miettes*, Gallimard, 1956.

GAMET L., *Rupture du contrat de travail*, Delmas, 12ème édition, 2011/ 2012.

GÉA F., *Réflexions sur la volonté du salarié de rompre son contrat*, *La volonté du salarié*, sous la direction de SACHS T., Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012.

GOMES B., *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, thèse, 3 décembre 2018.

GOURVES M., *La Volonté du salarié dans le rapport de travail*, thèse, 2010.

GUILLUY C., *La France périphérique. Comment on a sacrifié les classes populaires ?*, Flammarion, 2014.

HÉAS F., *Droit du travail*, Paradigme, 7ème édition, 2020.

JEAMMAUD A., *Consentir*, sous la direction de SACHS T., Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012.

JEANMAIRE E., *La réparation du préjudice en droit du travail*, thèse, 29 septembre 2016.

KLEIN J., *Le point de départ de la prescription*, Economica, thèse, septembre 2013.

LAULOM S., *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2005.

LOISEAU G., LOKIEC P., PÉCAUT-RIVOLIER L., VERKINDT P-Y., *Droit de la représentation du personnel*, 2019-2020, 1ère édition Dalloz Action, 2018.

LOKIEC P., *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, février, 2015.

LOKIEC P., Rupture du contrat, IV, *Rupture conventionnelle*, Rép. trav., Dalloz 2013.

LOKIEC P., *Droit du travail*, Tome I, *Les relations individuelles de travail*, Thémis droit, PUF, 2011.

LOKIEC P., Répertoire du travail, Dalloz, janvier 2009.

MEFTAH I., *Les accords collectifs de gestion de l'emploi*, thèse, 30 novembre 2018.

MIHMAN N., *La mobilité juridique des rapports de travail, Essai sur la coordination des normes et des prérogatives juridiques*, thèse, 11 décembre 2018.

MINÉ M., *Le grand livre du droit du travail en pratique*, Eyrolles, 29ème édition, 2018.

MORIN M-L., *Le droit des salariés à la négociation collective : principe général du droit*, LGDJ, 1994.

MOULY J., *La renonciation du salarié entre ordre public social et déréglementation : un nouvel état des lieux*, sous la direction de SACHS T., Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012.

MUSSIER A., *Les périmètres du droit du travail*, thèse, 15 février 2018.

PAGNERRE Y., PAGANI K., *Le vade-mecum des ordonnances « Macron »*, Gualino, 2018.

PÉLISSIER J., AUZERO G., DOCKÈS E., *Précis de Droit du travail*, 25ème édition, Dalloz, 2011.

PÉLISSIER J., SUPIOT A., JEAMMAUD A., *Précis de Droit du travail*, 24ème édition, Dalloz, 2008.

PESKINE E., WOLMARK C., *Droit du travail,* Hypercours, 2017, 11ème édition Dalloz, 2016.

PFERSMANN O., *Volonté* dans le Dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2003.

RAY J.-E., *Droit du travail, Droit vivant 2020*, Wolters Kluwer, 28ème édition, 2019.

RIEG A., *La lutte contre les clauses abusives des contrats. Esquisse comparative des solutions allemandes et françaises*, Étude offerte à René Rodière, Dalloz, 1981.

RIOCHE S., *La représentation du personnel dans l'entreprise, Du regroupement à la fusion*, thèse, préface de TEYSSIÉ B., LexisNexis, 2019.

RIOCHE S., *La représentation du personnel dans l'entreprise, Du regroupement à la fusion*, thèse dactyle., Paris II, 2018.

RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955.

ROUSSEAU J-J., *Le contrat social*, 1762.

SACHS T., *La volonté du salarié en actes*, Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2012.

SACHS T., *La raison économique en droit du travail, Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, thèse, 24 octobre 2009.

SUPIOT A., *L'Esprit de Philadelphie*, Seuil, 2010.

SUPIOT A., *Critique du droit du travail*, PUF, Les Voies du droit, 1994.

TAQUET F., *Départs négociés et ruptures conventionnelles, la rupture amiable, la rupture conventionnelle, la transaction*, Droit du travail, Gereso, Collection l'essentiel pour agir, 4ème édition, 2015.

TAQUET F., *Brèves réflexion sur la rupture conventionnelle du contrat de travail*, J.C.P. édition E., 2008.

TEYSSIÉ B., *Guide de la rupture du contrat de travail*, LexisNexis, 3ème édition, 2015.

Sources de droit allemand

ASCHEID, PREIS, SCHMIDT, *Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Kündigungsrecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, 2017.

ASCHEID, PREIS, SCHMIDT, *Systematischer Kommentar arbeitsrechtlicher Vorschriften, Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge,* Kündigungsrecht, 2. Teil, 4. Auflage 2012.

BACKHAUS in ASCHEID, PREIS, SCHMIDT, TzBfG § 3, Rn. 34-37, *Großkommentar Kündigungsrecht*, 5. Auflage, 2017.

BADER, KR, *Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften*, Luchterhand Verlag, 12. Auflage, 2018.

BAUER, KRIEGER, ARNOLD, *Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge*, C. H. Beck, 9. Auflage 2014.

BAUER J.-H., *Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge*, C.H. Beck, 8. Auflage 2007.

BENGELSDORF in MOLL, *Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht*, 2. Auflage, 2009, § 46, Rn. 348.

BROX, *BGB AT*, 37. Auflage, Franz Vahlen, 2013.

CLEMENZ S., BURGHARD K, KRAUSE R., *AGB-Arbeitsrecht*, Kommentar, Dr. Otto Schmidt, 2. Auflage, 2019.

CLEMENZ S., BURGHARD K, KRAUSE R., *AGB-Arbeitsrecht*, Kommentar, Dr. Otto Schmidt, 2013.

COESTER in FS LÖWISCH, S. 57 (62), 2007.

DÄUBLER, DEINERT, ZWANZIGER, *Kommentar für die Praxis, Kündigungsschutzrecht (KSchR), Aufhebungsvertrag*, Rn. 78 ff., 81 ff., 11. Auflage, 2020.

DÄUBLER, BERTZBACH-BRORS, *Handkommentar Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)*, § 10 Rn. 102 ff., Nomos, 4. Auflage, 2018.

DÄUBLER, HJORT, SCHUBERT, WOLMERATH, *Handkommentar Arbeitsrecht*, § 10 KSchG, Nomos, 4. Auflage, 2017.

EICHER, SCHLEGEL (Hrsg.), *SGB III – Arbeitsförderungsrecht*; COSERIU in *EICHER, SCHLEGEL, Kommentar mit Nebenrecht***,** SGB III, 97, Rn. 1 zu § SGB_III § 144 SGB III, Juni 2010.

FITTING K., *Handkommentar zum BetrVG*, 30. Auflage, 2020.

FITTING K., *Handkommentar zum BetrVG*, 28. Auflage 2016.

FRANZEN, GALLNER, OETKER, *Kommentar zum Krebber europäischen Arbeitsrecht*, 2. Auflage, 2018.

GAGEL, WINKLER, *Kommentar SGB II, SGB III, § 159 SGB III, Aufhebungsvertrag, Rn. 73-105,* 78. EL, Mai 2020.

GAGEL, WINKLER, *Kommentar SGB II, SGB III, Grundsicherung und Arbeitsförderung, § 159 SGB III, Rn. 144*, 63. EL, C.H. Beck, Mai 2016.

GAUL B., *Aktuelles Arbeitsrecht*, Band 2, Dr. Otto Schmidt, 2018.

GIESEN D., BGB Allgemeiner Teil, De Gruyter, 2013.

GILDEGGEN, LORINSER, WILLBURGER, BUCHMANN, BRÖNNEKE, EISENBERG, HARRIEHAUSEN, JAUTZ, SCHMITT, SCHWEIZER, TAVAKOLI, THÄLE, WECHSLER, *Wirtschaftsprivatrecht*, 7 Dienst- und Arbeitsvertrag, De Gruyter Oldenbourg, 4. Auflage, 2020.

GRAU, HARTMANN, *Europäisches Arbeitsrecht*, § 15 Betriebsübergang, Preis, 2. Auflage 2019.

GRUNDMANN S., GEORGIOU C., *Die Aufhebung von Arbeitsverträgen*, Rieder, 3. Auflage 2014.

GSELL, KRÜGER, LORENZ, REYMANN, *Großkommentar, BGB § 623 Schriftform der Kündigung*, BeckOK, 01.08.2020.

GÜNTHER in GSELL, KRÜGER, LORENZ, REYMANN, *Großkommentar, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, BeckOK, 01.08.2020.

HEINZE, *FS für Dieter Gaul*, 1992.

HENSSLER M., PREIS U., *Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes*, C.H. Beck, 1. Auflage, 1. Januar 2006.

HESSE, BeckOK *ArbR Kommentar*, 57. Ed., 01.09.2020, BGB § 620, *Kündigung in ein Angebot auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages*, in ROLFS, GIESEN, KREIKE-BOHM, UDSCHING, Rn. 46.

HESSE, BeckOK, *ArbR Kommentar*, 01.06.2010, § 620 BGB, Rn. 83.

HESSE, *Münchener Kommentar zum BGB, § 14 TzBfG, C.H. Beck, 4. Auflage 2005.*

HJORT J.P., *Aufhebungsvertrag und Abfindung*, Recht Aktuell, Bund Verlag, 4. Auflage, 2011.

HOLBECK-SCHWINDL, *Referendarpraxis Lernbücher für die Praxisausbildung, Arbeitsrecht*, Verlag Franz Vahlen München, 11. Auflage, 2012.

JURASCHKO B., *Praxishandbuch Recht für Bibliotheken und Informationseinrichtungen*, De Gruyter Saur, 2. Auflage, 2020.

KLEINEBRINK W., *Strategisches Arbeitsrecht,* Der Betrieb, S. 2448, 2010.

KLIEMT in HWK, ArbR, 3. Auflage 2008, Anh, § 9 KSchG, Rn. 30.

KLUMPP in GSELL, KRÜGER, LORENZ, REYMANN, *Großkommentar, BGB § 623 Schriftform der Kündigung*, BeckOK, 01.08.2020.

KOCH U. in SCHAUB G., KOCH U., *Arbeitsrecht von A-Z, Aufhebungsvertrag*, 24. Auflage, 2020.

KRAUSE in STAUDINGER, BGB Kommentar, Anhang zu § 310 BGB Rz. 225, 2013.

KRAUSE R., *Arbeitsrecht*, 2. Auflage, Nomos, 2011.

KUNER, BeckOK *TVöD*, *Regelungen und deren Erfordernisse*, 50. Ed., 01.10.2012, § 33 TVöD-AT.

KÜTTNER, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020.

KÜTTNER, VOELZKE, *Personalbuch*, *Sperrzeit*, 24. Auflage, Rn. 6, 2017.

KÜTTNER, EISEMANN, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, Rz. 2, 2014.

LINCK in SCHRAUB*, Arbeitsrechts Handbuch, § 122 Aufhebungsvertrag und Abwicklungsvertrag,* 18. Auflage, 2019, Rn. 19.

LÖWISCH M., *Arbeitsrecht*, 8. Auflage, C. H. Beck, 2007.

MANKOWSKI P., *Beseitigungsrechte – Widerruf, Anfechtung und verwandte Institute*, MOHR (SIEBECK P.) Tübingen, Jus Privatum 81, 2003.

MICHALSKI L., *Arbeitsrecht,* Start, C.F. Müller, 7. Auflage, 2008.

MOLL in ASCHEID, PREIS, SCHMIDT, *Kommentar Kündigungsschutzrecht*, § 17 KSchG Rn. 33, 5. Auflage, 2017.

MÜLLER, GLÖGE, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 18. Auflage 2018, § 623 BGB.

MÜLLER, GLÖGE, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage, 2016.

NABER S., *Der massenhafte Abschluss arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge*, Dissertation, Forum Arbeits- und Sozialrecht, Centaurus Verlag & Madie UG, Band 30, 2009.

PREIS, TEMMING, *Arbeitsrecht*, Verlag Dr. Otto Schmidt, 6. Auflage, 2020.

PREIS, TEMMING, *Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt, 6. Auflage, 2019.

PREIS, TEMMING, *Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, Verlag Dr. Otto Schmidt, 4. Auflage, 2012.

PREIS U., *Der Arbeitsvertrag*, Verlag Dr. Otto Schmidt, 5. Auflage, 2015.

PREIS U., EINIKO B. F., *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, Schutz der Arbeitnehmer – Verbraucher und seine Grenzen,* Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Verlag Peter Lang, 2005.

RICHARDI, THÜSING, *Kommentar BetrVG*, § 102, 16. Auflage, 2018.

ROLFS, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, *SGB III § 159, Ruhen bei Sperrzeit*, Rn. 7-12, 20. Auflage, 2020.

ROLFS in APS, *Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Kündigungsrecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, 2017.

ROLFS, *Der Arbeitsvertrag*, *A 100 der Aufhebungsvertrag*, Preis, 5. Auflage, 2015.

ROLFS, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 11. Auflage, 2011.

ROLFS, *FS REUTER*, S. 825 (832), 2010.

ROLFS in APS, *Kommentar MuSchG*, § 9, Rn 69, 1968.

ROLOFF in HWK, Anh. §§ 305–310 BGB Rz. 8; *Kommentar AGB-Arbeitsrecht*, CLEMENZ, KREFT, KRAUSE, 2. Auflage, 2019.

SCHAUB, LINCK, ArbR-Hdb, 13. Auflage, 2009, § 122 Rn. 37.

SCHMIDT in KÜTTNER, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020.

SCHULTE in WEBER und GROEGER, *Arbeitsrecht im Öffentlichen Dienst*, § 16 Beendigungsvereinbarungen, Dr. Otto Schmidt, 3. Auflage, 2020.

SCHÜREN in SCHÜREN, HAMANN, *Kommentar AÜG, § 3 Versagung*, 5. Auflage 2018, Rn. 107-108.

SEIDEL in KÜTTNER, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, Rn. 27, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020.

STEINHEMER J., *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, Kompaktwissen Lohn und Personal, Datev eG Verlag, 2015.

STOFFELS in ROLFS, GIESEN, KREIKE-BOHM, UDSCHING, *Online-Kommentar Arbeitsrecht,* BGB § 626, Rn. 10-11, 57. Ed., 01.09.2020.

STOFFELS in WOLF, LINDACHER, PFEIFER, Anh. *ArbR Kommentar* zu § 310, 6. Auflage, 2013.

TESCHKE U., BÄHRLE, *Arbeitsrecht schnell erfasst*, 6. Auflage, Springer, 2007.

THIES, *Arbeit und Sozialer Schutz*, *Der Schutz des Arbeitnehmers bei Abschluss arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge*, Bd. 3, 2007.

TSCHÖPE, *Arbeitsrecht Handbuch*, 11. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2019.

VOELZKE in KÜTTNER, *Personalbuch, Aufhebungsvertrag*, 27. Auflage 2020, Stand BeckOK 01.06.2020.

VOLK in BROSE, WETH, VOLK, *Beendigung durch Aufhebungsvertrag, Kommentar MuSchG § 17 Kündigungsverbot, Rn. 130-134*, 9. Auflage 2020.

WALDENFELS T.-G., *Systematische Darstellung mit Übersichten, Fallbeispielen und allen wichtigen Entscheidungen,* Rerefendarausbildung Recht, Arbeitsrecht, Verlag Richard Boorberg, 4. Auflage, 2009.

WEBER, EHRLICH, BURMESTER, FRÖHLICH, *Handbuch der arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträge*, 5. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2012.

WEIGAND in *Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsrecht und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften (KR)*, *§ 17 KSchG Rn. 66*, Wolters Kluwer, 12. Auflage, 2019.

WOLLENSCHLÄGER M., *Arbeitsrecht,* Academia Iuris Lehrbücher der Rechtswissenschaft, Verlag Carl Heymanns, 3. Auflage, 2010.

Sources de droit français

ADAM P., *La négociation (collective) sans la négociation. À propos de l'article 8 de l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017*, Sem. Soc. Lamy, supplément du 13 novembre 2017, n° 1790.

ADAM P., *Rupture conventionnelle : ode aux noyés (Sur l'entretien, la nullité et la preuve)*, Cass. Soc. 1er décembre 2016, n° 15-21.609, Le Droit Ouvrier, mars 2017, n° 824.

AKNIN F., *Rupture du contrat de travail, L'autonomie de la RCC*, JCP S, 30 avril 2019, n° 17-18, 1136.

ANCIAUX N., *La personnalité juridique du CSE dans les entreprises de moins de 50 salariés, Plaidoyer en faveur d'une personnification finalisée*, JCP S, 28 janvier 2020, n° 4, 1019.

ASSOULINE Y., Note sous arrêt, Cour d'appel de Paris, 11 juin 1975, JCP 1976 II 18 357.

AUZERO G., *Les transformations du comité social et économique*, JCP S, 2018, 1227.

AUZERO G., Note, Cah. Soc., 2018, 92.

AUZERO G., Note, RDT, 2014, 330.

AUZERO G., Note, RDT, 2014, 255.

AUZERO G., *La volonté du salarié en matière de ruptures bilatérales*, Le Droit Ouvrier, 2013.

AUZERO G., *Le différend n'exclut pas la rupture conventionnelle*, RDT, 2013, 480.

AUZERO G., *Rupture conventionnelle: la sécurisation en marche!*, RDT, 2013, 555.

AUZERO G., *Les conditions d'un plan de sauvegarde de l'emploi peuvent s'apprécier au niveau d'une UES?*, BMIS, 2011, n° 8, 735 à 737.

AUZERO G., Observations, RDT, 2010, 97.

AUZERO G., *La rupture conventionnelle du contrat de travail: l'illusion de la sécurisation*, RDT, 2008.

AUZERO G., *L'accord du 23 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail: l'ébauche d'une flexisécurité à la française*, RDT, 2008.

BAILLY P., *Volontariat et reclassement : quelle compatibilité ?*, SSL. 2010, n° 1465, p. 10.

BARBIER H., Observations, RTD civ., 2016.

BARGAIN G., SACHS T., *La tentation du barème*, RDT, 2016.

BARIET A., DAVOINE J.-B., *Projets d'ordonnances: nouveau régime des licenciements*, Recueil Dalloz, 14 septembre 2017, n° 30, 1715.

BARIET A., *Projets d'ordonnances : ruptures conventionnelles collectives*, Recueil Dalloz, 14 septembre 2017, n° 30, 1716.

BAUGARD D., *Le CDI, un contrat sans terme ?*, Le Droit Ouvrier, septembre 2019, n°854.

BAUGARD D., *Prescriptions et pouvoirs du juge judiciaire*, Dr. Soc., 2018.

BAUMGARTEN C., ETIEVANT G., GHÉNIN A., MILET L., SIGNORETTO F., *Représentation du personnel: la fusion des instances signe la fin de la concertation dans les entreprises*, Le Droit Ouvrier, 2017, 529.

BAZIN E., *Le droit de repentir en droit de la consommation*, Recueil Dalloz, 2008, 3028.

BÉLIER G., *Rapport du 29 mars 1990 au ministre du Travail, relatif au développement des institutions représentatives du personnel dans les PME*, Semaine Sociale Lamy, 2 avril 1990, n° 497.

BÉNABENT A., *Sept clés pour une réforme de la prescription extinctive*, Dalloz, 2007, 1800, spéc. N° 18.

BENTO DE CARVALHO L., *Nullité de la rupture conventionnelle homologuée : prime à l'employeur fraudeur ?*, RDT 2018, 594.

BENTO DE CARVALHO L., *L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou statu quo* ?, RDT 2016, 258.

BÉRAUD J.-M., *Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique: un rapport à décrypter*, RDT, 2011, 226.

BERNARDEAU L., *Le droit de rétractation du consommateur un pas de plus vers une doctrine d'ensemble, à propos de l'arrêt CJCE, 13 décembre 2001, HEININGER*, JCP G, 2002 I, 168, spéc. N° 22.

BONNECHÈRE M., Note sous arrêt, Cour de cassation, chambre sociale, 6 octobre 2015, A. contre Société Méditerranée Var diffusion, numéro de pourvoi 14-17.539, Le Droit Ouvrier, janvier 2016, n° 810.

BONNECHÈRE M., *Les plans de départs volontaires,* 22 février 2010, exposé dans la conférence organisée par la Commission de droit social (formation continue) du Barreau de Paris à l'auditorium du Harlay, Le Droit Ouvrier, mai 2010, n° 742.

BORENFREUND G., *La fusion des institutions représentatives du personnel, Appauvrissement et confusion dans la représentation*, RDT, 2017, 608.

BORENFREUND G., *La résistance du salarié à l'accord collectif, l'exemple des accords dérogatoires*, Dr. Soc., 1990, 626.

