

Flexicurité et rupture conventionnelle du contrat de travail : de l'oxymore à l'ambiguïté de la pratique

Par Brigitte PEREIRA

Professeur de Droit et de Responsabilité sociale des entreprises-EM Normandie-HDR, Sciences de gestion, Laboratoire Métis-Chercheur associé-NIMEC, IAE de Caen Basse-Normandie

La flexicurité, véritable politique communautaire du marché du travail, consiste à accroître à la fois la souplesse managériale en vue d'un fonctionnement optimal des entreprises et la garantie d'une sécurisation des parcours professionnels des salariés. En France, cette politique a connu en 2008 une construction progressive avec la mise en place de la rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée. Ce dispositif connaît un grand succès, qui nous conduit à en analyser la mise en œuvre. Or, la rupture conventionnelle du contrat de travail recouvre de multiples facettes et ne répond pas nécessairement à la quête de flexibilité des entreprises. En réalité, dès l'analyse du dispositif, nous constatons une volonté de flexibiliser le fonctionnement des entreprises sans que le résultat soit certain : la rupture conventionnelle du contrat de travail, outil de flexibilité, coexiste avec d'autres normes, ce qui conduit à un ensemble de normes parfois en contradiction entre elles. De plus, alors que la rupture à l'amiable du contrat de travail est destinée à réduire les contentieux judiciaires, ceux-ci ne sont pas exclus ; bien au contraire les décisions de justice se sont multipliées ces dernières années. Une comparaison est alors effectuée entre la flexicurité et la pratique judiciaire, ce qui rend compte des difficultés de la transposition de l'exemple danois de la flexicurité, cité par l'Union européenne.

Introduction

On assiste à une matérialisation progressive de la « flexicurité » mise en avant par l'Union européenne. Véritable politique communautaire du marché du travail, celle-ci consiste à accroître à la fois la souplesse managériale en vue d'un fonctionnement optimal des entreprises et la garantie d'une sécurisation des parcours professionnels des salariés.

Ainsi, la flexicurité est définie comme « une stratégie intégrée visant à améliorer simultanément la flexibilité et la sécurité sur le marché du travail » (Commission européenne, 2007 ; LAULOM, 2007)⁽¹⁾. Il s'agit en l'occurrence de permettre aux entreprises de s'adapter rapidement aux contraintes de compétitivité, dans le contexte de la mondialisation, en donnant la possibilité de recruter et de rompre les contrats de travail d'une manière moins encadrée. La flexibilité vaut aussi pour l'organisation du travail qui doit permettre de répondre à de nouveaux besoins en termes de production et de maîtriser les nouvelles compétences nécessaires d'une manière plus rapide et plus efficace.

En contrepartie, il s'agit de faciliter la progression des travailleurs vers d'autres emplois et de favoriser leur mobilité et le développement optimal de leurs talents à travers la sécurisation de leurs parcours professionnels. La politique, mais aussi le concept même de flexicurité, sont exprimés à travers un oxymore consistant à associer des finalités en apparence contradictoires (GAUDU, 2008) : la flexibilité (au service des entreprises, qui doivent faire face aux changements brusques de la demande de biens et de services, s'adapter aux nouvelles technologies et être en mesure d'innover en permanence afin de rester compétitives) et la sécurité (qui doit s'entendre comme la sécurisation de l'employabilité des salariés, et non plus comme la stabilité ou la sécurité de l'emploi occupé).

Ce sont donc les transitions professionnelles qui devraient faire l'objet d'une sécurisation par une indemnisation généreuse de la perte d'activité et par un développement de la formation professionnelle tout au long de la vie favorisant la mobilité professionnelle et la mobilité géographique des travailleurs (VACHER, 2008).

⁽¹⁾ Commission européenne, COM (2007) 359 final.

Cependant, dans cet oxymore, il doit être précisé que la priorité à la flexibilité des entreprises est de mise, comme en témoignent les orientations des lignes directrices 2005-2008 pour les politiques de l'emploi des États membres de l'Union européenne. En effet, la rationalité de la politique communautaire a clairement été mise en évidence : il s'agit de « favoriser la flexibilité en conciliant celle-ci avec la sécurité de l'emploi »⁽²⁾. La vision centrale est une vision d'adaptation au changement, d'anticipation et d'innovation censée justifier une flexibilisation du contrat de travail.

La flexibilité recherchée est alors entendue comme la possibilité de rompre le contrat de travail à durée indéterminée (CDI) selon des moyens non formalistes, en répondant de cette manière au souci de rapidité et d'adaptation permanente des entreprises. En France, c'est la loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail⁽³⁾ et reprenant, pour l'essentiel, l'accord interprofessionnel du 11 janvier 2008 (ANI) qui consacre progressivement cette orientation. Ainsi, la loi de 2008 recouvre une particularité en ceci qu'elle transpose les négociations dans un contexte politique et économique difficile. Elle recouvre une autre particularité, qui est celle de résoudre ces problématiques en tentant d'établir un équilibre entre la flexibilité requise par les entreprises et la sécurité souhaitée par les salariés en consacrant, notamment, l'allongement de la durée des périodes d'essai et la rupture conventionnelle des contrats à durée indéterminée (CANADAS-BLANC, 2009).

