

LOI DE MODERNISATION DU MARCHE DU TRAVAIL

LA PERIODE D'ESSAI DES CONTRATS DE TRAVAIL A DUREE INDETERMINEE (CDI)

1/ La définition

La loi pose des règles nouvelles en matière de période d'essai applicable aux CDI, le régime applicable aux CDD étant inchangé.

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

Au cours de celle-ci, le contrat de travail peut être rompu librement par l'employeur ou le salarié sans avoir à respecter les règles relatives au licenciement.

2/ Les formalités

L'article L 1221-23 du Code du travail précise que « *la période d'essai et la possibilité de la renouveler ne se présument pas. Elles sont expressément stipulées dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail* »

L'instauration de la période d'essai est une simple faculté offerte aux parties. Pour exister, elle doit donc être expressément prévue dans le contrat de travail du salarié concerné.

3/ Les durées

La loi fixe désormais une **durée maximale** de la période d'essai du contrat de travail à durée indéterminée :

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

La convention collective du personnel des organismes de Sécurité sociale, quant à elle, ne fixe pas **expressément** de période d'essai dans les organismes de sécurité sociale.

Les organismes de sécurité sociale peuvent donc, désormais, envisager d'inclure dans les prochains CDI, des périodes d'essai supérieures à un mois et dans la limite de celles prévues par la loi (2 mois pour les ouvriers et employés, 3 mois pour les agents de maîtrise et les techniciens et 4 mois pour les cadres).

Pour autant, les organismes ont aussi la liberté de prévoir des périodes d'essai plus courtes que celles mentionnées dans la loi ou même de ne pas intégrer de période d'essai dans le contrat de travail des salariés concernés.

Il existe tout de même une particularité, s'agissant des **praticiens conseils**. La convention collective du 4 avril 2006 qui leur est applicable prévoit, à l'article 7, que les contrats de travail comportent obligatoirement, quand il sont conclus pour une durée indéterminée, une période d'essai de 6 mois renouvelable deux fois par période de trois mois, dans la limite de 12 mois.

Or, l'article L 1221-22 du Code du travail, précise que les accords de branche conclus avant l'entrée en vigueur de la loi qui fixent des durées plus longues restent applicables.

Dès lors, les durées maximales prévues par la loi de modernisation du marché du travail ne leur sont pas applicables.

4/ Les salariés visés par la loi

La loi prévoit des durées de période d'essai différentes en fonction de la qualification des salariés visés.

Il convient donc de s'interroger sur ces différentes catégories professionnelles « ouvriers et employés », « techniciens et agents de maîtrise » et « cadres ».

Cependant, ni la loi ni la convention collective ne donne de définition précise de ces catégories professionnelles.

Pour autant, le protocole d'accord du 30 novembre 2004 relatif au dispositif de rémunération et à la classification des emplois reprend dans son article 3 concernant « l'échelle des coefficients » seulement 2 catégories professionnelles : « employés et cadres ».

Dès lors, s'agissant des durées maximales de période d'essai prévues par la loi, l'Ucanss préconise de ne retenir que 2 catégories professionnelles :

- celle des « **ouvriers et employés** » (durée de la période d'essai limitée à **2 mois**)
- celle des « **cadres** » (durée de la période d'essai limitée à **4 mois**).

S'agissant de la qualité de « cadre », il convient de se reporter aux critères jurisprudentiels se fondant notamment sur :

- le niveau des connaissances professionnelles, examiné au regard des diplômes obtenus ou à celui de l'expérience acquise par une formation,
- la nature de l'emploi et titre conféré,
- les responsabilités encourues,
- le coefficient hiérarchique,
- le salaire versé,
- l'affiliation au régime de retraite des cadres.

Ainsi, tous les salariés qui ne seraient pas considérés comme des cadres, seraient classés dans la catégorie des « ouvriers et employés » au regard de la loi sur la modernisation du marché du travail et seraient donc soumis à une période d'essai ne pouvant excéder 2 mois.