BORIE J.-L., Note sous arrêt, Cour d'appel de Lyon, chambre sociale B, 11 janvier 2012, SA MGI Coutier contre C., Le Droit Ouvrier, août 2012, n° 769.

BOSSU B., Note sous arrêt, JCP S, 2019, 1337.

BOUAZIZ P., COLLET-THIRY N., *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée: mode d'emploi*, Le Droit Ouvrier, 2010, n° 739.

BOULMIER D., *Rupture conventionnelle : regard critique sur les procédures de rétractation et d'homologation*, JCP S, 2010, 1036.

BOUTON J., *Le comité social et économique et la santé au travail*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n° 852.

BRÉDON G., FLAMENT L., *La rupture conventionnelle: une rupture amiable encadrée*, JCP S, 2008, 1431.

CAMERLYNCK G.-H., Note sous arrêt, Cour de cassation, chambre sociale, 13 novembre 1959, JCP 1960 II 11450.

CANUT F., *La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux*, Dr. Soc., 2017, 1033.

CANUT F., *Quand la rupture conventionnelle travailliste chasse la rupture amiable du droit commun des contrats*, RLDA, 2012, n° 75.

CARBONNIER J., *Note sur la prescription extinctive*, RTD civ., 1952, 171.

CESARO J.-F., *La résiliation conventionnelle des contrats de travail*, Dr. Soc., 2011, 640.

CHAMPEAUX F., *La mise en place du CSE*, Semaine Sociale Lamy, 15 janvier 2018, n°1798.

CHASSAGNARD-PINET S., VERKINDT P.-Y., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, JCP S, 2008, 1365.

CHAUVY Y., Conclusions, JCP G 1995, II, 22433.

CHEVRIER C., *La RCC, un nouvel outil de gestion prévisionnelle des emplois,* SSL, 2018.

CHIREZ A., *La rupture conventionnelle pour cause économique*, Le Droit Ouvrier, août 2011, n° 757, 473.

CIRAY H., Note sous arrêt, Cour de cassation, chambre sociale, 30 mai 2018, numéro de pourvoi 16-15.273 (publié), droit ouvrier, août 2018, n° 841.

CLAUDEL E., Observations, RTD, com. 2015, 699.

COMBREXELLE J.-D., JCP S, 2017, 1305.

CONSTANTIN A., Observations, JCP E, 2001, 1633.

CORRIGNAN-CARSIN D., *Validité d'une clause de non-concurrence dans une situation de rupture conventionnelle*, JCP G, 5 février 2018, n° 6, 141.

CORRIGNAN-CARSIN D., Note sous arrêt, JCP E, 2013, 1236.

CORTOT J., Observations, Dalloz actualités, 14 janvier 2016.

COUTURIER G., *Il n'est de résiliation d'un commun accord que la rupture conventionnelle*, sur l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 15 octobre 2014, Dr. Soc., 2015, p. 32.

COUTURIER G., Note, RJS, 2011, 347.

COUTURIER G., *Rupture conventionnelles et licenciements pour motif économique*, RJS, 2011, 347 à 351.

COUTURIER G., *Le licenciement collectif dans une unité économique et sociale*, Dr. Soc. 2011, 175-180.

COUTURIER G., SERVERIN E., controverse, *Quel contentieux pour la rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée?*, , sous la direction de JEANMAUD A., RDT, 2009, 205.

COUTURIER G., *Les ruptures d'un commun accord*, Dr. Soc., 2008, 923.

COUTURIER G., *Sur le motif économique des départs volontaires*, Dr. Soc., 2007, 978.

DABOSVILLE B., *Le salaire minimum légal, la convention collective et le juge, comparaison franco-allemande*, RDT, janvier 2018.

DÄUBLER W., *Une utopie sortie du désert ? Le « Code du travail alternatif » en France*, Le Droit Ouvrier, mai 2019, n°850.

DALMASSO R., *Rupture conventionnelle collective et procédure du licenciement économique : une cohabitation à établir – à propos du jugement du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 16 octobre 2018*, Le Droit Ouvrier, avril 2019, n°849.

DALMASSO R., *La « rupture conventionnelle collective » : une chimère ?*, Le Droit Ouvrier, novembre 2017, n° 832.

DALMASSO R., *L'incidence de l'intégration des ruptures conventionnelles au plan de sauvegarde de l'emploi : une nouvelle voie d'action pour annuler un licenciement économique*, RDT, 2012, 379.

DAMIANO M., MOUNIER-BERTAIL B., *Rupture conventionnelle: quel bilan?*, Controverse, RDT, 2012.

DAMIANO M., *Ruptures conventionnelles: un bilan peu surprenant*, RDT, 2012, 333.

DARVES-BORNOZ P., Note, *Du nouveau du côté de l'UES ?*, Le Droit Ouvrier 2011, n°754, 289-296.

DAUXERRE L., CHATARD D., RIOCHE S., *Le comité social et économique, premier bilan*, JCP S, 19 février 2019, n° 7, 1045.

DAUXERRE N., Note, *Appréciation du nombre de licenciements dans le cadre d'une UES*, JCP S 11 janvier 2011, n°1, 1007.

DAVID A., *Validité d'une rupture conventionnelle conclue en l'état d'un différend existant entre les parties*, Le Droit Ouvrier, juillet 2013, n° 780.

DEDESSUS-LE-MOUSTIER N., *Terme du délai de rétractation en matière de rupture conventionnelle*, JCP G, 12 mars 2018, n° 11, 281.

DEDESSUS-LE-MOUSTIER G., *Mise en œuvre de dispositions relatives à l'accord collectif portant rupture conventionnelle*, JCP G, 8 janvier 2018, n° 1-2-8, 15.

DELGADO E., Note sous arrêt, Conseil de Prud'hommes de Rambouillet, 18 novembre 2010, G. et union locale CGT contre Coignières automobile ; Conseil de Prud'hommes de Bordeaux, P. contre Assistance aéronautique et Aérospatiale et a., 21 janvier 2010 ; Conseil de Prud'hommes de Valence, G. contre Smurfit Kappa, 25 novembre 2010, Le Droit Ouvrier, mai 2011, n° 754.

DOCKÈS E., *Le PSE sans reclassement : naissance d'une chimère*, SSL, 2010, n° 1465, 11.

DOCKÈS E., *Le plan de sauvegarde de l'emploi sans reclassement : naissance d'une chimère*, SSL, 2010, n° 1465.

DOCKÈS E., *Un accord donnant donnant, donnant, donnant…*, Dr. Soc., 2008, 280.

DOMERGUE B., *Réforme du code du travail : présentation d'une ordonnance balai*, Recueil Dalloz, 14 décembre 2017, n° 43.

DOMERGUE B., DAVOINE J.-B., *Projets d'ordonnances : rôle du nouveau comité social et économique*, Recueil Dalloz, 14 septembre 2017, n° 30, 1714.

DRAI L., Note, JCP S, 2007, 1187.

DUCLOZ F., Chronique, Recueil Dalloz, 2017, 2540.

DUCLOZ F., Chronique, Recueil Dalloz, 2018, 190.

DUCLOZ F., Chronique, Recueil Dalloz, 2016, 1258 et 1588.

DUMOULIN F., Observations, Le Droit Ouvrier, 2012, Bull. V n° 22, 600.

FABRE A., *Ruptures conventionnelles collectives et congés mobilité : deux faux jumeaux*, SSL, 2018, n° 1800.

FABRE A., *Regard constitutionnel sur la « négociation » dans les très petites entreprises*, Le Droit Ouvrier, juillet 2018, n° 840.

FABRE A., *Que reste-t'il du droit du licenciement pour motif économique?,* SSL, 2017, n° 1784.

FABRE A., Chronique, *Constitutions 2015*, 421.

FABRE A., *Coup de froid sur la GPEC. Quand anticipation ne rime plus avec exonération*, SSL, 2011, 1483.

FABRE A., Observations, *Ruptures conventionnelles et suppressions d'emplois pour motif économique : possibilité offerte par la loi ou fraude à la loi?*, RDT, 2010, 369.

FABRE A., *L'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, une tentative d'évaluation*, Revue de l'OFCE, avril 2008, n° 107, 5 à 28.

FABRE A., RADÉ C., *Le juge et la rupture conventionnelle du contrat de travail*, Dr. Soc., 2017, 20.

FABRE-MAGNAN M., *Le devoir d'information dans les contrats: essai de tableau général après la réforme*, JCP G, 2016, 706, n° 269.

FABRE-MAGNAN M., *La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail*, SSL 2016, 1715.

FABRE-MAGNAN M., *Le forçage du consentement du salarié*, Le Droit Ouvrier, 2012, 459.

FAVENNEC-HÉRY F., *Rupture du contrat de travail, Nullité du PSE et convention de rupture*, JCP S, 5 février 2019, n° 5, 1028.

FAVENNEC-HÉRY F., *Vers la reconnaissance d'un droit spécifique du transfert des salariés*, SSL, 2015, n° 1664.

FAVENNEC-HÉRY F., Note, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à l'ombre du droit du licenciement collectif*, JCP S, 2011, 1200.

FAVENNEC-HÉRY F., *PDV, PSE, PDR : un plan chasse l'autre*, Dr. soc. 2010, 1164.

FAVENNEC-HÉRY F., **MAZEAUD A.**, *La rupture conventionnelle du contrat de travail: premier bilan*, JCP S, 2009, n° 1314.

FAVENNEC-HÉRY F., *La rupture conventionnelle du contrat de travail, mesure phare de l'accord*, Dr. Soc., 2008, 311.

FAVENNEC-HÉRY F., *Rupture conventionnelle du contrat de travail : quel domaine ?*, SSL, 2008, n° 1360.

FERKANE Y., *La représentation du personnel comme objet de la négociation collective: le cas du CSE*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n°852.

FERRER A., *Note sous arrêt*, Cour de cassation, 29 janvier 2014, n° 12-24.539, Le Droit Ouvrier, 2014, 415.

FERRER A., Note sous arrêt, Le Droit Ouvrier, 2013, 507.

FERRER A., Note sous arrêt, Conseil de Prud'hommes de Chalon-sur-Saône, chambre de commerce, 25 avril 2012, C. contre ZM Destock et a., Le Droit Ouvrier, octobre 2012, n° 771.

FRAISE E., *Les ruptures du contrat de travail à l'initiative du salarié*, RPDS, 2007, 383.

FRAISSE W., Observations, Dalloz actualité, 24 octobre 2014.

FRAISSE W., Observations, Dalloz actualité, 11 avril 2014.

FREYSSINET J., *Flexibilité et sécurité: quelles stratégies d'acteurs*, Travail et Emploi, 2009, n° 2, 113.

FROUIN J.-Y., *Le recul du juge en droit du travail*, RDT, janvier 2020, 12.

FROUIN J.-Y., *Les ruptures à l'initiative du salarié et le droit de la rupture du contrat de travail*, JCP S, n° 29, 15 juillet 2008, 1407.

GAUDU F., *Les ruptures d'un commun accord*, Le Droit Ouvrier, 2008, 603.

GÉA F., *Rupture conventionnelle collective, étape 2: le regard du juge administratif*, RDT, novembre 2018, 763.

GÉA F., *Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique*, RDT, 2011, 244 à 248.

GÉA F., *La chambre sociale et le volontariat. A propos de l'arrêt Renault*, RDT. 2010, 704.

GEIGER C., *Un premier jugement censure le plafonnement des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse*, Note sur l'arrêt du Conseil de prud'hommes de Troyes, 13 décembre 2018, Le Droit Ouvrier, janvier 2019, n° 846.

GEIGER C., Note sur l'arrêt de la Cour de cassation *La Maison du Surgelé*, 21 décembre 2017, Le Droit Ouvrier, février 2018, n° 835.

GHENIM A., *Rupture conventionnelle collective et révision des règles du licenciement : la fin du licenciement pour motif économique ?* Le Droit Ouvrier, mars 2018, n° 836.

GHESTIN J., *La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée*, JCP G, 2011, 703.

GLASER E., **SÉNERS F.**, Chronique, JCP A, 2004, 1528.

GOLDIE-GÉNICON C., *Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après*, Le Droit Ouvrier, 2019, 533.

GOSSELIN H., *La rupture conventionnelle encourt-elle nécessairement la nullité en cas de harcèlement moral ?* note sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 23 janvier 2019, Le Droit Ouvrier, avril 2019, n° 849.

GOSSELIN H., *Un litige n'exclut pas la rupture conventionnelle*, SSL, 2013, n° 1586.

GOURGUES G., YON K., *Démocratie, le fond et la forme: une lecture politique des ordonnances Macron*, RDT, 2017, 625.

GRAS N., *La rupture conventionnelle en droit des contrats*, JCP E, 2017, 1240.

GRIDEL J.-P., *La rupture unilatérale aux risques et périls*, RLDS, 2007, 41.

GRUMBACH T., SERVERIN E., Note sur l'arrêt de la Cour d'appel d'Angers, Dr. soc., 18 janvier 2011, RDT 2011, 452.

GRUMBACH T., SERVERIN E., *Le juge des référés prud'homal face au refus d'homologation de ruptures conventionnelles*, SSL, 8 mars 2010, 6 à 10.

HENRY M., BIED-CHARRETON M-F., *Tant d'hermine pour une validation aussi contestable du barème Macron*, Le Droit Ouvrier, novembre 2019, n° 856.

ICARD J., *Avis relatifs au barème Macron : la stratégie du flou*, SSL, 26 août 2019, n° 1871.

ICARD J., *La prescription en droit du travail, Étude d'actualité des relations individuelles de travail*, Chronique, RJS, mai 2019, 332.

ICARD J., *La logique juridique n'est pas absente des jugements prud'homaux sur le barème*, SSL, 24 janvier 2019, nº 1846.

ICARD J., Observations, Cah. Soc., 2016, 145.

ICARD J., Observations, Cah. Soc., 14 janvier 2013.

JACQUELET C., COULOMBEI E., *La transaction en droit social*, RJS, mai 2019, 346.

JAULT-SESEKE F., ROBIN-OLIVIER S., *Le droit fondamental à un minimum vital sous la protection de la Cour constitutionnelle allemande*, sous la responsabilité de LOKIEC P., RDT, février 2020, 141.

JAULT-SESEKE F., ROBIN-OLIVIER S., *L'égalité en matière de rémunération*, comparaison franco-allemande, sous la responsabilité de LOKIEC P., RDT, janvier 2019, 59.

JEAN-PIERRE D., Note, JCP A, 2004, 1521.

JEANSEN E., *Cotisations et contributions sociales, L'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse soumise à CSG/CRDS, entre passé et présent*, JCP S, 2 avril 2019, n° 13, 1101.

JOLY L., *L'impact de l'assurance chômage sur l'indemnisation de la perte d'emploi*, Le Droit Ouvrier, 2015, 458.

JULIEN D., *La rupture conventionnelle du contrat de travail, salariés protégés*, Les cahiers Lamy du CE, décembre 2010, n° 99.

KERBOURC'H J.-Y., *Salariés protégés, Des dangers de la rupture conventionnelle du contrat de travail d'un salarié protégé*, JCP S, 9 juillet 2019, n° 27, 1201.

KERBOURC'H J.-Y., *Salariés protégés, Non-consultation des IRP en cas d'inaptitude d'un salarié protégé : le vice peut être purgé!*, JCP S, 30 avril 2019, n° 17-18, 1137.

KERBOURC'H J.-Y., Note, JCP S, 2018, 1071.

KRIVINE J., *« Les Dalton dans le blizzard » - Des instances élues entravées ?*, Le Droit Ouvrier, mars 2018, n° 836.

LAGESSE P, BOUFFIER N., *Les frontières de la rupture conventionnelle*, Dr. Soc., 2012, 14.

LAITHIER Y.-M., *À propos de la réception du contrat relationnel en droit français*, Recueil Dalloz, 2006, 1003.

LAHALLE T., *La réforme de l'assurance chômage*, JCP S, 26 novembre 2019, n° 47, 1333.

LAHALLE T., *Les gilets jaunes et le droit du travail*, JCP S, 16 juillet 2019, n° 28, 1208.

LAHALLE T, *La baisse du contentieux prud'homal*, JCP S, 2018, 1386.

LARDY-PÉLISSIER B., Note, RDT, 2014, 684.

LARDY-PÉLISSIER B., *Rupture conventionnelle: un raisonnement classique, mais imparfait*, RDT, 2014, 622.

LAVAL J.-S., *L'homologation d'une rupture conventionnelle par l'inspecteur du travail n'est pas tributaire du litige antérieur concernant le contrat de travail*, JCP S, 26 mars 2019, n° 12, 1092.

LE CAM S., Note sous arrêt, Cour de cassation, chambre commerciale, 31 janvier 2018, *M. Y c. Sociétés Télécom Design et Info Networks Systems*, numéro de pourvoi 16-13.262 (publié), Le Droit Ouvrier, juillet 2018, n° 840, 470.

LEBORGNE-INGELAERE C., Note sous arrêt, Cour de cassation, chambre sociale, 30 janvier 2013, numéro de pourvoi 11-22.332, JCP S, 2013, 1112.

LEFRANC-HARMONIAUX C., Note, JCP G, 2013, 234.

LEROY Y., Note sous arrêt, Cour de cassation, chambre sociale, 25 mars 2015, N. contre société Sword, numéro de pourvoi 14-10.149, Le Droit Ouvrier, juin 2015, n° 803.

LEROY Y., *Rupture conventionnelle : hors vice du consentement, point de salut !*, SSL, 2014, n° 1617.

LEROY Y., Observations, RDT, 2013, 764.

LHERMOUD C., Observations, JSL, 2013, n° 350-2.

LOISEAU G., *Le harcèlement moral ne vicie pas en soi le consentement*, JCP S, 26 février 2019, n° 8.

LOISEAU G., *La personnalité juridique du comité social et économique des entreprises de moins de cinquante salariés*, BJT 2019, 23.

LOISEAU G., JCP S, 2019, 1057.

LOISEAU G., Note, JCP S, 2018, 1218.

LOISEAU G., *La régulation des contentieux de la rupture conventionnelle*, JCP S, 2017, 1005.

LOISEAU G., *Quelques observations sur les ruptures conventionnelles collectives d'un commun accord*, SSL, 2017, n° 1788.

LOISEAU G., Note, JCP S, 2016, 1265.

LOISEAU G., Note, JCP S, 2016, 1079.

LOISEAU G., Note, JCP S, 2016, 1005.

LOISEAU G., *Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats*, JCP S, 2015, 1468, n°11.

LOISEAU G., Note, JCP S, 2014, 1436.

LOISEAU G., Note, JCP S, 2014, 1301.

LOISEAU G., Note, JCP S, 2014, 1137.

LOISEAU G., *La rupture conventionnelle au régime du droit commun*, JCP S, 2014, 1078.

LOISEAU G., Note, *Les ruptures conventionnelles pour motif économique*, Dr. Soc. 2011, 681-688.

LOISEAU G., *Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail*, Dr. Soc., 2010, 297.

LOKIEC P., *Chronique de droit comparé de droit du travail*, RDT, octobre 2019, 655.

LOKIEC P., *Points d'interrogation*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n° 852.

LOKIEC P., *La convention n° 158 de l'OIT, Après le CNE, le barème….*, JCP S, 30 juillet 2019, n° 30-34, 1230.

LOKIEC P., *IV. Conditions de travail*, Recueil Dalloz, 19 avril 2018, n° 15, 820.

LOKIEC P., *V. Rupture*, Recueil Dalloz, 19 avril 2018, n° 15, 821.

LOKIEC P., *Hiérarchie des normes et négociation : le pari de la confiance*, Le Droit Ouvrier, mars 2018, n° 836.

LOKIEC P., PORTA J., *Relations professionnelles*, Droit du travail, Recueil Dalloz 2018.

LOKIEC P., PORTA J., *Droit du travail – relations professionnelles*, Recueil Dalloz, 16 novembre 2017, n° 39, 2274.

LOKIEC P., *Vers un nouveau droit du travail ?*, Recueil Dalloz, 26 octobre 2017, n° 36.

LOKIEC P., PORTA J., *Droit du travail : relations individuelles de travail*, Recueil Dalloz, 13 avril 2017, n° 15.

LOKIEC P., *Garantir la liberté du consentement contractuel*, Dr. Soc., 2009, 127.

LOKIEC P., *La contractualisation du licenciement*, SSL, 2009, n° 1383.

MANGIAVILLANO A., JACQUINOT N., Observations, Recueil Dalloz, 2016, 1461.

MARGUÉNAUD J.-P., *Le barème d'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse sauvé dans la confusion des sources européennes du droit social*, Cass., ass. plén., 17 juillet 2019, n° 19-70.011, avis n° 15012, à paraître au Bulletin, Revue de Droit du Travail (RDT), novembre 2019, n° 11.

