



Négociation de départ du salarié : les enjeux

publié le **25/09/2015**, vu **2916 fois**, Auteur : [Xavier Berjot | SANCY Avocats](#)

Les mots « négociation de départ » désignent toute situation dans laquelle l'employeur et le salarié mettent fin au contrat de travail d'un commun accord, en contrepartie d'une indemnité versée à ce dernier. Cela étant, l'expression recouvre de nombreuses réalités et révèle des enjeux bien différents.

1. L'habillage juridique du départ négocié

La négociation de départ suppose, en premier lieu, que le contrat de travail soit rompu. La négociation peut cependant intervenir avant ou après la rupture du contrat de travail.

1.1. La négociation avant la rupture du contrat

Si les parties sont d'accord sur la rupture du contrat de travail et toutes ses conséquences (date de fin du contrat, montant de l'indemnité, solde de tout compte,...), elles peuvent recourir à la rupture conventionnelle.

Prévu par les articles L. 1237-11 et suivants du Code du travail, ce dispositif permet de mettre fin au contrat de travail sans motif, à l'issue d'un processus durant environ 45 jours.

L'intérêt de la rupture conventionnelle réside dans sa simplicité, même si elle requiert l'homologation de la Direccte (pour les salariés non protégés) ou l'autorisation de l'inspecteur du travail (pour les salariés protégés).

Elle présente cependant deux inconvénients principaux.

D'une part, l'indemnité de rupture conventionnelle est assujettie, outre les charges applicables aux indemnités de rupture, à un forfait social supplémentaire de 20 % (cf. § 2.2.1.).

Ainsi, elle s'avère coûteuse dans le cas de salariés ayant une grande ancienneté ou un important salaire.

D'autre part, la conclusion d'une rupture conventionnelle n'interdit pas au salarié de former des demandes en justice à l'encontre de son ancien employeur : heures supplémentaires, primes, indemnités à divers titres,...

L'employeur peut donc se montrer réticent à conclure une rupture conventionnelle dans des contextes litigieux.

En dépit de ces inconvénients, le succès de la rupture conventionnelle ne se dément pas et, en juillet 2015, un nouveau record a été établi avec l'homologation de 33 211 dossiers de rupture.

Ce succès s'explique par le fait que la rupture conventionnelle est le seul moyen permettant à l'employeur et au salarié de négocier, en direct, la future rupture du contrat de travail.

1.2. La négociation après la rupture du contrat

Le départ peut également être négocié après la rupture du contrat de travail, mais tous les motifs de rupture ne sont pas concernés de la même manière.

En cas de départ à l'initiative du salarié (démission, fin de l'essai, départ à la retraite), il est rare qu'une négociation intervienne ultérieurement.

En effet, le salarié prenant l'initiative de la rupture ne se place pas en situation de force vis-à-vis de l'employeur.

Par ailleurs, ces motifs de rupture laissent peu de place à la négociation d'une indemnité transactionnelle, contrairement au licenciement dont le bien-fondé est toujours sujet à discussion.

NB. Par exception, la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié peut entraîner une négociation entre les parties, à supposer que les motifs de cette prise d'acte soient sérieux.

En définitive, la négociation de départ intervient le plus souvent en cas de licenciement, lorsque les parties souhaitent mettre un terme à leur litige en concluant une transaction.

Le motif de licenciement (économique, pour faute simple ou grave,...) peut avoir une incidence sur le montant de l'indemnité transactionnelle (cf. § 2.1.2.).

2. La détermination du montant de l'indemnité de rupture

De nombreux paramètres entrent en compte dans la détermination du montant de l'indemnité de rupture.

2.1. Du côté du salarié

2.1.1. Lorsque le contrat de travail est en cours

Si le contrat de travail n'est pas rompu, le salarié dispose d'une marge de négociation assez étroite vis-à-vis de l'employeur.

En effet, par principe, le salarié souhaitant quitter son emploi peut démissionner, sans percevoir d'indemnité particulière hormis ses congés payés à l'issue de son préavis.

Cependant, compte tenu de l'état actuel du marché de l'emploi, les salariés cherchent souvent à négocier leur départ au moyen d'une rupture conventionnelle.

Afin de soutenir leur demande indemnitaire, ils mettent en avant des irrégularités contractuelles, comme l'absence de validité d'une convention de forfait-jours ou d'un plan de rémunération variable.

Si ces irrégularités sont avérées, l'employeur peut être enclin à négocier la rupture du contrat de travail pour les régler, et le salarié dispose alors d'un levier.

Par ailleurs, le salarié souhaitant quitter l'entreprise peut être - légitimement - démotivé et l'employeur n'a pas nécessairement intérêt à le conserver dans les effectifs...

