

Collection **CEPRISCA**

Entreprises en difficulté et droit du travail

Sous la direction
de Nicole Decoopman

Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne, CEPRISCA

Collection **CEPRISCA**



Sommaire

Avant-propos

Par Nicole Decoopman, Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne, CEPRISCA, directrice du Master 2 Droit des affaires

Procédures collectives et article L. 122-12, alinéa 2 du code du travail

Par Jean-François Cesaro, Professeur à l'Université François Rabelais de Tours

Procédures collectives et licenciements économiques

Par Pierre-Yves Verkindt, Professeur à l'Université de Lille II, Centre René Demogue

Table ronde

Avec Laurent Bernard (chef d'entreprise),
Isabelle Bouquet (avocat),
Frédéric Henneau, (administrateur judiciaire),
Vincent Foucart (mandataire judiciaire).

Procédures collectives et plan de sauvegarde de l'emploi

Par Dominique Soulier, Avocat au Barreau d'Amiens, spécialiste en droit social cabinet Basilien-Boidin Associés, membre du réseau JSA

Le rôle du représentant des salariés dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires

Par Franck Petit, Maître de conférences
à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

L'intervention de l'AGS : état des lieux et réflexions...

Par François Taquet, Professeur de droit social à l'IESEG (Lille) et à l'ESCEM (Tours Poitiers), Avocat, Conseil en droit social, conseiller scientifique du réseau GESICA

Insolvabilité, droit communautaire et droit du travail : la garantie des créances salariales

Par Hélène Tissandier, Maître de conférence
à l'Université Paris-Dauphine, membre de l'I2D et du CEPRISCA

Entreprises en difficulté et droit du travail

Droit de la faillite internationale et droit du travail

Par François Mélin, Maître de conférences à l'Université
de Picardie Jules Verne, CEPRISCA

Conclusion générale

Par Raymonde Vatinet, Professeur à l'Université
de Paris V-René Descartes

Annexe : principaux textes concernés

Avant-propos

Cet ouvrage est issu d'une journée organisée par l'Association de droit des affaires de l'Université de Picardie Jules Verne et le CEPRISCA (Centre de droit privé et de sciences criminelles d'Amiens). Le thème retenu « Entreprises en difficulté et droit du travail » renvoie à l'articulation entre deux logiques différentes : une logique économique et une logique sociale. Y a-t-il conciliation, confrontation ou ignorance de ces deux logiques ? Cette question qui concerne plus largement les restructurations – les procédures collectives ne constituant dans bien des cas que des restructurations opérées avec l'autorisation du juge et sous son contrôle – est d'autant plus actuelle que l'adoption de la loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises et de ses décrets d'application est récente ; ces textes ont-ils modifié les données ?

Le principe même de l'application de l'article L. 122-12 alinéa 2 du code du travail est symptomatique du traitement de la question par le droit positif. Y a-t-il ou non maintien des contrats de travail lors d'un transfert d'entreprises réalisé à l'occasion d'une procédure collective ? Alors que le droit des procédures collectives, contrairement au droit commun, organise des licenciements « préventifs », évinçant de ce fait l'article L. 122-12 du code du travail, le droit positif jurisprudentiel pose des limites certaines à cette éviction, y compris dans le cadre d'une liquidation, solution qui a pu être critiquée par la pratique et la doctrine.

L'éviction de l'article L. 122-12 peut aboutir à des licenciements économiques, mais ce n'est pas la seule hypothèse qui peut conduire au prononcé de ces derniers dans le cadre des procédures collectives. Qu'en est-il de l'articulation précédemment évoquée ? Comme l'indique P. Y. Verkindt, « le droit des procédures collectives entretient une relation assez ambivalente avec le droit des licenciements économiques ». L'auteur démontre que les interférences entre les deux corps de règles sont nombreuses tant au plan de la motivation du licenciement qu'au niveau procédural. Un paysage subtil se dessine ; d'un côté, un socle ferme de droit du travail constitué par l'obligation de reclassement de l'employeur et le respect de l'ordre des licenciements ; de l'autre côté, un respect largement formel de la compétence du conseil de prud'hommes ; entre les deux, un aménagement des règles du droit du travail imposé par l'autorisation de licenciement donnée par le juge consulaire.

Les éléments de base étant posés, nous devons envisager certaines des

questions pratiques que suscite le thème de la journée. Les acteurs de ces procédures nous semblaient les mieux placés pour répondre à la question de savoir de quelle façon sont pris en compte les salariés lorsque l'entreprise à laquelle ils appartiennent fait l'objet d'une procédure collective. Ont été réunis à cette fin dans le cadre d'une Table ronde un chef d'entreprise, un administrateur judiciaire et un mandataire judiciaire, un avocat et un conseiller prudhommal. Leurs interventions ont montré à la fois l'évidente prise en considération des salariés et les difficultés pratiques existantes au niveau des délais par exemple. Ces difficultés sont dues notamment à l'absence de spécificité du droit du travail lorsqu'il s'applique aux procédures collectives.

La question des délais, rencontrée également à propos de l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi, est le signe d'une conciliation difficile – pour ne pas dire impossible – entre la logique économique qui exige célérité et la logique sociale qui suppose consultations et concertations, lesquelles prennent nécessairement un certain temps. La conciliation aurait pu passer par le représentant des salariés, institution que l'on peine décidément à qualifier et que la loi du 26 juillet 2005 a conservée, mais il n'est pas sûr que la place qui lui est accordée lui permette de jouer ce rôle. En revanche, l'assurance garantie des salaires permet sans aucun doute d'amortir le choc financier des licenciements prononcés dans le cadre de procédures collectives, mais, outre que les délais imposés sont extrêmement étroits et rigoureux, le fait que le salarié-créancier soit mieux pris en compte que le salarié-travailleur est sans doute lourd de significations. La loi du 26 juillet 2005 n'a pas voulu les approfondir ; en effet, bien que visant la procédure de sauvegarde, le texte en tire peu de conséquences en ce qui concerne la garantie des créances salariales, confirmant ainsi d'une certaine manière la position adoptée à propos des licenciements économiques prononcés dans le cadre de cette procédure.

Il est de ce point de vue remarquable que le droit communautaire prenne essentiellement, pour ne pas dire exclusivement, en considération le salarié-créancier malgré la finalité sociale des directives concernées. En effet, la directive du 12 mars 2001 relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises pose le principe selon lequel le maintien des contrats de travail ne s'impose pas lorsqu'une entreprise fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité « sauf si les Etats membres en disposent autrement » et la directive du 20 juillet 1998 relative aux licenciements collectifs est muette quant à l'hypothèse de l'insolvabilité. En revanche, la directive du 20 octobre 1980 relative à la protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, modifiée par la directive 2002/74, impose qu'une garantie de paiement des créances salariales soit organisée et ne concerne que cette question contrairement à ce que son

titre laisse entendre. La même réflexion peut être faite à propos du règlement du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Certes, le principe de subsidiarité peut expliquer que le droit communautaire ne se saisisse que de questions « périphériques », même si elles sont importantes ; l'explication reste toutefois insuffisante.

Une autre question transparaît en filigrane à travers les différentes interventions, celle de savoir si les solutions apportées sont identiques quelle que soit la procédure collective envisagée. La question mérite d'autant plus d'être posée que la loi du 26 juillet 2005 a enrichi la panoplie des procédures, mêlant à la fois le caractère facultatif et celui d'ordre public, le caractère contractuel et l'aspect juridictionnel, insistant en tous les cas sur les qualités d'anticipation du débiteur qui, dans le cadre de la procédure de sauvegarde, n'est pas le plus souvent en état de cessation des paiements. Or, la sauvegarde est largement ignorée par le code du travail comme par le droit communautaire. Il en résulte l'application du droit commun du travail, plus protecteur des salariés. Logique sociale et logique économique s'ignorent. L'avenir dira si c'est le meilleur moyen de protéger les salariés.

Bref, à travers différentes questions techniques, la question de l'articulation droit des entreprises en difficulté/droit du travail reste posée, même si les lignes de fracture ont quelque peu évolué avec la loi du 26 juillet 2005. La réflexion de Gérard Lyon-Caen en 1978 reste sans doute juste : « l'emploi des salariés dépend tout à la fois et de manière indiscernable de la conjoncture économique et de la gestion habile ou malhabile de l'entreprise », ajoutant « on ne saurait éviter que le sort du personnel dépende de facteurs qui lui échappent entièrement et sur lesquels il sait qu'il n'a pas de prise »¹. C'est dire que la question restera posée sous forme interrogative, les éléments de réponse ne pouvant que se complexifier sous l'influence du phénomène de mondialisation.

Nicole Decoopman,
Professeuse à l'Université de Picardie Jules Verne

1 - G. Lyon-Caen, L'intervention des salariés dans les procédures collectives, *in* La refonte du droit de la faillite, Publication de l'université de Lille, p. 97 et s.

PROCEDURES COLLECTIVES ET ARTICLE L. 122-12, ALINEA 2 DU CODE DU TRAVAIL

Jean-François Cesaro

Professeur à l'Université François Rabelais de Tours

1. La rencontre entre l'article L. 122-12 du code du travail et le droit des procédures collectives pourrait être conflictuelle. Querelle de génération peut-être entre « l'ancien », c'est-à-dire un article du code du travail qui n'a pas varié dans sa formule depuis près de 80 ans et, le moderne, c'est-à-dire la loi de sauvegarde qui fêtera dans quatre mois ses deux années. Conflit de concepts aussi entre le code du travail, code de protection, qui promeut le maintien des contrats, en dépit des vicissitudes éprouvées par l'employeur et le droit de la faillite, droit de sacrifices, qui s'imposent à tous, au maître de l'affaire qui pourra perdre jusqu'à la direction de son entreprise, aux créanciers qui vont devoir consentir des délais sinon des remises et aux salariés dont les contrats sont menacés.

2. Pourtant, la guerre des droits n'aura pas nécessairement lieu. D'abord parce que le droit de la faillite, prend en considération « l'emploi » dans l'ensemble des procédures – même la liquidation – qu'il organise. La procédure de sauvegarde doit ainsi « faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif »¹.

Ensuite parce que l'article L. 122-12 du code du travail, n'est pas nécessairement l'instrument de la protection, en ce qu'il permet d'imposer au salarié son transfert vers un nouvel employeur et ainsi participer aux changements que les difficultés éprouvées par l'entreprise imposent.

3. L'article L. 122-12 du code du travail s'applique, en principe, à toutes les procédures collectives. Dès lors qu'une décision prise à cette occasion caractérise un transfert d'entreprise, les salariés bénéficient du transfert de leurs contrats de travail. Selon le droit européen, « est considéré comme transfert, [...], celui d'une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou

¹ - C. com., art. L. 620-1 ; v. aussi pour le redressement, C. com., art. L. 631-1.

accessoire »². Les illustrations de ce mécanisme sont très nombreuses : la cession de l'entreprise, d'un de ses établissements voire d'une succursale, d'un atelier ou encore la mise en location-gérance peuvent justifier la mise en oeuvre de ce mécanisme.