MARQUET DE VASSELOT L., MARTINON A., *Licenciement pour motif économique, Rupture du contrat de travail et suppression d'emplois*, JCP S, 2017, n° 25, 1312.

MASANOVIC P., BARADEL S., *Les nouveaux modes de rupture du contrat de travail*, Le Droit Ouvrier, avril 2009, 182.

MAZEAUD D., *Le nouvel ordre contractuel*, RDC, 2003, 295.

MEHREZ F., Recueil Dalloz, 14 septembre 2017, n° 30, 1713.

MEKKI M., Observations, Recueil Dalloz, 2017, 375.

MEYRAT I., Note, Le Droit Ouvrier, 2011, 148.

MILET L., *Étude représentants du personnel*, RPDS, juin 2016, n° 854.

MIR J.-M., AKNIN F., *Rupture du contrat de travail, Les nouvelles ruptures amiables prévues par accord collectif*, JCP S, 2017, n° 23, 1317.

MIR J.-M., AKNIN F., *La rupture conventionnelle collective, une simplicité apparente et de nombreuses questions pratiques*, JCP S, 2017, 2140 et 2141.

MONTVALON L. de., *Rupture conventionnelle et réticence dolosive, Quelle protection du consentement face à l'asymétrie d'information ?,* JCP S, 4 février 2020, n° 5, 1028.

MORIN J., *Regard sur la conformité des nouvelles institutions représentatives du personnel aux normes supra-légales*, Le Droit Ouvrier, juillet 2018, n° 840.

MORIN J., *Quel point de départ pour la prescription de l'action en nullité de la rupture conventionnelle ?*, RDT, mai 2018, 392.

MORIN M.-L., *Travail et liberté contractuelle, une mise en perspective*, Le Droit Ouvrier, mars 2018, n° 836.

MORIN M.-L., *Derrière le « pragmatisme » des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux du travail*, Le Droit Ouvrier, octobre 2017, 590.

MORVAN P., *La salade des ruptures conventionnelles*, Dr. soc., 2018, 26.

MOULY J., *Les contrats à durée déterminée ou de mission : contrats à terme ?*, Le Droit Ouvrier, septembre 2019, n° 854.

MOULY J., *Résiliation conventionnelle, harcèlement moral et vice de violence : l'exclusivisme du droit commun*, Dr. Soc., 2019, 268.

MOULY J., *La barémisation des indemnités prud'homales : un premier pas vers l'inconventionalité ?*, Dr. Soc., 2019, 122.

MOULY J., Observations, Dr. Soc., 2018, 302.

MOULY J., *Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux, Une condamnation de mauvais augure pour la « réforme Macron »?*, Dr. soc., 2017.

MOULY J., *Le défaut d'entretien préalable à la rupture conventionnelle : une nullité bien illusoire*, Dr. Soc., 2017, 82.

MOULY J., Note sous Cass. Soc. 1er décembre 2016, Dr. Soc. 2017.

MOULY J., Note, Dr. Soc., 2017, 680.

MOULY J., Observations, Dr. Soc., 2016, 1065.

MOULY J., Dr. soc., 2016, 291.

MOULY J., Observations, Dr. Soc., 2016, 779.

MOULY J., Observations, Dr. Soc., 2015, 1033.

MOULY J., *La résiliation conventionnelle, voie exclusive de la rupture négociée du contrat de travail à durée indéterminée*, Dr. Soc., décembre 2014, n° 12.

MOULY J., *La « délocalisation procréative »: fraude à la loi ou habileté permise ?*, Recueil Dalloz, 2014, 2419.

MOULY J., Note, Dr. Soc., 2014 sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 15 octobre 2014.

MOULY J., *Résiliation conventionnelle et point de départ du délai de renonciation à une clause de non-concurrence*, Dr. Soc., avril 2014, n° 4.

MOULY J., *Nullité d'une résiliation conventionnelle pour vice du consentement de l'employeur*, Dr. soc., 2013, 759.

ODOUL-ASOREY I., *La participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise par l'intermédiaire de leurs représentants*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n° 852.

ODOUL-ASOREY I., *Droit des relations professionnelles*, RDT, février 2018.

PAGNERRE Y., *Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail*, Dr. soc., 2016, 727.

PATIN M., Note sous arrêt, Cour de cassation, 6 février 2013, numéro de pourvoi 11-27.000, JCP S, 2013, 1162.

PATIN M., *L'évolution du contrôle de la rupture conventionnelle*, JCP S, 2012, 1002.

PÉCAUT-RIVOLIER L., Note, *L'UES a franchi le gué*, SSL 2011, n° 1477.

PÉLICIER-LOEVENBRUCK S., DUMEL C., *Le nouveau paysage des dispositifs d'adaptation de l'emploi alternatifs au PSE*, SSL, 2018, n° 1800.

PÉLISSIER J., SSL, *Ruptures conventionnelles assujetties au droit du licenciement économique*, SSL, 2011, n° 1484.

PÉLISSIER J., *Modernisation de la rupture du contrat de travail*, RJS, 8-9/2008, 679.

PÉLISSIER J., *Les départs négociés*, Dr. soc. 1981, 228.

PERCHER C., *Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié à l'aune de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée*, Rev. trav., 2017, 726.

PORTA J., *L'engagement de la procédure de licenciement collectif en cas de modification contractuelle : vers un retour à la jurisprudence Framatome et Majorette ?*, Le Droit Ouvrier, avril 2018, n° 837.

POULAIN G., *Les conséquences de l'inégalité sur la situation juridique du travailleur*, Droit social, 1981, 754.

PRÉTOT X., *L'homologation de la rupture conventionnelle par l'autorité administrative*, Dr. Soc., 2008, 318.

PUIGELIER C., Note, JCP S, 2006, 1573.

PUJOLAR O., *Rupture conventionnelle et régime de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée*, Le Droit Ouvrier, juin 2010, n° 743.

RADÉ C., *Retour sur une espèce en voie de disparition: la rupture amiable du contrat de travail*, Dr. Soc., 2009, 557.

RADÉ C., *L'autonomie du droit du licenciement, brefs propos sur les accords de résiliation amiable du contrat de travail et les transactions*, Dr. soc., 2000, 178.

RAY J.-E., *Résiliation: succès statistique, doute judiciaire*, Liaisons soc., février 2012, 50.

RAY J.-E., Observations, Dr. soc. 1995, 390.

ROSA F., *La « négociation » dans les petites entreprises et les normes internationales*, Le Droit Ouvrier, juillet 2018, n° 840.

ROUSSEL F., *Concl.*, RDT, 2015, 321.

SACHS T., *Quand la sécurité juridique se perd dans l'analyse économique*, Dr. Soc., 2015, 1019.

SAINTOURENS B., Note, *Plan de sauvegarde de l'emploi : incidence de la structure juridique de l'entreprise et du mode de rupture des contrats de travail*, BMIS, 2011, n°6, 514-519.

SAVATIER J., Observations, Dr. Soc., 2008, 755.

SAVATIER J., *Les limites de la faculté de résiliation amiable du contrat de travail*, RJS, 2004, n° 179.

SAVATIER J., Observations, Cour de cassation, chambre sociale, 2 décembre 2003, Dr. soc., 2004, 318.

SAVATIER J., *Les limites de la faculté de résiliation amiable du contrat de travail,* RJS, 2002, n° 3999.

SAVATIER J., *La résiliation amiable du contrat de travail*, Dr. soc. 1985, 692.

SAVAUX E., Note sous arrêt, RDC, 2013, 879.

SCHMITT M., Droit du travail et droit international et européen, *Les avis d'assemblée plénière du 17 juillet 2019 ou l'occasion manquée d'une (re)conceptualisation du contrôle de conventionalité*, RDT, novembre 2019, 699.

SCHMITT M., *Négocier la représentation collective en droit de l'Union européenne*, Le Droit Ouvrier, juillet 2019, n° 852.

SERVERIN E., *Controverse : la baisse du contentieux est-elle le signe d'une pacification de la relation de travail ?*, RDT, 2019, 227.

SERVERIN E., *Quels droits pour quel risque contentieux?*, RDT, 2009, 209.

SEUBE J.-B., *Le juge et les restitutions*, RDC, 2016, 411.

SPORTES J., *Rupture conventionnelle collective et PSE: deux dispositifs aux modalités divergentes mais répondant à des finalités similaires*, Les cahiers Lamy du CSE, 2018, n° 18.

SUPIOT A., *Pourquoi un droit du travail?*, Dr. soc., 1990, 487.

TAQUET F., *Rupture conventionnelle: la preuve de l'absence d'entretien revient au salarié*, JSL, 2 janvier 2017, n° 423.

TAQUET F., Note sous arrêt, RDT 2013.

TAQUET F., Observations, RDT, 2013, 258.

TARRAUD I., *La négociation dans les TPE depuis les ordonnances Macron*, Le Droit Ouvrier, 2018, 292.

TAURAN T., *Résumés d'arrêts récents de la Cour de cassation,* Le Droit Ouvrier, mai 2019, n° 850.

TEYSSIÉ B., *Sur la résiliation conventionnelle du contrat de travail*, JCP E, 1986. I. 15511.

THELLIER B., Note, JCP S, 2011, 1525.

TOURNAUX S., Étude, Dr. Soc., 2017, 136.

TOURNAUX S., Étude, Dr. Soc., 2016, 650.

TOURNAUX S., Dr. soc., 2013, 860.

TOURNAUX S., Note, Lexbase Hebdo, édition Sociale, n° 662.

TRICOIT J.-P., *Rupture conventionnelle: conditions et conséquences de la remise au salarié d'un exemplaire de la convention*, JCP S, 24 septembre 2019, n° 38, 1268.

TRICOIT J.-P., Note, JCP S, 2019, 1267.

TRICOIT J.-P., *Le salarié déclaré inapte à la suite d'un accident du travail peut conclure une convention de rupture*, JCP S, 2019, 1222.

TRICOIT J.-P., *Solitude du salarié et nullité de la rupture conventionnelle*, JCP S, 23 juillet 2019, n° 29, 1223.

VATINET R., *Le mutuus dissensus*, RTD civ., 1987, 272.

VERKINDT P.-Y., Note, JCP S, 2006, 1406.

VIART H., *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, RPDS, juillet 2017, n° 867.

VILLENEUVE P., *Demain tous contractuels? À propos du projet de loi de transformation de la fonction publique du 14 février 2019*, JCP A, 2019, act. 117.

WALGENWITZ A., *La rupture conventionnelle : un dispositif attendu dans un contexte de contractualisation croissante du droit de la fonction publique*, JCP S, 12 novembre 2019, n° 45, 1318.

WAQUET P., *La rupture de fait du contrat de travail à durée indéterminée*, SSL, 2006, n° 1246.

WAQUET P., *Les ruptures du contrat de travail et le droit du licenciement*, RJS, octobre 2004, 675.

Sources de droit allemand

BAUER J.-H., *Neue Spielregeln für Aufhebungs- und Abwicklungsverträge durch das geänderte BGB?*, NZA, 2002, 169.

BAUER, HAUßMANN, BB, 1996, 901.

BAUER J.H., *Beseitigung von Aufhebungsverträge*n, NZA, 1992, 1015.

BENGELSDORF, NZA 1994, 193.

BESGEN N., VELTEN A., *Der Rücktritt vom Aufhebungsvertrag in der Insolvenz*, NZA-RR 2010, 561.

BOEMKE B., *Privatautonomie im Arbeitsprivatrecht*, NZA 1993, 532.

BÖHM, NZA 2008, 919.

BREDEMEIER, *Musterformulierung*, öAT, 2012, 80.

DÄUBLER, *Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?,* NZA 2020, 10.

DÄUBLER, *Eine Utopie aus der Wüste? Der „Code du Travail Alternatif" in Frankreich*, SR 2018, 97-107.

DÄUBLER, *Wiederaufbau statt Deregulierung in Griechenland*, HSI-Working Paper, 15 mars 2018, n° 09

DILLER, NZA 2007, 1321.

ECKERT M., *Blick ins Arbeitsrecht*, DStR 2019, 1213.

ECKERT, *Sozialversicherungsrechtliche Fragen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses (insbesondere Sperrzeit),* BC 2007, 123.

EINIKO B. F., *Aufhebungsvertrag und Widerrufsrecht nach §§ 312, 355 BGB: nicht nur eine Frage des Arbeitsrechts!*, JR, März 2007, 94.

FUHLROTT M., *Geänderte Dienstanweisung der Agentur für Arbeit, Sperrzeitneutrale Aufhebungsverträge*, NZA 2017, 225.

GAUL, NIKLAS, NZA 2008, 137.

GERMELMANN, NZA 1997, 236.

GROWE D., TRETOW J., *Das „Mannheimer Modell" – Mehr Rente, weniger Steuern*, NZA 2020, 1080.

HAIDN C., *Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe*, ArbRAktuell, 2020, 379.

HENSSLER, PREIS, *Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes*, NZA Beilage 1/2007, 6-32.

HÖSER, *Rechtsprechungsübersicht zu Arbeitszeugnissen, insbesondere zur Bindungswirkung*, NZA-RR 2012., 288.

HÜMMERICH K., *Alea iacta est, Aufhebungsvertrag kein Haustürgeschäft*, NZA 2004, 809.

HÜMMERICH K., *Aufhebungs- und Abwicklungsvertrag in einem sich wandelnden Arbeitsrecht,* NJW 2004, 2921.

JARES P., FUCHS F., *Massenentlassungen in Konzernsachverhalten, Die Hürden des Konsultationsverfahrens*, NZA 2020, 1071.

JULI S., *Aufhebungsverträge ohne Sperrzeit*, ArbRAktuell, 2017, 237.

KROESCHELL, CORNELIUS, *Aufhebungsverträge und Sperrzeit*, jM 2016, 30.

KUHN J., BECKER J., *Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte bei Aufhebungsverträgen*, DB, 2016, 1994.

LANGKAMP T., RUCKH L, *Kein Widerruf bei Aufhebungsvertrag am Krankenbett, es gilt aber das Gebot fairen Verhandelns,* RÜ, 8/2019, BeckRS 2019, 1651.

LINGEMANN, CHAKRABARTI, *Ein Ende, das keines ist, Die Beseitigung von Aufhebungsverträgen*, NJW 2019, 2445.

LINGEMANN S., GRONEBERG R., *Der Aufhebungsvertrag (Teil 4)*, NJW 2011, 2939.

LINGEMANN S., GRONEBERG R., *Der Aufhebungsvertrag (Teil 1),* NJW, 2010, 3496.

LINGEMANN, GRONEBERG, NJW 2010, 3496.

LUDWIG D., HINZE J., *Das Massenentlassungsanzeigeverfahren, häufige Fehler und Vermeidungsstrategien*, NZA 2020, 694.

LÖWISCH, SPINNER, *KSchG Kommentar*, 9. Auflage, 2004, vor § 1 KSchG, Rn. 128.

MEYER H., RÖGER H., *Freiwillige vor? Rechtliche und Strategische Aspekte von Freiwilligenprogrammen beim Personalabbau,* NZA-RR 2011, 393.

MOLL W., *Wen oder was schützt das (Urlaubs-)Recht?*, RdA 2015, 239.

NOTZON M., *Aktuelles zum Aufhebungsvertrag und zur Anfechtung*, öAT 2020, 4.

PANZER*, Sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*, NJW 2010, 16.

PAPIER, *Der verfassungsrechtliche Rahmen für Privatautonomie im Arbeitsrecht*, RdA, 1989, 137.

PAUKEN, *Leitfaden für die Beschäftigung schwerbehinderter Menschen*, Teil 2, ArbRAktuell 2016, 183.

PLUM, *Das Gebot fairen Verhandelns bei Vertragsverhandlungen*, MDR, février 2020, 71.

PREIS, BLESER, RAUF, DB, 2006, 2812.

PREIS U., GOTTHARDT M., *Schriftformerfordernis für Kündigungen, Aufhebungsverträge und Befristungen nach § 623 BGB*, NZA 2000, 348.

REINFELDER W., *Der Rücktritt von Aufhebungsvertrag und Prozessvergleich*, NZA 2013, 62.

RIEBLE, WIEBAUER, *Widerspruch (§613a VI BGB) nach Aufhebungsvertrag*, NZA 2009, 401.

ROLFS, *Die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses als Voraussetzung der Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe, Rolfs, Festschrift 50 Jahre BAG*, 2004, 445.

ROLFS, Neue Juristische Wochenschrift, 2000, 1227, 1228.

RUDKOWSKI, *Das « ewige » Widerspruchsrecht des Arbeitsnehmers nach § 613a VI BGB und seine Grenzen*, NZA 2010, 742.

SCHRADER, THOMS, MAHLER, *Auskunft durch den Arbeitnehmer: Was darf er? Was muss er?*, NZA 2018, 967.

SCHWEIGER M., *Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe wegen beruflicher Weiterbildung*, NZS, 2016, 213.

SCHWEIGER M., *Die Systematik des wichtigen Grundes nach § 159 SGB III bei Abschluss eines Aufhebungsvertrags im Falle drohender betriebsbedingter Kündigung*, NZS, 2015, 328.

SEEL A.-H., *Sperrzeitprivilegierter „§ 1a KSchG-Aufhebungsvertrag"?*, NZS 2007, 513.

SÖLLNER S., *Der verfassungsrechtliche Rahmen für Privatautonomie im Arbeitsrecht*, RdA, 1989, 144.

STOFFELS M., BAG, *AGB-Kontrolle einer Ausgleichsklausel im Aufhebungsvertrag*, NJW 2012, 107.

ZUNDEL, *Die Entwicklung des Arbeitsrechts im Jahre 2019*, NJW 2020, 284.

ZUNDEL, *Die Entwicklung des Arbeitsrechts im Jahre 2017*, NJW 2018, 130.

Sources de droit anglais

ENGELSTAD F., *The significance of seniority in Layoffs : A comparative analysis*, Social Justice Research, Volume 11, Nr. 2, 1988.

ENGELSTAD F., *Layoffs and Local Justice*, Institutt for samfuunsforsning, report 94:4, 1994.

ENGELSTAD F., *Needs and social justice : the criterion of needs when exempting employees from layoff*, Social Justice Research, 1997, 203-223.

Sources de droit français

AJDA, 2015, 1570.

AUZERO G., *Les conditions de mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi peuvent s'apprécier au niveau de l'unité économique et sociale*, Lexbase hebdo, éd. Soc., n° 421, 16 décembre 2010.

Dossier jurisprudence théma, *La rupture conventionnelle*, ruptures atypiques, n° 83/2014, 6 mai 2014.

Dossier jurisprudence théma, Ruptures atypiques, n° 103/2013, 4 juin 2013.

Dr. Soc., avril 2019, 300.

DUMAS S., LE ROY M., *Rupture conventionnelle collective, un hybride vraiment séduisant?*, Les cahiers du DRH, 2017, n° 247.

Étude d'impact du projet de loi de transformation de la fonction publique, 27 mars 2019, NOR CPAF1832065L/Bleue-1, JCP A, 2019, 2276.

JORF n° 0076 du 31 mars 2018.

Lamy Social, 2012, n° 2915.

Le Droit Ouvrier, juillet 2018, n° 840.

Le Droit Ouvrier, 2009, Soc. 6 novembre 1996.

LEPLATRE, CE, 14 juin 2014, n° 250695.

Liaisons sociales, L'actualité n° 16683 du 3 octobre 2014.

Liaisons sociales, L'actualité n° 16682 du jeudi 2 octobre 2014.

MEKKI M., *Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information*, Gaz. Pal., 12 avril 2016, 15.

MIGNOT M., *Rapport de synthèse*, *La réforme de la prescription*, actes de colloque, LPA, 2 avril 2009, 59.

MONTVALON L. de., *Le point sur les ruptures conventionnelles du contrat de travail*, Cahiers Lamy du CSE, 2018, n° 187.

DOCKÈS E., Proposition de Code du travail, 2017, sous l'égide du centre de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), sous la direction de Dockès E., Dalloz.

RDT 2008, 527.

Recueil Dalloz, *Rupture conventionnelle (rétractation): nouveau délai après un refus d'homologation*, 28 juin 2018, n° 24.

Recueil Dalloz, actualités, 14 juin 2018, n° 22.

Recueil Dalloz, actualités, 29 mars 2018, n° 12.

Recueil Dalloz, 14 septembre 2017, n° 30.

Recueil Dalloz, 20 juillet 2017, n° 26.

Recueil Dalloz, 25 mai 2017, n° 19.

RF Paye, Groupe revue fiduciaire, Dépêche du 19 avril 2018.

RF, *Rupture conventionnelle individuelle*, octobre 2019, 1108, 23.

RF, *Rupture conventionnelle collective*, octobre 2019, 1108, 24.

RF, 1105, § 1219.

RJS, 2011, n° 999.

RJS, 2004, n° 179.