C'est à cette dernière, en tant que matérialisation de la flexicurité, que s'est intéressée notre étude. En effet, la rupture conventionnelle du contrat est l'expression la plus patente de la flexibilité managériale recherchée : elle correspond à une rupture du contrat de travail d'un commun accord, en dehors de toute procédure encadrée de licenciement, que celui-ci soit motivé par une faute ou par un motif économique. Le mouvement de flexicurité a par ailleurs été poursuivi à travers de nouvelles lois relatives à la formation professionnelle, dont la dernière (très récente) vise à développer la sécurisation des parcours professionnels au moyen de la mise en place d'un compte personnel de formation (loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale)⁽⁴⁾.

Plus de sept ans après la loi de 2008, on constate que la rupture conventionnelle a connu (et continue de connaître) un grand succès : ainsi, en 2012, le nombre des ruptures conventionnelles s'est élevé à 320 000, soit 11 % de plus qu'en 2011 (hors salariés protégés) (MINNI, 2013). En 2013, elles avaient été au nombre de 341 785 (Dares, 2014), et pour l'année 2012, 26 700 ruptures conventionnelles avaient été homologuées chaque mois en moyenne : ces chiffres

attestent d'une progression rapide du dispositif de rupture à l'amiable du contrat de travail.

Des recherches empiriques ont été effectuées sur cette importante progression (DALMASSO, GOMEL, MÉDA et SERVERIN, 2012 ; MINNI, 2013) de la rupture flexibilisée du contrat de travail. Depuis sa mise en place, la rupture conventionnelle représente 20 % de l'ensemble des ruptures de CDI (BERTA, SIGNORETTO et VALENTIN, 2012)⁽⁵⁾.

Toutefois, de nombreuses interrogations ont accompagné ces études : s'agit-il de ruptures qui s'ajoutent à celles relatives aux démissions, aux licenciements pour faute et aux licenciements pour motif économique ? Ou bien s'agit-il d'une substitution, et, dans certaines hypothèses, d'un contournement du mode classique de licenciement vers une voie conventionnelle plus souple et plus rapide ?

Ces interrogations permettent certes de vérifier si cette flexibilisation fonctionnelle du mode de rupture du contrat de travail est le moyen de contourner les normes d'ordre public destinées à protéger les salariés, notamment dans le cadre d'un licenciement économique qui impose des efforts de reclassement des salariés concernés. Mais, en réalité, c'est toute la question de l'utilité de la rupture conventionnelle du contrat de travail qui est posée : l'objectif de flexibilité au service des entreprises a-t-il été atteint ? La sécurisation du parcours professionnel des salariés dont le contrat de travail a été rompu a-t-elle été assurée ?

Des études esquissent quelques réponses en ce qui concerne la perfectibilité de ce dispositif : certains salariés ont accepté une rupture conventionnelle proposée par leur employeur dans un contexte de mécontentement, ou dans celui d'un changement organisationnel ou encore dans un contexte de difficultés économiques. Toutefois, l'objet de notre étude est de rechercher si ce dispositif répond de manière adéquate à la flexicurité telle qu'entendue par l'Union européenne, cette dernière s'étant notamment inspirée de l'exemple danois.

Or, il s'avère que les contextes économiques, le développement, la taille des entreprises et la culture de l'entreprise diffèrent d'un État membre de l'Union à l'autre. Les visions de flexibilisation du rapport contractuel ne sont pas identiques et ne s'appliquent pas de la même manière dans un pays dont le tissu économique est constitué essentiellement de grandes entreprises et dans un pays où prédominent les PME. En réalité, il s'agit de comprendre le mouvement auquel on assiste : la rupture conventionnelle s'inscrit aussi dans un contexte d'accroissement du nombre des embauches en contrat à durée déterminée (CDD) et de forte mobilité des travailleurs. De même, s'il a pu être avancé que la rupture conventionnelle flexibilise le mode de fonctionnement des entreprises du point de vue managérial, il a été aussi affirmé qu'il le sécurise, la proportion des contentieux liés aux ruptures de contrat de travail tendant à diminuer. Or, en réalité, rien n'est

⁽²⁾ Lignes directrices intégrées pour la croissance et l'emploi (2005-2008), Commission des Communautés européennes, 2005/600/CE.

⁽³⁾ Loi n°2008-596 du 25 juin 2008, JO n°148 du 26 juin 2008, p. 10224.

⁽⁴⁾ Loi n°2014-288 du 5 mars 2014, JORF n°0055 du 6 mars 2014, p. 4848.

⁽⁵⁾ Comparativement, 14,8 % des ruptures de CDI concernent des licenciements pour motif économique, 47,3 % des licenciements pour motif personnel et 17,9 % des démissions.

moins sûr : la rupture conventionnelle n'empêche pas les contentieux prud'homaux, ceux-ci s'étant même développés ces dernières années.

Dès lors, il convient avant toute chose de préciser ce que l'on doit entendre par « rupture conventionnelle du contrat de travail » et en quoi celle-ci constitue un moyen de flexicurité. Puis, il s'agira aussi de comprendre ce qui a motivé les salariés et les employeurs à proposer une rupture conventionnelle. Une fois le constat de la pratique effectué, il s'agira alors de se poser la question de l'utilité de ce dispositif en se référant au contentieux judiciaire relatant les litiges directement liés à la pratique de la rupture conventionnelle. Il semblerait qu'une certaine ambiguïté doive être relevée, la rupture conventionnelle ne correspondant pas nécessairement à la flexibilité recherchée par les entreprises.