Pourtant, et c'est là que débutent les difficultés, le maintien des contrats lors du transfert peut se révéler difficile. Le repreneur peut ne pas souhaiter reprendre les salariés ou ne vouloir en conserver qu'une partie dans l'entreprise, à des conditions nouvelles. Or l'article L. 122-12 du code du travail paraît s'opposer, du moins à court terme, à de tels projets : les salariés doivent être repris sans changement de leurs conditions contractuelles. Ces licenciements prononcés pour faciliter le transfert sont en principe privés d'effets.

Cette dernière solution est cependant parfois paralysée par le droit des procédures collectives qui permet alors le transfert de l'entreprise sans ses salariés.

Cette éviction (section I) de l'article L. 122-12 du code du travail ainsi que ses limites (section II) doivent être présentées.

Section I - Le transfert d'entreprise sans transfert des contrats

4. Principes. Les règles régissant le transfert d'entreprise ont évolué lors du changement de la législation consacrée à la faillite.

Une brève présentation des anciennes dispositions précèdera donc l'exposition des règles désormais applicables.

Sous l'empire de l'ancien article L. 621-37 du code de commerce, des licenciements économiques pouvaient être autorisés par le juge commissaire lors de la période d'observation et n'avaient pas vocation à être remis en cause même si, ultérieurement, une cession partielle ou totale de l'entreprise, susceptible d'entrer dans les prévisions de l'article L. 122-12 du code du travail, pouvait être décidée. Faisant également échec au droit commun du travail, il était possible de licencier des salariés dans le cadre d'un plan de cession ou de redressement en application de l'ancien article L. 621-64 du code de commerce.

En revanche, en substance, il n'était pas possible de paralyser les effets de l'article L. 122-12 du code du travail en cas de transfert d'entreprise ayant lieu lors d'une liquidation judiciaire. Dans ce cas, la réalisation de l'actif pouvait passer par la cession « d'unité(s) de production(s) » au sens de l'article L. 622-17 ancien du code de commerce. La notion « d'unité de production » correspondait à celle « d'entité économique autonome » et entrait ainsi dans les prévisions de l'article L. 122-12 du code du travail³.

2 - Directive du 12 mars 2001, art. 1^{er}.

3 - V. en ce sens, cass. soc. 19 avril 2005, D. 2005, AJ, 1352, obs. Lienhard : « la cession globale des unités de production avait été autorisée par le juge-commissaire, en sorte qu'une entité économique autonome dont l'identité s'était maintenue avait été transférée au cessionnaire ».

Les contrats avaient donc vocation à être transférés. Cependant, une hésitation pouvait surgir s'agissant des contrats rompus par le mandataire liquidateur avant la vente de l'unité de production. Les salariés ainsi licenciés pouvaient-ils prétendre avoir été transférés et, pour cette raison, retrouver leur travail auprès du nouvel acquéreur ? A cette question la jurisprudence apportait une réponse positive : les licenciements prononcés devaient être « privés d'effets » : les salariés appartenant à l'unité de production cédée passaient automatiquement au service du repreneur⁴. Le transfert des salariés s'imposait peu important que le cessionnaire ne l'ait pas prévu⁵, que les salariés aient exprimé une volonté contraire⁶, que l'activité de l'entreprise ait brièvement cessé⁷ ou que ces licenciements aient été autorisés par le juge-commissaire qui aurait agréé une offre de reprise ne prévoyant le maintien que d'une partie des emplois⁸.

5. Cette solution se trouve remise en cause par la loi de sauvegarde⁹. Celle-ci unifie le régime de la cession d'entreprise dans la partie consacrée à la liquidation. Désormais, les cessions décidées lors de la sauvegarde (article L. 626-1, alinéa 2 du code de commerce) ou du redressement (article L. 631-13 du code de commerce) relèvent de la procédure régie par les articles L. 642-1 et suivants du code de commerce. L'hypothèse prévue par ce texte entre dans le champ d'application de l'article L. 122-12 du code du travail. En effet, la cession partielle doit, selon le code de commerce, porter « sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités »¹⁰. En conséquence, les contrats des salariés appartenant à l'entité cédée doivent en principe être transférés. Cependant, le code de commerce permet d'échapper à cet effet naturel de l'article L. 122-12 du code du travail. Cette possibilité est esquissée dès le premier alinéa de l'article L. 642-1 du code de commerce qui dispose que le but de la cession c'est « le maintien de tout *ou partie des emplois* » attachés à l'entreprise ou l'entité cédée... L'article L. 642-5, alinéa 4, du code de commerce donne traduction à ce principe en permettant, lors d'une cession, le prononcé de licenciements pour motif économique.

4 - Cass. soc. 24 septembre 2002, pourvoi n°00-41643 ; cass. soc. 22 janvier 2002, bull. soc. n°25 (salarié licencié le 8 février, cession réalisée le 14 février).

5 - Cass. soc. 24 septembre 2002, RJS 2002 n°1359.

6 - Cass. soc. 28 juin 2000, RJS 2000 n°1226.

7 - Cass. soc. 20 juin 2002, pourvoi n°00-43610.

8 - Cass. soc. 1^{er} octobre 2003, RJS 12/2003, n°1367.

9 - Cependant, la possibilité de rompre le contrat en période d'observation, et l'absence de remise en cause de cette rupture, par éventuelle cession ultérieure est confirmée (C. com., art. L. 631-17). De même, ne peuvent être remis en cause les licenciements prononcés lors du maintien temporaire d'activité en liquidation (C. com., art. L. 641-10).

10 - C. com., art. L. 642-1.

Cette solution, qui permet la rupture des contrats de travail selon une procédure allégée, s'applique désormais à la liquidation, au redressement **et même à la sauvegarde**. Cette dernière conséquence pourrait surprendre. En principe, les licenciements décidés lors de la procédure de sauvegarde relèvent du droit commun (code du travail). Le législateur avait craint que permettre des licenciements simplifiés (comme ils le sont pour le redressement ou la liquidation), n'incite certains employeurs à recourir à cette procédure pour procéder plus aisément à des licenciements.

Les entreprises retrouvent pourtant cette possibilité de licenciement économique simplifié en cas de cession d'entreprise décidée à l'occasion d'une procédure de sauvegarde. Il en résulte un risque de fraude qui doit cependant être relativisé car l'éviction de l'article L. 122-12 du code du travail n'est pas sans limites.

Section II - Le transfert d'entreprise avec le transfert des contrats

6. Il convient en premier lieu de rappeler que l'article L. 122-12 du code du travail n'est écarté que si le cédant prend l'initiative d'une rupture en application des dispositions spéciales du droit de la faillite.

7. Par ailleurs, le droit des procédures collectives ne permet pas toujours des licenciements faisant échec aux prévisions du code du travail. Ainsi, ni le mandat ad hoc, qui permet de soumettre « toute difficulté » à un tiers désigné par le tribunal de commerce, ni la procédure de conciliation, qui même en cas de cessation des paiements (dès lors qu'elle dure depuis mois de 45 jours) permet la désignation d'un conciliateur pour parvenir à la conclusion d'un accord destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise, ne prévoient de dispositions simplifiant les licenciements. Or, à l'occasion de ces procédures, des décisions constitutives d'un transfert d'entreprise peuvent être retenues. Les licenciements pour motif économique éventuellement prononcés, préalablement à cette opération, dans l'entité transférée seront privés d'effets¹¹.

8. Il faut ajouter que, même simplifiés, les licenciements ne sont pas prononcés sans garanties : les représentants du personnel sont consultés¹² et, surtout, les licenciements supposent l'accord du juge commercial. Enfin, le juge social dispose sur le terrain de la fraude d'un pouvoir de contrôle des opérations décidées lors d'une faillite¹³.

11 - Prononcés par le cédant pour l'entité cédée.

12 - Avis sur le meilleur projet de cession (C. com., art. L. 642-5 al.1), consultations sur les licenciements (renvoi de l'article L. 642-5 al.4, vers les articles L. 321-8 et L. 321-9 du code du travail).

13 - Cass. soc. 31 octobre 2006, pourvoi n°05-40502 (« la cour d'appel a constaté que M. X... avait été licencié en vertu de l'autorisation de procéder à un certain nombre de licenciements donnée par le jugement arrêtant le plan de cession ; que, d'autre part, ayant constaté qu'aucun des salariés de sa catégorie n'avait été repris par la société cessionnaire, elle a estimé que la fraude n'était pas caractérisée ») ; cass. soc. 12 juillet 2005, pourvoi n°03-44400.

Ainsi, le risque d'une utilisation abusive de la procédure de sauvegarde, pour faciliter les ruptures doit être relativisé. Il faut que le juge commercial admette l'existence de difficultés justifiant la sauvegarde, il faut ensuite qu'un plan de cession contenant des licenciements soit arrêté. Le contrôle du juge sera probablement, en ce cas, particulièrement exigeant. Et si par malheur, une manoeuvre frauduleuse échappait à son attention, nul doute que le juge social, qui s'est réservé le pouvoir d'agir en pareil cas, n'intervienne¹⁴.

En cela les solutions du droit positif sont conformes à la directive du 12 mars 2001, qui impose aux Etats de prendre « les mesures nécessaires en vue d'éviter des recours abusifs à des procédures d'insolvabilité visant à priver les travailleurs des droits découlant de la présente directive »¹⁵.

9. Enfin, les contours de la principale innovation de la loi de sauvegarde, c'est-à-dire la possibilité de prononcer des licenciements en cas de liquidation doivent être soigneusement précisés.

En effet, les licenciements économiques décidés lors d'un transfert d'entreprise qui ne se fonde pas sur les dispositions de l'article L. 642-5 du code de commerce seront dépourvus d'effet.

Ainsi, l'article L. 642-19 du code de commerce permet au juge, lors d'une liquidation, de céder de gré à gré, certains biens du débiteur. À l'occasion de ces cessions, une entité économique correspondant à la définition de l'article L. 122-12 du code du travail peut être transférée. Les licenciements prononcés à l'occasion de cette vente, seront vraisemblablement privés d'effets.

Il convient de préciser que la loi du 26 juillet 2005 ne s'applique qu'aux procédures ouvertes à compter du 1er janvier 2006. Certains ont cependant plaidé, et leur cause a, avec la nouvelle loi, pris plus de force, pour un revirement anticipé : il faudrait, même pour les procédures auxquelles la nouvelle loi ne s'appliquerait pas, admettre des licenciements.

Le débat s'est, schématiquement¹⁶, structuré autour de quatre arguments principaux.