ROUSSEAU D., avec la collaboration de FRICOTTÉ L., RENAUD A., *Le Mémo social 2015,* Liaisons Sociales Quotidien, Wolters Kluwer, avril 2015.

RPDS, mai 2017, n° 865.

SAF, *Argumentaire du SAF contre le plafonnement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse*, 4ème version mise à jour, 15 novembre 2019, Le Droit Ouvrier, n° 858, janvier 2020.

SSL, 1995, n° 726, 6.

THOLOZAN O., *Histoire du contrat de travail*, Cahiers de l'institut Régional du travail de l'Université de la Méditerranée, propos de Millet, 2004, n° 12.

Tissot Éditions, Négociations collectives, *Création d'un accord dit de performance collective : primauté de la norme négociée sur le « socle » contractuel au service de l'emploi*, 23 mars 2018.

TOURRET A., Assemblée nationale, avis n° 2267, 9 octobre 2014.

Wolters Kluwer, Dossier *La rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16983, 23 décembre 2015, n° 231.

Wolters Kluwer, *Les salariés protégés*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16967, 1er décembre 2015.

Wolters Kluwer, Dossier *Rupture atypiques*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 198, 3 novembre 2015.

Wolters Kluwer, *Rupture conventionnelle : passé le délai de rétractation, la prise d'acte admise sous réserve*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16934, 14 octobre 2015.

Wolters Kluwer, Actualité, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16932, 12 octobre 2015.

Wolters Kluwer, *Rupture conventionnelle : nouvelles précisions de la Cour de cassation*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16921, 25 septembre 2015.

Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle ne facilite pas le débat sur la qualité de la relation d'emploi*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16892, 13 août 2015.

Wolters Kluwer, *Une indemnité de rupture conventionnelle inférieure à la loi n'est pas une cause de nullité*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16874, 16 juillet 2015.

Wolters Kluwer, *Rupture conventionnelle: un différend sur la clause de non-concurrence peut conduire à l'annulation*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16856, 18 juin 2015.

Wolters Kluwer, *Indemnité de rupture conventionnelle : les journalistes soumis au droit commun*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16850, 10 juin 2015.

Wolters Kluwer, *La rupture conventionnelle,* Liaisons Sociales Quotidien, le dossier pratique, n° 16820, dossier n° 74 / 2015, 22 avril 2015.

Wolters Kluwer, *Rupture conventionnelle : impossible de transiger sur le principe même de la rupture*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16811, 9 avril 2015.

Wolters Kluwer, *Il est possible de revenir sur un licenciement par une rupture conventionnelle*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16789, 9 mars 2015.

Wolters Kluwer, *Les avantages catégoriels conventionnels sont présumés justifiés*, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16762, 29 janvier 2015.

Wolters Kluwer, Actualité, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16735, 17 décembre 2014.

Wolters Kluwer, Actualité, Liaisons Sociales Quotidien, n° 16683, 3 octobre 2014.

Sources de droit allemand

BAG, *Form des Aufhebungsvertrags, Bedenkzeit*, NZA 2008, 348, Rn. 48.

BAG, *Anfechtung eines Aufhebungsvertrages durch Schwangere*, NJW, 1983.

Beck-aktuell Nachrichten, *BAG, Kein Rücktritt vom Aufhebungsvertrag wegen nicht gezahlter Abfindung während Insolvenzeröffnung*, Pressemitteilungen, Fachnews becklink 1017099, 10. November 2011.

Beck-aktuell, BAG, *Aufhebungsvertrag bei nur vorgetäuschtem Betriebsübergang unwirksam*, 24.11.2006.

Beck-Aktuell Nachrichten, Pressemitteilungen, Fachnews becklink 134415, *BAG: Am Arbeitsplatz geschlossener Aufhebungsvertrag ist kein Haustürgeschäft*, 5. Januar 2005.

Beckonline, *Ausschluss der Anrechnung der letzten zwei Jahre des Bezugs von Arbeitslosengeld auf die Wartezeit*, 2016, 270.

BeckRS 2010, 69572, *Keine Altersdiskriminierung durch auf jüngere Arbeitnehmer beschränktes Angebot von Aufhebungsverträgen*, BAG, Urteil vom 25.02.2010, 6 AZR 911/08.

Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht*, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, 2008.

BSG, NZS 2011, 713.

Der Betrieb, Arbeits-/Sozialrecht, *BFA: Neue Geschäftsanweisung zur Sperrzeit (§ 159 SGB III), Neue Möglichkeiten zur Vermeidung von Sperrzeiten bei Aufhebungsverträgen, Arbeits-/Sozialrecht Kündigungsrecht Sozialversicherung,* Heft 10 vom 10.03.2017.

Der Betrieb, Arbeits-/Sozialrecht Kündigungsrecht Sozialversicherung, *Neue Möglichkeiten zur Vermeidung von Sperrzeiten bei Aufhebungsverträgen*, Bundesagentur für Arbeit, Geschäftsanweisung vom 25.01.2017, XI ZR 108/16, Handelsblatt Fachmedien GmbH, GBI-Genios Deutsche Wirtschaftsdatenbank GmbH, Heft 21 vom 26.05.2017, S. 1212-1213.

EuZA, 2019, 398, *Frankreich, Unwirksamer Aufhebungsvertrag*, über das französische Urteil der Cour de cassation, ch. Soc., 30 mai 2018, Nr. 16-15.273, RJS, 2018, Nr. 528 (A. c/Sté NCS Pyrotechnie et technologies).

KIRCH H.-H., Universität Bonn, Personalrat der wissenschaftlich Beschäftigten, *Auflösungsverträge und Kündigungen im Öffentlichen Dienst der Länder (TV-L)*, 25. September 2015.

Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, *Sperrzeit nach Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit Abfindungsvereinbarung während der Elternzeit*, Heft 4, 2012.

LVR-Integrationsamt (Landschaftsverband Rheinland), *Der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX*, 11. Aktualisierte und ergänzte Auflage, 2015.

NJOZ, 2015, 70 (71).

NJW, 2012, *BAG: AGB-Kontrolle einer Ausgleichsklausel im Aufhebungsvertrag*, 103. Urteil vom BAG, 21.06.2011, 9 AZR 203/10 (LAG München).

NZA, 2019, *Kein Widerruf des Aufhebungsvertrags, Verletzung des Gebots fairen Verhandelns, Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG*, 688.

NZA, 2010, *Vorvertrag über den Abschluss eines Aufhebungsvertrags, Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG*, 273.

ATTALI J., *Rapport de la commission pour la libération de la croissance française : trois cents décisions pour changer la France*, janvier 2008.

BAILLY P., MORVAN P., VILLBOEUF L., *Les plans de sauvegarde de l'emploi*, Rencontres de la chambre sociale 2014, Table ronde n° 4, publication de la cour de cassation, 2014.

BERNARD-RAYMOND M. au nom de la commission des affaires sociales, *Rapport du Sénat*, n° 306, 30 avril 2008, 30.

BROTTES, Rép. min, n° 68977, JOAN, 24 mars 2015, 2229.

Conseil d'État, avis consultatif, rendu public par le gouvernement sur le projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour la rénovation sociale (réforme Macron), section sociale, section des finances, assemblée générale du jeudi 22 juin 2017, n° 393357, 29 juin 2017.

Conseil d'état et la juridiction administrative, *CE, 5 octobre 2015, association des amis des intermittents et précaires et autres*, 5 octobre 2015.

Conseil d'État, rapport public 2014, *Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives,* rapport adopté par l'assemblée générale du Conseil d'État, 6 mars 2014.

Conseil d'État, avis n°310.108 du 22 mars 1973.

Cour de cassation, assemblée plénière, avis du 17 juillet 2019, n° 15012 et 15013.

Cour de cassation, rapport annuel 2017.

Cour de cassation, rapport annuel 2016.

Cour de cassation, rapport annuel 2015.

DALMASSO R., GOMEL B., SERVERIN E., *Le consentement du salarié à la rupture conventionnelle, entre initiative, adhésion et résignation*, Rapport de recherche du CEE n° 95, décembre 2015.

DALMASSO R., GOMEL B., MEDA D., SERVERIN E., *Des ruptures conventionnelles vues par des salariés, Analyse d'un échantillon de cent une ruptures conventionnelles signées fin 2010*, Rapport de recherche du CEE n° 95, octobre 2012.

DORD D., *Rapport pour la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale*, n° 789.

FOLCO C. Di, HERVÉ L., *Rapport du Sénat*, 12 juin 2019, n° 570.

MASSON, Rép. min., n° 02258, JO Sénat, 31 janvier 2013, 346.

Rapport explicatif de la Charte sociale européenne (révisée), § 86.

SERVERIN E., *Rapport de la DACS*, synthèse dans SSL, 18 novembre 2019, n° 1883.

VIRVILLE M. de, *Pour un code du travail plus efficace*, rapport au ministre des Affaires sociales, du travail et de la solidarité, janvier 2004.

ZIMMERMANN, Rép. min. n° 721, JOAN, 13 novembre 2012, 6491.

Sources françaises

Accord sur le dialogue social et la mise en place des Comités Sociaux et Économiques d'établissement au sein de la société Carrefour Hypermarchés SAS, du 5 juillet 2018. https://www.fo-carrefour.org/wp-content/uploads/2018/07/Accord-sur-la-mise-en-place-du-CSE-DU-5.7.2018.pdf

Aide-sociale, *Le RSA socle, conditions, montant du rsa et formulaire de demande 2017.* https://www.aide-sociale.fr/rsa-socle-dossier-calcul/

Aide-sociale, *la prime d'activité : l'aide qui remplace le RSA activité et la prime pour l'emploi depuis janvier 2016.* https://www.aide-sociale.fr/calcul-prime-activite-demande/

Allocation Chômage, vos droits Pôle Emploi, *Calcul du délai de carence ASSEDIC : Règles générales et exceptions*, 10 mars 2015. https://allocation-chomage.fr/delai-carence-pole-emploi/

BARIET A., *Les plans de départs volontaires font leur entrée dans le code du travail*, Éditions législatives, 1er septembre 2017. http://www.editions-legislatives.fr/content/les-plans-de-départs-volontaires-font-leur-entrée-dans-le-code-du-travail

BAZIN S., *Une rupture conventionnelle ? Encore faut-il être d'accord !*, Avocat-prudhommes, Cass. Soc. 09 juin 2015, n° 14-10192. http://www.avocat-prudhommes.com/?print=print

BISSUEL B., *Indemnités prud'homales : le plafonnement de nouveau jugé contraire au droit international*, Le Monde, Politique, 6 janvier 2019. https://www.lemonde.fr/politique/article/2019/01/06/indemnites-prud-homales-le-plafonnement-de-nouveau-juge-contraire-au-droit-international_5405610_823448.html

BOUGON F., JACQUÉ P., BELOUEZZANE S., *Les salariés de PSA, Pimkie, groupe Figaro… cobayes de la rupture conventionnelle collective*, Le Monde Économie, 9 janvier 2018. http://www.lemonde.fr/economie-francaise/article/2018/01/09/les-salaries-de-psa-pimkie-groupe-figaro-cobayes-de-la-rupture-conventionnelle-collective_5239114_1656968.html

BOURGUIGNON R., GARAUDEL P., Revue @ GRH, 2015/3 (n° 16), Cairn.info, *L'appropriation de la règle de droit : impératif de sauvegarde de l'emploi et dispositifs de départs volontaires*, p. 41-62. https://www-cairn-info.faraway.u-paris10.fr/revue-@grh-2015-3-page-41.htm

BOURIEAU P., DARES Analyses, *Les salariés ayant signé une rupture conventionnelle. Une pluralité de motifs conduit à la rupture du contrat de travail*, octobre 2013, n° 064. https://dares.travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/2013-064-2.pdf

BOUVIER A., DARES analyses, *Quels salariés parviennent à négocier leur indemnité de rupture conventionnelle ?,* édité par le Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, n° 006, janvier 2018. https://dares.travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/2018-006.pdf

BRAUDO S., Dictionnaire de droit privé. https://www.dictionnaire-juridique.com/serge-braudo.php

CASSINI S, DASSONVILLE A., *A Radio France, les négociations sur le plan de départs s'apprêtent à reprendre*, Le Monde, 9 septembre 2020. https://www.lemonde.fr/economie/article/2020/09/09/a-radio-france-les-negociations-sur-le-plan-de-departs-s-appretent-a-reprendre_6051524_3234.html

CEE, Centre d'études de l'emploi, « *Connaissance de l'emploi* », Les 4 pages du CEE, Étude de mai 2015, n° 121.

CEE, Centre d'études de l'emploi, Étude « *des ruptures conventionnelles vues par des salariés* », octobre 2012.

Centre d'analyses stratégiques (Premier ministre), les archives, note de veille n° 198, *la rupture conventionnelle du contrat de travail*, 27 octobre 2010.

Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales. https://www.cnrtl.fr

CHUM F., *Ordonnances macron : ce qui change pour les salariés avec le plafonnement des indemnités de licenciement prud'homales*, Village justice.com, 5 septembre 2017, dernière mise à jour le 18 septembre 2017. https://www.village-justice.com/articles/ordonnances-macron-qui-change-pour-les-salaries-avec-plafonnement-des,25765.html

COLUCCI M., Le Chômeur, 1986.

CORTOT J., *La CGT n'obtient pas la suspension de deux ordonnances réformant le code du travail*, Quotidien du droit, Dalloz, social, 12 décembre 2017, https://www.dalloz-actualite.fr/flash/cgt-n-obtient-pas-suspension-de-deux-ordonnances-reformant-code-du-travail#.Ws2_bGbqhQL.

DARES résultats, *Les ruptures conventionnelles individuelles en 2018, la hausse des homologations se poursuit*, n°008, février 2019. https://dares.travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/2019-008.pdf

DARES études et statistiques, *Les ruptures conventionnelles*, 24 avril 2018.

DARES études et statistiques, *Les ruptures conventionnelles : les séries mensuelles et trimestrielles*, 13 avril 2016.

DARES étude, 23 janvier 2015.

DE COMARMON L., *Assurance chômage : l'État opte pour le statu quo*, LesEchos, 16 juin 2016. https://www.lesechos.fr/2016/06/assurance-chomage-letat-opte-pour-le-statu-quo-209127

Déclaration à l'Assemblée Nationale, séance du 15 avril 2008 (reprise à 16h20).

DIRECCTE, Directions générales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi, Portail des Direccte et des Dieccte.

DIRECCTES de d'île de France, de Provence-Alpes- Côte d'Azur et de Champagne-Ardenne.

Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), Service-public-pro, *Forfait social*, vérifié le 23 mars 2018.

Direction de l'information légale et administrative, *Réforme du Code du travail : que change la rupture conventionnelle collective*, vie-publique.fr, 17 janvier 2018.

Direction de l'information légale et administrative du Premier ministre, *Congé de reclassement*, Service-public.fr, vérifié le 1er janvier 2018.

Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), *contrat de sécurisation professionnelle CSP*, Service-public.fr, vérifié le 1er décembre 2017.

Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), *La rupture conventionnelle s'applique-t-elle dans la fonction publique ?*, Service-public.fr, vérifié le 4 octobre 2017.

Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), *Ruptures conventionnelles : conditions, procédure et indemnisation,* Service-public.fr, vérifié le 29 septembre 2017.

Direction de l'information légale et administrative, site du gouvernement *Ordonnance du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations du travail*, vie-publique.fr, 25 septembre 2017.

Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), *Démission d'un fonctionnaire ou d'un agent non titulaire*, Service-public.fr, vérifié le 21 juillet 2017.

Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), Ministère en charge du travail, Service-Public-Pro.fr, *Que doit faire l'employeur en cas de décès d'un salarié?*, vérifié le 16 décembre 2015.

Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre), *Comment calculer l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ?,* mis à jour le 7 avril 2014.

Direction de l'information légale et administrative (Premier Ministre), *Rupture conventionnelle : conditions*, situations rendant impossible la rupture conventionnelle, mis à jour le 6 juin 2013.

Discours du Conseil des ministres du 28 juin 2017, *habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, prononcé le 28 juin 2017.

DOCKÈS E., *quels sont les apports de la loi Macron, du 6 août 2015 sur le droit du travail*, Dalloz, 7 octobre 2015.

DOCKÈS E., *Espace de travail : simplifier le code du travail ? oui, mais en mieux*, Médiapart, 24 septembre 2015.

DOCKÈS E., *Injustes alternatives et justes conflits. Critique des justices alternatives à partir du droit social*, Droit et cultures, 65, janvier 2013.

Easycdd, *Peut-on embaucher un mineur en CDD pendant ses vacances scolaires, jobs d'été*, accès le 19 février 2019. https://www.easycdd.com/Legislation-des-CDD/Avant-de-rediger-votre-CDD/Emploi-d-un-mineur-en-CDD

Éditions législatives, *Rupture conventionnelle collective : les questions qui restent en suspens*, 20 février 2018. https://www.editions-legislatives.fr/actualite/rupture-conventionnelle-collective-les-questions-qui-restent-en-suspens

EUR-Lex, Access to European Union Law, Synthèse du *Règlement des litiges résultant de transactions en ligne entre consommateurs et professionnels*, dernière modification au 30 août 2016. https://eur-lex.europa.eu/summary/FR/0904_2

FERRO M.-V., *Quand la nullité de la rupture conventionnelle est demandée par l'employeur : CA Metz 6 mai 2013, n° RG 11/01105*, 14 juin 2013, https://blogavocat.fr/space/marie-valerie.ferro/content/quand-la-nullite-de-la-rupture-conventionnelle-est-demandee-par-l-employeur---ca-metz-6-mai-2013--n--rg-11-01105_902f4e3f-d2c8-4316-b853-87d5c288dd56.

FEY S.P., BLANCHARD T., *Indemnités prud'hommes : nullité du barème macron*, Atalante avocats, Droit du travail, 22 janvier 2018. http://www.atalante-avocats.com/indemnites-prud-hommes-nullite-bareme-macron/

GLESS E., *Apprentissage et professionnalisation : le match des contrats en alternance,* L'Étudiant, publié le 19 février 2019. https://www.letudiant.fr/alternance/apprentissage-et-professionnalisation-le-match-des-contrats-en-alternance.html

Gouvernement.fr, *mes droits à formation*.

IMBERT A., *Rupture conventionnelle : les nouvelles précisions de la Cour de cassation*, Delsol Avocats, 19 novembre 2015. http://www.delsolavocats.fr/dsps/rupture-conventionnelle-les-nouvelles-precisions-de-la-cour-de-cassation/

INSEE, *Enquêtes emploi en continu*, 23 novembre 2017.

INSEE statistiques Publiques, *références, emplois, chômage, revenus du travail*, édition 2016.

Inspection du travail, *La rupture anticipée d'un CDD,* accès le 10 octobre 2017. https://inspection-du-travail.com/ruptures-contrat/cdd-anticipee/

Institut du Salarié, *Indemnités de départ : mieux vaut attendre d'être remercié*, étude de juillet 2013 à juin 2014 sur un panel de 100 personnes, mis à jour le 19 novembre 2015. https://www.institut-du-salarie.fr/paie-droit-social-licenciement-demission-contrat/post/indemnites-de-rupture-combien-negocier

JAKUBOWICZ L., *Barème des indemnités prud'homales : ce que dit la loi Travail*, JDN, mis à jour le 17 mars 2018. https://www.journaldunet.fr/management/guide-du-management/1196944-bareme-des-indemnites-prud-homales/

JEAN P., *Calcul indemnité rupture conventionnelle,* Legisocial 2018, dernière mise à jour le 18 avril 2018.