De plus, la contrepartie à la rupture conventionnelle du contrat de travail qu'est la sécurisation (telle que préconisée) n'est pas forcément apportée par ce dispositif. En revanche, le développement des ruptures amiables des contrats de travail répondent davantage à l'évolution de la relation de travail dans le contexte de la mondialisation : il s'agit d'accroître les mobilités des travailleurs pour répondre aux nécessités d'adaptation des entreprises. Or, ces mobilités recherchées, qui participent à la mutation du contrat de travail, sont totalement indépendantes de l'idée de sécurisation des parcours professionnels.

La rupture conventionnelle comme moyen de flexicurité : une flexibilité encadrée

La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée, instituée par la loi de 2008, constitue une véritable nouveauté, du fait qu'elle correspond à la rupture du contrat de travail d'un commun accord. Certes, il existait déjà des ruptures négociées de CDI, notamment sous la forme de transactions (protocole d'accord transactionnel). Mais il ne faut pas confondre ces deux types de rupture. En effet, la transaction a pour finalité de « terminer une contestation née, ou de prévenir une contestation à naître »⁽⁶⁾. En d'autres termes, la transaction ne peut avoir lieu que lorsque la rupture du contrat de travail est consommée selon les formes prescrites par la loi. Il peut s'agir notamment d'un licenciement pour faute grave, ce qui suppose le respect de la procédure de licenciement. La rupture conventionnelle est tout autre : elle est le moyen de rompre le contrat de travail sans avoir à justifier d'un quelconque motif, qu'il soit personnel ou économique. En réalité, la transaction permet de régler les conséquences de la rupture du contrat de travail, tandis que la rupture conventionnelle est exclusive de toute contestation.

Il s'agit d'une nouveauté destinée à limiter les délais et les coûts des traitements judiciaires des ruptures de contrats de travail (MUNOZ-PEREZ et SERVERIN, 2005 ; LACABARATS, 2014). En ce sens, ce mode de

rupture correspond à la flexibilité recherchée par les entreprises : il peut être proposé par l'employeur ou par le salarié.

Toutefois, cette flexibilité tenant à la facilitation de la rupture du contrat de travail par le seul accord comporte une certaine contrepartie sécuritaire : les consentements des employeurs et des salariés doivent être contrôlés pour être exempts de reproche. Dès lors, la rupture conventionnelle est flexible, du fait qu'elle permet la rupture par le simple accord des parties - mais elle est aussi encadrée, parce qu'elle doit faire l'objet d'une homologation par la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (Direccte) concernée. Il convient maintenant d'expliquer cette procédure de la rupture du contrat de travail dite simplifiée pour en comprendre le principe.

D'abord, la préparation de la convention de rupture du contrat de travail suppose un ou plusieurs entretiens entre l'employeur et le salarié (articles L. 1237-11 à L. 1237-16 du Code du travail). Le salarié a la possibilité de se faire assister par tout salarié de l'entreprise ou par un conseiller externe choisi au sein d'une liste établie par l'Administration. Ensuite, une fois la convention conclue entre l'employeur et le salarié, les deux parties disposent d'un délai de rétractation d'une durée de quinze jours.

Cette rétractation, si elle a lieu, peut être effectuée par lettre recommandée avec accusé de réception. L'absence de réponse équivaut à une validation tacite de la convention. Enfin, la convention de rupture doit être homologuée par l'unité territoriale du département relevant de la Direccte compétente. C'est donc l'autorité administrative qui doit procéder à cette homologation, sachant qu'elle dispose d'un délai de quinze jours à compter de la réception de la demande d'homologation.

En réalité, l'homologation a pour finalité de garantir la liberté des consentements du salarié et de l'employeur. L'autorité administrative examine en effet si les consentements de chacune des parties ont été libres et éclairés. Elle devra à cette fin contrôler l'ancienneté du salarié, sa rémunération, l'existence d'au moins un entretien, le montant de l'indemnité de rupture, la date prévue pour la rupture du contrat de travail, la cohérence des dates par rapport aux délais de rétractation et d'instruction par l'autorité administrative. Enfin, le salarié bénéficie de l'indemnité spécifique à la rupture conventionnelle, qui ne peut être inférieure à l'indemnité légale de licenciement (ou à l'indemnité fixée par la convention collective, si celle-ci est plus favorable). Aussi cette rupture présente-t-elle l'avantage pour le salarié de le faire bénéficier des allocations chômage, contrairement à une démission (MINNI, 2013).

Si cette procédure poursuit une finalité louable consistant à encadrer la souplesse de la rupture conventionnelle du CDI, elle n'en demeure pas moins lourde et susceptible de conduire à des surcharges administratives. Par rapport au contentieux judiciaire, on passe en effet de la possibilité d'une conciliation au Conseil des prud'hommes à une procédure de contrôle

⁽⁶⁾ Art. 2044 du Code civil.

administratif. De plus, le contentieux judiciaire n'en est pas évité pour autant. En effet, dans les cas où le salarié conteste la rupture conventionnelle du CDI, les Conseils des prud'hommes demeurent compétents, y compris en matière d'homologation. En définitive, la flexibilité recherchée à travers le caractère conventionnel de la rupture du contrat de travail est fortement affaiblie par le procédé de l'homologation, qui, de surcroît, ne supprime pas le risque de contentieux judiciaire. Cet exemple montre que la flexicurité matérialisée par la rupture conventionnelle interroge sur son réel apport dès l'analyse du dispositif. Cette interrogation sera confirmée par l'appréhension de la pratique des ruptures conventionnelles.