14 - V. sous l'empire des anciennes dispositions : cass. soc. 4 juill. 2006, pourvoi n°04-43976, « qu'il s'ensuit que la cour d'appel, qui a fait ressortir que la rupture des contrats de travail des salariés se plaçait dans le cadre de licenciements autorisés par le jugement arrêtant le plan de redressement par cession de la société Fermoba Tecnod, n'avait pas à rechercher, dès lors qu'aucune fraude n'était invoquée, si les emplois des salariés avaient effectivement été supprimés » ; la fraude pourrait consister à reprendre les salariés à des conditions différentes (rappr. cass. soc. 30 juin 1992, bull. civ. VI, n°427 ; cass. soc. 14 déc. 1999, bull. civ. VI, n°483).

15 - Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001, art. 5, 4°.

16 - Pour des développements plus complets et plus approfondis de chacun des arguments qui suivent, v. L. Moreuil et P. Morvan, Cession d'unité de production après liquidation judiciaire et transfert des contrats de travail : un revirement ou une réforme s'impose, JCP éd. G, 2004, 1897 ; P. Bailly, A propos de deux applications controversées de l'article L. 122-12 al. 2, du code du travail, RJS 2007, p. 115 ; R. De Gouttes, avis sur Ch. Mixte, 7 juill. 2006, www.courdecassation.fr.

Ne sont pas repris ici les arguments suivants : - contrats toujours en cours ? - autorité de chose jugée ? - situation des AGS ? - perte d'identité de l'entité transférée ?

Premier argument : l'existence d'un transfert d'entreprise suppose que soit constatée une modification juridique dans la situation de celle-ci¹⁷. Or, la liquidation, qui se traduit par la destruction de l'entreprise, ne devrait pas être assimilée à une simple modification juridique¹⁸. L'article L. 122-12 du code du travail ne devrait pas s'appliquer.

Réplique : Il faut observer que l'article L. 122-12 du code du travail envisage le décès de l'entrepreneur (le transfert pouvant avoir lieu par voie de succession), donc la mort. De surcroît, il faut peut-être se méfier des jeux de mots : si l'entreprise disparaît juridiquement, ses biens et – heureusement ! – les hommes qui la composent subsistent. Or l'existence d'un transfert repose sur ce constat de fait et ne dépend pas de la dénomination juridique de l'opération.

Deuxième argument : pourquoi admettre des licenciements dans le cadre d'un redressement et les refuser dans le cas d'une liquidation ? La différence de traitement peut paraître d'autant plus troublante que la formulation des offres de cession est identique dans la procédure de redressement et en matière de liquidation¹⁹. Dans les deux cas les offres doivent indiquer le niveau et les « perspectives d'emploi justifiées par l'activité considérée ». C'est donc prévoir la possibilité de rupture.

Réplique : A cela il a pu être récemment répondu que « la procédure de cession des unités de production n'offre pas les mêmes garanties de transparence que celle qui précède l'adoption d'un plan de cession »²⁰. De surcroît, le libellé des offres de reprise ne suggère nullement de licenciements préalables au transfert : le candidat est simplement tenu, de préciser les chances, pour l'avenir, de maintien des emplois. Au juge de sélectionner l'offre qui garantira le plus durablement les emplois dans l'entité transférée.

Ici l'argument et sa réplique paraissent équilibrés : il n'est pas absolument certain que la moindre transparence d'une procédure par rapport à l'autre justifie une telle différence de traitement et, le libellé des offres permet les deux interprétations opposées.

Troisième argument : les anciens articles L. 622-4 et L. 622-5 du code de commerce, qui appartiennent à la première section consacrée à la liquidation, confèrent au liquidateur le droit de prononcer, dans cette procédure, des licenciements pour motif économique. Ce droit qui présente un caractère général devrait être applicable à toutes les opérations de réalisation de l'actif, donc, notamment, aux cessions d'unités de production.

17 - V., C. trav., art. L. 122-12.

18 - Dans la même veine, certains ont soutenu devant la CJCE que le transfert d'entreprise devait avoir un caractère conventionnel (arrêt Abels, CJCE 7 févr. 1985, aff. 135/83).

19 - C. com., art. L. 621-85, par renvoi de l'article L. 622-17.

20 - P. Bailly, préc. p. 116.

Réplique : l'acte de licenciement est tellement grave qu'il ne faut l'admettre qu'en cas de disposition spéciale et expresse. Si le législateur avait voulu le permettre, il l'aurait expressément indiqué dans l'article L. 622-17 du code de commerce.

Cette réplique n'est pas suffisante. La lecture des normes nationales doit être réalisée à la lumière du droit communautaire. Or la directive du 12 mars 2001 relative aux transferts d'entreprise prévoit que, sauf disposition spéciale, le transfert des contrats de travail ne s'impose pas en cas de faillite²¹, ce qui vise selon nous²² la liquidation judiciaire. Il nous semble donc que le principe soit plutôt l'éviction du transfert des contrats et leur maintien une exception qui doit reposer sur un texte spécial.

Dernier argument. En opportunité, il n'est pas sûr qu'imposer le tout ou rien, soit une solution protectrice des intérêts des salariés. Elle décourage les entrepreneurs avertis d'acquérir des parties d'entreprises en liquidation. Les premières victimes sont les salariés qui perdent ainsi toute chance de voir leur contrat repris. La solution de la Cour de cassation porte ensuite un grave préjudice aux entrepreneurs non avertis : ils vont devenir, alors qu'ils ne l'avaient pas prévu, employeur d'une collectivité élargie de salariés. Pour peu que le surcoût soit trop élevé l'entreprise repreneuse risque de faire faillite. Et si elle y échappe, il est fort probable que les salariés repris soient licenciés.

Réplique : elle est difficile. On peut cependant faire observer que les solutions de la Cour de cassation traduisent le souci de sauver les emplois existants. Imposer la reprise des contrats c'est donner une chance supplémentaire aux salariés d'échapper au chômage. Il est toujours possible que le repreneur décide, même s'il ne l'avait pas prévu initialement, de conserver les salariés, surtout si l'unité de production en question est viable économiquement²³.

21 - Art 5 Directive 2001/23/CE du conseil, 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements.

22 - Une relative incertitude peut résulter de la lecture des arrêts Dethier équipement (CJCE 12 mars 1998, C-319/94) et l'arrêt Européenne (CJCE 12 novembre 1998, C. 399/96). Ceux-ci affirment que la continuité de l'entreprise justifie l'application des règles relative aux transferts et appliquent leur raisonnement à des procédures qui, toutes deux s'appellent « liquidation ». Cependant, au-delà de l'identité des dénominations, ces arrêts portent sur des procédures étrangères qui sont différentes de la liquidation judiciaire française (dans Européenne, la liquidation ne suppose pas que le passif soit supérieur à l'actif, cons. 26 ; v. aussi pour les différences : cons. 27 à 31). Le principe qui y est posé ne nous paraît pas concerner la procédure de liquidation de droit français. Bien que la CJCE ne se soit pas prononcée sur celle-ci, il nous semble résulter de sa jurisprudence que la liquidation judiciaire correspond à une « faillite » au sens de la directive. Le transfert s'applique essentiellement aux procédures dont la finalité est de sauver l'entreprise : « sursis de paiement » (CJCE 7 février 1985, arrêt Abel, cons. 28-29), « administration extraordinaire » de droit italien (CJCE 25 juillet 1991, D'Urso e.a. C-362/89, Rec. p. I-4105, cons. 29, 32 à 34) et « situation de crise » (CJCE 7 décembre 1995, Spano e.a., C-472/93, Rec. p. I-4321). En revanche il s'agit de « faillite » lorsqu'il s'agit de mettre fin à l'entreprise en difficultés sous un contrôle judiciaire étroit. Dans ce cas, le transfert ne s'applique pas (CJCE 25 juillet 1991, D'Urso e.a., préc.).

23 - Même dans une entreprise en faillite, des services ou des établissements peuvent être rentables.

10. Ce débat équilibré a été tranché par la Cour de cassation. Dans un premier temps, elle a paru admettre la possibilité de licenciements lors de cessions décidées dans le cadre d'une liquidation. Elle a en effet admis, le 11 octobre 2005, que des licenciements puissent être prononcés lors d'une liquidation en estimant, au regard des données de l'espèce, que la cession de l'unité de production en cause n'était pas constitutive d'un transfert d'entreprise²⁴. Restait une question : les licenciements deviennent-ils possibles lorsque l'opération peut être qualifiée de transfert d'entreprise au sens de l'article L. 122-12 du code du travail ? La Cour de cassation statuant en chambre mixte a décidé, le 7 juillet 2006²⁵ que le transfert des contrats s'imposait, privant d'effet d'éventuels licenciements en cas de cession d'une unité de production caractérisant un transfert d'entreprise. Cette solution a depuis été confirmée²⁶, rendant fort rares les hypothèses dans lesquelles les licenciements sont possibles.

24 - Cass. soc. 11 oct. 2005, JCP éd. E, 2005, 1437, note P. Morvan.

25 - Cass. ch. mixte 7 juill. 2006, D. 2006, AJ 1954, obs. A. Lienhard.

26 - Cass. soc. 11 oct. 2006, pourvoi n°04-45212 (« Attendu, cependant, que l'unité de production dont le juge-commissaire autorise la cession par le liquidateur, en application de l'article L. 622-17 alors applicable du code de commerce, constitue une entité économique autonome conservant son identité dont le transfert entraîne de plein droit la poursuite des contrats de travail de tous les salariés qui y sont affectés avec le cessionnaire ») ; v. aussi, postérieur à l'arrêt du 11 octobre 2005 mais conforme à la position de la chambre mixte : cass. soc. 21 févr. 2006, pourvoi n°03-48243.

PROCEDURES COLLECTIVES ET LICENCIEMENTS ECONOMIQUES

Pierre-Yves Verkindt

Professeur à l'Université de Lille 2

Directeur du Centre R. Demogue

Sauvegarde de l'entreprise, sauvegarde de l'emploi. Plan de sauvegarde de l'entreprise, plan de sauvegarde de l'emploi. Le premier peut prévoir des licenciements pour motif économique mais doit en ce cas rappeler les mesures déjà intervenues et définir les actions à entreprendre « en vue de faciliter le reclassement et l'indemnisation des salariés dont l'emploi est menacé »¹. Le second a pour finalité, dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, d'éviter les licenciements, de limiter le nombre de ceux qui ne peuvent être évités et de faciliter le reclassement des salariés concernés².

L'apparente proximité du vocabulaire ne doit pas faire illusion. Sans doute, les contextes économiques des dispositifs en cause présentent-ils plus que des analogies ne serait ce que parce que, parmi les causes susceptibles de caractériser le caractère économique d'un licenciement, figurent en bonne place les « difficultés économiques » de l'entreprise³. Pourtant, le droit des procédures collectives entretient une relation assez ambivalente avec le droit des licenciements pour motif économique. D'une part, la protection de l'emploi figure parmi les objectifs explicites du premier⁴ et d'autre part, le second sera parfois mis en oeuvre alors même que l'entreprise n'est pas confrontée à proprement parler à des difficultés économiques. La Cour de cassation admet en effet que la nature économique du licenciement peut être reconnue lorsque ce licenciement trouve sa cause dans une réorganisation de l'entreprise rendue nécessaire par la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou celle du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient⁵. Pour

1 - Art. L. 626-2 al. 2, C. com.