JDN, *Rupture conventionnelle de CDI 2018 : indemnité, conditions, procédure*, mis à jour le 18 décembre 2017. http://www.journaldunet.com/management/emploi-cadres/1109398-rupture-conventionnelle/

Juri-lawyers consultants, *La réforme du code du travail : les ordonnances Macron. https://www.cabinet-jlc.com/images/macron/LA_REFORME_DU_CODE_DU_TRAVAIL.pdf*

KADDOUR H., *Récapitulatif des délais de carence appliqués par le Pôle Emploi*, Juritravail.com, modifié le 28 novembre 2012. https://www.juritravail.com/Actualite/assedic-allocation-chomage/Id/28501

LANGLET V., *Rupture conventionnelle d'un salarié protégé : l'employeur ne peut pas la contester*, Juritravail.com, modifié le 26 mars 2015. http://www.juritravail.com/Actualite/salarie-protege-contester-l-autorisation-de-licenciement/Id/200451

Legisocial, CSE, *la dérogation au nombre de mandats successifs est à durée indéterminée*, 19 novembre 2018. https://www.legisocial.fr/actualites-sociales/2926-cse-derogation-nombre-mandats-successifs-duree-indeterminee.html

Legisocial, *Traitement social des indemnités transactionnelles : l'URSSAF nous apporte des précisions*, 12 novembre 2018. https://www.legisocial.fr/actualites-sociales/2907-traitement-social-indemnites-transactionnelles-urssaf-apporte-precisions.html

Legisocial, *Rupture conventionnelle: un mode de rupture qui continue de progresser !*, 31 août 2018. https://www.legisocial.fr/actualites-sociales/2826-rupture-conventionnelle-mode-rupture-continue-progresser.html

Legisocial, source, *Régime social et fiscal des indemnités de rupture 2018*, version 2018, chiffre et taux, dernière mise à jour le 29 avril 2018. https://www.legisocial.fr/reperes-sociaux/regime-social-fiscal-indemnites-rupture-2018.html

Legisocial, *Calendrier des élections de la délégation du personnel du CSE*, publié le 31 janvier 2018, dernière mise à jour le 5 avril 2018. https://www.legisocial.fr/instances-representants-personnel/elections/calendrier-elections-delegation-personnel-cse-comite-social-economique.html?utm_source=LEGISOCIAL+-+Marketing&utm_medium=email&utm_campaign=LÃ©giSocial+-+Newsletter+-+%23351&hash=2bab89794abcce11eb0ff412eb63f1c8

Legisocial, *Régime fiscal et social de l'indemnité versée en cas de rupture conventionnelle collective*, actualité métiers de la paie, 16 janvier 2018. https://www.legisocial.fr/actualites-sociales/2516-regime-fiscal-social-indemnite-versee-cas-rupture-conventionnelle-collective.html

Legisocial, *Régime social et fiscal des indemnités de rupture 2017*, version de l'année 2017. https://www.legisocial.fr/reperes-sociaux/regime-social-fiscal-indemnites-rupture-2017.html

Legisocial, *La convention d'assurance chômage du 14 avril 2017 modifie le « différé spécifique d'indemnisation*, 26 mai 2017, mis à jour le 29 septembre 2017. https://www.legisocial.fr/actualites-sociales/2212-la-convention-dassurance-chomage-du-14-avril-2017-modifie-le-differe-specifique-dindemnisation.html

LOKIEC P., Agora de l'humanité, *Le Travail défend ses droits*, 25 mars 2016.

LOKIEC P., *Il faut sauver le droit du travail !*, Librairie Mollat, 6 juin 2015.

MEDHI M., AXEL G., *Des territoires inégaux face à la précarité*, INSEE, n° 25, 28 septembre 2016. https://www.insee.fr/fr/statistiques/2128987

Ministère du travail, *Questions/réponses sur la rupture conventionnelle collective (RCC)*, avril 2018. https://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/la-rupture-du-contrat-de-travail/article/rupture-conventionnelle-collective

Ministère du travail, *La rupture conventionnelle collective*, droit du travail et rupture du contrat, publié et mis à jour le 11 avril 2018 et le 19 avril 2018. http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-collective

Ministère du travail, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 11 avril 2018. http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee#Quelles-sont-les-indemnites-dues-au-salarie

Ministère du travail, *Comité social et économique 100 questions-réponses,* février 2018. https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/qr_comite_social_et_economique.pdf

Ministère du travail, de l'emploi et du dialogue social pour transmission dématérialisée de la rupture conventionnelle collective, Portail PSE et RCC. http://www.portail-pse-rcc.emploi.gouv.fr

Ministère du travail, *Le congé de mobilité*, publié le 9 avril 2018. http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/temps-de-travail-et-conges/conges-et-absences/article/le-conge-de-mobilite

Ministère du travail, *l'Allocation d'aide au retour à l'emploi (ARE)*, publié le 3 novembre 2017. https://travail-emploi.gouv.fr/emploi/indemnisation/article/allocation-d-aide-au-retour-a-l-emploi-are

Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, TéléRC, le service de saisie d'une demande d'homologation de Rupture Conventionnelle. https://www.telerc.travail.gouv.fr/espace-documentaire/mentions-legales

Ministère du travail, *Compte personnel de formation (CPF)*, publié le 9 février 2017. http://travail-emploi.gouv.fr/formation-professionnelle/evoluer-professionnellement/article/compte-personnel-de-formation-cpf

Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, *La sanction disciplinaire*, publié le 21 septembre 2015 et mis à jour le 20 novembre 2015, accès le 24 avril 2016. https://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/le-reglement-interieur-et-le-pouvoir-de-direction/article/la-sanction-disciplinaire

Ministère du travail, *L'indemnité légale de licenciement*, publié le 17 septembre 2015, mis à jour le 26 septembre 2017. http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/licenciement/article/l-indemnite-legale-de-licenciement

Ministère du travail, *La validation des acquis de l'expérience (VAE)*, publié le 14 septembre 2015 et mis à jour le 2 mars 2018. http://travail-emploi.gouv.fr/formation-professionnelle/evoluer-professionnellement/vae

Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du dialogue social, *La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée*, publié le 12 mars 2013, mis à jour le 20 novembre 2015. http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/article/la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail-a-duree-indeterminee

MINNI C., DARES Analyses, *Les ruptures conventionnelles de 2008 à 2012*, mai 2013, n° 031. https://dares.travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/2013-031_v2.pdf

PASTOR J.-M., *Assurance chômage et modulation dans le temps : bis repetita !*, Dalloz actualité, le quotidien du droit, 19 octobre 2015. https://www.dalloz-actualite.fr/flash/assurance-chomage-et-modulation-dans-temps-bis-repetita#.WjqLBSOX9QI.

PEYRONNET M., *Conseils de prud'hommes : conventionalité (ou non) du plafonnement des indemnités de licenciement ?*, Dalloz actualité, social, droit international et communautaire, rupture du contrat de travail, 4 février 2019. https://www.dalloz-actualite.fr/flash/conseils-de-prud-hommes-conventionnalite-ou-non-du-plafonnement-des-indemnites-de-licenciement#.X43E3y-21QI

PMSS et PASS 2019, *Les Plafonds de la Sécurité Sociale*. https://bonne-assurance.com/lexique/plafonds-de-la-securite-sociale/

POINGT G., *PSA : les syndicats ont signé l'accord de rupture conventionnelle collective,* Le Figaro économie, 18 janvier 2018. https://www.lefigaro.fr/social/2018/01/18/20011-20180118ARTFIG00205-psa-une-majorite-de-syndicats-favorable-a-l-accord-de-rupture-conventionnelle-collective.php

Répertoire national des certifications professionnelles (RNCP). https://www.data.gouv.fr/en/datasets/repertoire-national-des-certifications-professionnelles-et-repertoire-specifique/

ROIG É., *Réforme du Code du travail 2017 (Réforme Macron)*, Droit-finances, novembre 2017.

ROIG É., *La rupture conventionnelle collective : définition et procédure*, Droit-finances, novembre 2017.

ROIG É., *Indemnités aux Prud'hommes – barème 2017*, Droit-finances, novembre 2017.

ROIG É., *Indemnités de licenciement – Calcul et montant*, Droit-finances, novembre 2017.

ROMANS F., ROSANKIS E., DARES résultats, *Demandes de licenciements et de ruptures conventionnelles de salariés protégés, principaux indicateurs*, édité par le Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, n° 018, mars 2017. https://dares.travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/2017-018.pdf

ROUSSEL M., *Sanction et charge de la preuve du défaut d'entretien relatif à la conclusion d'une rupture conventionnelle*, Dalloz actualité, 2 janvier 2017. https://www.dalloz-actualite.fr/flash/sanction-et-charge-de-preuve-du-defaut-d-entretien-relatif-conclusion-d-une-rupture-convention#.X43GBS-21QI

Saint-Pierre-et-Miquelon.gouv.fr, accès le 18 avril 2016.

Service-public.fr, *simulateur des indemnités en cas de licenciement abusif*.

Service-public.fr, *Contributions sociales (CSG, CRDS)*.

STIBON C., *La rupture conventionnelle du droit du travail*, L&S Avocats, janvier 2015. http://www.ls-avocats.com/articleenligne/71-la-rupture-conventionnelle-du-contrat-de-travail

Unedic, *Allocation d'aide au retour à l'emploi formation (ARE-F)*, dernière mise à jour le 1er mars 2018. https://www.unedic.org/indemnisation/fiches-thematiques/allocation-daide-au-retour-lemploi-formation-are-f

Urssaf, *Le forfait social*, accès avril 2018. https://www.urssaf.fr/portail/home/employeur/calculer-les-cotisations/les-taux-de-cotisations/le-forfait-social.html

Urssaf, *Les indemnités de rupture du contrat de travail ou des fonctions de mandataire » les indemnités de rupture conventionnelle*. https://www.urssaf.fr/portail/home/employeur/calculer-les-cotisations/les-elements-a-prendre-en-compte/les-indemnites-de-rupture-du-con/les-indemnites-de-rupture-conven.html

Urssaf, *Les indemnités de rupture du contrat de travail ou des fonctions du mandataire*, synthèse.

Sources allemandes

Arbeitskreis *Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht, Welche wesentlichen Inhalte sollte ein nach Art. 30 des Einigungsvertrages zu schaffendes Arbeitsvertragsgesetz haben?*, Partie D du 59ème Jour des juristes allemands (DJT), Hanovre 1992.

BOORBERG, *Sozialrecht heute*, herausgegeben vom deutschen Sozialgerichtstag E.V., Rechtsprechung, accès le 26 octobre 2017. http://www.sozialrecht-heute.de/xhtml/articleview-recht.jsf?currentTab=taxcases&docId=lsg_sachsen__3al16514nzb__25_06_2015.html

Bundesagentur für Arbeit, *Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch, SGB III § 159 SGB III Ruhen bei Sperrzeit*, Gültig ab 20.07.2017.

Bundesagentur für Arbeit, *Arbeitslosengeld II und Sozialgeld – für die Grundsicherung Ihres Lebensunterhaltes*, Stand 13.02.2017.

Commission Européenne sur le règlement de ligne des litiges (site en allemand), *Online-Streitbeilegung*.

Handwerkskammer, Kreishandwerkerschaft Bonn Rhein-Sieg, https://www.khs-handwerk.de/assets/aufhebungsvertragsformular.pdf.

HartzIV.org, *Hartz IV Erhöhung kommt: Mehr Geld ab 2019*, 12 septembre 2018. https://www.hartziv.org/news/20180912-hartz-iv-erhoehung-kommt-mehr-geld-ab-2019.html

Haufe.de, *Kommentar*, https://www.haufe.de/personal/personal-office-premium/sauer-sgbiii-159-ruhen-bei-sperrzeit-283-dauer-der-sperrzeit-nach-arbeitsaufgabe-bei-besonderer-haerte_idesk_PI10413_HI8031090.html.

Haufe.de, *Abfindung: Aufhebungsvertrag und arbeitsgerichtlicher Vergleich*, accès le 7 novembre 2017. https://www.haufe.de/personal/personal-office-premium/abfindung-aufhebungsvertrag-und-arbeitsgerichtlicher-vergleich_idesk_PI10413_HI3549839.html

Haufe.de, *Der Aufhebungsvertrag, 3. Betriebliche Altersversorgung*, ZAP Juni 2017. https://www.haufe.de/recht/deutsches-anwalt-office-premium/zap-62017-der-aufhebungsvertrag-3-betriebliche-altersversorgung_idesk_PI17574_HI10601911.html

Haufe.de, *Aufhebungsvertrag: Voraussetzungen, 3 Aufhebungsverträge mit besonderen Personengruppen*. https://www.haufe.de/personal/personal-office-premium/aufhebungsvertrag-voraussetzungen-3-aufhebungsvertraege-mit-besonderen-personengruppen_idesk_PI10413_HI940927.html.

HOFFMANN N., VANGARD, LITTLER, *Bundessozialgericht: Unwiderrufliche Freistellung schadet ALG-Anspruch nicht mehr*, September 2018, https://www.vangard.de/blogbeitrag/bundessozialgericht-unwiderrufliche-freistellung-schadet-alg-anspruch-nicht-mehr.

Khs-handwerk.de, *Merkblatt zum Muster-Aufhebungsvertrag*. http://www.khs-handwerk.de/assets/aufhebungsvertragsformular.pdf

LABISCH, Kanzlei für Arbeitsrecht, *Aufhebungsvertrag*, Aufhebungsvertrag, III, Die Abfindung, accès le 10 mars 2019. https://www.arbeitsrecht-rheinland-pfalz.de/glossar-begriffserlaeuterung-rechtlicher-begriffe/glossarbegriffe/aufhebungsvertrag.html

QUINK-HAMDAM D., Arbeitsrecht, Weltweit., Blog von Kliemt & Vollstädt, *Neues zur Sperrzeit: K.o. – Kriterium beim Aufhebungsvertrag ?*, 23. Februar 2017, accès le 11 octobre 2017. http://www.arbeitsrecht-weltweit.de/2017/02/23/neues-zur-sperrzeit-k-o-kriterium-beim-aufhebungsvertrag/

SCHÖN B., Finanztipp, *Sperrzeit beim Arbeitslosengeld vermeiden*, 28. März 2014. http://www.finanztip.de/sperrzeit-arbeitslosengeld/

SELL S., *Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung*, *Entwicklung und Reform des Arbeitsförderungsgesetzes als Anpassung des Sozialrechts an flexible Erwerbsformen? : zur Zumutbarkeit von Arbeit und Eigenverantwortung von Arbeitnehmern*, 1. Januar 1998, S. 532 - 549, accès octobre 2017. https://www.researchgate.net/publication/5102920_Entwicklung_und_Reform_des_Arbeitsforderungsgesetzes_als_Anpassung_des_Sozialrechts_an_flexible_Erwerbsformen_zur_Zumutbarkeit_von_Arbeit_und_Eigenverantwortung_von_Arbeitnehmern

Sources de droit français

- **Accord National Interprofessionnel** (ANI) du 11 janvier 2008, relatif à la modernisation du marché du travail, posé par l'arrêté du 26 novembre 2009, publié au JO le 27 novembre.
- Accord National Interprofessionnel sur la sécurité de l'emploi du 19 février 1969.
- Accord National interprofessionnel du 10 janvier 1969.

- **Arrêté** du 8 octobre 2018, relatif à la précision du contenu des bilans des ruptures d'un commun accord dans le cadre d'un accord collectif, JO n°0237 du 13 octobre 2018.
- Arrêté du 25 juin 2014, portant agrément de la convention du 14 mai 2014 relatif à l'indemnisation du chômage et les textes qui lui sont associés, JO n°0146 du 26 juin 2014, texte n° 28, NOR : ETSD1415197A.
- Arrêté du 8 février 2012, relatif à la fixation des modèles de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle de contrat de travail à durée indéterminée, JO 17 février 2012.
- Arrêté du 9 octobre 2008, relatif à l'agrément de l'avenant n° 1 du 27 juin 2008 au règlement général annexé à la convention du 18 janvier 2006 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage, JO 22 novembre 2008.
- Arrêté du 18 juillet 2008 (abrogé au 18 février 2012).

- **Avenant** n° 4 du 18 mai 2009, à l'accord interprofessionnel du 11 janvier 2008 étendu par arrêté du 26 novembre 2009.
- Avenant n° 1 du 27 juin 2008, au règlement général annexé à la convention du 18 janvier 2006 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage.

- Avenant du 21 novembre 1974.

- **Circulaire** DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, Fiche 14, rupture conventionnelle.
- Circulaire UNEDIC n° 2011-25 du 7 juillet 2011, Union Nationale Interprofessionnelle pour l'Emploi dans l'Industrie et le Commerce.
- Circulaire n° DSS/DGPD, SD5B/2009/210 du 10 juillet 2009, relative au régime social des indemnités versées en cas de rupture conventionnelle ou à l'issue d'un contrat à durée déterminée à objet défini, et des indemnités versées en cas de rupture du contrat de travail ou de cessation forcée des fonctions de mandataire social.
- Circulaire DGT n° 2009-4 B.O. du 30 avril 2009.
- Circulaire DGT n° 2009-4 du 17 mars 2009, relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée.
- Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008, relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée.

- **Code** civil.
- Code de l'environnement.
- Code de la propriété intellectuelle.
- Code de la sécurité sociale.
- Code de procédure civile.
- Code du travail.
- Code général des impôts.
- Code minier.

- **Convention** du 14 avril 2017, relative à l'assurance chômage.
- Convention du 18 janvier 2006 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage.
- Convention (n° 158) sur le licenciement de l'OIT, 1982, *Convention concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur* (Entrée en vigueur : 23 nov. 1985), Adoption : Genève, 68ème session CIT (22 juin 1982).

- **Décret** n° 2019-797 du 26 juillet 2019, relatif au règlement d'assurance chômage.
- Décret n°2018-920 du 26 octobre 2018, relatif au comité social et économique et au financement mutualisé des organisations professionnelles d'employeurs et des organisations syndicales de salariés.
- Décret n° 2017-1880 du 29 décembre 2017.
- Décret n°2017-1819 du 29 décembre 2017.
- Décret n° 2017-1724 du 20 décembre 2017, JO du 22 décembre 2017, relatif à la mise en œuvre des ruptures d'un commun accord dans le cadre d'un accord collectif, NOR: MTRD1730247D, version consolidée au 28 avril 2018.
- Décret n° 2017-1723 du 20 décembre 2017.
- Décret n° 2017-1398 du 25 septembre 2017.
- Décret n° 2017-1008 du 10 mai 2017.
- Décret n° 2016-1582 du 23 novembre 2016.
- Décret n° 2016-1581 du 23 novembre 2016.
- Décret n° 2014-1291 du 23 octobre 2014, relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du 4° du I de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.
- Décret 2010-64 du 18 janvier 2010, JO 19 janvier 2010.
- Décret n° 2009-1594 du 18 décembre 2009.
- Décret n° 2009-1377 du 10 novembre 2009, JO 13 novembre 2009.
- Décret n°2008-1503 du 30 décembre 2008.

- Décret n° 2008-716 du 18 juillet 2008.
- Décret n° 2008-715 du 18 juillet 2008.
- Décret n° 2008-386 du 17 avril 2008.
- Décret n° 2008-244 du 7 mars 2008.
- Décret n° 98-1220 du 29 décembre 1988.
- Décret du 15 février 1988.

- **Directive** 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil, 21 mai 2013, relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) nº 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au RELC) (JO L 165 du 18.6.2013, p. 63-79).
- Directive 98/59/CE du Conseil, 20 juillet 1998, relative au rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs.
- Directive de 1975, relative aux licenciements économiques.

- **Instruction** DGT n° 2010-02 du 23 mars 2010, relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée, NOR : MTST1081079J (Texte non paru au JO).
- Instruction DGT n° 2009-25 du 8 décembre 2009, relative au régime indemnitaire de la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée.

- **Loi** n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, JO du 7 août 2019.
- **Projet de loi** de transformation de la fonction publique, 13 février 2019.
- Loi de finances pour 2018, JO 31 décembre 2017.
- Loi n°2018-771 du 5 septembre 2018.
- Loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, JO, relative à la ratification des ordonnances du 22 septembre et du 20 décembre 2017.

- Loi n°2017-1340 du 15 septembre 2017 habilitant à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.
- Loi n° 2017-256 du 28 février 2017.
- Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, relative à l'art. 10 modifiant l'article 2044 du Code Civil.
- Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, loi dite « Travail ».
- Loi n° 2015-994 du 17 août 2015.
- Loi n° 2015-288 du 5 mars 2014, JO 6 mars 2014.
- Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013, relative à l'habilitation du Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens.
- Loi n°2013-504 du 14 juin 2013.
- Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012.
- Loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009.
- Loi n° 2008-789 du 20 août 2008, relative à la rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, Article 6.
- Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008.
- Loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008.
- Loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006.
- Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, article 129 JORF 18 janvier 2002.
- Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, NOR FPPX9800029L, version consolidée au 1er mai 2016.
- Loi du 2 août 1998, relative au licenciement écnomique.
- Loi du 27 janvier 1993.
- Loi n° 92-722 du 29 juillet 1992.
- Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971.
- Loi n° 50-205 du 11 février 1950.
- Loi n° 46-730 du 16 avril 1946, relative à la fixation du statut des délégués du personnel dans les entreprises.

- Loi n° 46-1065 du 16 mai 1946.

- **Ordonnance** 2017-1389, relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention.
- Ordonnance 2017-1388, portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective.
- Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, JO du 23 septembre 2017.
- Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail, 2017, NOR MTRT 1724787R.
- Ordonnance 2017-1385 du 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective.
- Ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017, JO du 21 décembre 2017.
- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, relative à la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations et dispersant le contenu de l'ancien article 1134 du Code civil dans les articles 1103, 1193 et 1104 du nouveau Code civil.
- Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015, relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration, Article 6.
- Ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007, relative à l'article 12 (VD), JO 13 mars 2007 en vigueur au plus tard le 1er mars 2008.
- Ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005, relative à l'article 2, JO 17 juin 2005.