Exemple :

La durée de la période d'essai d'un « agent technique » de niveau 3 serait donc limitée à 2 mois et celle d'un « responsable du service contentieux » de niveau 7 limitée à 4 mois.

5/ L'embauche en CDI à l'issue d'un stage de dernière année d'études

En cas d'embauche dans l'entreprise à l'issue du stage intégré au cursus pédagogique réalisé lors de la dernière année d'études, la loi précise que la durée de stage est déduite de la période d'essai, sans que cela ait pour effet de réduire celle-ci de plus de la moitié (art L 1221-24 du code du travail).

La loi ne précise pas si le stage doit être obligatoirement en rapport avec le poste proposé en CDI.

Exemple :

Monsieur X est étudiant en « master 2 » de ressources humaines.

Dans le cadre de son cursus universitaire, cet étudiant effectue un stage de 6 mois dans un organisme de sécurité sociale.

A l'issue du stage, il est recruté en tant que « responsable ressources humaines » (soit en tant que cadre) au sein de cet organisme.

Sa période d'essai ne pourra pas être supérieure à 2 mois (soit la moitié de la durée maximale de 4 mois d'essai prévue par la loi pour les cadres).

6/ Le renouvellement

La période d'essai ne pourra être renouvelée qu'une fois et seulement si un accord de branche étendu le prévoit. Cet accord doit fixer les conditions et les durées de renouvellement.

En tout état de cause, la durée de la période d'essai, renouvellement compris, ne peut dépasser 4, 6 ou 8 mois selon la catégorie professionnelle du salarié (art L 1221-21 du Code du travail).

La possibilité de renouveler la période d'essai ne se présument pas, elle devra être expressément stipulée dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail.

Dans l'Institution, il n'existe pas, à l'heure actuelle, d'accord de branche prévoyant les modalités d'utilisation et le renouvellement de la période d'essai.

Dès lors, aucun renouvellement de période d'essai ne saurait être envisagé.

7/ Le délai de prévenance

L'article L 1221-25 du code du travail prévoit que lorsqu'il est mis fin, par l'employeur, au contrat en cours ou au terme de la période d'essai, le salarié est prévenu dans un délai qui ne peut être inférieur à :

- 24 heures en-deça des 8 premiers jours de présence
- 48 heures au cours du 1^{er} mois de présence
- 2 semaines après 1 mois de présence
- 1 mois après 3 mois de présence

L'article L 1221-26 du code du travail prévoit que si le salarié prend l'initiative de la rupture, celui-ci doit respecter un délai de prévenance de :

- 24 heures en deça des 8 premiers jours de présence
- 48 heures au-delà des 8 premiers jours de présence.

Ce délai de prévenance n'a pas le même régime juridique qu'un préavis. Dès lors, même en cas de faute grave du salarié durant sa période d'essai, le délai de prévenance doit être respecté.

L'article L 1221-25 du Code du travail précise que la période d'essai ne peut être prolongée du fait de la durée du délai de prévenance.

A contrario, il résulte de cette disposition que la durée de la période d'essai mentionnée dans le contrat de travail du salarié est réduite compte tenu du délai de prévenance.

Par souci de sécurité juridique, l'Ucanss préconise donc, en cas d'essai infructueux, de rompre la période d'essai avant son terme en prenant en compte le délai de prévenance.

Exemple :

Un employé est embauché avec une période d'essai de 2 mois.

Au-delà d'un mois de travail effectif, son employeur qui considère l'essai infructueux devra prévenir l'intéressé 2 semaines avant la rupture de l'essai.

Sa décision devra donc être prise et communiquée au plus tard au salarié au bout d'1 mois et deux semaines.

Dès lors, on peut considérer que le délai de prévenance réduit la durée de la période d'incertitude pour le salarié.

8/ La rupture

La rupture de la période d'essai n'a pas, en principe, à être motivée.

Pour autant, il résulte du nouvel article L 1221-20 du Code du travail, qu'au regard de sa finalité, la période d'essai ne peut être rompue par l'employeur que si le salarié n'a pas mis en œuvre les compétences exigées par son poste.