2 - Art. L. 321-4-1, C. trav.

3 - Art. L. 321-1 al. 1, C. trav.

4 - Art. L.620-1, C. com. : la procédure de sauvegarde est destinée « à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ». Une formule en tous points similaire est utilisée à l'article L. 631-1 du code de commerce à propos du redressement judiciaire. V. A. Boyer, Protection des salariés et sauvetage de l'entreprise : quête d'un équilibre, PUAM 2006.

5 - Cass. soc. 11 janvier 2006, JCP S 2006, 1076 note F Favennec-Héry.

dire les choses simplement, toute procédure collective ne conduit pas nécessairement à des licenciements économiques et tous les licenciements économiques n'interviennent pas dans une entreprise qui fait l'objet d'une procédure collective.

Si l'on écarte le cas où une procédure collective est ouverte alors qu'un processus de licenciement économique est enclenché, la mise en oeuvre du droit du licenciement pour motif économique dans une entreprise faisant l'objet d'une procédure collective est aménagée pour des raisons liées à l'impératif de sauvegarde de l'entreprise. Ces aménagements se traduisent par un relatif assouplissement des règles applicables, comme si l'intérêt de l'entreprise primait sur les intérêts immédiats des salariés. Mais l'hypothèse doit être nuancée. La caractérisation du motif économique semble en effet peu atteinte par l'existence d'une procédure collective (section I). En revanche, l'incidence sur l'organisation des procédures paraît nettement plus significative pour des raisons liées pour partie à l'exigence de célérité et pour partie à l'existence d'un contrôle judiciaire situé en amont de la procédure (section II).

Section I - Les procédures collectives et le motif économique de licenciement

Selon l'article L. 321-1 du code du travail, constitue un licenciement économique, la rupture du contrat de travail à durée indéterminée décidée par l'employeur pour un motif non inhérent à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification d'un élément essentiel du contrat refusée par le salarié, prenant elles mêmes leur source dans des difficultés économiques ou des mutations technologiques. A s'en tenir à la lettre du texte, la caractérisation d'un licenciement économique implique la réunion de deux éléments, le premier relatif à la situation spécifique du salarié concerné, le second à la cause originaire de la décision de rupture. La Cour de cassation a cependant ajouté au texte en précisant que le licenciement consécutif à la cessation d'activité de l'entreprise et celui inscrit dans un processus de réorganisation rendu nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient étaient économiques⁶.

Le redressement et la liquidation judiciaire ne constituent pas par eux mêmes une cause économique de licenciement⁷ et tous les licenciements pour motif économique ne trouvent pas leur origine dans une situation justifiant l'ouverture d'une procédure collective. Néanmoins,

6 - Cass. soc. 11 janv. 2006, JCP S 2006, 1076 note F. Favennec.

7 - Cass. soc. 28 mars 2000, RJS 2000, n°516.

les interférences entre les procédures sont nombreuses et de nature à modifier la mise en oeuvre des règles posées par le code du travail relatives au droit du licenciement économique. Pour autant, toutes ces règles ne sont pas affectées de manière identique. Certaines ne supportent pas de modifications et constituent en quelque sorte le socle du droit de la rupture du ou des contrats de travail⁸. D'autres, en revanche, sont adaptées pour tenir compte de l'environnement juridique et économique spécifique résultant de l'ouverture d'une procédure collective. Encore convient-il de relever que l'importance de ces adaptations dépend du moment où elles interviennent.

§ 1 : L'application du droit commun du licenciement pour motif économique

Parmi les règles du droit du licenciement économique qui ne font pas l'objet d'aménagements, il faut relever d'une part le nécessaire respect de l'obligation de rechercher le reclassement des salariés dont le licenciement est envisagé et d'autre part les dispositions relatives à la mise en oeuvre de l'ordre des licenciements. Sur le premier point, le dernier alinéa de l'article L. 321-1 du code du travail prévoit que le licenciement d'un salarié pour motif économique ne peut intervenir qu'après que tous les efforts d'adaptation et de formation ont été réalisés et surtout que le reclassement du salarié concerné a été recherché. L'innovation résultant de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 consacre la position adoptée antérieurement par la Cour de cassation. Cette obligation de rechercher le reclassement du salarié est distincte de celle figurant dans le plan de sauvegarde de l'emploi⁹ et s'impose à tout employeur quelle que soit l'importance du licenciement et quel que soit le contexte dans lequel ce licenciement intervient. Le respect des critères de l'ordre des licenciements s'impose de la même manière dans le cadre d'une procédure collective¹⁰ mais on se souviendra que la violation de l'ordre des licenciements n'a pas pour effet de rendre la rupture sans cause réelle et sérieuse. Elle ouvre droit pour le salarié à l'indemnisation du préjudice subi qui doit être intégralement réparé¹¹.

Pour autant, le fait que l'entreprise fasse l'objet d'une procédure collective provoque un aménagement du droit du licenciement économique tenant principalement à l'existence d'un régime d'autorisation.

8 - Au demeurant, malgré quelques velléités parlementaires, c'est le droit commun des procédures de licenciement qui s'applique pendant la période de sauvegarde. R. Vatinet, Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, JCP S 2005, 1230 not. n°7 et s.

9 - Art. L. 321-4-1, C. trav. ; Cass. soc. 9 nov. 2004, RJS 2005, n°25.

10 - Art. L. 321-1-1, C. trav.

11 - Cass. soc. 13 mars 2003, RJS 2003, n°592 ; la détermination des critères de l'ordre des licenciements lorsqu'elle n'a pas fait l'objet d'un texte conventionnel doit être précédée d'une consultation du comité d'entreprise, à défaut des délégués du personnel et à défaut du représentant des salariés dans les entreprises en redressement ou en liquidation judiciaires. On relèvera encore que les dispositions relatives à la priorité de réembauchage (C. trav., art. L. 321-14) s'appliquent aussi dans le cas des licenciements intervenus dans le cadre d'une procédure collective.

§ 2 : Le particularisme résultant du régime d'autorisation du licenciement

Le régime d'autorisation est différent selon que l'entreprise se trouve ou non dans la période d'observation mais dans tous les cas, cette autorisation émane de la juridiction consulaire (juge commissaire ou tribunal). Elle ne saurait être confondue avec l'autorisation que le droit du travail connaît déjà s'agissant par exemple des salariés titulaires d'un mandat. Sa finalité n'est pas comme dans ce dernier cas, l'expression d'une volonté d'assurer la protection du ou des salariés concernés. Elle est le fait du juge et non de l'administration du travail. C'est la raison pour laquelle lorsque le salarié compris dans un licenciement économique, lui même inséré dans une procédure collective, est titulaire d'un mandat, l'autorisation donnée par la juridiction consulaire ne suffit pas. L'employeur, l'administrateur ou le liquidateur suivant les cas devront obtenir l'autorisation de l'inspecteur du travail comme vient de le rappeler la Cour de cassation¹².

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde dans les conditions prévues par le code de commerce depuis la loi n° 2005-845 du 28 juillet 2005 n'emporte pas, par elle même, de conséquences particulières sur le droit du licenciement. Le projet de plan de sauvegarde expose le niveau et les perspectives d'emploi et si des licenciements économiques sont envisagés, il rappelle, aux termes de l'article L. 626-2 du code de commerce, les mesures déjà intervenues et définit les actions à engager pour faciliter le reclassement et / ou l'indemnisation des salariés dont l'emploi est menacé.

Pendant la période d'observation¹³, des licenciements économiques peuvent être envisagés dès lors qu'ils présentent un caractère urgent, inévitable et indispensable. C'est à l'administrateur lorsque le tribunal en a désigné un¹⁴, à l'employeur ou au liquidateur selon les cas de procéder à l'information et à la consultation des institutions représentatives du personnel¹⁵. C'est encore sur lui que pèse l'obligation de rechercher le reclassement des salariés dont le licenciement serait envisagé.

Les licenciements doivent alors être autorisés par le juge commissaire à charge pour lui de vérifier la cause économique ainsi que le caractère urgent, inévitable et indispensable des licenciements. L'ordonnance qu'il rend alors en application de l'article L. 621-17 du code de commerce

12 - Cass. soc. 14 fév. 2007, Dr. social 2007, p. 557, Rapp. M Bailly, note P.Y. Verkindt.

13 - Art. L. 631-17, C. com. ; décret n°2005-1677 du 28 déc. 2005, art. 194.

14 - Art. L. 621-4 C. com. ; décret *op.cit.*, art. 53.

15 - Art. L. 321-9, C. trav.

indique le nombre de salariés dont le licenciement est autorisé, les activités et les catégories professionnelles concernées¹⁶ ; aucune liste nominative n'a à être dressée et le serait elle, qu'elle serait sans effet¹⁷. Dès l'autorisation, l'administrateur peut engager la procédure de licenciement après avoir averti l'administration du travail dans les conditions de l'article L. 321-8 du code du travail. La nécessité d'agir vite explique pourquoi les délais prévus à l'article L. 122-14-1 (alinéa 3) du code du travail et ceux relatifs aux « grands » licenciements collectifs pour motif économique ne sont applicables. Elle explique aussi pourquoi les entretiens prévus en matière de licenciement peuvent avoir lieu avant l'ordonnance tout en sachant que la notification doit être nécessairement postérieure à la décision du juge commissaire. La violation de ces règles conduit à considérer le licenciement sans motif réel et sérieux¹⁸.

Lorsque le redressement paraît possible, le plan de redressement arrêté par le tribunal peut de la même manière prévoir des licenciements. Les consultations des institutions représentatives au titre du Livre III et du Livre IV du code du travail peuvent être conduites de façon concomitante et ont lieu pendant la phase d'élaboration du plan¹⁹. Comme l'ordonnance du juge commissaire de la période d'observation, le jugement arrêtant le plan précise le nombre de licenciements autorisés ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées²⁰. Si les délais de droit commun du droit du licenciement sont ici encore écartés, les licenciements doivent cependant être notifiés par l'administrateur dans le mois qui suit la décision. L'inobservation de ce délai n'a pas pour conséquence d'entraîner la nullité du licenciement²¹ ni même de priver d'effet l'autorisation²². Il s'agit en effet pour la Cour de cassation que d'une irrégularité de forme engendrant pour les salariés un préjudice dont ils sont fondés à demander réparation²³. Si le redressement de l'entreprise implique un plan de cession dans les conditions de l'article L. 642-5 du code de commerce, il appartient au tribunal qui l'arrête de définir le nombre de salariés dont le licenciement économique est ainsi autorisé ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées. S'il ne le fait pas ou si l'administrateur ne respecte pas les préconisations de ce plan,

16 - Art. 194, Décret 2005-1677 du 28 déc. 2005.