- **Règlement général** annexé à la Convention du 14 avril 2017, relative à l'assurance chômage.
- Règlement général annexé à la convention Unédic du 14 mai 2014.

Sources de droit allemand

- **AGG** : allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, loi générale relative à l'égalité de traitement.
- **AÜG** : Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, loi relative au travail temporaire.
- **BEEG** : Gesetz zum Elterngeld und Elternzeit, loi sur l'allocation parentale et le congé parental.
- **BGB** : Bürgerliches Gesetzbuch, Code civil.
- **BetrVG** : Betriebsverfassungsgesetz, loi constitutionnelle des entreprises.
- **BetrAVG** : Betriebliche Altersversorgung, Betriebsrentengesetz, loi sur la retraite professionnelle.
- **GEWO** : Gewerbeordnung, Code de commerce.
- **GG** : Grundgesetz, loi fondamentale allemande.
- **HGB**: Handelsgesetzbuch, Code de commerce
- **KSchG** : Kündigungsschutzgesetz, loi sur la protection du licenciement.
- **MuSchG** : Mutterschutzgesetz, loi sur la protection de la maternité.
- **PersVG :** Personalvertretungsgesetz, loi relative à la représentation du personnel.
- **SGB III** : Sozialgesetzbuch III, Code social III.
- **SGB IX** : Sozialgesetzbuch IX, Code social IX.
- **SMG** : Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, loi pour la modernisation du droit des obligations.
- **TV-L**: Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder, convention collective pour le service public des états allemands
- **ZPO** : Zivilprozessordnung, Code de procédure civile.

Sources de droit de l'Union Européenne

- **Charte sociale européenne** dans sa version révisée (du Conseil de l'Europe).

- **Commission Européenne** sur le règlement en ligne des litiges.

- **Règlement d'exécution (UE)** 2015/1051 de la Commission du 1er juillet 2015, relatif à la définition des modalités d'exercice des fonctions de la plate-forme de règlement en ligne des litiges, les modalités du formulaire de plainte électronique et les modalités de la coopération entre les points de contact prévues au titre du règlement (UE) nº 524/2013 du Parlement européen et du Conseil relatif au règlement en ligne des litiges de consommation, JO L 171 du 2.7.2015, 1- 4.
- **Règlement (UE)** 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013, relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) no 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (règlement relatif au RLLC), JO L 165 du 18.6.2013, 1-12.

- **UN-BRK**, Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderung.

- **Verordnung (EU)** Nr. 524/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten).

Sources de droit français

- **Conseil Constitutionnel**, 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi d'habilitation n° 2017-1340 du 15 septembre 2017.
- Conseil Constitutionnel, 7 sept. 2017, n° 2017-751 DC, Loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.
- Conseil Constitutionnel, 5 août 2015, n° 2015-715, Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

- **Conseil d'État**, 27 février 2019, n° 417249.
- Conseil d'État, statuant au contentieux, 7 décembre 2017, reg. n° 415376, Confédération Générale du Travail, le juge des référés.
- Conseil d'État, 7 décembre 2017, n° 415243, Confédération Générale du Travail.
- Conseil d'État, statuant au contentieux, n°s : 383956, 383957, 383958, 1ère et 6ème sections réunies, rapporteur Puigserver F., rapporteur public Decout-Paolini R., séance du 14 septembre 2015, lecture du 5 octobre 2015.
- Conseil d'État, 10 février 2014, n° 358992, Fisher, 7ème et 2ème sous-sections réunies, Montrieux V., rapporteur, M. Dacosta B., rapporteur public, SCP Blanc, Rousseau, avocats.
- Conseil d'État, 19 octobre 2005, n° 283471, 284421, 284473, 284654, 285374.
- Conseil d'État, 7 juillet 2000, *Fédération nationale des associations tutélaires*, n°213461.

- **Conseil de Prud'hommes** de Grenoble, 19 janvier 2019, n° 18/00989.
- Conseil de prud'hommes d'Amiens, 24 janvier 2019.
- Conseil de prud'hommes de Lyon, section Activités Diverses, 21 décembre 2018.
- Conseil de prud'hommes de Lyon, section Commerce, 7 janvier 2019.
- Conseil de prud'hommes de Lyon, section Industrie, 22 janvier 2019.
- Conseil de prud'hommes d'Angers, 17 janvier 2019.
- Conseil de prud'hommes de Grenoble, 18 janvier 2019.
- Conseil de prud'hommes d'Agen en départage, 5 février 2019.
- Conseil de prud'hommes de Forbach, 14 février 2019.
- Conseil de prud'hommes de Dijon, 19 mars 2019.
- Conseil de Prud'hommes de Bordeaux, 9 avril 2019.
- Conseil de Prud'hommes de Lyon, 21 décembre 2018, n° 18/01238.
- Conseil de Prud'hommes d'Amiens, 19 décembre 2018, n° 18/00040.
- Conseil de Prud'hommes de Caen, 18 décembre 2018, n° 17/00193.
- Conseil de Prud'hommes de Troyes, 13 décembre 2018, n° 18/00036.
- Conseil de Prud'hommes du Mans, 26 septembre 2018, n° 17/00538.
- Conseil de Prud'hommes de Chalon-sur-Saône, 25 avril 2012.
- Conseil de Prud'hommes de Tours, 23 avril 2012.
- Conseil de prud'hommes d'Amiens, 6 septembre 2011.
- Conseil de Prud'hommes de Forbach, 15 février 2011.
- Conseil de Prud'hommes de Valence, G. contre Smurfit Kappa, 25 novembre 2010.
- Conseil de Prud'hommes de Rambouillet, chambre commerciale, 18 novembre 2010.
- Conseil de Prud'hommes de Clermont-Ferrand, 21 juin 2010.
- Conseil de Prud'hommes des Sables D'Olonne, 25 mai 2010, n° F 09-00068.
- Conseil de Prud'hommes de Bobigny, 6 avril 2010, n° 08-4910.
- Conseil de Prud'hommes de Bordeaux, P. contre Assistance aéronautique et Aérospatiale et a., 21 janvier 2010.

- Conseil de prud'hommes de Louviers, 2 septembre 2009.

- **RJS**, Observations, **Cour administrative d'appel** de Versailles, 4ème chambre, 14 mars 2019, n° 18VE04158, mai 2019, n° 287.
- Cour administrative d'appel de Lyon, 5 février 2019, n° 17LY00395.
- Cour administrative d'appel de Lyon, 14 janvier 2019, n° 17Ly02917.
- Cour administrative d'appel de Versailles, 14 mars 2019, n° 18VE04158.
- Cour administrative d'appel de Versailles, arrêt du 16 décembre 2014, n° 12-3269.

- **Cour d'appel** de Paris, 30 octobre 2019, n° 16/05602.
- Cour d'appel de Reims, 25 septembre 2019, n° 19/00003.
- Cour d'appel de Paris, 18 septembre 2019, n° 17/00676.
- Cour d'appel de Nancy, 28 novembre 2018, n° 17/01189.
- Cour d'appel de Versailles, 12 septembre 2018, n° 15/03122.
- Cour d'appel de Bordeaux, 9 mai 2018, n° 16/02974.
- Cour d'appel de Bourges, chambre sociale, 15 septembre 2017, n° 16-00327.
- Cour d'appel de Grenoble, 8 juin 2017, n° 15/03823.
- Cour d'appel de Toulouse, 22 mai 2015.
- Cour d'appel de Lyon, 6 novembre 2013, n° 11-08266.
- Cour d'appel de Paris, pôle 6, ch. 5, 24 octobre 2013, n° 11-12343.
- Cour d'appel de Paris, pôle 6, ch. 6, 23 octobre 2013, n° 11-12386.
- Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 8 octobre 2013, n° 12-20620.
- Cour d'appel d'Orléans, chambre sociale, 1er octobre 2013.
- Cour d'appel de Metz, chambre sociale, 6 mai 2013, n° 13-00173.
- Cour d'appel de Metz, 6 mai 2013, n° 11-01105.
- Cour d'appel de Metz, 6 mai 2013, n° 13/00173.
- Cour d'appel de Rennes, 8 février 2013, n° 11-05356.

- Cour d'appel de Toulouse, chambre sociale, 24 janvier 2013, n° 11-03522, décision déférée du 20 juin 2011 (Conseil de prud'hommes).
- Cour d'appel de Caen, 23 novembre 2012, n° 10-02955.
- Cour d'appel de Versailles, 31 octobre 2012, n° 11/01510.
- Cour d'appel de Riom, 16 octobre 2012, n° 11-01.589.
- Cour d'appel de Limoges, 9 octobre 2012.
- Cour d'appel de Riom, 12 juin 2012, RG n° 11-0099.
- Cour d'appel d'Amiens, 5ème chambre sociale, 13 juin 2012, n° 11/03684.
- Cour d'appel de Riom, chambre sociale, 12 juin 2012, n° 11/00992, *Olivier T. c/ EURL Lomet.*
- Cour d'appel de Grenoble, 30 mai 2012, n° 11-02461.
- Cour d'appel de Reims, 9 mai 2012, n° 10-01501.
- Cour d'appel d'Amiens, 18 avril 2012, n° 11-02584.
- Cour d'appel de Poitiers, chambre sociale, 28 mars 2012, n° 10-02.441.
- Cour d'appel de Lyon, chambre sociale B, 11 janvier 2012, SA MGI Coutier contre C.
- Cour d'appel de Riom, chambre sociale, 3 janvier 2012, n° 10-02152.
- **RJS,** 1/12, n° 4, Cour d'appel de Lyon, 23 septembre 2011, numéro de pourvoi 10-09122.
- Cour d'appel de Riom, 13 septembre 2011, n° 10/00964.
- Cour d'appel de Dijon, 30 juin 2011.
- Cour d'appel de Aix, 17ème chambre, 28 juin 2011, n° 2011-10365.
- Cour d'appel de Versailles, 14 juin 2011, n° 10/01005.
- Cour d'appel de Montpelier, 4ème chambre sociale, 1er juin 2011, n° 10-06114.
- Cour d'appel de Dijon, 5 mai 2011, RG n° 10-160.
- Cour d'appel de Rouen, chambre sociale, 27 avril 2010, n° 09-04140.
- Cour d'appel de Rouen, 27 avril 2010, n° 09-4792.
- **RJS,** 7/11, n° 604, Cour d'appel de Rouen, 12 avril 2011, numéro de pourvoi 10-4389.

- Cour d'appel d'Angers, 5 janvier 2010, n° 09/1048.
- Cour d'appel de Paris du 3 décembre 2009.
- Cour d'appel de Nîmes du 25 octobre 2006.
- Cour d'appel de Bordeaux, 9 mars 1999.
- Cour d'appel de Riom, 28 septembre 1992.

- **RJS,** Observations sur l'arrêt de la **Cour de cassation**, chambre sociale, 20 novembre 2019, Rupture conventionnelle homologuée et prescription, février 2020, 85.
- Cour de cassation, soc., 20 novembre 2019, n° 18-10.499.
- Cour de cassation, soc., 9 octobre 2019, n° 19-10.780.
- Cour de cassation, 2ème chambre civile, 12 septembre 2019, n° 18-13.791 et n° 18-14.724 (publiés au bulletin).
- **RJS,** Observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 3 juillet 2019, numéro de pourvoi 18-14.414, octobre 2019, n° 561.
- Cour de cassation, soc., 3 juillet 2019, n° 17-14.232.
- **RJS**, Observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 19 juin 2019, numéro de pourvoi 18-22.897, 8-9/ 2019, 483.
- **RJS**, Observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, 5 juin 2019, numéro de pourvoi 18-10.901 (rejet), 8-9/2019, 482.
- **RJS,** Observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 15 mai 2019, numéro de pourvoi 17-28.547, juillet 2019, n° 443.
- **RJS,** Observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, société AFR France, chambre sociale, 9 mai 2019, numéro de pourvoi 17-28.767, juillet 2019 (rejet), n° 417.
- Cour de cassation, soc., 3 avril 2019, n° 16-20.490.
- **RJS**, Observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 20 février 2019, numéro de pourvoi 17-19.676, mai 2019, n° 289.
- Cour de cassation, soc., 23 janvier 2019, n° 17-21.550, publié au bulletin (cassation).
- Cour de cassation, soc., 16 janvier 2019, n° 17-17.475.

- Cour de cassation, soc., 17 octobre 2018, n° 17-16.869.
- Cour de cassation, 26 septembre 2018, n° 17-19.860.
- Cour de cassation, soc., 27 juin 2018, n° 17-15948, non publié au bulletin.
- Cour de cassation, soc., 13 juin 2018, n° 16-24.830, publié au bulletin (rejet).
- **RJS**, Observations, sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 30 mai 2018, numéro de pourvoi 16-15.273 (publié), 8-9/ 2018, n° 528.
- Cour de cassation, soc., 16 mai 2018, n° 16-25852, non publié au bulletin.
- Cour de cassation, soc., 7 mars 2018, n° 17-10.963, non publié au bulletin.
- Cour de cassation, soc., 30 mai 2018, n° 16-15.273, publié au bulletin (rejet); et sur cet arrêt, EuZA, 2019, 398, *Frankreich: Unwirksamer Aufhebungsvertrag*.
- **RJS**, Observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 14 février 2018, numéro de pourvoi 17-10.035, avril 2018, n° 254.
- Cour de cassation, chambre commerciale, 31 janvier 2018, n° 16-13.262 (publié).
- Cour de cassation, chambre sociale, 18 janvier 2018, numéro de pourvoi 15-24.002.
- Cour de cassation, 21 décembre 2017, n° 16-12.780 (rejet).
- **RJS**, Observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 20 décembre 2017, numéro de pourvoi 16-14.880, mars 2018, n° 200.
- **RJS**, Observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 6 décembre 2017, numéro de pourvoi 16-10.220, février 2018, n° 106.
- Cour de cassation, soc., 14 septembre 2017, n° 16-11.563.
- Cour de cassation, soc., 5 juillet 2017, n° 16-10.841, cassation partielle.
- **RJS**, Observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 1er décembre 2016, numéro de pourvoi 15-21.609, publié au bulletin, février 2017, n° 98.
- Cour de cassation, 22 juin 2016, n° 15-16.994.
- Cour de cassation, soc., 8 juin 2016, n° 15-17.555, publié au bulletin.
- Cour de cassation, soc., 24 mai 2006, numéro de pourvoi 04-45.877.
- Cour de cassation, soc., 28 janvier 2016, n° 14-10.308.

- **RJS**, Observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 14 janvier 2016, numéro de pourvoi 14-26.220, mars 2016, n° 171.
- Cour de cassation, soc., 16 décembre 2015, n° 13-27.212, publié au bulletin (cassation partielle).
- Cour de cassation, soc., 6 octobre 2015, n° 14-17.539, publié au bulletin (rejet).
- Cour de cassation, soc., 30 septembre 2015, n° 14-17.748.
- Cour de cassation, soc., 16 septembre 2015, n° 14-10.291, publié au bulletin (cassation partielle).
- **RJS**, Cour de cassation, chambre sociale, 16 septembre 2015, numéro de pourvoi 14-13.830, publié au bulletin (rejet), décembre 2015, n° 771.
- Cour de cassation, 8 juillet 2015, n° 14-10.139, publié au bulletin (cassation partielle).
- Cour de cassation, soc., 26 juin 2013, n° 12-15.208.
- Cour de cassation, soc., 9 juin 2015, n° 14-10.192.
- Cour de cassation, soc., 3 juin 2015, n° 13-26.799.
- Cour de cassation, soc., 15 avril 2015, n° 13-22.148.
- Cour de cassation, soc., 25 mars 2015, n° 14-10.149, publié au bulletin (cassation partielle).
- **RJS**, Cour de cassation, chambre sociale, 25 mars 2015, numéro de pourvoi 13-23.368, juin 2015, n° 408.
- Cour de cassation, soc., 3 mars 2015, n° 13-15.551, publié au bulletin (rejet).
- Cour de cassation, soc., 3 mars 2015, n° 13-20.549, publié au bulletin (rejet).
- Cour de cassation, soc., 3 mars 2015, n° 13-23.348, publié au bulletin (rejet).
- Cour de cassation, soc., 18 février 2015, n° 13-23.880, non publié au bulletin (cassation partielle).
- Cour de cassation, soc., 4 février 2015, n° 13-25.451.
- Cour de cassation, soc., 10 décembre 2014, n° 13-22.134.
- Cour de cassation, soc., 19 novembre 2014, n° 13-21.979, non publié au bulletin (cassation partielle).

- Cour de cassation, soc., 19 novembre 2014, n° 13-21.207.
- Cour de cassation, soc., 5 novembre 2014, n° 13-16.372, non publié au bulletin (rejet).
- Cour de cassation, soc., 15 octobre 2014, n° 11-22.251, publié au bulletin (rejet).
- Cour de cassation, soc., 30 septembre 2014, n° 13-16.297, publié au bulletin (rejet).
- Cour de cassation, soc., 24 septembre 2014, n° 13-15074, publié au bulletin (rejet).
- Cour de cassation, soc., 28 mai 2014, n° 12-28.082, publié au bulletin (cassation partielle).
- Cour de cassation, soc., 26 mars 2014, n° 12-21.136, publié au bulletin (cassation sans renvoi).
- Cour de cassation, soc., 12 février 2014, n° 12-29.208, non publié au bulletin (rejet).
- Cour de cassation, soc., 29 janvier 2014, n° 12-27.594, publié au bulletin (rejet).
- Cour de cassation, soc., 29 janvier 2014, n° 12-25.951, publié au bulletin (cassation partielle).
- Cour de cassation, soc., 29 janvier 2014, n° 12-24.539, publié au bulletin (rejet).
- Cour de cassation, civile, soc., 15 janvier 2014, n° 12-23.942, publié au bulletin (cassation partielle sans renvoi).
- Cour de cassation, soc., 29 octobre 2013, n° 12-22.303, publié au bulletin (cassation).
- Cour de cassation, soc., 29 octobre 2013, n° 12-15.382, publié au bulletin (cassation partielle).
- Cour de cassation, soc., 30 septembre 2013, n° 12-19.711, non publié au bulletin (rejet).
- Cour de cassation, soc., 3 juillet 2013, n° 12-19.268, publié au bulletin (rejet).
- Cour de cassation, soc., 23 mai 2013, n° 12-13.865, publié au bulletin (rejet).
- **RJS**, Observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 10 avril 2013, numéro de pourvoi 11-15.651, juin 13 n° 445.
- Cour de Cassation, chambre sociale, 27 février 2013, numéro de pourvoi 11-27095.
- **RJS**, Observations sur l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 6 février 2013, numéro de pourvoi 11-27.000, publié au bulletin, avril 2013, n° 280.
- Cour de cassation, soc., 30 janvier 2013, n° 11-22.332, publié au bulletin (rejet).

- Cour de Cassation, 9 octobre 2012, n°11-23.142.
- Cour de cassation, soc., 13 février 2012, n° 11-21.946, publié au bulletin.
- Cour de cassation, soc., 12 février 2012, n° 99-41698 (publié au bulletin).
- Cour de cassation, soc., 25 janvier 2012, n°10-23.516.
- Cour de Cassation, soc., 3 mai 2011, n° 09-72611.
- Cour de cassation, soc., 30 mars 2011, n° 10-10.560, publié au bulletin.
- Cour de cassation, soc., 9 mars 2011, n° 10-11.581, publié au bulletin (cassation partielle).
- **RJS**, février 2011, Cour de cassation, chambre sociale, 16 novembre 2010, numéro de pourvoi 09-69.485, pp. 126-128.
- Cour de cassation, soc., 26 octobre 2010, n° 09-15.187, publié au bulletin (rejet).
- Cour de cassation, soc., 27 janvier 2010, n° 08-44.376, publié au bulletin (rejet).
- Cour de cassation, soc., 25 mars 2009, n° 06-46.330, publié au bulletin.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 11 février 2009, n° 07-44.809.
- Cour de cassation du 11 février 2009, n° 08-40.095, bull. civ. V, n° 43, publié au bulletin (cassation partielle).
- Cour de cassation, 16 décembre 2008, n° 07-15.019, bull. civ. V n° 254.
- Cour de cassation, 1ère chambre civile, 30 octobre 2008, n° 07-20.001.
- Cour de cassation, 6 février 2008, n° 06-40.507.
- Cour de cassation, soc., 31 octobre 2007, n° 06-43.570.
- Cour de cassation, soc., 29 mars 2006, n° 04-46.499.
- Cour de cassation, soc., 21 septembre 2005, n° 03-44.810, publié au bulletin (rejet).
- Cour de Cassation, soc., 13 septembre 2005.
- Cour de cassation du 7 décembre 2004, n° 02-44.248. RJS 2005, non publié au bulletin (rejet).
- Cour de cassation, soc., 30 novembre 2004, n° 03-41757.
- Cour de cassation, soc., 12 juillet 2004, n° 02-19.175, non publié au bulletin (rejet).