Une rupture conventionnelle du contrat de travail aux multiples facettes

La rupture conventionnelle du contrat de travail connaît un important succès, mais elle n'en présente pas moins de multiples facettes. D'abord, son succès se caractérise par l'augmentation significative des ruptures conventionnelles depuis l'entrée en vigueur du dispositif : deux ans après la loi de 2008, soit en 2010, on a dénombré pas moins de 400 000 ruptures conventionnelles homologuées (dans un contexte de crise qui a par ailleurs réduit le nombre de démissions et de licenciements pour motif personnel) (DAYAN et KERBOUC'H, 2010). Puis 320 000 ruptures conventionnelles ont été répertoriées en 2012, soit 11 % de plus qu'en 2011, hors salariés protégés (Dares, mai 2013). En 2013, elles étaient au nombre de 341 785 (Dares, 2014).

Ensuite, ce succès interpelle parce qu'il peut caractériser soit l'atteinte ou non de l'objectif de flexibilité, soit celui de la flexicurité c'est-à-dire l'équilibre entre flexibilité de l'entreprise et sécurisation du parcours du salarié. C'est la raison pour laquelle, même si la rupture conventionnelle est celle pour laquelle aucun motif ne doit être mis en évidence, il semble intéressant de connaître celui-ci : ce n'est pas parce que ce type de rupture ne comporte aucune formalisation de motif que celui-ci n'existe pas (BERTA, SIGNORETTO et VALENTIN, 2012). En réalité, ce qui motive la rupture conventionnelle aux yeux tant de l'employeur que du salarié contribue à répondre à notre question de savoir si la flexicurité trouve une application équilibrée, si elle répond de manière adéquate aux divers intérêts (de l'entreprise, de l'employeur et du salarié) ou s'il en va autrement.

Ce sont les enquêtes conduites sous la direction du ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social qui nous renseignent en partie sur cette question. Mais c'est également l'activité judiciaire qui nous informe de manière intelligible sur la pratique de la rupture conventionnelle et sur son apport : puisque la rupture conventionnelle est un procédé encore jeune, seul un examen de la jurisprudence de ces cinq dernières années peut nous apporter un éclairage sur sa pratique.

D'abord, le choix d'une rupture conventionnelle du CDI est vécu par 48 % des salariés plutôt comme le résultat d'un commun accord entre l'employeur et le salarié, par 38 % comme un choix émanant du seul salarié et par 14 % comme un choix relevant de l'employeur (Dares 2013, enquête réalisée auprès de salariés ayant signé une rupture conventionnelle entre avril et juillet 2011). Pour le Centre de l'étude de l'emploi (octobre 2012), plus de la moitié des salariés ont été à l'initiative de la rupture conventionnelle, tandis que pour moins de la moitié, celle-ci relève de l'initiative de l'employeur, le salarié se bornant alors à l'accepter (CEE, 2012, p. 3).

Ensuite, parmi les motifs conduisant les employeurs et les salariés à se séparer d'un commun accord, les enquêtes ont révélé que 53 % des salariés ayant signé une rupture conventionnelle l'ont fait dans un contexte de conflit interne ou de changement dans les méthodes de management. Plus précisément, 39 % des cas de rupture conventionnelle sont liés à des insatisfactions salariales ou au contenu du travail, 46 % sont liés à une mésentente avec la hiérarchie ou le personnel et 37 % sont liés à l'existence d'un projet professionnel des salariés. 40 % des salariés pensent qu'ils auraient démissionné et 22 % qu'ils auraient été licenciés si la rupture conventionnelle n'avait pas existé. 28 % des salariés pensent qu'ils seraient restés dans l'entreprise si cette rupture à l'amiable n'avait pas été instaurée. Enfin, près de 90 % des salariés étaient en recherche d'emploi ou inscrits à Pôle emploi entre 2011, année de la rupture de leur contrat, et 2012, année de réalisation de l'enquête (MINNI, 2013).

Cette enquête fouillée est instructive en ce qui concerne la réalité des motifs ayant précédé la rupture conventionnelle⁽⁷⁾. Mais elle doit être appréhendée avec l'analyse du dispositif et la pratique des tribunaux, cette dernière nous renseignant sur le degré de flexibilité admis à travers la rupture conventionnelle.

S'agissant de la mésentente du salarié avec sa hiérarchie ou avec le personnel de l'entreprise, la Cour de cassation a précisé qu'une situation conflictuelle n'interdit pas la signature d'une rupture conventionnelle du contrat de travail à partir du moment où les deux parties intéressées donnent librement leur accord, ce dont il résulte que l'existence d'un différend n'affectera pas la validité de la rupture conventionnelle du contrat de travail (Cassation sociale, 23 mai 2013, n°12-13865). En revanche, toute violence entourant la conclusion de la rupture conventionnelle peut conduire à l'annulation de cette convention de rupture. Tel a été le cas pour une salariée ayant été menacée de voir « ternir la poursuite de son parcours professionnel en raison des erreurs et manquements de sa part justifiant un licenciement » (Cassation sociale, 30 janvier 2013, n°11-22232 ; 23 mai 2013, arrêt précité). C'est donc l'existence d'une pression qui entache la liberté du consentement des parties, et non le différend. Cette distinction démontre déjà le risque de contentieux en matière de rupture

⁽⁷⁾ Toutefois, elle a concerné 4 502 salariés des secteurs concurrentiels privés, et non toutes les ruptures conventionnelles intervenues sur le territoire national (ce qui au demeurant aurait été peu réalisable) entre avril et juillet 2011. Cette enquête a été conduite au printemps 2012 par la Dares.