17 - Jurisprudence constante rendue sous l'empire de l'article L. 621-37 du code de commerce devenu l'article L. 621-17. Parmi les dernières décisions, cass. soc. 5 oct. 2004, bull.civ., n°244.

18 - Cass. soc. 5 oct. 2004, bull. civ. V, n°244.

19 - Art. L. 631-19, II, al. 1, C.com.

20 - Art. 204, Décret 2005-1677 du 28 déc. 2005.

21 - Cass. soc. 12 juill. 2005, RJS 2005, n°968 appliquant l'article L. 621-64 devenu par l'effet de la réforme les articles L. 631-19 et L. 642-5 al. 4.

22 - Cass. soc. 21 sept. 2005, bull.civ. V, n°267.

23 - Cass. soc. 10 juill. 2002, bull.civ. V, n°242.

le licenciement sera considéré comme sans motif réel et sérieux²⁴. Comme précédemment, les licenciements doivent intervenir dans le délai d'un mois sous les mêmes sanctions.

Lorsque la liquidation judiciaire est décidée sans que soit envisagée le maintien provisoire de l'activité, le jugement fonde juridiquement le pouvoir du liquidateur de procéder aux licenciements. Les articles L. 321-8 et L. 321-9 du code du travail doivent recevoir application. Le délai de notification des licenciements est cependant raccourci à quinze jours. La violation de ce délai ne met pas en cause la validité du licenciement intervenu mais a pour conséquence que l'AGS ne garantira pas les indemnités dues aux salariés. De la même manière, dans le cas où une continuation provisoire d'activité est envisagée, le liquidateur peut prononcer des licenciements, le texte renvoyant en ce cas à l'article L. 621-17 du code de commerce de façon un peu surprenante. Dès lors ces licenciements doivent être « urgents », « inévitables » et « indispensables ».

Le particularisme qu'implique l'inscription de l'entreprise dans une procédure collective s'exprime tout particulièrement dans le contenu de la lettre de licenciement, laquelle doit, de façon nécessaire et néanmoins suffisante, mentionner l'autorisation judiciaire.

§ 3 : La motivation de la lettre de licenciement

En droit commun, la lettre de licenciement doit être motivée et l'absence de motivation rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse²⁵. En droit du licenciement économique, la Cour de cassation a estimé à maintes reprises que la motivation devait porter à la fois sur la cause originare (les difficultés économiques ou les mutations technologiques) et sur la cause immédiate (la suppression de l'emploi, sa transformation ou le refus de la modification proposée du contrat)²⁶.

Lorsque le licenciement intervient dans le cadre d'une procédure collective, l'exigence de motivation est confirmée²⁷ mais adaptée. En effet, si l'obligation de se référer à la suppression de l'emploi semble maintenue²⁸, la cause économique sera établie par la référence à l'autorisation judiciaire donnée soit par le juge commissaire (si le licenciement intervient en période d'observation) soit par le tribunal (en cas de redressement

24 - Cass. soc. 11 oct. 2005, RJS 2005, n°1190 (pour une hypothèse où le jugement lui-même est incomplet) ; cass. soc. 3 févr. 1998, bull. civ. V, n°58 (pour une hypothèse où le nombre de licenciements autorisés a été dépassé).

25 - Art. L. 122-14-2, C. trav.

26 - Cass. soc. 31 mai 2005, JCP S 2005, 1013.

27 - Cass. soc. 12 janv. 1999, RJS 1999, n°491.

28 - Cass. soc. 2 mars 2004, bull. civ. V, n°66.

ou de liquidation). La Cour de cassation considère ainsi que la lettre de licenciement est suffisamment motivée dès lors qu'elle vise l'ordonnance du juge commissaire autorisant les licenciements²⁹. Pour autant, l'allègement des exigences est largement tempéré par le fait que la Cour de cassation impose que la lettre de licenciement indique de façon précise la nature³⁰ et la date de l'autorisation³¹.

La décision judiciaire doit être visée³² qu'il s'agisse de l'ordonnance du juge commissaire, du jugement arrêtant le plan de redressement³³ ou le plan de cession³⁴, ou encore du jugement de liquidation³⁵. En témoignage, l'arrêt rendu par la chambre sociale le 21 février 2007³⁶ dans une espèce où un cadre, directeur de développement dans une société placée avec sa filiale en redressement judiciaire, est licencié. Sa lettre de licenciement ne visant que la partie du jugement arrêtant le plan concernant la filiale, la Cour de cassation écarte l'argument de la cour d'appel selon lequel le salarié connaissait, de par ses fonctions, la situation de l'entreprise. Elle applique alors la solution traditionnelle consistant à voir dans l'absence de référence précise à l'autorisation judiciaire, une absence de motif réel et sérieux³⁷.

Section II - Les procédures collectives et les aménagements des procédures

Les exigences de célérité qu'implique nécessairement le traitement des entreprises en difficultés ont contraint le législateur à aménager les procédures du licenciement pour motif économique telles qu'elles résultent du Livre III du code du travail³⁸. Ces mêmes exigences auraient pu conduire à centraliser les contentieux. C'était compter sans la compétence exclusive des conseils de prud'hommes pour régler les litiges individuels nés à l'occasion du contrat de travail.

29 - Cass. soc. 20 juin 2002, RJS 2002, n°1101.

30 - Cass. soc. 21 sept. 2005, n°04-40529.

31 - Ass. plén. 24 janv. 2003, bull. ass. plén. n°1, p. 1.

32 - Cass. soc. 12 janv. 2000, RJS 2000, n°266.

33 - Cass. soc. 10 juill. 2002, bull.civ. V, n°242.

34 - Cass. soc. 2 oct. 2001, RJS 2001, n°1414 ; Cass. soc. 21 sept. 2005, RJS 2005, n°1096.

35 - Cass. soc. 8 juin 2005, RJS 2005, n°824.

36 - Cass. soc. 21 févr. 2007, n°05-43418.

37 - Cass. soc. 19 mars 2003, bull. civ. V, n°104 ; la Cour de cassation a pu juger dans un cas particulière où le salarié bénéficiait de la protection spéciale des accidentés du travail que la seule référence à l'ordonnance du juge commissaire était insuffisante (cass. soc. 12 mars 1997, bull. civ. V, n°102).

38 - C'est le même souci de rapidité qui a conduit le législateur à écarter les délais posés à l'article L. 122-14-1 du code du travail pour la notification des licenciements individuels ou des petits licenciements collectifs pour motif économique en cas de redressement et de liquidation judiciaires (C. trav., art. L. 122-14-1 al 4).

§ 1 : Les aménagements de la mise en oeuvre du Livre III du code du travail

Si l'on excepte le cas particulier de l'article L. 321 -17 du code du travail qui impose aux entreprises et aux groupes d'au moins mille salariés procédant à un licenciement collectif de participer à la réactivation du bassin d'emploi mais dont l'application est écartée en cas de redressement ou liquidation judiciaires, l'essentiel du particularisme résulte des articles L. 321-8 et L. 321-9 du code du travail. Le premier de ces textes organise l'information de l'administration du travail, le second est relatif à l'information et à la consultation des instances de représentation du personnel. Si le licenciement individuel pour motif économique n'offre guère de spécificité, le petit licenciement collectif (moins de dix salariés sur une même période de trente jours) suppose une consultation des représentants du personnel préalable à la saisine du juge commissaire ou du tribunal, la réalisation des entretiens préalables, l'information de l'administration puis la notification des licenciements.

C'est en matière de grands licenciements collectifs pour motif économique que le particularisme est le plus net même si l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi s'impose comme dans toutes les entreprises dès lors que les conditions visées par l'article L. 321-4-1 du code du travail sont réunies.

En premier lieu, l'article L. 320-3 du travail permettant la conclusion d'accords de méthode destinés à aménager « à froid » les procédures de licenciement économique écarte de son champ d'application l'article L. 321-9 du code du travail. Cette solution conduit à faire primer le droit spécial du licenciement économique dans les procédures collectives sur l'aménagement conventionnel³⁹.

En second lieu, l'article L. 321-9 renvoie aux trois premiers alinéas de l'article L. 321-3 du code du travail. Il en résulte qu'une seule réunion d'information et de consultation des délégués du personnel ou du comité d'entreprise doit être organisée et non deux (voire trois en cas de recours à un expert comptable) puisque ces deux ou trois réunions ne sont envisagées que par l'alinéa 4 de l'article L. 321-3.

En troisième lieu, l'information communiquée aux représentants du personnel est la même qu'en droit commun du licenciement économique.

39 - Un arrêt ancien de la cour d'appel de Paris (24 sept. 1985, Gaz. Pal. 1985, 2, 614) avait déjà considéré que les modalités de licenciement prévues par les accords professionnels n'étaient pas applicables en cas de redressement ou de liquidation judiciaires. Cette solution est désormais très largement confortée.

Le recours à un expert comptable va cependant s'avérer problématique dans la mesure où l'article L. 321-9 du code du travail ne renvoie ni à l'article L. 434-6, ni à l'article L. 321-7-1 du code du travail pas plus qu'il ne renvoie au quatrième alinéa de l'article L. 321-3. Cette situation est sans aucun doute préjudiciable au caractère utile de l'information dispensée mais s'explique pour deux raisons. La première tient à la nécessité d'éviter tout ralentissement de la procédure qui pourrait s'avérer préjudiciable à l'entreprise que l'on cherche à sauver. La seconde raison est sans doute à rechercher dans le fait que le caractère unilatéral de la décision de l'employeur est partiellement atténué par l'intervention du juge en amont de cette décision. Pour autant la Cour de cassation n'exclut pas totalement le recours à l'expert comptable⁴⁰ mais elle enserme son intervention dans les limites de temps résultant de l'existence d'une seule réunion. Elle considère simplement que le comité d'entreprise doit pouvoir disposer du délai suffisant visé à l'article L. 431-5 du code du travail pour rendre son avis.

En quatrième et dernier lieu, l'article L. 321-9 n'opère qu'un renvoi partiel à l'article L. 321-4-1 du code du travail. Tout en posant la nécessité de l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, il exclut la mise en oeuvre de l'alinéa 2 de l'article L. 321-4-1. Or ce texte fonde l'annulation de la procédure de licenciement et des licenciements subséquents en cas d'absence ou d'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi. Dès lors, en pareille hypothèse, l'absence de plan ou son insuffisance ne peuvent conduire qu'au constat d'une absence de motif réel et sérieux et non à la nullité des ruptures intervenues⁴¹.

§ 2 : La compétence prud'homale

La question du contrôle juridictionnel du licenciement pour motif économique dans le cadre d'une procédure collective de redressement ou de liquidation judiciaire met en présence deux types de juridictions potentiellement compétentes. D'une part, le juge prud'homal tire de l'article L. 511-1 du code du travail une compétence générale et exclusive pour tous les litiges individuels de travail, d'autre part, les textes spécifiques concernant les procédures collectives et tout particulièrement le décret du 28 décembre 2005 organisent le recours contre les décisions prises en ces matières.

