

### III. COMPARAISON ENTRE UNE RUPTURE CONVENTIONNELLE ET UN LICENCIEMENT SUIVI(S) D'UNE TRANSACTION

#### Généralités

- 256** La rupture conventionnelle rompt le contrat de travail tandis que la transaction ne peut intervenir que lorsque les relations contractuelles ont d'ores et déjà été rompues (par exemple après la notification du licenciement). Il est néanmoins fréquent, dans les faits, que les parties anticipent la conclusion d'une transaction avant même de notifier le licenciement.

Depuis l'entrée en vigueur du dispositif de rupture conventionnelle, la **pratique** des « faux licenciements » (souvent pour faute grave), suivis de transactions a largement diminué. Rappelons que cette dernière constitue une fraude qui fait courir un risque non négligeable à l'employeur. Il ne s'agit donc pas, ici, de comparer une pratique licite (la rupture conventionnelle) et une pratique illicite (le « faux licenciement » suivi d'une transaction).

En revanche, dès lors qu'il a été jugé qu'une rupture conventionnelle pouvait valablement intervenir dans un contexte litigieux, notamment à la suite d'une faute, même grave, du salarié, il peut arriver que l'employeur ait le **choix entre deux dispositifs légaux** : notifier un licenciement pour faute grave au salarié avec la possibilité de conclure une transaction, par la suite, en cas de contestation de la rupture par le salarié ou conclure directement une rupture conventionnelle avec ce dernier, ainsi qu'éventuellement une transaction.

Pour déterminer l'**option la plus opportune**, il convient de s'interroger sur plusieurs aspects.

#### 1. Niveau de sécurité juridique

- 257** La notification d'un licenciement suivi de la conclusion d'une transaction est plus sécurisante pour l'employeur que la conclusion d'une rupture conventionnelle, même suivie d'une transaction.

##### a. Conclusion d'une rupture conventionnelle, éventuellement suivie d'une transaction

###### *1° Distinction entre rupture conventionnelle et transaction*

- 258** La rupture conventionnelle ne vaut pas transaction.

La transaction est un contrat par lequel les parties **terminent une contestation** née, ou **préviennent** une contestation à naître (C. civ. art. 2044). Elle ne peut pas avoir pour objet de mettre fin à un contrat de travail (Cass. ch. mixte 12 février 1999 (n° 198 P), SCP Coulombie Gras

c/ L. : RJS 3/99 n° 444 ; Cass. soc. 5 décembre 2012 n° 11-15.47 (n° 2567 FP-PB), J. c/ C. : RJS 2/13 n° 116).

La conclusion d'une rupture conventionnelle, même assortie d'une généreuse indemnité (c'est-à-dire bien supérieure au minimum requis, voir >48), n'a pas pour effet de prémunir l'employeur contre une **action ultérieure du salarié** en contestation de la rupture (devant le conseil de prud'hommes ou le tribunal administratif s'il s'agit d'un salarié protégé).

A l'instar de son « ancêtre » c'est-à-dire la rupture amiable fondée sur l'article 1134 du Code civil >279, la rupture conventionnelle ne peut pas contenir de **clause de renonciation à tout recours**. Une telle clause qui n'affecte pas la validité de la convention elle-même, est réputée non écrite (règle consacrée à l'article 1184 du Code civil >279 qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016 : Ord. 2016-131 du 10 février 2016). Elle ne produit donc aucun effet (Cass. soc. 26 juin 2013 n° 12-15.208 (n° 1212 FS-PBR), R. c/ Sté Impérial Palace >381 : RJS 10/13 n° 674).

Un salarié n'est pas fondé à renoncer au droit d'ordre public qu'il tient de la loi d'ester en justice pour contester la rupture de son contrat de travail, fût-ce une rupture conventionnelle (A. Jeammaud, La renonciation du salarié, Dr. ouvrier 1997. 535). Toute tentative visant à transformer la convention de rupture en transaction, en insérant, soit dans le formulaire de rupture conventionnelle, soit dans une convention annexe, une clause de renonciation à tout recours, est donc vaine.

## 2° Limites d'une transaction conclue après une rupture conventionnelle

### Double condition de validité

**259** Une transaction ne peut être valablement conclue après une rupture conventionnelle que si elle intervient **postérieurement** à l'homologation administrative de la convention de rupture et si elle a pour **objet** de régler un différend relatif, non pas à la rupture du contrat, mais à son exécution, sur des éléments non compris dans la convention de rupture (Cass. soc. 26 mars 2014 n° 12-21.136 (n° 660 FP-PBR), S. c/ Assoc. Institut polytechnique Lasalle Beauvais >414 : RJS 6/14 n° 501 ; Cass. soc. 25 mars 2015 n° 13-23.368 (n° 515 FS-PB), Union agricole des Pays de Loire c/ M. >445 : RJS 6/15 n° 408).