Photo © Garo/PHANIE

« Parmi les motifs conduisant les employeurs et les salariés à se séparer d'un commun accord, les enquêtes ont révélé que 53 % des salariés ayant signé une rupture conventionnelle l'ont fait dans un contexte de conflit interne ou de changement dans les méthodes de management. »

conventionnelle, alors que son objet vise justement à le réduire : entre le différend, la mésentente, les pressions et la liberté des consentements à la rupture, il est désormais question d'interprétation. De plus, les juges ont rappelé que la rupture conventionnelle ne conduit pas à une renonciation du salarié à la possibilité pour lui de saisir le Conseil des prud'hommes (Cassation sociale, 26 juin 2013, n°12-15208). Cette renonciation n'est pas non plus admissible, même si la convention de rupture comporte une « clause de renonciation à tout recours » (même décision que celle précitée).

Notre première approche consiste alors à mettre en évidence le fait que les cas traités par la Cour de cassation sont ceux qui recoupent en grande partie les enquêtes menées auprès des salariés ayant connu une rupture conventionnelle (Centre d'analyse stratégique, 2010 ; DAYAN et KERBOUC'H, 2010 ; MINNI, 2013 ; Dares, 2013), à savoir les cas relatifs à la mésentente. Il en va de même en matière de changement organisationnel ou de difficultés économiques conduisant les entreprises à réduire leurs effectifs : la rupture conventionnelle en ce domaine a fait l'objet d'une attention particulière de la part des juges. En effet, en principe, la rupture conventionnelle ne doit pas viser à priver le salarié des dispositions protectrices du licenciement économique. Les mesures de protection sont celles qui

sont afférentes au reclassement du salarié et à l'établissement d'un plan de sauvegarde d'emplois (PSE). C'est la raison pour laquelle les juges ont précisé que dès lors que des ruptures conventionnelles s'inscrivent dans une politique de réduction d'effectifs pour cause économique, ces ruptures doivent être comptabilisées dans le seuil rendant obligatoire les PSE (Cassation sociale, 9 mars 2011, pourvoi n°10-11581). Mais dans la réalité, si ce principe dégagé par les juges est louable, rien n'interdit à l'employeur de proposer une rupture conventionnelle sans faire référence à un quelconque motif économique, et ce d'autant plus que la rupture n'exige aucun motif. Dès lors, le risque du contentieux est bien présent : en effet, la contestation d'une rupture conventionnelle du contrat est toujours possible.

Ce constat peut être rapproché de celui du développement des licenciements pour motif personnel dans des cas où la rupture du contrat est motivée pour des raisons de performance ou par des motifs économiques (SEIGNOUR, PALPACUER et VERCHER, 2007 ; SIGNORETTO, 2013). La règle de droit permet alors d'en contourner une autre, plus contraignante : la rupture conventionnelle participe de ce mouvement, comme les récentes recherches et analyses le montrent (SIGNORETTO, 2013). Ainsi, si l'on comprend que les licenciements pour motif personnel peuvent s'inscrire

dans le cadre d'une stratégie de gestion des ressources humaines, on le comprend d'autant plus à travers la rupture conventionnelle.

C'est même la finalité poursuivie par le législateur : flexibiliser la gestion des RH par la rupture conventionnelle en fonction des contraintes et des nécessités des entreprises. Il en ressort que les obligations de reclassement, comme celle de former les salariés afin de les maintenir dans l'emploi qui est à la charge de l'employeur (L. 6321-1 du Code du travail) coexistent avec la possibilité de la rupture d'un commun accord du contrat de travail. La rupture conventionnelle peut donc être préférée lorsqu'elle permet de réduire les effectifs pour des raisons économiques sans que le reclassement du salarié soit garanti.

Mais d'autres décisions sont encore plus surprenantes. Ainsi, il a, par exemple, été admis qu'une rupture conventionnelle est valable, même si elle a été conclue et signée pendant la suspension du contrat de travail pour maladie ou après un accident (Cassation sociale, 30 septembre 2014, n°13-16297). De même, une rupture conventionnelle peut être conclue avec un salarié déclaré apte, mais avec certaines réserves émises suite à une visite médicale de reprise (Cassation sociale, 28 mai 2014, n°12-28082).

En réalité, ce qui est contrôlé, c'est l'existence de la fraude commise par l'une ou par l'autre des parties. La flexibilité de cette rupture est alors contrôlée à travers les consentements donnés par chacune des parties. Il s'agit en particulier de sanctionner les pressions exercées sur le salarié pour le conduire à accepter la rupture conventionnelle. Le dispositif est donc entendu d'une manière souple par les magistrats, puisqu'il peut être utilisé y compris en cas de maladie du salarié.

Il reste alors à se poser la question de la signature d'une rupture conventionnelle du contrat de travail lors d'un congé parental ou lors d'un congé maternité, voire même à l'occasion d'un départ à la retraite, la jurisprudence étant encore récente et n'ayant donc pas donné d'indication sur ce sujet. Il s'agit néanmoins du même principe : rien n'empêcherait de consentir une rupture du contrat de travail dans les autres cas de suspension de celui-ci (maternité, congé parental...).