S'agissant des licenciements autorisés pendant la période d'observation, l'article 67 du décret du 28 décembre 2005 ne mentionne pas (à l'instar des textes antérieurement applicables) les salariés parmi les personnes auxquelles est ouvert le recours contre les ordonnances du juge com-

40 - Cass. soc. 7 juill. 1998, n°96-21205, bull.civ. V, n°371.

41 - Cass. soc. 2 fév. 2006, n°04-40773 ; Cass. soc. 2 fév. 2006, n°05-40037, bull.civ. V, n°58.

missaire. La question avait été débattue avant la réforme⁴² mais la fermeture du recours au salarié considéré individuellement paraît être confirmée. Une situation similaire caractérise les hypothèses où le tribunal arrête un plan de redressement (ou de cession) ou prononce la liquidation judiciaire. Certes, les instances de représentation du personnel et à défaut le représentant des salariés disposent des voies de recours mais le salarié en est en définitive dépossédé. Cette solution apparaît sans doute discutable lorsque l'on se souvient que l'ordonnance du juge commissaire, ou le jugement du tribunal de commerce autorisant les licenciements disposent d'une autorité de la chose jugée s'agissant de la réalité du motif économique.

Pour autant, le salarié licencié n'est pas sans recours puisque la Cour de cassation considère que le conseil des prud'hommes est compétent pour connaître des demandes individuelles présentées par les salariés licenciés pendant la période d'observation⁴³, à l'occasion d'un plan de redressement ou de cession⁴⁴ ou dans le cadre d'une liquidation judiciaire⁴⁵. Cette compétence s'étend à toutes les questions qui portent sur le caractère sérieux du motif invoqué et à ce titre sur le respect de l'obligation de rechercher le reclassement du salarié préalablement à la décision de licenciement⁴⁶. Elle s'étend encore au respect des critères de l'ordre des licenciements ainsi qu'à celui des formalités et procédures imposées notamment par l'article L. 321-9 du code du travail. Enfin, c'est le conseil des prud'hommes qui statuera en cas de violation des règles protectrices destinées à certaines catégories de travailleurs⁴⁷.

Reste néanmoins que le juge prud'homal est dépossédé de l'essentiel du contrôle du motif économique comme l'a rappelé la Cour de cassation dans une décision du 4 juillet 2006⁴⁸. Selon cet arrêt « l'autorité du jugement arrêtant un plan de cession qui prévoit en application de l'article L. 621-24 du code de commerce, des licenciements pour motif économique s'attache par l'effet de l'article 64 du décret du 27 décembre 2005 à l'existence d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification du contrat de travail consécutives à des difficultés économiques, à une mutation technologique ou à une réorganisation nécessaire à la sauvegarde de l'entreprise ; la cour d'appel qui a fait ressortir que la rupture des contrats de travail se plaçait dans le cadre de

42 - Sur ce débat, A Boyer, *op.cit.*, p. 57 et s.

43 - Cass. soc. 3 oct. 1989, RJS 1989, n°875.

44 - Cass. soc. 10 mai 1999, RJS 1999, n°804.

45 - Cass. soc. 10 mai 1999, RJS 1999, n°802.

46 - Cass. soc. 13 juin 2006, n°04-44732 (affaire Cellatex).

47 - Protection des femmes enceintes, des accidentés du travail etc...

48 - Cass. soc. 4 juill. 2006, n°04-43976.

licenciements autorisés par le jugement arrêtant le plan de redressement, n'avait pas à rechercher si les emplois avaient été effectivement supprimés sauf cas de fraude... ».

La loi n° 2008-845 du 26 juillet 2005 n'a certes pas bouleversé les dispositifs antérieurs ; elle n'a pas non plus apporté de garanties supplémentaires pour les salariés dont l'emploi est mis en cause. A vrai dire, c'est sans doute plus vraisemblablement du côté d'une meilleure lisibilité du droit du licenciement pour motif économique, qu'il soit mis en oeuvre ou non dans le cadre d'une procédure collective, que l'effort devrait porter à l'avenir.

PROCEDURES COLLECTIVES ET DROIT DU TRAVAIL : QUELLE PRISE EN COMPTE DES SALARIES ?

Table ronde du colloque du 23 mars 2007¹

*Cette table ronde était animée par Monsieur Thibault Clayrac (TC)
et Monsieur Jean-Baptiste Pépin (JBP),
étudiants en master II Droit des affaires.*

TC : Nous allons aborder une étape plus pratique des procédures collectives et du droit du travail, autour de la question de la prise en charge des salariés lors d'une procédure collective. La table ronde est composée de Maître Isabelle Bouquet, avocat, Monsieur Laurent Bernard, chef d'entreprise, Maître Frédéric Henneau, administrateur judiciaire et Maître Vincent Foucart, mandataire judiciaire. En tant qu'étudiants, nous allons essayer d'animer cette table ronde en axant la discussion sur les différentes étapes de la procédure collective par un point de vue plus professionnel.

Nous commencerons avec Monsieur Bernard, par une question qui vous touche particulièrement. En tant que chef d'entreprise, vous avez vécu un redressement judiciaire. Pouvez-vous nous donner votre avis sur la prise en compte des salariés par le droit des entreprises en difficulté ?

Monsieur Bernard : Je voudrais faire un préalable : un chef d'entreprise est très rarement un homme de droit. Lorsqu'on dirige une entreprise et que l'on est confronté à des difficultés, les problèmes évoqués avec des numéros d'articles du code du travail sont confiés aux spécialistes. Quant à nous, nous essayons de raisonner en terme de continuité de l'entreprise, nous nous demandons avant tout : "comment faire pour que mon entreprise s'en sorte ? » Une entreprise est constituée d'hommes, la plupart du temps de peu d'hommes. Vous savez qu'il y a un million cinq cent mille entreprises en France qui occupent au moins un salarié et sur ce million et demi, il y a seulement 70 à 80 000 entreprises qui ont plus de 50 personnes. Donc 95% des entreprises ont moins de 50 personnes qui se connaissent. Chaque problème de redressement judiciaire et de licenciement est un ensemble de problèmes individuels que doit régler le chef d'entreprise et il le fait dans le but,

1 - Le style oral a été conservé

non de licencier des gens, mais d'équilibrer des comptes, au moins dans le futur parce que quand il est en redressement, cela signifie que ces comptes ne sont pas très bons dans le présent. Les lois qui existent (code du travail ou autre), bien sûr il en tient compte, mais sa priorité est de se demander comment avec le maximum de personnes, il peut continuer son entreprise. Ensuite, il confie généralement à d'autres le soin de dire comment il faut procéder pour licencier les 8 ou 15 personnes dont il doit se séparer. Le problème est là : il devient un problème individuel et dans les PME du moins, on va souvent au-delà des exigences du droit.

Je vais vous citer un exemple. Je n'étais pas obligé de recevoir les salariés individuellement, mais je l'ai fait systématiquement. Il y a une vingtaine d'années, j'ai été amené à licencier mon voisin dans le village où j'habite ; ce sont des choses qui marquent parce qu'après, tous les matins, vous le côtoyez. Donc, ce n'est jamais facile. L'hypothèse des « patrons-voyous » existe peut-être, mais elle reste l'exception. Je crois qu'il y a avant tout un problème humain. Face à ce problème humain, on essaie de faire en sorte que les choses se passent le moins mal possible. D'autant plus qu'on ne sait jamais de quoi l'avenir est fait. Après avoir fait deux plans de licenciement dans le cadre de difficultés depuis 2-3 ans – un pour motif économique juste avant le redressement judiciaire et un autre pendant la période de redressement judiciaire – , aujourd'hui je recherche de nouveau du personnel. Et en posant la question, il n'y a pas très longtemps, à une association qui s'occupe de recherche d'emplois, la personne m'a répondu : "J'en ai, mais qui viennent de chez vous". Ils ont été réembauchés ailleurs aujourd'hui parce que les gens de chez moi sont des personnes qualifiées qu'on a reclassées, à une ou deux exceptions près, sans trop de problèmes, mais qui souhaiteraient retrouver autre chose que ce qu'ils ont. J'en ai parlé avec mon directeur de production et lui ai dit : "Ecoutez, dans certains cas il y en a peut-être dont vous étiez content de vous séparer, mais il y en a peut-être d'autres pour lesquels vous l'avez fait à contrecœur. Si ces personnes sont de nouveau disponibles sur le marché du travail, reprenons-les". On n'a ainsi jamais intérêt à aller au conflit. De Gaulle disait : "quand on est face à une situation problématique, il faut avancer pas à pas, agir selon les circonstances et respecter les personnes". Je crois que c'est l'attitude que l'on doit avoir : respecter les personnes qui vivent un drame. L'entreprise, ses salariés et leurs familles vivent un drame. Il faut essayer d'avoir une attitude la plus objective possible face à ce drame.

Les lois changent, on s'y adapte, mais ce n'est pas le cœur du problème. Tant mieux si la loi permet d'anticiper les problèmes, de les réduire, mais il y a des choses que la loi ne prend pas en compte. Je pense en particulier aux relations entre l'entreprise et les banques. Qui a le pouvoir de vie ou de mort sur les PME ? Ce sont les banquiers. Le problème est

que lorsque vous annoncez d'avance les difficultés à votre banquier, il se dit : « il y a un risque, je réduis ». Il en résulte un cercle vicieux d'augmentation du risque. J'étais fournisseur d'Airbus, on était 3000 en France. On va passer à 500. Quand je dis « on », ça veut dire que j'essaie de rester dans les 500 mais ce n'est pas évident du tout puisque je n'ai pas la taille critique. Que font les banquiers ? Ils font la tournée de tous les fournisseurs d'Airbus en leur demandant : "Vous allez rester ou vous n'allez pas rester ?" Donc il y a 2500 sociétés qui vont avoir des difficultés face à ça. Vous ferez tous les plans de sauvegarde de l'emploi que vous voulez, si le banquier vous envoie une lettre recommandée en disant dans deux mois ou dans un mois je coupe vos crédits, votre entreprise est morte. Et malheureusement la réalité est là. Comment pourrait-on faire en sorte qu'il y ait un soutien apporté aux sociétés françaises, à l'industrie française dans un contexte général de mondialisation ?