- Cour de cassation, chambre criminelle, 6 janvier 2004, RJS 2004, n° 434.
- Cour de cassation, soc., 2 décembre 2003, Bull. civ. V. n° 309, numéro de pourvoi 01-46176, publié au bulletin (cassation partielle).
- Cour de cassation, soc., 2 décembre 2003, Bull. Civ., V, n° 308.
- Cour de cassation, soc., 21 janvier 2003, n° 00-43568, publié au bulletin (rejet).
- Cour de cassation, soc., 25 juin 2002, numéro de pourvoi 00-18.907, *Bull. civ. V*, n° 214.
- Cour de cassation, soc., 18 mars 2008, numéro de pourvoi 07-40.269.
- Cour de cassation, soc., 12 février 2002, n° 99-41698, cassation, publié au bulletin (cassation partielle).
- Cour de cassation, soc., 28 novembre 2001, n° 00-11.209.
- Cour de cassation, 3ème chambre civile, 21 février 2001, n° 98-20.817.
- Cour de cassation, soc., 4 janvier 2000, n° 97-44.566.
- Cour de cassation, 26 octobre 1999, Bull. civ. V, n° 411, n° 97-42846, publié au bulletin (cassation).
- Cour de cassation, soc., 29 juin 1999, Bull. civ. V, n° 304, soc. 12 fév. 2002, Bull. civ. V, n° 66.
- Cour de cassation, chambre mixte, 12 février 1999, n° 96-17468, publié au bulletin, (cassation partielle).
- Cour de cassation, soc., 7 juill. 1998, n° 08-40.393.
- Cour de cassation, soc., 20 mai 1998, n° 96-41.314.
- Cour de cassation, soc., 6 mai 1998, n° 96-40.610.
- Cour de cassation, soc., 31 mars 1998, n° 96-43.016.
- Cour de cassation du 31 mars 1998, bull. civ. V, n° 189, n° 96-43016, publié au bulletin (rejet).
- Cour de cassation du 2 décembre 1997, soc., n° 95-42681, non publié au bulletin, (cassation partielle).
- Cour de cassation, soc., 28 octobre 1997, n° 94-44-916.

- Cour de cassation, soc., 26 novembre 1996, n° 95-42.457, publié au bulletin (cassation).
- Cour de cassation, soc., 16 novembre 1996.
- Cour de cassation, soc., 29 mai 1996, n° 92-45.115, publié au bulletin.
- Cour de cassation, chambre soc. 22 février 1995, numéro de pourvoi 92-11.566, Bull. civ. V, n°68.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 29 novembre 1994, numéro de pourvoi 93-81.321, Bull. civ. V, n°385.
- Cour de cassation, chambre sociale, 2 décembre 1992, Bull. civ., V, n° 578.
- Cour de cassation, soc., 29 novembre 1990, n° 88-44.308.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 26 nov. 1985, Bull. crim. N° 578 ; Soc. 2 déc. 1992, Bull. civ. V, n° 578.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 28 nov. 1984, Bull crim., n° 375.
- Cour de cassation, soc., 26 novembre 1984.
- Cour de cassation, soc., 26 octobre 1976, n° 75-40.659.
- Cour de cassation, chambre mixte, 24 janvier 1975, n° 73-13.556.

- **RJS,** Observations, **Tribunal administratif** de Cergy-Pontoise, 16 octobre 2018, n° 1807099, *Fédération Sud Activités postales et de télécommunications et autres,* n° 15.

Sources de droit allemand

- **ArbG** Neumünster, 04.03.2009, 1 Ca252 b/08.
- ArbG Hamburg, 14.10.1994, 13 Ca 195/94, ArbuR 1995, 29.
- ArbG Dortmund, 12.04.1951, AP 1953 Nr. 187.

- **BAG**, 07.02.2019, 6 AZR 75/18; Rz.34, MDR 2019, 997.
- BAG, 18.01.2017, 7 AZR 236/15, NZA 2017, 849 = AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 49.
- BAG, 24.02.2016, 5 AZR 258/14, NZA 2016, 762.
- BAG, 20.01.2016, 6 AZR 601/14, BAGE 154, 53 = NZA 2016, 490.
- BAG, NZA 2015, 1207.
- BAG, 17.12.2015, 6 AZR 709/14, NZA 2016, 361.
- BAG, 24.09.2015, 2 AZR 347/14, DB 2016 Seite 900.
- BAG, 19.03.2015, 8 AZR 119/14, BeckRS 2016, 70521; BAG, AP BGB § 613 a Nr. 464 = BackRS 2015, 70521.
- BAG, 12.3.2015, 6 AZR 82/14, NZA 2015, 676.
- BAG, 14.01.2015, 7 AZR 2/14, DB 2015 Seite 1295.
- BAG, 18.09.2014, 8 AZR 759/13, Rn. 40.
- BAG, 26.06.2014, 8 AZR 547/13, Rn. 53 ff.
- BAG, 19.03.2014, 5 AZR 252/12 (B), NZA 2014, 1076 (1079 f).
- BAG, 14.05.2013, 9 AZR844/11, NZA 2013, 1098.
- BAG, 21.02. 2013, 8 AZR 180/12, NZS 2013, Seite 840, 844 Rn. 52.
- BAG 24.01.2013, 8 AZR 965/11, NZA-RR 13, 400.
- BAG 28.06.2012, 6 AZR 780/10, BAGE 142, 202 = NZA 2012, 1029.
- BAG, 14.03.2012, EzA SGB IX § 95 Nr. 4.
- BAG, 16.02.2012, 6 AZR 553/10, NZA 2012, Seite 556, 557, Rn. 13, 19.

- BAG, 10.11.2011, 6 AZR 357/10.
- BAG, 21.06.2011, 9 AZR 203/10 (LAG München).
- BAG, 21.6.2011, 9 AZR 203/10, NZA 2011, 1338.
- BAG, 24.02.2011, NZA-RR 2012, Seite 148.
- BAGE, 133, 265 = NZA 2010, 561 Ls 3.
- BAG, 25.02.2010, 6 AZR 911/08.
- BAG, 2009, NZA Seite 600.
- BAG, 17.12.2009, 6 AZR 242/09, NZA 2010, Seite 273.
- BAG, 8.05.2008, 6 AZR 517/07, NZA 2008, 1148.
- BAGE, NZA Jahr 2008, Band 124, Seite 59, Seite 219.
- BAG, 2008, NZA Jahr 2008 Seite 219.
- BAG, 13.12.2007, 6 AZR 200/07, NZA-RR 08, 341.
- BAG, 28.11.2007, 6 AZR 1108/06.
- BAG, 28.11.2007, NZA 2008, 348.
- BAG, 07.11.2007, NZA 2008, 355, 530.
- BAG, 15.02.2007, AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 35; BAG 15.02.2007, 6 AZR 286/06, NZA 07, 614.
- BAG, 13.02.2007, NZA 2007, 825.
- BAG, 23.11.2006, 8 AZR 349/06.
- BAG, 23.11.2006, 6 AZR 394/06.
- BAG, 14.06.2006, NZA 2006, 1154.
- BAG, 26.04.2006, AP TzBfG § 14 Vergleich Nr. 1.
- BAG, 15.12.2005, NZA 2006, 841, 842 f.
- BAG, 29.09.2005, NZA 2005, 1406.
- BAG, 18.08.2005, NZA 2006, 145; 23.11.2006 NZA 2007, 866.
- BAG, 25.05.2005, NZA 2005, 1111.
- BAG, 23.02.2005, NZA 2005.

- BAG, 15.07.2004, 2 AZR 630/03, NZA 2005, 29.
- BAG, 15.06.2004, NZA 2005, 295.
- BAG, 22.4.2004, 2 AZR 281/03, AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 27.
- BAG, 27.11.2003, 2 AZR 177/03.
- BAG, 27.11.2003, 2 AZR 135/03, NZA 2004, 597.
- BAG, 27.11.2003, 2 AZR 135/03, NJW 2004, S. 2401.
- BAG, 27.11.2003, NZA 2004, 597, 598 f.
- BAG, 19.11.2003, NZA 2004, 554;, 1193.
- BAG, 23.09.2003, NZA 2004, 440.
- BAG, 22.05.2003, AP ZPO § 767 Nr. 8.
- BAG, 22.05.2003, 2 AZR 250/02, BB 2004, 894 ff.
- BAG, NZA 2002, 1150.
- BAG, 12.12.2002, 8 AZR 497/01.
- BAGE 97, BAGE Band 97, Seite 57, NJW 2001, Seite 2995; NZA 2001, Seite 843.
- BAG, 11.12.2001, AP BetrAVG § 1 Auskunft Nr. 2.
- BAG 11.12.2001, 3 AZR 339/00, NZA 2002, 1150 ff.
- BAG, 06.12.2001, AP ZPO § 286 Nr. 33.
- BAG, 05.04.2001, AP BGB § 626 Nr. 34.
- BAG, NZA 2001, 206.
- BAG, 17.10.2000, 3 AZR 605/99, AP Nr. 116 zu § 611 BGB.
- BAG, 16.05.2000, 9 AZR 277/99, NZA 2000, 1236.
- BAG, 12.01.2000, AP BGB § 620.
- BAG, 12.01.2000, 7 AZR 48/99.
- BAGE, 91, 107 = NZA 1999, 761.
- BAG, 12.08.1999, 2 AZR 832/98, NZA, 2000, 27 (29); BAG, 12.08.1999, AP BGB § 123 Nr.51.
- BAG 12.08.1999, 2 AZR 832/98, NZA 2000, 27 (29).

- BAG, 12.08.1999, AP Nr. 51 zu § 123 BGB B1. 3R.
- BAG, 10.12.1998, 8 AZR 324/97, NZA 1999, 422.
- BAG, 11.12.1997, NZA 1999, 262.
- BAG, 26.08.1997, 9 AZR 227/96, NZA 1998, 643.
- BAG, 29.01.1997, AP BGB § 626 Nr. 131.
- BAG, 13.11.1996, 10 AZR 640/96.
- BAG, 21.03.1996, AP BGB § 123 Nr. 42.
- BAG, 14.02.1996, 2 AZR 234/95, BeckRS 9998, 22977.
- BAG, 14.02.1996, NZA, 1996, 811.
- BAG, 09.03.1995, BB 1996, 434, 435.
- BAG 14.02.1995, 2 AZR 234/95, NZA 1996, S. 811.
- BAG, DB 1994, 279, NZA 1996, 811.
- BAG, 30.09.1993, AP Nr. 37 zu § 123 BGB; 2 AZR 268/93, DB 1994, S. 279.
- BAG, 06.02.1992, AP BGB § 119 Nr. 13.
- BAG, NJW 1992, 2173.
- BAG, NJW 1991, 2723.
- BAG, 03.07.1990, 3 AZR 382/89, NZA 1990, 971.
- BAG, 03.07.1990, AP BetrAVG § 1 Nr. 24.
- BAG, 23.05.1989, 3 AZR 257/88 zu § 1 BetrAVG.
- BAG, 10.03.1988, AP BGB § 611 Fürsorgepflicht Nr. 99 und § 123 Nr. 22.
- BAG, 25.06.1987, AP Nr. 14 zu § 620; BAG, 25.06.1987, NZA 1988, 466.
- BAG, 28.04.1987, 3 AZR 75/86, AP Nr. 5 zu § 1 BetrAVG.
- BAG, 30.01.1986, NZA 1987, 91, 92.
- BAG, 27.02.1985, GS 1/84, in DB 1985, 2197 (2197).
- BAG, 21.11.1985, 2 AZR 6/85, RzK I 9 j Nr. 2.
- BAG, 13.12.1984, 2 AZR 294/83, NZA 85, 324.

- BAG, 16.02.1983, 7 AZR 134/81.
- BAG, 16.09.1982, AP BGB § 123 Nr. 24; 29.8.1984 AP BGB § 123 Nr. 27; 12.5.2011 NZA-RR 2012, 43.
- BAG, 16.11.1979, AP BGB § 123 Nr. 21.
- BAG, 19.12.1974, 2 AZR 565/73, AP Nr. 3 zu § 620 BGB.
- BAG, 20.11.1969, AP Nr. 16 zu § 123 BGB.
- BAG, 16.10.1969, AP ZPO § 794 Nr. 20.
- BAG, 18.04.1968, DB 1968.
- BAG, 27.03.1958, 2 AZR 20/56, AP Nummer 12 zu § 14 SchwbG.
- BAG, 08.12.1955, 2AZR13/54, AP Nr.4 zu §9 MuSchG.

- **BFH** 10.11.2004, XI R 64/03, BStBl. II 05, 181.
- BFH 04.03.1998, XI R 46/97, NZA-RR 1998, 418 f.

- **BGH**, 19.4.2005, NJW 2005, 2766, 2768.

- **BSG**, 30.08.2018, B 11 AL 15/17 R.
- BSG, 02.05.2012, B 11 AL 6/11 R, DB 2012 S. 2700.
- BSG, 27.04.2011, B 11 AL 11/11 B, RS0810298.
- BSG 14.09.2010, NZS 2011, 713, 713.
- BSG 24.09.2008, B 12 KR 22/07 R, DB 2009 S. 2326.
- BSG 12.07.2006 AP Nr.8 zu § 144 SGB III; B 11 a AL 47/05 R, NZA 2006, 1359 ff.
- BSG, 18.12.2003, NZA 2004, 661.
- BSG, 12.04.1984, 7 Rar 28/83, Soz-Sich 84, 388.
- BSG, 10.5.1979, 7 RAr 111/78, DBlR der BA Nr. 2493a AFG § 119.
- BSG, 22.6.1977, 7 RAr 131/75, (SozR 4100 § 119 Nr. 3 und v. 25.10.1988, 7 RAr 37/87, SozR 4100 § 119 Nr. 33).

- **BVerfG**, 23.11.2006, NZA 2007, 85 (Cour constitutionnelle).

- **LAG** Rheinland-Pfalz, 07.03.2019, 5 Sa 301/18, BeckRS 2019, 6831.
- LAG Niedersachen, 07.11.2017, 10 Sa 1159/16.
- LAG Baden-Württemberg, 13.02.2015, 12 Sa 68/14.
- LAG Hamm, BeckRS, 2012, 74964.
- LAG Rheinland-Pfalz, BeckRS, 2017, 134234.
- LAG Niedersachsen, 15.12.2010, 2 Sa 742/10, BeckRS 2011, 73473.
- LAG Schleswig-Holstein, 08.12.2009, 2 Sa 223/09.
- LAG Schleswig-Holstein, NZA-RR 2008, 244.
- LAG Niedersachsen, 13.03.2007, 9 Sa 1835/06.
- LAG Düsseldorf, DB 2005, DB Jahr 2005 Seite 1463.
- LAG HM 07.06.2005 NZA-RR 2005, 606, 608.
- LAG Schleswig-Holstein, NZA-RR 2004, NZA-RR Jahr 2004 Seite 74.
- LAG Brandenburg, 30.10.2002, 7 Sa 386/02.
- LAG Hamm, 27.11.1997, 8 Sa 1263/97, LAGE Nr. 22 zu § 611 BGB.
- LAG Düsseldorf, 20.3.1996, LAGE § 112 a BetrVG 1972 Nr. 4 S. 6.
- LAG Köln, 05.01.1996, NZA-RR, 1997, 11.
- LAG Hamburg, 20.8.1992, 2 Sa 16/92, LAGE Nr. 9 zu § 611 BGB.
- LAG Baden-Württemberg, 22.05.1991,12 Sa 160/90, LAGE Nr. 4 zu § 611 BGB.
- LAG Düsseldorf, 30.4.1991, LAGE § 123 BGB Nr. 14 S. 3.
- LAG Baden-Württemberg, 25.4.1991, 13 Sa 115/90, LAGE Nr. 5 zu § 611 BGB.
- LAG Baden-Württemberg, 15.10.1990, BB 1991, 209.
- LAG München, 29.10.1987, 4 Sa 783/87, DB 1988, 506; BB 1988, 348.

- **LSG** Niedersachsen-Bremen, 13.05.2019, L7 AL 84/18, BeckRS 2019, 9093.
- LSG Baden-Württemberg, 21.06.2016, L 9 R 695/16.
- LSG Sachsen, 25.06.2015, L 3 AL 165/14 NZB, Kurzwiedergabe in NZS 2015 S. 718.
- LSG Nordrhein-Westfalen, 16.11.2011, L 9 AL 82/11.
- LSG Rheinland-Pfalz, 25.02.2003, L 1 AL 7/02.

Source de droit européen

- **CEDS**, 8 septembre 2016, *Finish Society of Social Rights c. Finlande*, n° 106/2014.

Source de droit italien

- **Cour constitutionnelle** italienne, 26 septembre 2018, arrêt n° 194.

Glossaire

- « **Abwicklungsvertrag** » : contrat d'exécution, conclu par exemple après la prononciation d'un licenciement et réglant les conséquences découlant de ce licenciement

- « **Anamnese** » : examen médical

- « **Änderungsvertrag** » : contrat de modification, poursuivant la continuation du contrat de travail sous des conditions différentes conclues amiablement

- « **Anfechten** » : contester

- « **Anfechtungserklärung** » : déclaration de contestation

- « **Arbeitsentgelt** » : rémunération

- « **ArbRAktuell** » : revue droit du travail

- « **arglistige Täuschung** » : fraude, tromperie délibérée

- « **aufschiebende Bedingung** » : condition poussant la réalisation d'un événement dans le futur

- « **Aufhebungsvertrag** » : contrat de résiliation à l'amiable entre les parties d'un contrat de travail

- « **Auflösungsvertrag** » : contrat de résolution, terme plus général incluant le « Aufhebungsvertrag », contrat de résiliation

- « **außerordentliche Kündigung** » : licenciement extraordinaire

- « **Beendigungstatbestand** » : élément constitutif d'une rupture

- « **Bedenkzeit** » : délai de réflexion

- « **bedingter Aufhebungsvertrag** » : contrat de résiliation conditionnel

- « **bedingte Wiedereinstellungsgarantie** » : garantie de réembauche conditionnelle

- « **Befristungskontrollrecht** » : droit de contrôle des limitations de la durée du travail

- « **besondere Härte** » : rigueur particulière, dureté particulière

- « **betriebliche Altersversorgung** » : retraite professionnelle

- « **Betriebsänderung** » : changement d'activité

- « **Betriebsrat** »**:** comité d'entreprise

- « **Beurteilungsspielraum** » **:** marge d'appréciation

- « **Bundessozialgericht** » **:** tribunal social fédéral

- « **Darlegungs- und Beweislast** » **:** exposer et établir

- « **sozialrechtliche Beschäftigungsverhältnis** » **:** dispositions relevant du droit social à l'égard de la relation de travail

- « **Drohung** » **:** menace

- « **Durchführungsanweisung (DA) der Bundesagentur für Arbeit** » **:** directive de l'office fédéral de l'emploi, instructions d'application, de réalisation

- « **Einverständniserklärung** » **:** déclaration de consentement éclairé

- « **Entlassung** » **:** licenciement

- « **EZA** » **:** catalogue de décisions sur le droit du travail, Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht

- « **faire Chance** » **:** chance équitable

- « **Fernabsatzverträge** » **:** Contrats à distance

- « **Freistellung** » **:** dispense de travailler

- « **freiwilliges Ausscheiden** » **:** départ volontaire

- « **Freiwilligkeitsprogramm** » **:** programme volontaire (de départ)

- « **Friedensfunktion** » **:** fonction de pacification

- « **Fünftelungsverfahren** » **ou** « **Fünftel-Regelung** » **:** dégrèvement fiscal ou selon le paragraphe 34 EStG la distribution de la valeur du montant de l'indemnité fiscale se fait sur cinq ans pour atténuer l'effet de la progressivité de l'impôt

- « **Gebot fairen Verhandelns** » **:** exigence de négociation équitable »

- « **gerichtlicher Vergleich** » **:** transaction, arrangement judiciaire

- « **Geschäftsanweisung** » : règles de procédure

- « **gesetzlicher Vertreter** » **:** représentant légal

- « **gesetzliches Widerrufsrecht** »**:** droit de rétractation légal

- « **goldener Handschlag** » **oder** « **goldener Fallschirm** » **:** parachute doré

- « Grundsicherung vom Jobcenter » : revenu minimum, revenu de base de centre pour l'emploi

- « Irrtum » : erreur

- « Kündigungsschutzverfahren » : processus de protection contre le licenciement

- « Macht des Faktischen » : « pouvoir de fait » ou « pouvoir du fait accompli » ou « la force des choses »