En définitive, il n'est pas rare, en pratique, qu'une négociation s'enclenche alors même que le salarié est à l'initiative du départ (qu'il le dise clairement ou non).

Concernant le montant de l'indemnité, le salarié peut prétendre, au minimum, à l'indemnité de rupture conventionnelle, dont le montant est calqué sur l'indemnité de licenciement.

Il peut, en théorie, percevoir une somme supérieure mais à condition de disposer d'arguments motivant l'employeur à rompre le contrat de travail.

2.1.2. Lorsque le contrat de travail est rompu

La situation se présente différemment si le contrat de travail a été rompu par l'employeur après un licenciement.

NB. Comme évoqué ci-dessus (§ 1.2), le licenciement est le principal mode de rupture du contrat de travail permettant d'ouvrir une négociation.

Dans ce cas, l'indemnité transactionnelle se détermine par rapport au risque judiciaire couru par l'employeur (que le licenciement soit reconnu abusif ou sans cause réelle et sérieuse).

Si le salarié compte au moins 2 ans d'ancienneté dans une entreprise de 11 salariés au moins, il a droit à une indemnité correspondant au salaire brut de ses 6 derniers mois d'emploi (C. trav. L. 1235-3).

Cette indemnité est un minimum qui peut être augmenté par le juge si le salarié justifie d'un préjudice spécifique (ancienneté importante, âge « avancé », difficultés à retrouver un travail, charges de famille, dépression,...).

Si le salarié ne remplit pas l'une ou l'autre des conditions susvisées, il a droit à une indemnité « correspondant au préjudice subi » (C. trav. L. 1235-3).

Cette indemnité n'est pas limitée mais les conseils de prud'hommes allouent généralement des indemnités inférieures à 6 mois, en tout cas aux salariés qui n'ont pas acquis 2 ans d'ancienneté.

Bien d'autres critères doivent être considérés dans l'évaluation du risque judiciaire : rappels de salaires, demandes indemnitaires (harcèlement, irrégularité de procédure,...), statut du salarié (protégé ou non),...

Enfin, le motif de licenciement a une influence souvent déterminante sur le montant de l'indemnité transactionnelle.

Ex. 1 : si le salarié a été licencié pour faute grave, il peut obtenir en justice, outre une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, son indemnité de licenciement, de préavis, les congés payés sur préavis ainsi que le rappel de salaire et les congés payés afférant à une mise à pied conservatoire.

Ex. 2 : si le licenciement pour inaptitude professionnelle est jugé sans cause réelle et sérieuse, le salarié perçoit une indemnité de 12 mois de salaire brut au minimum (C. trav. art. L. 1226-15).

Dans ces deux exemples, le risque financier pesant sur l'employeur est important, ce qui majore le « potentiel de gain » du salarié.

2.2. Du côté de l'employeur

2.2.1. Lorsque le contrat de travail est en cours

Lors d'un départ négocié, l'intérêt de l'employeur est souvent double : pacifier la rupture du contrat

de travail et verser au salarié l'indemnité la plus basse possible.

Si la relation de travail se déroule mal, l'employeur peut inciter le salarié à accepter une rupture conventionnelle « au minimum. »

Ceci est particulièrement vrai si l'employeur dispose de griefs sérieux à son encontre, qui pourraient motiver une procédure de licenciement.

Le salarié peut estimer préférable, en effet, de rompre le contrat de travail d'un commun accord plutôt que de faire l'objet d'un licenciement.

Logiquement, plus les griefs de l'employeur sont sérieux, plus ce dernier peut négocier à la baisse le montant de l'indemnité allouée au salarié (dans la limite du minimum légal).

2.2.2. Lorsque le contrat de travail est rompu

De même que l'employeur court un risque judiciaire à l'issue d'un licenciement, le salarié s'expose au risque de perdre son litige prud'homal, après avoir engagé des frais d'avocat...

Par ailleurs, le traitement d'un litige prud'homal peut prendre entre 2 et 5 ans, si un appel est interjeté par l'une ou l'autre des parties.

Cet argument « temporel » est souvent déterminant dans la décision du salarié de conclure une transaction, ce que l'employeur peut exploiter à son profit.

Enfin, pour convaincre le salarié, l'employeur peut s'appuyer sur le barème de l'indemnité forfaitaire de conciliation, qui est plutôt mesuré (moins de 2 ans d'ancienneté : 2 mois de salaire ; entre 2 et moins de 8 ans : 4 mois ; de 8 ans à moins de 15 ans : 8 mois,...).

Précisons toutefois que ce barème (C. trav. art. D. 1235-21) est un référentiel peu utilisé par la pratique.