In fine, la rupture conventionnelle vise toutes les situations, qu'elles soient d'ordre conflictuel, économique, de départ à la retraite ou de maladie. Pour l'instant, la pratique judiciaire en ce domaine n'en est encore qu'à ses débuts : le dispositif étant entré en vigueur en 2008, les décisions de la Cour de cassation font suite aux jugements et aux arrêts d'appel, ce qui nous conduit à ne pouvoir prendre en compte que des décisions récentes.

Néanmoins, même si elles sont récentes, on constate que les décisions de la Cour de cassation sont importantes en matière de rupture conventionnelle du contrat de travail, parce qu'elles précisent les principes de la mise en œuvre de la RC pour mieux asseoir la flexibilité des entreprises. Se pose alors la question de l'atteinte de l'équilibre entre la flexibilité fonctionnelle des entreprises et la sécurisation des parcours des salariés ayant signé une rupture conventionnelle du contrat de travail.

Quelle sécurisation suite à la rupture conventionnelle du contrat de travail ?

Plus de sept ans après l'adoption de la loi de 2008, la question de la sécurisation des parcours professionnels des salariés se pose encore : il semble que la flexibilité au service des entreprises ait été priorisée aux dépens de l'accroissement de l'employabilité des salariés. Cette priorisation conduit à la problématique de la transposabilité du système de flexicurité danois, que l'Union européenne cite en exemple.

Une flexibilité priorisée

C'est sur la question de la sécurisation que nous réalisons que la politique de flexicurité est en cours de construction et que se pose actuellement une problématique d'intelligibilité dans sa mise en œuvre. Ainsi, si la flexibilité conduit à admettre plus de souplesse dans les modes de rupture du contrat de travail, pour tenir compte des contraintes du marché, la sécurité consiste à intégrer les moyens d'assurer de bonnes transitions entre emplois aux salariés. Il s'agit du développement de l'employabilité de travailleurs sujets à des ruptures facilitées de leur contrat de travail. Or, actuellement, cette contrepartie sécuritaire n'est pas encore bien intégrée, même si, très récemment, la loi du 5 mars 2014 a préconisé le développement du compte personnel de formation.

Ce que l'on constate à la fois dans le dispositif et dans son application, ce sont des orientations contradictoires. En effet, on ne peut pas trouver une expression de la sécurisation du sort des salariés dans la seule homologation de la rupture conventionnelle : non seulement l'homologation administrative de la rupture conventionnelle réduit la flexibilité de la rupture du contrat, mais elle ne s'intéresse pas à l'employabilité des intéressés (BARTHÉLÉMY, CETTE et VERKINDT, 2007 ; PEREIRA, 2009). La sécurisation des parcours professionnels des salariés revient à organiser la transition entre deux emplois par une indemnisation généreuse de la perte d'activité, par une politique active de recherche d'emploi et le développement de la formation professionnelle tout au long de la vie : c'est cette dernière qui devrait faciliter l'adaptation des salariés à la flexibilité croissante des entreprises.

Or, si l'on se réfère aux dernières études publiées, 90 % des salariés ayant connu une rupture conventionnelle de leur contrat de travail ont été « à un moment ou à un autre en recherche d'emploi ou inscrits à Pôle Emploi » (Dares, 2013, p. 7) et 23 % ont repris une formation. Les enquêtes révèlent aussi ce que sont devenus ces salariés entre avril-juillet 2011 et le printemps 2012 : 31 % des salariés qui ont retrouvé un emploi ont été embauchés en CDD, 30 % en CDI et 14 % en intérim et 8 % sont devenus auto-entrepreneurs, 15 % ayant créé ou repris une entreprise. Or, l'analyse du dispositif légal et celle de la pratique judiciaire conduisent au même constat : ce sont les réformes ultérieures à la mise en place de la rupture conventionnelle du CDI qui visaient à développer la sécurisation des parcours professionnels des salariés. Nous ne disposons donc pas encore d'une pratique

sécurisée de la transition entre emplois par la formation professionnelle jumelée à des politiques actives de recherche d'emploi. En revanche, on relève une précarisation des personnes ayant rompu leur CDI à l'amiable à travers l'embauche en CDD, l'intérim ou l'auto-entrepreneuriat. Cette précarisation consécutive à une rupture conventionnelle de contrat n'a pas été compensée par une réelle sécurisation des trajectoires des salariés. Celle-ci aurait supposé une indemnisation solide de la période pendant laquelle le salarié était en recherche d'activité et une politique active de recherche d'emploi combinée à un système de formation adéquat. Ce constat de la précarisation est par ailleurs étayé par celui de l'accroissement de l'embauche des salariés en CDD : au 30 juillet 2014, on a relevé que 84 % des embauches se font en CDD. Il s'agit d'un record. Avant la crise de 2008, ce taux était de 70 %⁽⁸⁾. Entre 2000 et 2012, les embauches en CDD ont bondi de 76,2 %. Nous sommes par ailleurs en présence de contrats de durées de plus en plus courtes, même si la loi du 14 juin 2013 taxe davantage les CDD courts (d'un mois, de deux mois...). C'est en réalité un mouvement de précarisation que nous relevons, qu'une flexicurité s'inspirant du modèle danois n'est pas nécessairement à même de résoudre.