JBP : « Pouvez-vous nous donner un peu plus d'explications sur la prise en charge des salariés dans cette procédure ? »

Monsieur Bernard : La prise en charge des salariés consiste d'abord à les recevoir, à leur expliquer la situation. A l'époque, nous avons un comité d'entreprise qui a fonctionné normalement. Il faut dire que les chiffres étaient tels qu'il n'y avait pas d'ambiguïté sur le plan économique et sur la nécessité de faire des économies. Le problème était le rétablissement des comptes. Ensuite, il faut faire des choix. Qu'est-ce qui est indispensable dans l'entreprise pour continuer à fonctionner ? Quelle est la structure minimum qui va nous permettre de nous redévelopper éventuellement ensuite ? Ce sont des questions que l'on se pose et en fonction des réponses, on voit les salariés. On se dit que tel service peut ou doit être supprimé et on répartit le travail entre les autres. Pour ceux qui restent, il y a augmentation du stress mais le stress existe en général dans l'entreprise dans ces situations là. Bien sûr on essaie de faire en sorte que ceci se fasse dans le plus strict respect du code du travail, malgré sa lourdeur (2600 pages !). Le chef d'entreprise moyen n'a pas le temps de le connaître, mais il doit faire avec. Quand on rentre dans un aspect spécifique du code du travail, il faut le prendre ligne par ligne. Les chiffres que vous avez cités tout à l'heure "L.122-12, etc.", je peux vous dire qu'il y a une période où j'ai entendu parler de ces articles par mes conseillers. Heureusement que ce n'est pas mon quotidien qui est de rechercher des clients. Quand Airbus est en difficultés, j'essaie d'avoir Boeing, c'est ça le quotidien du chef d'entreprise, c'est d'avoir des marchés pour permettre le redéveloppement de son entreprise. L'inspecteur du travail est venu plus souvent en deux mois qu'en 55 ans d'existence de la société. Ce sont des choses qui marquent. Il faut

s'interroger sur la façon d'éviter que 90% des entreprises ne soient mises en liquidation à la suite d'un redressement judiciaire. Le véritable drame est là. Qu'est ce qu'on peut faire pour qu'elles s'en sortent ? Dans les entreprises comme la mienne, on prend le plus possible de gens en apprentissage. Ainsi mon responsable d'atelier est issu de l'apprentissage, son adjoint, qui est le fils du responsable d'atelier du temps de mon père, est également issu de l'apprentissage : ce sont des salariés très fidèles. Quand on est en difficultés, on doit se séparer de salariés qui ont 20, 30, 35 ans d'ancienneté. Vous imaginez les coûts de licenciement. On se dit qu'on n'a pas les moyens de licencier ces gens-là. Néanmoins, il faut le faire. Alors le seul moyen est de se mettre en redressement judiciaire pour que ce coût soit pris en charge par les AGS. En réalité, dans 95% des cas, le coût est en définitive supporté par la collectivité publique.

TC : On va entendre maintenant le témoignage de Maître Henneau, administrateur judiciaire, sur les licenciements dans le cadre d'un plan de cession. En tant qu'administrateur judiciaire, pouvez-vous nous éclairer sur les enjeux sociaux de la cession ?

Maître Henneau : Les deux questions qui m'étaient proposées étaient formulées ainsi : "lorsqu'une offre de reprise est déposée, quelle est la place de l'emploi ?" et la deuxième question : "la loi du 26 juillet 2005 va-t-elle changer les choses de ce point de vue ?" Pour rebondir sur ce que Monsieur Bernard, chef d'entreprise, indiquait, il faut rappeler que la plupart des entreprises qui connaissent des difficultés et donc des procédures collectives sont des petites entreprises. De mémoire, moins d'1% des entreprises qui font l'objet d'une procédure collective ont plus de 100 salariés. Les difficultés financières vont conduire à l'antagonisme des intérêts particuliers (des acteurs de l'entreprise et de ses partenaires) qui normalement au sein de l'entreprise convergent. La procédure collective a pour vocation d'éviter le chaos que peut créer cet affrontement des intérêts particuliers et de tenter d'organiser les choses. Pour ce faire, des dispositions exorbitantes du droit commun vont être imposées, qui vont se trouver parfois en conflit avec d'autres branches du droit. La difficulté, et je suis un petit peu moins optimiste que les premiers intervenants qui ont parlé de conciliation entre le droit des procédures collectives et le droit du travail, la difficulté est que dans certains cas, on a des spécialistes des procédures collectives qui légifèrent sur les procédures collectives, des spécialistes du droit du travail qui légifèrent sur le droit du travail, ces deux mondes se côtoient et s'ignorent le plus souvent. De sorte qu'on a une sphère des procédures collectives qui va, sur certains points en tout cas, entrer en friction avec le droit du travail. Cette friction peut être comparée à des

mouvements de plaques tectoniques et au point de friction entre ces deux plaques se situe une zone de séisme ou une zone volcanique. Donc, la rencontre de ces deux branches du droit ne se fera jamais facilement.

Sachant qu'on a, je le disais en préambule, des entreprises de petite taille, cela concerne le plus souvent le liquidateur puisqu'un administrateur judiciaire, par hypothèse aujourd'hui, n'intervient systématiquement que dans les entreprises qui ont plus de 20 salariés et exceptionnellement dans les entreprises où il y a moins de 20 salariés. Parmi les intérêts antagonistes, ceux des salariés sont bien sûr pris en considération au premier chef par la procédure. L'histoire récente des entreprises en difficulté montre que c'est rarement les créanciers qui profitent de la procédure parce qu'ils sont très peu désintéressés, et toute la procédure tend finalement – c'était sa vocation sous l'empire de la loi de 1985 et ça l'est encore sous la loi de 2005 – à sauvegarder une entreprise et des emplois. Si des créanciers peuvent être désintéressés, tant mieux ; mais, à travers la voie de la cession de l'entreprise, cette dernière est généralement sauvegardée et tout ou partie des emplois est maintenu, cela implique bien souvent le sacrifice des créanciers. Les salariés sont, parmi ces acteurs, dans une situation un peu particulière. Autant les créanciers s'inquiètent du règlement de leurs créances, autant les salariés, eux, ne sont pas véritablement créanciers puisqu'ils bénéficient de la garantie du fonds de garantie des salaires et donc de l'intervention du CGEA [AGS] : ils seront quoi qu'il arrive désintéressés, sous réserve bien sûr de l'application du plafond de garantie. Ce qui les inquiète, c'est le maintien de leur emploi et, dans une situation de crise, de difficultés financières, il y aura une explication et une pédagogie nécessaires. Ce sera bien souvent le rôle du chef d'entreprise mais aussi celui des autres acteurs de ces procédures, avec cette difficulté que face à des entreprises peu structurées, les petites entreprises, il n'y a pas nécessairement d'institution représentative du personnel. Soit les seuils ne sont pas atteints et donc il n'y a pas de comité d'entreprise ou de délégué du personnel, soit aussi, et c'est le cas d'un grand nombre d'entreprises, il y a des PV de carence qui ont été établis.

Une autre difficulté réside dans certains cas dans la perte de confiance des salariés à l'égard de leur entreprise, et bien souvent à l'égard du chef d'entreprise. Ce dernier avait une image particulière au sein de l'entreprise, il était le chef d'entreprise, et du jour au lendemain l'entreprise est en difficulté, les emplois sont menacés et ce chef d'entreprise, en tout cas provisoirement, perd une partie de sa crédibilité vis-à-vis de son personnel. Cette première phase de prise en considération de l'intérêt des salariés va être une phase pédagogique, d'explication, puisque le plus souvent on a affaire dans l'entreprise à des gens qui ne connaissent pas du tout le droit des procédures collectives et très peu le droit du tra-

vail, sauf les cas particuliers où il y a des structures, comités d'entreprise, délégué syndical, qui maîtrisent le droit du travail. Il convient d'expliquer, de rassurer, de transmettre une réalité qui est celle de l'entreprise en difficulté avec bien souvent malheureusement, des réductions d'effectif et donc des licenciements pour motif économique. On l'a dit, ces licenciements peuvent intervenir soit dans la période d'observation, soit dans le cadre d'une cession. Je me limiterai uniquement, pour rester dans le cadre de la question qui m'était posée, à la cession.

S'ajoute alors une nouvelle difficulté. On a un conflit à résoudre entre le droit du travail et le droit des procédures collectives. Dans le cas d'une cession, deux logiques vont s'affronter : la logique de la survie de l'entreprise et des emplois et la logique d'un repreneur qui, même avec la meilleure volonté du monde, ne vient pas *a priori* reprendre une entreprise uniquement pour sauver des emplois. Il reprend une entreprise parce qu'il estime qu'elle peut être viable, qu'elle peut être profitable. Et dans le cadre de son projet de reprise, il aura la possibilité effectivement de dire - mais ça ne concerne pas uniquement les contrats de travail, tous les actifs de l'entreprise sont concernés - "Je prends tel poste, je ne prends pas tel autre poste. Je prends tel contrat avec un client ou avec un fournisseur et je ne prends pas tel autre contrat ». Il redécoupe une entreprise qui est censée être viable. Cette logique de la rentabilité vient en conflit, sur certains points, avec les dispositions du droit du travail. On constate de ce point de vue une autonomie du droit commercial selon lequel le repreneur ne peut pas être tenu à plus que ce à quoi il s'est engagé. On ne peut lui imposer des sujétions auxquelles il ne s'est pas engagé. En terme d'emplois, il est *a priori* impossible d'imposer à un repreneur de reprendre plus de salariés que lui-même ne l'a prévu : c'est la logique économique qui sous-tend sa proposition de reprise. Il a défini un business plan, fait des comptes prévisionnels, envisagé une exploitation future, il a besoin de tant de personnes avec telles qualifications, pas plus. En conséquence de cette offre de reprise, des postes sont maintenus et d'autres sont supprimés. Il appartient au tribunal d'ordonner les licenciements de façon non nominative et l'administrateur judiciaire ou le chef d'entreprise auront à mettre en place la procédure de licenciement qui résulte de cette offre. Ils vont être en première ligne pour conduire cette procédure. Sur les postes supprimés, ils n'ont aucune explication à donner aux salariés, ils peuvent simplement présenter le projet d'un repreneur et n'ont aucune marge de manœuvre. L'administrateur qui met en place une procédure de licenciement à la suite d'une cession, applique le jugement. Il licencie tant de personnes et n'a pas la possibilité, dans le cadre de ce qui est une négociation avec les représentants du personnel, de dire au lieu de supprimer tant d'emplois, on va en supprimer moins.

Quelles que soient les observations que peuvent faire les représentants du personnel, le chef d'entreprise ou l'administrateur sont liés par le jugement consulaire qui fixe le nombre de licenciements.

Une autre difficulté, tenant elle aussi au caractère collectif de la procédure, concerne les indemnités de rupture. On a tendance en France à considérer l'indemnité légale ou conventionnelle comme étant le minimum, ce qui est exact : l'entreprise peut toujours accorder plus. Il y a quelques exemples d'entreprises *in bonis* qui, faisant une réduction d'effectif ou envisageant un plan de sauvegarde de l'emploi, accordent dans ce plan des indemnités ou un accompagnement qui vont bien au-delà de ce minimum. Dans l'entreprise en difficulté, les salariés à travers leurs représentants vont tenter d'obtenir plus que ce minimum, ce qui est parfaitement légitime. Mais le fonds de garantie des salaires qui indemnise et prend en charge les conséquences de la rupture ne va pas au-delà du minimum. En conséquence, l'administrateur et le chef d'entreprise ne peuvent pas accorder plus, ce serait distribuer le fruit des réalisations d'actifs qui a vocation à payer d'abord les créanciers et au premier chef le fonds de garantie des salaires qui bénéficie du super-privilège.