L'employeur doit donc avoir été en mesure d'apprécier les qualités professionnelles du salarié compte tenu de la durée pendant laquelle ce dernier avait exercé ses fonctions.

Dès lors, si un salarié conteste la rupture de sa période d'essai en invoquant un motif économique ou discriminatoire qu'il arrive à étayer par des faits objectifs, l'employeur devra prouver l'incapacité professionnelle du salarié à tenir son poste.

Par ailleurs, si l'employeur peut mettre fin à la période d'essai sans motif et sans formalité, il doit, lorsqu'il invoque un motif disciplinaire, respecter la procédure disciplinaire (Cass.soc 10 mars 2004, n°01-44.750)

L'évolution jurisprudentielle et légale restreignent progressivement la liberté pour un employeur de rompre une période d'essai sans motif.

LA CREATION D'UN CDD A OBJET DEFINI

La loi crée, à titre expérimental pendant une période de 5 ans à compter du 26 juin 2008, un CDD pour la réalisation d'un objet défini inspiré du contrat de chantier du BTP.

A l'issue de l'expérimentation, le gouvernement présentera au parlement un rapport sur les conditions d'application de ce contrat et son éventuelle pérennisation.

Ce contrat sera régi par les dispositions du Code du travail relatives au CDD à l'exception des règles exposées ci-dessous.

1/ La nécessité d'un accord collectif

La loi subordonne le recours à ce type de contrat à la conclusion d'un accord de branche étendu ou, à défaut, d'un accord d'entreprise comportant des mentions obligatoires précisées à l'article 6 de la loi du 25 juin 2008.

2/ Les bénéficiaires

Ce contrat ne pourra être conclu que pour le recrutement d'ingénieurs ou de cadres.

3/ La durée

Ce contrat comporte un terme à date incertaine mais dont la réalisation est comprise dans un laps de temps encadré.

En effet, ce contrat sera d'une durée minimale de 18 mois et maximale de 36 mois et ne pourra pas être renouvelé.

Rappelons que dans l'Institution, selon l'article 17 de la Convention collective « *Tout nouvel agent sera titularisé, au plus tard après 6 mois de présence effective dans les services en une ou plusieurs fois.* »

La jurisprudence est venue préciser à plusieurs reprises que les salariés ayant plus de 6 mois d'ancienneté peuvent solliciter la requalification de leur contrat de travail en CDI.

Or, le CDD à « objet défini » ne constitue pas une dérogation à l'article 17.

Dès lors, tout salarié concluant un CDD à « objet défini » sera donc susceptible, au bout de 6 mois, d'invoquer sa titularisation et donc la requalification de son contrat en CDI.

4/ Les formalités administratives

Le contrat devra être écrit et comporter les clauses obligatoires pour les CDD ainsi que des mentions spécifiques détaillées à l'article 6 de la loi du 25 juin 2008.

5/ La rupture

Les cas de rupture du CDD classique, prévus à l'article L 1243-1 et suivant du code du travail, trouvent à s'appliquer à ce nouveau CDD.

De manière plus spécifique, ce contrat pourra prendre fin soit :

- par la réalisation de l'objet pour lequel il a été conclu
- au bout de 18 mois puis à la date anniversaire de sa conclusion.

- Rupture du contrat à la réalisation de l'objet

Ce contrat prend fin quand l'objet pour lequel il a été conclu a été réalisé. Ce terme ne pourra survenir que dans une période comprise entre 18 et 36 mois.

L'employeur devra informer le salarié de la fin de son CDD en respectant un délai de prévenance au moins égal à 2 mois.

- Rupture du contrat anticipée au bout de 18 mois puis à la date anniversaire

L'employeur, comme le salarié, pourra rompre le contrat pour motif réel et sérieux de manière anticipée (c'est-à-dire avant la réalisation de l'objet) au bout de 18 mois puis à la date anniversaire de sa conclusion (soit au bout de 24 mois).

Il s'agit du premier CDD pouvant être rompu par l'employeur ou par le salarié avant son terme pour un motif réel et sérieux.