- « Massenentlassung » : licenciement collectif

- « Mobbing » : harcèlement

- « Nachwirkung » : le contrecoup

- « öffentlicher Dienst » : fonction publique en Allemagne

- « ohne Schuldhaftes Zögern » : sans retard excessif

- « Personalverwaltung » : gestion des ressources humaines

- « Prozessvergleich » : transaction

- « Richter » : juge

- « Ruhenszeit » : période de repos

- « **Rückabwickeln** » : restituer, inverser

- « sachlicher Grund » : raison objective

- « salvatorische Klausel » : clause de sauvegarde

- « Schwerbehindertenrecht » : droit des handicapés graves

- « Schwerbehindertenvertretung » : le/les représentant(s) des handicapés

- « Sozialplan » : plan social

- « sozialrechtliche Konsequenzen » : conséquences sociales

- « Sperrzeit » : période de carence

- « Tarifvertrag » : convention collective

- « Transparenzkontrolle » : contrôle de la transparence

- « Treu und Glauben » : principe de loyauté et de bonne foi

- « Turboprämie » : prime turbo

- « überrumpelt » : subjugué, bousculé, déstabilisé

- « unfair » : non équitable

- « unwirksam » : nul

- « Unwirksamkeit » : nullité

- « unbedingter Aufhebungsvertrag » : contrat de résiliation inconditionnel

- « Verbraucherverträge » : contrats de consommateurs

- « Vergleich » : arrangement

- « Verhandlungsmacht » : pouvoir de négociation

- « vertragliche Nebenpflichten » : obligations contractuelles secondaires

- « Vertragsgestaltung » : l'aménagement d'un contrat

- « Vertreter » : représentant, mandataire

- « von Amts wegen » : par voie d'autorité

- « vorformuliert » : pré-formulé

- « Wartezeiten » : temps d'attente, notamment pour les indemnités de retraite et de chômage légales

- « wichtiger Grund » : motif important

- **« widerrufen » :** rétracter

- « Widerrufsrecht » : droit de rétractation

- « widerrechtliche Drohung » : menace illicite

- « Wiedereinstellungsanspruch » : droit à réembauche

- « Willenserklärungen » : accords, déclarations de volontés

- « Zeitdruck » : contrainte temporelle

- « Zusammenballungsprinzip » : principe d'accumulation, selon lequel les indemnisations ne peuvent bénéficier d'un avantage fiscal que si elles sont versées au salarié au sein d'une unique période d'imposition correspondant à une année civile

Table des matières

Remerciements ..... **VI**

Sommaire ..... **IX**

Abréviations ..... **XI**

Avertissements **4**

Introduction générale **6**

I. Applications 6
1. Définitions. 6
a) Description. 7
b) Distinctions. 9
2. Conséquences 11
a) Succès. 11
b) Analyse. 14
II. Historique 16
1. « Aufhebungsvertrag » 16
a) Démarcation 18
b) Aspects. 21
2. Rupture conventionnelle individuelle ou homologuée 22
a) Intrusion. 22
b) Délimitations 26
3. Rupture conventionnelle collective 28
a) Opportunisme 29
b) Spécificités 30
III. Ambition 30
1. Stratégie. 31
a) Instrumentalisation 31
b) Détournement 32
2. Intérêts. 35
a) Efficacité. 35
b) Répercussions 36

Partie I. Définitions, motifs et conditions d'une rupture amiable d'un contrat de travail 41

Chapitre 1. Formalités et procédures menant à la validité de la rupture amiable et le statut des personnes protégées 43

Section 1. Champ d'action de la rupture conventionnelle et du « Aufhebungsvertrag » allemand 44

I. Rupture conventionnelle et fonction publique 45
1. Rupture conventionnelle individuelle et fonction publique avant la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique 45
2. Rupture conventionnelle collective expérimentée dans la fonction publique depuis la loi du 6 août 2019 46
II. Accord libre des parties, forme et contenu de la procédure 49
1. Accord libre des parties et procédure mise en place 49
a) Existence d'un différend entre les parties : litige 52
(a) Harcèlement moral 56
(b) Situation d'infériorité du salarié 60
(c) Mutuus Dissensus suivant les conditions légales 62
(d) Contrat de résiliation pour transformer un CDI en CDD 62
(e) Changement d'employeur et rupture conventionnelle 70
b) Entretien(s) préalable(s) 70
(a) Devoir d'information et possibilité de se faire assister durant l'entretien 75
(b) Contenu des informations données par l'employeur au salarié .. 75
(c) Assistanat du salarié 83
(d) Assistanat de l'employeur 86
(e) Droits des personnes assistant 87
(f) Personnes interdites d'assister 87
(g) Possibilité de se faire représenter 88
(h) Sens de la rupture conventionnelle 88
c) Conséquence de la différence de catégorie socio-professionnelle des salariés…… 89
d) Importance de prendre en compte le niveau de l'entreprise pour le partage de l'information et la présence d'institutions représentatives du personnel…. 91
e) Les procédures d'homologation et d'autorisation 94
(a) Forme d'acceptation de l'homologation 95
(b) Forme du refus de l'homologation 97

(c) DIRECCTE et DDTEFP 97
(d) La convention de rupture à travers un formulaire Cerfa 101
(e) Rupture conventionnelle et propriété intellectuelle 103
(f) Signature du formulaire Cerfa 104
(g) Différence entre délai de rétractation et délai d'instruction 107
(h) Accès au juge 109
f) Pré-formulation 110
2. Forme écrite en tant que condition essentielle et date de prise de fin du contrat de travail 114
a) La forme écrite, condition fondamentale de la rupture conventionnelle 114
b) La date de prise de fin du contrat de travail 119
III. Les parties à la rupture conventionnelle et le statut des personnes protégées 122
1. Conditions territoriales et légales de la rupture conventionnelle / du contrat de résiliation 122
2. Salariés protégés 123
a) Différenciation au sein des salariés protégés durant la suspension de leur contrat de travail 130
(a) Inaptitude du salarié, maladie professionnelle et accident du travail 131
(b) Congé maternité 136
(c) Salarié(s) handicapé(s) 140
b) Nombre de ruptures conventionnelles de contrats de salariés protégés 146
3. Mineurs 147
IV. Agencement des ruptures conventionnelles du droit du travail dans nos sociétés précaires et proposition de changement 150
V. Particularités allemandes 153
1. L'usage du « Aufhebungsvertrag » pour mettre fin à un CDD allemand « befristeter Arbeitsvertrag » 153
2. Clauses habituelles d'un « Aufhebungsvertrag » allemand 154
a) Clauses supplémentaires prévues habituellement dans un « Aufhebungsvertrag » 154
(a) Clause d'exemption de travail « Freistellung » et clause d'exemption de travail irrévocable « unwiderrufliche Freistellung » 154
(b) Clause « turbo » comme droit à une résolution anticipée du contrat de travail « Turboklausel » 155
(c) Clauses de renonciation à une action en justice « Klageverzicht » ou portant sur les frais de procédure « Verfahrenskosten » 156

(d) Clause d'exécution : « Erledigungsklausel/Ausgleichsklausel » 156
(e) Interdiction de la compensation dans le « Aufhebungsvertrag: « Aufrechnungsverbot » 157
(f) Exclusion des droits de rétention dans le « Aufhebungsvertrag » : « Ausschluss von Zurückbehaltungsrechten » 157
(g) Contrôle des conditions générales des clauses interdisant la compensation ou excluant des droits de rétention 158

Section 2. Terminologie, délimitation des accords de rupture et leurs conséquences financières et sociales 160

I. Champ d'application des accords amiables et distinctions terminologiques 162
1. Délimitation des termes 162
a) La rupture amiable du Code Civil 162
(a) Décisions portant sur les ruptures amiables du Code civil touchant au droit du licenciement économique 164
(b) La rupture amiable et la transaction 168
(c) Litiges au sein de la rupture amiable 169
(d) Recours au sein de la rupture amiable 170
b) La rupture conventionnelle du Code du travail 171
c) La transaction française et le « Abwicklungsvertrag » ou contrat d'exécution allemand 172
(a) La transaction en droit français (à différencier de la rupture conventionnelle), aussi appelée rupture transactionnelle 172
(b) Le contrat d'exécution en droit allemand « Abwicklungsvertrag » 176
2. De la résiliation amiable et ses limites à la rupture conventionnelle 177
a) Rupture amiable des contrats d'apprentissages 177
b) Rupture amiable des contrats à durée déterminée 177
c) Ressemblances entre rupture amiable et rupture conventionnelle 179
d) Différences entre rupture amiable et rupture conventionnelle 180
e) Le sort de la rupture amiable du Code civil depuis l'apparition de la rupture conventionnelle dans le Code du travail 182
II. Exclusions et autorisations de ruptures au sein des ruptures conventionnelles .. 187
1. Ruptures d'un commun accord suivant un motif économique 187
a) France…….. 187
b) Allemagne…. 193
2. Rupture conventionnelle et licenciement économique 194

3. Ruptures conventionnelles et licenciements..... 199
a) France…… 199
(a) Rupture conventionnelle après notification d'un licenciement. 199
(b) Rupture conventionnelle avant notification d'un licenciement 200
b) Allemagne : „Aufhebungsvertrag" conclu après ou pendant un licenciement : clause de renonciation d'action en justice « Klageverzicht et clause sur les frais de procédure « Verfahrenskosten » 202
III. Indemnité de départ..... 204
1. Indemnités en France..... 206
a) Avant la réforme française Macron 206
(a) Choix et montant de l'indemnité..... 206
(b) Calcul de l'indemnité pour une rupture conventionnelle conclue avant le 27 septembre 2017 209
b) Depuis la réforme Macron 212
(a) Changements apportés par la réforme Macron du Code du travail de 2017 concernant le montant minimal des indemnités de licenciement légales et touchant aux ruptures conventionnelles conclues après le 27 septembre 2017..... 212
(b) Conclusion des changements dus à cette réforme Macron avec l'augmentation par revalorisation du montant minimal des indemnités de licenciement légales..... 214
c) Hors du champ d'application de l'avenant n°4 du 18 mai 2009 215
2. Indemnités en Allemagne..... 218
a) Paiement (non obligatoire) d'une indemnité 218
b) Héritabilité en cas du décès du salarié.....219
c) Période de versement de l'indemnité.....220
3. Les différences entre la rupture conventionnelle individuelle du présent Code du travail et les ruptures consenties présentées dans la proposition de Code du travail 2017 par E. Dockès..... 221

CONCLUSION DE CHAPITRE 226

Chapitre 2. Nouvelle rupture conventionnelle collective mise en place par la réforme Macron de 2017 240

Section 1. Mise en œuvre et modalités de la nouvelle rupture conventionnelle collective 248

I. Historique et volontés derrière la nouvelle rupture conventionnelle collective.. 249
1. Rupture conventionnelle, rupture conventionnelle collective et plan de départs volontaires..... 249
a) Les plans de départs volontaires, antérieurs et distincts de la rupture conventionnelle.....249
b) Les plans de départs volontaires et les plans de sauvegarde de l'emploi, remplacés ou complémentaires de la rupture conventionnelle collective….....254
(a) Pas de mise en œuvre d'une rupture conventionnelle collective en même temps qu'un plan de sauvegarde de l'emploi 259
(b) Interchangeabilité des ruptures conventionnelles collectives et des plans de départs volontaires..... 260
2. Tentatives antérieures de mise en place de la rupture conventionnelle collective….. 260
3. Différencier la nouvelle rupture conventionnelle collective du nouvel accord de performance collective..... 264
II. Raisonnement et procédure de mise en place de la rupture conventionnelle collective 265
1. Volonté politique..... 265
2. Avis consultatif du Conseil d'État..... 267
3. Procédure de mise en œuvre de la nouvelle rupture conventionnelle collective….. 269
a) Conclusion de l'accord collectif d'entreprise.....270
b) Contenu de l'accord collectif d'entreprise.....274
(a) L'obligation de reclassement et d'accompagnement des salariés…..... 276
(b) Le congé de mobilité..... 277
(c) La validation des acquis de l'expérience VAE 279
c) Double finalité de l'accord collectif, bilan et possibilités de réembauche(s) au sein de la rupture conventionnelle collective 280
d) Le nouveau Comité social économique CSE 281
(a) L'introduction et la mise en place du CSE 283
(b) Rôle du CSE..... 285
(c) Limitation des attributions et moyens avec la mise en place du CSE……. 290

e) Validation de l'accord collectif pour applicabilité - homologation.....292
(a) Refus de validation de l'accord collectif..... 296
(b) Contestation de la validation par l'autorité administrative 297
4. La rupture conventionnelle collective et la procédure du licenciement économique 299

Section 2. Les indemnités et leurs conséquences fiscales et sociales de la nouvelle rupture conventionnelle collective 304

I. Les indemnités de rupture conventionnelle collective..... 304
II. Régime social et fiscal des indemnités de départ dans la rupture conventionnelle collective..... 306
1. Régime social de la nouvelle rupture conventionnelle collective 306
a) Différentiation des différentes cotisations sociales 306
b) Conditions pour l'exonération des cotisations sociales et de la CSG, CRDS…….....307
c) CSG et CRDS 307
d) Le forfait social dans le cadre de la rupture conventionnelle collective…….....308
(a) Différence entre le forfait social de la rupture conventionnelle individuelle et de la nouvelle rupture conventionnelle collective 308
(b) Exemple pratique 309
e) Difficultés et changements de décisions pour la mise en place de la réforme Macron concernant le régime applicable aux indemnités de la rupture conventionnelle collective : entre alignement du régime fiscal sur le PSE et forfait social 309
2. Régime fiscal de la nouvelle rupture conventionnelle collective..... 311
III. Allocations chômage..... 313

Section 3. Litiges et recours au sein de la rupture conventionnelle collective 314

I. Règlement des litiges portant sur les ruptures des contrats de travail au sein de la rupture conventionnelle collective..... 314
II. Les salariés protégés dans la rupture conventionnelle collective 314
1. Les membres de la délégation du personnel..... 315
2. Les médecins du travail..... 315
3. Les séniors…..... 316

Section 4. Particularités touchant à la nouvelle rupture conventionnelle collective 321

I. Les entreprises concernées, les départs et l'obligation de revitalisation des territoires 322
1. Taille de l'entreprise 322
2. Nombre de départs envisagés 322
3. Prise en compte d'un « type de postes de travail » 323
4. Le cas particulier de la rupture conventionnelle collective affectant l'équilibre d'un bassin d'emploi ou l'obligation de revitalisation des territoires….. 323

II. Les ruptures d'un commun accord suivant un motif économique depuis la mise en place de la rupture conventionnelle collective 326
1. Petit rappel de la rupture conventionnelle individuelle 326
2. Changements avec la rupture conventionnelle collective 327

Section 5. Changement des barèmes prud'homaux et augmentation des indemnités légales de licenciement 330

I. Changements pour les barèmes 2017 des indemnités aux prud'hommes depuis la réforme Macron dans la troisième ordonnance de la loi Travail 331
1. Historique de l'introduction de ces barèmes 2017 des indemnités aux prud'hommes ainsi que le ressenti et les retombées de ces nouveaux barèmes……..... 331
2. Les nouveaux barèmes 2017 des indemnités aux prud'hommes dans la troisième ordonnance de la loi Travail sont les suivants :..... 345

II. Contrepartie de la réforme Macron avec l'augmentation des indemnités légales de licenciement 348

III. Premiers cobayes de la rupture conventionnelle collective 348

CONCLUSION DE CHAPITRE 354

CONCLUSION DE PARTIE 363

Partie II. Les conséquences de la rupture amiable du contrat de travail sur l'employeur et son salarié et les possibilités de rétractation et de recours 366

Chapitre 1. Les conséquences fiscales et sociales pour le salarié en relation avec le devoir d'information 367

Section 1. Régime de retraite légale et période de carence 368

I. Acquisition du droit à la retraite légale en France et conséquences sur le régime fiscal et social 368
II. La période de carence 370
1. La période de carence française 370
a) Avant 2014…. 370
b) Du 1er Juillet 2014 au 1er mars 2016 371
c) Changements 376
(a) Décision du Conseil d'État 376
(b) Nouvelle convention d'assurance-chômage du 14 avril 2017 .. 378
2. La période de carence allemande 380
a) Différences entre période de carence française et période de carence allemande « Sperrzeit, Ruhezeit » 383
b) Revenus minimaux en France et en Allemagne 385
3. Spécificités de l'application de la période de carence allemande 387
a) Instructions spécifiques concernant la période de carence allemande.. 387
b) La mise en place de la période de carence allemande 391
c) Le cas de la « rigueur particulière » allemande, « besondere Härte » .. 392
d) Motif important justifiant la conclusion du contrat de résiliation amiable……..... 395
e) Exemples de motifs importants lors d'un Aufhebungsvertrag pour échapper à la période de carence 399
f) Nouvelle possibilité donnée en droit allemand pour échapper à la période de carence 400
(a) Nouvelles possibilités de non-application de la période de carence allemande en cas de conclusion d'un contrat de résiliation 402
(b) La non application d'une période de carence en cas de non versement d'une indemnité ou d'une indemnité insuffisante ... 403
(c) La non application d'une période de carence pour des raisons inhérentes au salarié 405
(d) Les conditions de la non application d'une période de carence quand l'indemnité perçue dépasse la limite de 0,5 mois de salaire par année d'ancienneté 406

(e) Autre possibilité pour une non application d'une période de carence à travers une exemption irrévocable 409
(f) Conditions cumulatives permettant une non-application de la période de carence..... 411
(g) Plateforme en ligne de la Commission Européenne pour les consommateurs et les professionnels des pays membres de l'Union Européenne 414

Section 2. Conséquences sociales et exonérations fiscales..... 417

I. Conséquences sociales 417
1. Allemagne…. 417
2. France…….. 417
a) Dans le cas où le salarié ne peut pas bénéficier de la pension de retraite légale 417
(a) Exonération de cotisations de sécurité sociale 418
(b) Soumission à la CSG et à la CRDS..... 419
(c) Cotisations de sécurité sociale et CSG-CRDS quand dépassement avec le régime des « parachutes dorés » du seuil des dix Pass 420
(d) Forfait social 421
b) Dans le cas où le salarié peut bénéficier d'une pension de retraite légale…….....421
II. Exonérations fiscales..... 423
1. France…….. 423
a) Dans le cas où le salarié ne peut pas bénéficier de sa pension de retraite légale 423
b) Dans le cas où le salarié peut bénéficier d'une pension de retraite légale…….....424
c) Fiscalité quand dépassement avec le régime des « parachutes dorés » du seuil des dix Pass 424
2. Allemagne….. 425
III. Droit aux allocations chômages 430
1. France…….. 430
2. Allemagne…. 431
IV. La rupture conventionnelle française, droit à formation et autres conséquences..... 433
1. La rupture conventionnelle donne-t-elle droit à formation ? 433
2. Autres conséquences 437
V. Recours en annulation en Allemagne..... 438

CONCLUSION DE CHAPITRE 440

Chapitre 2. Contestation, révocation de l'accord, contentieux de la rupture et avantages et inconvénients en résultant pour les parties..... 448

Section 1. Les possibilités de rétractation et de recours..... 449

I. Délai de rétractation 451
II. Possibilités de recours et charge de la preuve 456
1. Possibilités de recours 456
a) Une diminution des contentieux grâce à ce mode de rupture ? 462
b) Nullité en droit allemand en cas de contournement de la loi de protection contre le licenciement, § 134 BGB 470
c) Nullité dans le cas du contournement de la règle du § 613 a BGB sur les droits et obligations lors d'une cession d'entreprise 471
d) Le dol et l'erreur en droit français et la déclaration de contestation allemande « Anfechtung » 473
e) Droit de rétractation allemand et délai de réflexion, „Widerrufsrecht und Bedenkzeit » : 488
f) Pas de droit de rétractation sur la base du démarchage à domicile « Haustürgeschäft » 489
2. Charge de la preuve 491

Section 2. Avantages et inconvénients de cet accord de rupture..... 493

I. Remontées et suivi statistique des ruptures conventionnelles 493
II. Avantages et inconvénients pour l'employeur 497
1. Usage prisé dans les petites entreprises 498
2. Nullité de la rupture conventionnelle demandée par l'employeur 499
III. Avantages et inconvénients pour le salarié 501
1. Rupture conventionnelle, préjudice et caractère réparateur de l'indemnité… 502
a) Préjudice et caractère réparateur 502
b) Remboursement de l'indemnité perçue en France et en Allemagne 505
2. Certificat de travail 507
3. Informations et aides sur la rupture conventionnelle individuelle, collective et le contrat de résiliation « Aufhebungsvertrag » 509

CONCLUSION DE CHAPITRE 511

CONCLUSION DE PARTIE 525

Conclusion générale 528

Synthèse allemande 539

Bibliographie 610

Glossaire 691