La question de la transposabilité de la flexicurité danoise

La flexicurité est un concept qui a pris naissance en Hollande et au Danemark, l'exemple danois étant particulièrement intéressant (MARTIN, 2004 ; SCARPETTA, 2014). Ce qui est parfois qualifié de « miracle danois » a consisté à assurer à la fois un marché du travail flexible en termes de moyens d'embauche et de licenciement et un bon niveau de protection des personnes exclues du marché du travail (MADSEN, 2004).

Néanmoins, le système danois comporte aussi un autre aspect : il encourage, facilite et force même le retour vers l'emploi au travers de la mise en place de mesures actives d'emploi. Ces mesures actives, fruit d'une forte négociation des politiques publiques avec les partenaires sociaux, sont à la fois des opportunités et des contraintes pour les personnes concernées. De cette manière, après une période marquée par un fort taux de chômage et une baisse de sa compétitivité internationale, le Danemark a connu une évolution spectaculaire entre 1994 à 2008, avec une réduction massive du chômage et un accroissement de la population active.

La flexibilité danoise s'apparente en partie au système anglo-saxon : les licenciements sont facilités, et il en va de même en ce qui concerne la mobilité des salariés.

Ainsi, les Danois sont habitués à changer très fréquemment d'employeur. Toutefois, il convient de préciser que cette mobilité doit beaucoup à la forte présence de PME au Danemark, ce qui permet de favoriser le

passage d'une PME à une autre (MADSEN, 2004). Enfin, le haut niveau de protection assuré par le montant de l'indemnisation du chômage (de 70 % à 90 % du salaire) et par sa durée (4 ans) est aussi étayé par des politiques de formation et de requalification des intéressés (mesures d'aide à la recherche d'emploi, *coaching* et formation) : la sécurisation des parcours professionnels semble dès lors solidement assurée. Or, les études sur l'efficacité du système danois ont mis en évidence certaines nuances : d'abord, les investissements en matière de politique active d'emploi sont trop coûteux. Ces politiques ont par ailleurs été maintenues non sans difficulté depuis la crise économique de 2008. Ensuite, le système de flexicurité danois a conduit à une exclusion des profils les plus faibles (personnes sans qualification, handicapés, minorités ethniques). Enfin, si les mesures prises ont facilité la flexibilisation du marché (par exemple, seuls 5 jours de préavis sont exigés avant une rupture d'un contrat de travail dans le secteur des BTP), ces mesures ont principalement visé la création de postes précaires et d'emplois non productifs, avec une obligation, pour les intéressés, d'accepter de petits emplois peu productifs (HILBERS et JIANPING, 2006).

En réalité, la flexicurité danoise est un système sensible aux fluctuations conjoncturelles : les destructions et créations d'emplois sont symétriques (BLACHE, 2010). En outre, le FMI a précisé que si ce système est intéressant, il convient de mettre en garde les États sur le caractère très coûteux des politiques actives d'emploi (au Danemark, 5 % du PIB par an). Dès lors, ce système ne peut être aisément transposé (HILBERS et JIANPING, 2006). La transposabilité du système danois de flexicurité en France exige de prendre un peu de hauteur pour pouvoir apprécier sa faisabilité et celle de politiques actives de l'emploi, avec les dépenses y afférentes, ainsi que celle d'un renforcement de la formation professionnelle.

La rupture conventionnelle du contrat de travail s'inscrit certes dans cette volonté d'intégrer en France la politique de flexicurité. Mais il semble que la réflexion sur la transposabilité du système de flexicurité dans son volet « sécurisation » ne soit pas claire. C'est ainsi que nous constatons un développement paradoxal des ruptures conventionnelles dans le cadre d'une articulation légale ayant durci les règles de licenciement.

De la même manière, d'autres outils de flexicurité ont récemment été consacrés par la loi du 14 juin 2013 afin de favoriser les mobilités internes et externes des salariés d'entreprises d'au moins 300 salariés. Ces règles tendent à assouplir les mobilités des travailleurs et rendent compte de cette flexibilité recherchée. Toutefois, ces normes de flexibilité sont insérées dans un dispositif qui traite déjà de la mobilité des salariés selon un encadrement plus contraignant : en effet, les nouvelles normes n'ont pas conduit à l'abrogation des normes antérieures traitant des mêmes sujets. Dès lors, des contradictions existent tant en matière de moyens conduisant le salarié à accepter les modifications de son contrat de travail dans l'intérêt de l'entreprise qu'en matière de normes encadrant les ruptures du contrat de

⁽⁸⁾ Service Statistiques de la Dares, ministère du Travail, 29 juillet 2014.

travail, ainsi qu'en ce qui concerne le reclassement des salariés et la rupture conventionnelle.

Il en ressort une panoplie de normes susceptibles d'entrer en concurrence entre elles, ce qui ne participe ni à la flexibilité des entreprises ni à la sécurisation du sort des salariés concernés. Ainsi, certaines règles assouplissent la mobilité des salariés en fonction de la conjoncture économique, d'autres facilitent la rupture du contrat de travail par la voie conventionnelle, et d'autres encore encadrent strictement les licenciements pour motif personnel ou pour motif économique. Si chaque norme recouvre une cohérence qui lui est propre, l'ensemble est altéré par une certaine insécurité tant la dualité des normes est réelle : encadrement renforcé et normes de flexibilité coexistent, avec corrélativement un risque de pratiques ambiguës.