- Les conséquences de la rupture

L'indemnité allouée au salarié lors de la rupture du CDD à objet défini est égale à 10% de sa rémunération totale brute.

Cette indemnité sera due en cas de rupture par l'arrivée du terme du contrat (réalisation de l'objet) lorsque les relations contractuelles ne se poursuivent pas par un CDI ou en cas de rupture anticipée pour un motif réel et sérieux à la date anniversaire de la conclusion du contrat, lorsque cette rupture est à l'initiative de l'employeur.

INFORMATION ET CONSULTATION DU COMITE D'ENTREPRISE

1/ L'information renforcée sur le recours aux CDD

Le Code du travail prévoit actuellement que **chaque trimestre** (dans les entreprises d'au moins 300 salariés) et **chaque semestre** (dans les autres entreprises), l'employeur informe le CE de la situation de l'emploi en faisant apparaître notamment le nombre de salariés sous CDD et contrats de travail temporaire ainsi que les motifs l'ayant amené à recourir à ce type de personnel.

Cette information délivrée par l'employeur est renforcée puisque l'article L 2313-5 du Code du travail prévoit qu'**une fois par an**, l'employeur doit communiquer au CE (ou à défaut aux DP) :

- les éléments qui l'ont conduit à recourir au titre de l'année écoulée (année N) à des CDD, à des contrats de missions conclus avec une entreprise de travail temporaire ou à des contrats conclus avec une société de portage salariale
- les éléments qui pourraient amener l'entreprise à faire appel à ces mêmes contrats pour la période à venir (année N+1)

Ainsi, au-delà de la simple information statistique trimestrielle (pour les entreprises de plus de 300 salariés) ou semestrielle (pour les autres entreprises) relative aux contrats précaires, le CE disposera désormais d'une information **a priori et a posteriori** sur les éléments conduisant l'employeur à faire appel à ces contrats.

2/ La consultation sur le plan de formation

Selon l'article D 2323-7 du Code du travail, la consultation du CE en matière de formation professionnelle est réalisée au cours de deux réunions.

L'article 3 du décret n°2008-716 du 18 juillet 2008 précise que ces deux réunions devront intervenir respectivement avant le 1^{er} octobre et avant le 31 décembre de l'année en cours. Cette disposition s'applique dès l'année 2008.

LE LICENCIEMENT

1/ La motivation

L'article L 1232-1 du Code du travail rappelle que tout licenciement pour motif personnel ou pour motif économique doit être justifié par une cause réelle et sérieuse.

2/ L'indemnité légale de licenciement

La loi modifie les conditions du droit à l'indemnité légale de licenciement.

Trois grandes nouveautés sont prévues par les textes :

- La durée d'ancienneté dans l'entreprise pour prétendre aux indemnités de licenciement est réduite de deux ans à un an (art L 1234-9 du Code du travail).
- La distinction entre l'indemnisation du licenciement pour motif économique et pour motif personnel est abandonnée, laissant place à un montant unique fixé par décret.
- Le montant de l'indemnité légale de licenciement est revalorisé.
Le montant unique de l'indemnité légale de licenciement est fixé à 1/5ème de mois de salaire par année d'ancienneté auquel s'ajoutent 2/15ème de mois par année au-delà de 10 ans d'ancienneté (article R 1234-2 du Code du travail résultant du décret n°2008-715 du 18 juillet 2008).