N'est pas valable une transaction conclue après l'homologation de la rupture conventionnelle qui mentionne que l'indemnité transactionnelle est versée à titre de « montant forfaitaire, global et définitif couvrant toutes indemnités ou tout montant pouvant être dû à M. X (...) au titre de l'exécution et de la rupture du contrat de travail » et que le salarié « renonc[e] à exercer tout droit, ou à entamer toute poursuite contre la société découlant directement ou indirectement tant de l'exécution que de la rupture du contrat de travail ». Malgré les termes employés, cette transaction règle uniquement le différend relatif à la rupture du contrat de travail (Cass. soc. 5 novembre 2014 n° 12-28.260 (n° 1928 FS-D), Sté Sivam c/ A. >427 : RJS 1/15 n° 25).

Est valable la transaction signée postérieurement à l'homologation de la rupture conventionnelle et portant seulement sur une prime non versée au cours de l'exécution du contrat de travail, dès lors que cette transaction tranche un litige qui n'avait pas été réglé par la rupture conventionnelle et qui avait été omis lors des discussions sur les conséquences de la rupture (CA Grenoble 8 janvier 2015 n° 13/02031, ch. soc. sect. B, P. c/ SAS Pony >435).

Rappelons que **lorsque les termes d'une transaction sont ambigus**, les juges du fond sont en droit de les interpréter et d'en déterminer la portée (Cass. soc. 21 novembre 1985 n° 82-40.807 (n° 4086 S), L. c/ UCAVL).

Il ne suffit donc pas d'indiquer dans la transaction qu'elle est destinée à régler également les litiges relatifs à l'exécution du contrat de travail pour qu'elle ne soit pas considérée comme se rapportant uniquement à la rupture du contrat de travail.

### Effets limités

**260** La transaction conclue après une rupture conventionnelle concernant un litige lié à l'exécution du contrat est limitée quant à ses effets. Elle ne prémunira jamais l'employeur contre une contestation éventuelle de la rupture conventionnelle.

Les parties peuvent, par exemple, s'accorder sur le versement d'une indemnité transactionnelle, en réparation d'un préjudice lié à une **exécution déloyale** du contrat de travail.

Ceux qui étaient autrefois employeur et salarié peuvent aussi transiger concernant des éléments qui ont la nature d'un  **salaire**, tels que le paiement d'heures supplémentaires. Toutefois, l'intérêt de transiger ainsi sur des éléments de rémunération est limité car cela ne permet pas d'éviter le règlement des cotisations patronales et salariales. Quelle que soit la qualification retenue par les parties, en cas de contrôle Urssaf, il sera recherché si la somme versée à titre d'indemnité transactionnelle ne comporte pas des éléments de rémunération soumis à cotisations (Cass. soc. 16 juin 1998 n° 96-41.768 (n° 3045 P), Sté Lloyd's Register of Shipping c/ D. : RJS 8-9/98 n° 984, Bull. civ. V n° 324). Si tel est le cas, ces éléments de rémunération devront faire l'objet d'un bulletin de paie et être soumis aux cotisations sociales et à l'impôt sur le revenu.

En cas de versement d'une indemnité transactionnelle **globale** et faute de précision sur la nature des sommes versées, il appartient au juge de leur donner leur juste qualification (Cass. 2<sup>e</sup> civ. 30 juin 2011 n° 10-21.274 : RJS 10/11 n° 834).

### b. Notification d'un licenciement suivi d'une transaction

#### Objet non limité

**261** Après un licenciement, une transaction peut avoir pour objet de régler un litige lié à la conclusion, à l'exécution et/ou à la rupture du contrat de travail.

#### Effets non limités

**262** Si la transaction stipule clairement que l'indemnité transactionnelle convenue est destinée à régler tous les litiges entre employeur et salarié, et notamment ceux relatifs à la rupture du contrat de travail, l'**employeur** est **protégé** contre tout recours visant à contester la cessation des relations contractuelles.