3. Le régime social et fiscal de l'indemnité de rupture

Déterminer le régime social et fiscal de l'indemnité de rupture est fondamental pour le salarié (qui veut connaître son « net »), pour l'employeur (qui veut connaître son coût) et pour l'Urssaf et le Trésor public (qui doivent prélever leur dû).

3.1. Le régime social

L'indemnité de rupture est exclue de l'assiette des cotisations sociales, dans la limite d'un montant fixé à deux fois la valeur annuelle du plafond de la sécurité sociale (PASS), soit 76 080 € pour 2015 (38 040 € X 2).

La partie excédentaire est soumise à cotisations patronales et salariales, comme les salaires.

Par ailleurs, la partie qui excède le montant de l'indemnité de licenciement est toujours soumise à CSG/CRDS, soit 8 % au total, à la charge du salarié.

NB. Une spécificité concerne l'indemnité de rupture conventionnelle, qui est soumise en outre au forfait social de 20 % portant sur la fraction de l'indemnité exclue de l'assiette des cotisations de sécurité sociale. Ajoutons que l'indemnité de rupture conventionnelle est intégralement assujettie aux cotisations sociales, à la CSG et à la CRDS lorsqu'elle est versée à un salarié en droit de bénéficier d'une pension de retraite.

Enfin, lorsque l'indemnité dépasse 10 fois le plafond annuel de la sécurité sociale (soit 380 400 € en 2015), elle est soumise à cotisations et contributions sociales dans son intégralité.

3.2. Le régime fiscal

L'indemnité de rupture est exonérée d'impôt sur le revenu dans la limite suivante :

- Soit deux fois le montant de la rémunération annuelle brute perçue par le salarié au cours de l'année civile précédant la rupture de son contrat de travail ;
- Soit 50 % du montant de l'indemnité si ce seuil est supérieur, dans la limite de six fois le PASS (228 240 € en 2015) ;
- 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.

4. Les conséquences liées à la rupture du contrat de travail

Quel que soit le moment où elle intervient, la négociation de départ suppose que les conséquences de la rupture du contrat soient connues et anticipées.

4.1. Les conséquences directes

Afin d'éviter toute difficulté lors de la rupture du contrat, il est nécessaire que les parties soient d'accord sur l'intégralité des éléments du solde de tout compte et qu'aucun ne soit oublié (prorata de 13^{ème} mois, primes,...).

Lors de la conclusion d'une rupture conventionnelle, il est d'ailleurs conseillé d'établir une convention annexe rappelant que les éléments du solde de tout compte ont été discutés entre les parties et que le salarié s'estime rempli de ses droits à ce titre.

Si une transaction est conclue après un licenciement, celle-ci doit également statuer sur le solde de tout compte.

Par ailleurs, les parties doivent régler le sort de la clause de non-concurrence éventuellement prévue au contrat de travail : maintien ou levée.

A cet égard, en l'absence de clause de non-concurrence, il est possible d'en prévoir une au moment de la rupture du contrat.

Le salarié doit également être informé sur ses droits à formation (via le site www.moncompteformation.gouv.fr) et sur la portabilité des garanties complémentaire santé et prévoyance (C. Séc. Soc. art. L. 911-8).

Enfin, il convient de statuer sur la restitution des équipements et/ou données appartenant à l'employeur (fichiers informatiques, téléphone, véhicule de fonction,...).

4.2. Les conséquences indirectes

Une négociation de départ peut avoir des conséquences indirectes pour le salarié.

Tout d'abord, la perception d'une indemnité de rupture conventionnelle - ou transactionnelle - peut exposer le salarié à un différé d'indemnisation spécifique au regard de l'assurance-chômage.

Ce différé, qui tient compte des indemnités de rupture versées au-delà de l'indemnité légale de licenciement, se calcule en divisant le montant de ce « package » supra-légal par 90.

Ex. un salarié a conclu une rupture conventionnelle et perçu à cette occasion une indemnité de 20 000 € alors que son indemnité légale de licenciement (théorique) s'élevait à 8000 €. Son différé d'indemnisation est de 133 jours (20 000 - 8000 / 90).

Le différé spécifique est plafonné à 180 jours, ramenés à 75 jours lorsque le contrat de travail a été rompu pour motif économique.

Par ailleurs, avant de s'engager dans une négociation de départ, le salarié doit vérifier si le motif de rupture (rupture conventionnelle ou licenciement) ne lui fait pas perdre certains droits, comme une assurance perte d'emploi relative à un emprunt immobilier.

Enfin, d'autres conséquences indirectes sont liées à la rupture du contrat de travail, comme l'éventuelle obligation de restituer des stock-options ou des parts de carried interest.

Xavier Berjot
Avocat Associé
OCEAN Avocats
www.ocean-avocats.com