Tableau récapitulatif

Indemnité légale de licenciement	Avant la loi de modernisation du marché du travail	Depuis la loi de modernisation du marché du travail
Condition de durée d'ancienneté dans l'entreprise	2 ans	1 an
Montant de l'indemnité de licenciement économique	<p>Avant 10 ans d'ancienneté : 2/10^{ème} de mois de salaire par année d'ancienneté.</p> <p>A partir de 10 ans d'ancienneté : 2/10^{ème} de mois de salaire par année d'ancienneté + 2/15^{ème} de mois par année d'ancienneté.</p>	<p>Avant 10 ans d'ancienneté : 1/5^{ème} de mois de salaire par année d'ancienneté.</p>
Montant de l'indemnité de licenciement pour motif personnel	<p>Avant 10 ans d'ancienneté : 1/10^{ème} de mois de salaire par année d'ancienneté.</p> <p>A partir de 10 ans d'ancienneté : 1/10^{ème} de mois de salaire par année d'ancienneté + 1/15^{ème} de mois par année d'ancienneté.</p>	<p>A partir de 10 ans d'ancienneté : 1/5^{ème} de mois de salaire par année d'ancienneté + 2/15^{ème} de mois par année d'ancienneté.</p>

Cependant, le calcul de l'indemnité de licenciement résulte de l'application la plus favorable des dispositions légales et conventionnelles.

Or, la Convention collective prévoit le versement d'une indemnité conventionnelle de licenciement.

En effet, l'article 55 de la Convention collective prévoit que « *tout agent licencié, pour quelque cause que se soit, à l'exclusion des cas prévus aux articles 48, 56 et 58, aura droit à une indemnité égale à la moitié du dernier traitement mensuel par année d'ancienneté dans les organismes, telle que cette ancienneté est déterminée par l'article 30 de la présente convention, avec un maximum de 13 mois.* »

Ainsi, l'article 55 de la Convention collective du personnel des organismes de Sécurité sociale prévoit déjà une ouverture du droit à l'indemnité conventionnelle de licenciement à partir du moment où le salarié a un an d'ancienneté.

Par ailleurs, le montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement apparaît plus élevé que celui de l'indemnité légale.

Dés lors l'indemnité conventionnelle de licenciement apparaît plus favorable que l'indemnité légale.

Pour autant, le champ d'application du versement de l'indemnité légale de licenciement est plus large que celui de l'indemnité conventionnelle de licenciement qui n'est pas versée aux salariés (employés et cadres) en cas de licenciement pour motif disciplinaire.

Dès lors, il convient dans l'Institution de retenir l'indemnité conventionnelle de licenciement sauf lorsque le licenciement est prononcé en vertu de l'article 48 de la convention collective, (c'est-à-dire pour motif disciplinaire) où le salarié ne pourra prétendre qu'à l'indemnité légale de licenciement dans le respect des conditions prévues par le Code du travail.

En cas de licenciement pour faute grave, il convient de rappeler que le salarié ne peut prétendre à aucune indemnité de licenciement (art L 1234-9 du Code du travail).

Tableau récapitulatif

Motif du licenciement	Indemnité de licenciement due au salarié
Licenciement non disciplinaire (insuffisance professionnelle, inaptitude...)	Indemnité conventionnelle de licenciement (art 55 de la Convention collective)
Licenciement disciplinaire pour faute simple	Indemnité légale de licenciement (art L 1234-9 et R 1234-2 du Code du travail)
Licenciement disciplinaire pour faute grave	Aucune indemnité de licenciement (art L 1234-9 du Code du travail)

Il existe une particularité s'agissant des agents de Direction qui dépendent de la convention collective du 25 juin 1968 et des praticiens conseils soumis à la convention collective du 4 avril 2006.

En effet, ces deux conventions collectives prévoient qu'une indemnité de licenciement égale à un mois de traitement par année d'ancienneté avec un maximum de 18 mois doit être versée aux agents de Direction et praticiens conseils en cas de licenciement.

Cependant, ces conventions collectives n'excluent pas le versement de cette indemnité en cas de licenciement pour motif disciplinaire.

Dès lors, ces derniers doivent bénéficier de leur indemnité conventionnelle de licenciement, même en cas de licenciement disciplinaire.

LA RUPTURE CONVENTIONNELLE DU CONTRAT DE TRAVAIL

1/ La définition et le champ d'application

Un nouveau mode de rupture du contrat de travail, dit « rupture conventionnelle » exclusif du licenciement et de la démission est créé.

Selon l'article L 1237-11 du Code du travail, cette rupture conventionnelle permet à l'employeur et au salarié de convenir des conditions de la rupture du contrat qui les lie.