Il a ainsi été jugé que si aux termes de la transaction le salarié a déclaré n'avoir plus rien à réclamer à l'employeur à « quelque titre que ce soit et pour quelque cause que ce soit, tant en raison de l'exécution que de la rupture du contrat de travail », il ne peut pas prétendre au paiement de dommages et intérêts pour perte de salaires et d'une indemnité compensatrice de préavis (Cass. soc. 5 novembre 2014 n° 13-18.984 (n° 1935 FS-PB), D. c/ Sté Le Joint Français).

La sécurité juridique est donc plus importante en cas de notification d'un licenciement suivi d'une transaction qu'en cas de conclusion d'une rupture conventionnelle, éventuellement suivie de la signature d'un accord transactionnel.

## 2. Complexité de la procédure et délais

**263** En termes de simplicité et de rapidité de la procédure, l'avantage revient à la rupture conventionnelle.

### a. Conclusion d'une rupture conventionnelle, éventuellement suivie d'une transaction

**264** La procédure de rupture conventionnelle (voir >**35**) pour un salarié non protégé, ou >**200** pour un salarié protégé) est relativement simple. Les parties peuvent se contenter d'un seul entretien, de la signature du seul formulaire officiel, puis de son envoi pour homologation.

Ainsi, le **délai** entre le début de la procédure et la prise d'effet de la rupture correspond au minimum à un mois et une semaine (sur les risques d'une réduction de ce délai à trois semaines lorsque les parties antidentent le formulaire, voir >**99**). Pendant ce temps, employeur et salarié peuvent convenir d'une dispense d'activité ou que le salarié soldera ses congés payés par exemple.

Le recours à des **avocats** est généralement plébiscité en cas de conclusion d'une transaction ultérieure en raison de la confidentialité des échanges qu'il permet. Toutefois, ainsi que cela a été exposé (voir >**258**), l'intérêt de conclure une transaction après une rupture conventionnelle est très limité.

### b. Notification d'un licenciement suivi d'une transaction

**265** La procédure de licenciement disciplinaire est plus complexe et plus longue que celle relative à une rupture conventionnelle. **Il faut** convoquer le salarié à un entretien préalable à un éventuel licenciement, par écrit, en respectant un délai de 5 jours ouvrables entre la date de la remise ou de la réception de la convocation par le salarié et la date de l'entretien.

Il peut être nécessaire aussi en cas de faute grave de notifier au salarié sa mise à pied à titre conservatoire pendant la durée de la procédure.

La lettre de licenciement ne peut être expédiée qu'après un délai de réflexion de 2 jours ouvrables après l'entretien préalable.

Sauf faute lourde ou faute grave, le salarié est tenu d'exécuter en principe un **préavis**, ce qui a pour effet de reporter la date de rupture effective des relations contractuelles. L'employeur peut toutefois en dispenser le salarié mais il devra alors lui régler une indemnité compensatrice de préavis. Ce n'est que si c'est le salarié lui-même qui le demande ou si les deux parties s'accordent

sur l'absence d'exécution de préavis que l'employeur ne sera pas tenu de régler d'indemnité compensatrice de préavis.

Si la conclusion d'une transaction est envisagée, les parties recourent généralement à leurs **avocats** afin d'assurer des échanges confidentiels.

### 3. Coût pour l'employeur

**266** Compte tenu des différences des régimes sociaux et fiscaux, le coût d'un licenciement pour faute grave suivi d'une transaction s'avère généralement plus intéressant sur le plan financier, pour l'employeur comme pour le salarié.

#### a. Montant des indemnités

**267** Le **licenciement** pour faute grave ou lourde n'est assorti d'aucune indemnité de licenciement. Il peut être complété d'une indemnité transactionnelle, dont le montant est librement fixé entre les parties (sous réserve de ne pas être dérisoire), si les parties transigent ultérieurement.

La **rupture conventionnelle** est assortie d'une indemnité dont le montant est, lui aussi, librement fixé par les parties. Le montant de l'éventuelle indemnité transactionnelle, en cas de conclusion ultérieure d'une transaction, sera lui aussi librement fixé entre les parties (sous réserve de correspondre aux concessions faites dans la transaction).

Ainsi, dans les deux hypothèses envisagées, les parties sont libres de déterminer entre elles le montant global de l'enveloppe de départ du salarié.

#### b. Régimes fiscal et social des indemnités

**268** Les régimes, social et fiscal, applicables à l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle d'une part, à l'indemnité transactionnelle qui fait suite à un licenciement d'autre part et enfin, à l'indemnité transactionnelle qui fait suite à une rupture conventionnelle ne sont pas les mêmes.

##### *1° Régimes fiscal et social de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle*

**269** Voir >59