Conclusion

Cette étude met en évidence le fait que la flexicurité à la française est en marche, mais celle-ci revêt certaines ambiguïtés tant l'oxymore « flexicurité » lui-même le permet. La volonté d'assouplir la rupture des CDI afin de garantir la flexibilité est matérialisée par la consécration de leur rupture conventionnelle. Toutefois, celle-ci peut prendre des expressions diverses et ne s'accompagne pas (jusqu'à ce jour) d'une réelle sécurisation des parcours professionnels. Cette rupture conventionnelle s'inscrit en revanche dans l'idée d'une priorisation de la flexibilité fonctionnelle des entreprises. En cela, cette nouveauté tend à être en conformité avec les politiques de l'Union européenne. Par ailleurs, ces dernières ayant critiqué la segmentation du marché du travail à travers l'existence de contrats précaires (CDD, intérim) et de CDI, elles ont aussi préconisé un rapprochement entre le CDD et le CDI. Or, l'assouplissement de la rupture du CDI a tendance, dans une certaine mesure, à rapprocher celle-ci de la souplesse constatée dans la pratique des CDD. Si le CDI pouvait être rompu à tout moment de manière flexibilisée, cela pourrait conduire à infléchir les embauches en CDD, voire à la mise en place d'un contrat de travail unique - à durée indéterminée (BLANCHARD et TIROLE, 2003). Ce constat rend compte de la mutation actuelle de la relation de travail et de ses incidences managériales.

BIBLIOGRAPHIE

BARTHÉLÉMY (J.), CETTE (G.) & VERKINDT (P.-Y.), « Contrat de travail, sécurisation des parcours professionnels et efficacité économique », rapport au Conseil d'orientation pour l'emploi, juillet 2007.

BERTA (N.), SIGNORETTO (C.) & VALENTIN (J.), « La rupture conventionnelle : objectifs officiels versus enjeux implicites ? », *Revue française de socio-économie*, 1, n°9, pp. 191-208, 2012.

BLACHE (G.), « La flexicurité renvoyée aux calendes grecques depuis la crise ? Limites et prolongement au débat », *Europe et entreprise*, numéro spécial, pp. 13-15, 2010.

BLANCHARD (O.) & TIROLE (J.), *Protection de l'emploi et procédure de licenciement*, rapport du Conseil d'analyse économique, Paris, La Documentation Française, 2003.

CANADAS-BLANC (S.), « La loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail : un nouvel équilibre entre flexibilité et sécurité », *Petites affiches*, n°4, pp. 3-7, 2009.

DALMASSO (R.), GOMEL (B.), MEDA (D.) & SERVERIN (E.), « Les raisons de rompre un CDI par rupture conventionnelle », *Centre d'études de l'emploi*, CEE, octobre, pp. 1-4, 2012.

DAYAN (J.-L.) & KERBOURC'H (J.-Y.), *La Rupture conventionnelle du contrat de travail*, Centre d'analyse stratégique, La note d'analyse, n°198, octobre, 2010

GAUDU (F.), « De la flexisécurité à la sécurité sociale professionnelle. L'emploi entre mobilité et stabilité », *Revue Formation Emploi*, n°101, pp. 71-88, 2008.

HILBERS (P.) & JIANPING (Z.), « La flexicurité danoise : des enseignements pour l'Europe », *FMI, Département Europe, Bulletin*, vol. 35, n°20, pp. 316-317, 6 novembre 2006.

LACABARATS (A.), *L'avenir des juridictions de travail : vers un avenir prud'homal du XXI^e siècle*, rapport du président de la Chambre de la Cour de cassation, juillet 2014.

LAULOM (S.), « La Stratégie européenne pour l'emploi, alternative à l'harmonisation », *Revue de Droit du travail*, n°11, pp. 643-648, novembre 2007.

MADSEN (P. K.), "The Danish model of flexicurity: experiences and lessons", *Transfer, European Review of Labour and Research*, 10 (2), pp. 187-207, 2004.

MARTIN (J.P.), « Réévaluer la stratégie de l'OCDE pour l'emploi », Perspectives de l'emploi de l'OCDE, juin 2004 (ISBN 92-64-10814-9).

MINNI (C.), « Les Ruptures conventionnelles de 2008 à 2012 », *Dares Analyses*, n°31, mai, 2013.

MUNOZ-PEREZ (B.) & SEVERIN (E.), « Le droit du travail en perspective contentieuse 1993-2004 », rapport au ministère de la Justice, novembre 2005.

PEREIRA (B.), « La flexisécurité à la française en question », *Revue Expansion Entrepreneuriat*, n°4, pp. 51-58, décembre 2009.

SCARPETTA (S.), « Perspective de l'emploi de l'OCDE », 2014.

http://www.oecd-ilibrary.org/employment/perspectives-de-l-emploi-de-l-ocde-2014_empl_outlook-2014-fr

SEIGNOUR (A.), PALPACUER (F.) & VERCHER (C.), « Ouvrir la boîte noire du licenciement pour motif personnel », *Revue Gérer et Comprendre*, n°90, pp. 20-29, décembre 2007.

SIGNORETTO (C.), « Licenciements et rupture conventionnelle : analyse et évaluation empirique des comportements des employeurs », thèse de Doctorat, Sciences économiques, Université Paris I-Sorbonne, 2013.

VACHER (G.), « Sécurisation des parcours professionnels : utopie ou réalité », *Revue de Droit social*, n°11, pp. 963-967, novembre 2008.