Elle ne peut en aucun cas être imposée par l'une ou l'autre des parties et résulte d'une convention signée par les parties au contrat.

L'article L 1237-16 indique cependant que le régime de rupture conventionnelle n'est pas applicable aux ruptures de contrat de travail résultant :

- des accords collectifs de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) définis par l'article L 2242-15 du Code du travail
- des plans de sauvegarde de l'emploi (PSE), dans les conditions définies par l'article L1233-61 du Code du travail.

La rupture conventionnelle du contrat de travail doit être distinguée de la transaction.

En effet, la transaction suppose l'existence d'un différend entre les parties et ne peut, à ce titre, intervenir qu'après la rupture du contrat de travail alors que la rupture conventionnelle constitue, à elle seule, un nouveau mode de rupture du contrat.

Par ailleurs, si la conclusion d'une transaction a pour objet et effet de priver le salarié du droit d'agir en justice, tel n'est pas le cas de la rupture conventionnelle du contrat de travail.

Ainsi, en cas de différend né à la suite d'une rupture conventionnelle du contrat de travail, les contractants pourraient conclure une transaction afin d'éviter une action contentieuse devant les tribunaux.

2/ Les entretiens précédant la rupture du contrat

L'article L 1237-12 du Code du travail précise que les parties au contrat conviennent de la rupture conventionnelle lors d'un ou plusieurs entretiens.

- Assistance du salarié lors du ou des entretiens

Au cours du ou des entretiens le salarié peut se faire assister :

- soit d'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 ou tout autre salarié.
- 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.

- Assistance de l'employeur

Lors du ou des entretiens, l'employeur a, lui aussi, la faculté de se faire assister, mais uniquement si le salarié en fait usage lui-même.

Le salarié doit informer son employeur, préalablement à l'entretien, qu'il se fera assister lors de celui-ci. Si l'employeur souhaite également se faire assister, il en informera alors à son tour le salarié avant la tenue de l'entretien.

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

Afin de garantir une réelle liberté de consentement des parties, il est recommandé de prévoir plusieurs entretiens (au moins deux) entre l'employeur et le salarié espacés d'une ou deux journées les uns des autres.

Le salarié et l'employeur doivent être informés très précisément des conséquences résultant de cette rupture conventionnelle et prendre le temps de bien y réfléchir avant de formaliser la rupture du contrat de travail.

A ce titre, il est essentiel que le salarié ait eu connaissance de la possibilité, au cours du ou des entretiens, de recueillir les informations et avis nécessaires à sa décision.

Enfin, il convient de conserver toute sorte de preuve attestant que la rupture du contrat résulte bel et bien d'un accord de volonté entre les parties (échange de courriels, ...)

3/ La formalisation

La rupture du contrat résulte d'une convention signée par les parties au contrat.

Un modèle de formulaire de rupture conventionnelle a été élaboré par le Ministère du travail (annexe 1).

Selon l'article L 1237-13 du Code du travail, cette convention de rupture définit les conditions de celle-ci, notamment le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle.

La circulaire DGT n°2008-11 du 22 juillet 2008 précise que les parties ou les personnes qui les assistent peuvent compléter le formulaire d'informations ou de commentaires permettant d'apprécier la liberté de consentement de chacun. Ces éléments peuvent figurer sur des feuillets annexés au formulaire.

La convention fixe aussi la date de rupture du contrat de travail, qui ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation.

4/ L'indemnité spécifique de rupture conventionnelle

Le salarié qui accepte une rupture conventionnelle de son contrat de travail a droit à une indemnité versée par son employeur dont le montant sera le résultat de la négociation avec l'employeur.

En tout état de cause, le montant de cette indemnité de rupture ne pourra être inférieur à celui de l'indemnité légale de licenciement prévue à l'article L 1234-9 du Code du travail (soit 1/5^{ème} de mois de salaire par année d'ancienneté à partir d'un an de présence auquel s'ajoutent 2/15^{ème} de mois par année au-delà de 10 ans d'ancienneté).

Le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle peut, cependant, être inférieure à l'indemnité conventionnelle de licenciement prévue par la Convention collective (qui est en principe plus élevée que celui de l'indemnité légale).

Concernant l'ancienneté qui doit être prise en compte pour le calcul de l'indemnité légale de licenciement, l'article R. 1234-1 du Code du travail précise que l'indemnité doit être calculée par année de service dans l'entreprise en tenant compte des mois de service accomplis au-delà des années pleines.

5/ Le droit de rétractation des parties

A compter de la date de sa signature par les deux parties, chacune d'entre elles dispose d'un délai de 15 jours calendaires pour exercer son droit de rétractation.

Ce délai qui comptabilise tous les jours de la semaine, démarre au lendemain de la date de signature de la convention de rupture et se termine au 15^{ème} jour à minuit (Circ DGT n°2008-11 du 22 juillet 2008).

Ainsi, pour une convention signée le 1^{er} août, le délai expire le 16 août à minuit.

Ce droit est exercé sous la forme d'une lettre adressée par tout moyen attestant de sa date de réception par l'autre partie (il est préférable d'utiliser la lettre recommandée avec accusé de réception ou lettre remise en main propre contre décharge).

Le terme du délai de 15 jours pour se rétracter est apprécié au jour de réception de la lettre par l'une des parties (et non au jour d'envoi).

6/ L'homologation ou l'autorisation de l'autorité administrative

A l'issue du délai de rétractation, la partie la plus diligente (employeur ou salarié concerné) adressera à l'« autorité administrative », soit le Directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (DDTEFP) une demande d'homologation avec un exemplaire de la convention de rupture (le ministère recommande l'envoi par lettre recommandée avec avis de réception).

La validité de la convention est subordonnée à son homologation.

L'arrêté du 18 juillet 2008 du ministre chargé du travail fixe le modèle de formulaire de cette demande d'homologation (annexe 1).

A compter de la réception de la demande d'homologation, le Directeur départemental du travail de l'emploi et de la formation professionnelle dispose d'un délai d'instruction de 15 jours ouvrables (tous les jours de la semaine, excepté le dimanche et jours fériés habituellement chômés).

Le délai commence à courir le lendemain du jour ouvrable de réception de la demande d'homologation et expire au dernier jour ouvrable d'instruction à minuit.

Selon la circulaire du 22 juillet 2008, le DDTEFP adresse alors à chaque partie un accusé de réception sur lequel figure la date d'arrivée de la demande et la date à laquelle le délai d'instruction expire.

Si le dossier est incomplet (absence de renseignements afférents au salaire, à l'ancienneté du salarié, à la mention de la tenue d'au moins un entretien, à la qualité des assistants lors du ou des entretiens, absence de signatures...), il n'adresse pas d'accusé de réception mais informe alors les parties que le dossier ne peut pas être considéré comme recevable.

Durant le délai d'instruction de 15 jours ouvrables, le Directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle s'assure du respect des conditions de validité de la rupture et de la liberté de consentement des parties.

Une convention ne serait, a priori, pas homologuée en cas de mentions dans la convention de rupture :

- de remarques ou commentaires laissant supposer une pression d'une partie sur l'autre au moment de la signature de l'acte ou laissant transparaître un éventuel vice de consentement.
- d'un montant d'indemnité de rupture conventionnelle inférieur à l'indemnité légale de licenciement
- d'assistance de l'employeur lors des entretiens alors que le salarié n'en a pas sollicité
- de la participation d'un avocat aux entretiens
- de non respect du délai de rétractation...

A défaut de notification dans le délai d'instruction de 15 jours ouvrables, l'homologation est réputée acquise et le directeur départemental est dessaisi.

Les salariés protégés pourront également convenir d'une rupture conventionnelle.

Toutefois, cette rupture ne sera pas soumise à l'homologation mais à l'**autorisation** de l'**inspecteur du travail** dans les conditions de droit commun (article L 1237-15 du Code du Travail).

Outre la liberté de consentement, l'inspecteur du travail s'assure de l'absence de toute pression de l'employeur se rattachant notamment à l'exercice du mandat.

En cas de consultation obligatoire, l'avis du CE doit précéder la signature de la convention de rupture. La rupture du contrat de travail ne pourra intervenir que le lendemain du jour de l'autorisation.

7/ La date de rupture

Le contrat de travail ne peut être rompu avant le lendemain du jour de l'homologation.

Contrairement à la démission ou au licenciement aucun préavis n'a à être respecté à l'issue de l'homologation de la rupture du contrat.

Pour autant, si la date de rupture du contrat de travail ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation, rien n'interdit aux parties de prévoir que le contrat puisse perdurer encore pendant un temps donné au-delà de l'homologation.

8/ Le droit à l'assurance chômage

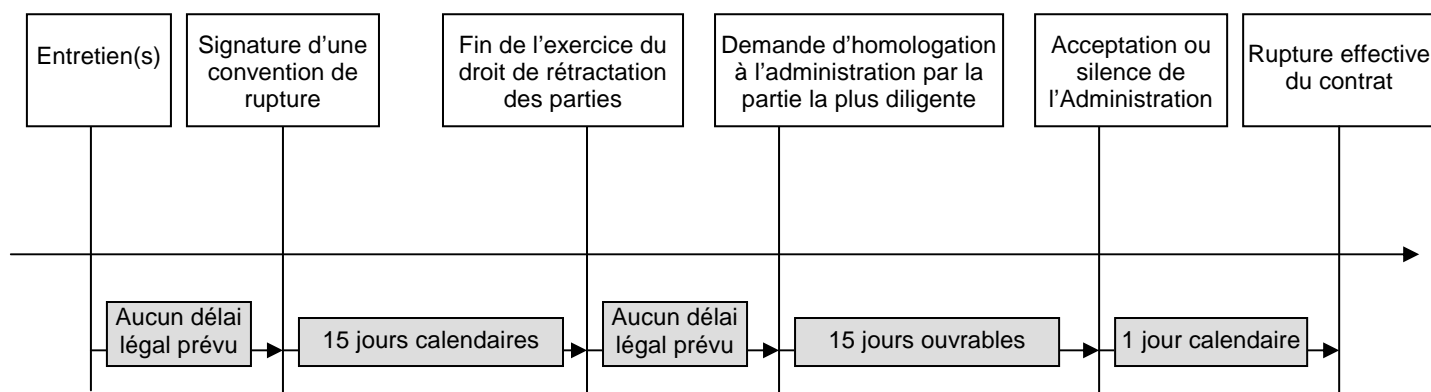
Les articles L 5421-1 et L 5422-1 du Code du travail précisent que le salarié dont le contrat fait l'objet d'une rupture conventionnelle a droit aux allocations chômage dans les conditions de droit commun.

9/ Les litiges

Tout litige concernant la convention, l'homologation ou le refus d'homologation relève de la compétence du conseil des prud'hommes (art L 1237-14 du Code du travail).

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

MISE EN ŒUVRE DE LA RUPTURE CONVENTIONNELLE DU CONTRAT DE TRAVAIL :



LE REÇU POUR SOLDE DE TOUT COMPTE

Depuis la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, le reçu pour solde de tout compte n'a que la valeur d'un simple reçu des sommes qui y figurent. Peu importe que le salarié l'ait signé, il peut effectuer toutes réclamations ultérieures.

Le reçu pour solde de tout compte doit faire l'inventaire des sommes versées au salarié lors de la rupture du contrat de travail. Il doit toujours être établi en double exemplaire dont l'un est remis au salarié (art D 1234-7 du Code du travail).

Le reçu pourra être dénoncé, par lettre recommandée dans les 6 mois qui suivent sa signature, délai au-delà duquel il devient libératoire pour l'employeur pour les sommes qui y sont mentionnées.

Ainsi, seules les sommes visées par le reçu, qu'elles soient liées à l'exécution du contrat ou à la rupture de celui-ci, entreront dans le champ de l'effet libératoire.