En définitive, il est difficile de moduler la géométrie du plan de réduction d'effectif, il est difficile ou quasiment impossible de négocier les conditions d'indemnisation et donc on a une procédure qui parfois devient conflictuelle simplement parce qu'à travers une action prud'homme contestant le bienfondé du licenciement, les salariés vont légitimement chercher à obtenir plus que le minimum qui leur a été servi. En ce qui concerne le repreneur, un effort de pédagogie doit être mis en œuvre par les intervenants qui devront lui expliquer qu'il ne peut pas faire n'importe quoi. Dans sa logique économique, il aura tendance, contrairement à ce qu'impose le droit du travail, à vouloir faire des choix nominatifs alors qu'il doit proposer le maintien de postes et c'est à l'administrateur, en tout cas à ceux qui mettent en place la procédure de licenciement de définir et de négocier des critères d'ordre de licenciement et d'appliquer ces critères d'ordre. Le repreneur ne peut rien imposer de ce point de vue ; parfois on est face à une incompréhension surtout dans des petites structures où *l'intuitus personae* joue beaucoup. Il est vrai que dans une société qui emploie plus de 100 personnes, les qualités individuelles, l'aspect nominatif jouent beaucoup moins mais dans une structure où il y a une vingtaine, une trentaine de salariés, le repreneur, ayant fait le tour de l'entreprise, a jaugé les personnes et se dit : je veux bien reprendre tel salarié, mais je n'ai pas envie de garder tel autre. Voilà la réalité des choses. Ce n'est pas forcément compatible avec les critères d'ordre qu'impose le droit du travail. Ces critères imposent également un effort de pédagogie vis-à-vis des salariés. En effet, dans certains cas, les critères d'ordre proposés par le code du travail ou la convention collective sont mal compris par les person-

nels qui s'attachent à la survie de leur entreprise et de leur emploi. Il n'est guère facile d'expliquer la nuance un peu subtile entre juste et équitable parce qu'effectivement il y a des personnes qui à la suite d'une cession d'entreprise peuvent être licenciées parce que leur poste n'est pas maintenu alors que ce sont précisément celles qui ont fait le plus d'efforts pour permettre la survie de l'entreprise.

Seront évoquées tout à l'heure les difficultés qui tiennent au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, c'est-à-dire à toutes les mesures d'accompagnement qui vont appuyer la procédure de licenciement avec ce que cela implique quant à l'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur. Il ne faut pas perdre de vue que cette procédure est insérée dans des délais, qui ne sont pas imposés par la procédure elle-même, mais qui s'imposent pour que la garantie AGS puisse fonctionner. L'administrateur ou le mandataire judiciaire engagent leur responsabilité vis-à-vis des salariés si, ayant pris trop de temps pour mener à bien la procédure, les licenciements sont notifiés hors période de garantie. Ils sont contraints d'abrégier cette procédure pour qu'elle tienne dans le délai de garantie et parfois cela ouvre la porte à une contestation sur les efforts de reclassement. Au total, il y a non pas conciliation, mais affrontement entre ces deux branches du droit – le droit des procédures collectives et le droit du travail – affrontement difficile à résoudre pour les professionnels qui doivent mettre en œuvre l'ensemble de ces dispositions.

JBP : Nous allons passer la parole à Maître Bouquet (avocat) sur la question de l'application du droit du travail et de sa spécificité selon que la société est *in bonis* ou non.

Maître Bouquet : Je suis un peu en marge de tout ce que j'ai entendu jusqu'à présent parce que vous avez essentiellement parlé des licenciements économiques, ce qui est logique puisque c'est une des mesures phares en cas de procédure collective. Je vais pour ma part aborder, parce que je pratique ces difficultés au quotidien, les domaines du droit dans lesquels le législateur n'a prévu aucune spécificité, aucun texte particulier. Le code du travail fait en définitive rarement référence à des situations de redressement ou de liquidation judiciaires. Il s'agit :

- des articles L.321-1 et suivants qui concernent le licenciement économique,
- des dispositions de l'article L.143-11-1 et suivants, relatifs à l'AGS, au régime de garantie des salaires.

A part ces dispositions vous ne trouvez pas dans le code du travail, du moins à ma connaissance, de dispositions spécifiques aux situations de redressement ou de liquidation judiciaires des entreprises. Cela pose, au quotidien et dans l'exercice de nos professions, des difficultés.

C'est le cas par exemple des **heures supplémentaires**. Selon l'article

L.212-1-1 du code du travail : "En cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié...". Ces dispositions mettent la preuve à la charge de l'employeur. Or, en cas de liquidation judiciaire, vous pouvez vous trouver dans des situations où l'employeur a disparu. En cas de redressement judiciaire, lorsqu'un administrateur est désigné, le contexte est différent. Cela signifie que l'on est en présence d'une grosse entreprise, que l'on a une structure comptable, un support qui permet d'apporter les éléments dont l'administrateur a besoin pour poursuivre sa mission. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une petite entreprise, nous sommes parfois confrontés à la difficulté de la disparition de l'employeur, de sa comptabilité, des bulletins de salaire, des contrats de travail : on est alors face à un dossier totalement vide. Le code du travail ignore ces difficultés. La jurisprudence, du moins celle du Conseil des Prudhommes, celle de la Cour d'appel d'Amiens, condamne systématiquement l'employeur, plus exactement elle fixe les créances. Le Conseil des Prudhommes ou la Cour d'appel fixe la créance du salarié au total des heures supplémentaires réclamées par ce dernier dans la mesure où l'employeur ne rapporte pas la preuve des heures de travail effectuées par le salarié. De plus, l'employeur dans un cas de liquidation judiciaire n'est pas juridiquement dans la cause dans laquelle figurent seulement le liquidateur judiciaire et l'AGS. J'ai pris cet exemple parmi d'autres, parce que je le trouve révélateur de l'absence de prise en compte, par le code du travail, de la situation dans laquelle se trouve l'entreprise.

Dans certains domaines la jurisprudence a essayé de trouver des adaptations. Je prendrai l'exemple du **contrat à durée déterminée**. Les règles édictées en la matière le sont en faveur du salarié qui a donc seul qualité pour solliciter la requalification de son contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée. L'employeur n'a pas cette possibilité. La Cour de Cassation pendant une dizaine d'années a considéré que l'AGS n'était pas l'employeur et qu'elle pouvait disposer d'un droit propre à demander la requalification des contrats. De très nombreux arrêts rendus par la Cour de Cassation à partir de l'arrêt du 12 avril 1995 sont venus affirmer systématiquement le droit propre de l'AGS à faire valoir la requalification des contrats et notamment le non-respect des dispositions des articles L.122-1 et suivants du code du travail. Et puis, la jurisprudence, par un revirement du 11 décembre 2002, a finalement nié cette spécificité. Elle est revenue à la position qui était la sienne antérieurement à l'arrêt de 1995 en considérant que les dispositions relatives aux contrats à durée déterminée avaient été édictées dans le but de protéger le salarié. Cette protection passe au-dessus de toute autre règle et l'AGS n'a plus qualité pour solliciter la requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée. Vous avez

donc une évolution de la jurisprudence qui, pendant quelques années, a pris en compte la distinction entre l'AGS et l'employeur et qui, finalement revient à la position selon laquelle l'AGS et l'employeur sont soumis aux mêmes dispositions et aux mêmes difficultés.

Il y a encore un autre exemple que je voudrai prendre pour montrer également l'« inadaptation » du code du travail à certaines difficultés que l'on rencontre dans la pratique : **le contrat d'apprentissage**. Les dispositions de l'article L.117-17 du code du travail disent que, sauf s'il est rompu d'un commun accord, le contrat d'apprentissage est résilié par le Conseil des Prudhommes, seul compétent pour prononcer la résiliation judiciaire du contrat d'apprentissage. Lorsque l'on est en présence d'une procédure collective et notamment d'une liquidation judiciaire, la difficulté est la suivante : si la rupture du contrat de travail n'intervient pas dans les quinze jours du jugement de liquidation judiciaire, l'AGS ne garantit pas les créances de rupture du contrat. Or, lorsque vous saisissez le Conseil des Prudhommes, il prononce la résiliation judiciaire du contrat 6 mois, 8 mois ou 1 an après : le délai de 15 jours est largement expiré. La jurisprudence s'est trouvée confrontée à cette difficulté. Aucune disposition spécifique n'existant dans le code du travail, la Cour de Cassation a dû prendre position. Selon un arrêt du 23 mai 2000, en cas de liquidation judiciaire de l'employeur, le liquidateur qui met fin au contrat d'apprentissage dans les 15 jours du jugement de liquidation judiciaire, agit en exécution du jugement de liquidation et n'a pas à demander au Conseil des Prudhommes la résiliation du contrat. Nous avons ici une solution qui n'est absolument pas prévue par les textes, que la jurisprudence a élaborée parce qu'il fallait bien protéger le salarié et lui permettre notamment d'être pris en charge par l'AGS.

Je voudrais pour terminer faire état de cette spécificité du droit du travail lorsque nous sommes en présence d'une société en liquidation ou redressement judiciaires sur un point très pratique, très procédural. Il s'agit de la nécessité de mettre en cause, devant le Conseil des Prudhommes, le mandataire judiciaire et l'AGS. Nous ne trouvons pas ces dispositions dans le code du travail, mais dans le code de commerce. C'est encore un exemple de l'absence de prise en compte par le droit du travail lui-même de cette situation particulière à laquelle nous sommes assez souvent confrontés.

TC : Maître Foucart, j'aurais aimé savoir quelle est la tâche du liquidateur judiciaire par rapport aux salariés.

Maître Foucart : Quand le liquidateur intervient, tout est fini. Le rapport qui s'établit entre le liquidateur et les salariés est un rapport de sincérité, d'efficacité et de rapidité alors qu'à l'inverse le rapport du liquidateur avec le code du travail est empreint d'une certaine hypocrisie.

Pour illustrer ceci, je vais prendre un exemple pratique. Un atelier de confection de lingerie féminine dans le département de la Somme a 30 salariés. Le liquidateur est nommé le vendredi ; dès le lundi, sa tâche est de liquider cette entreprise, c'est-à-dire licencier les 30 salariés. La réflexion est très rapide s'agissant d'un atelier de confection dans un département où il n'y a pas dans ce secteur de solution de reprise. La première difficulté concerne les salariés. Il peut y avoir des pertes d'emploi par omission : par exemple, un salarié en maladie, absent de l'entreprise pendant un ou deux ans, peut être oublié, de même qu'un salarié en congé parental.

Par ailleurs, dans cette affaire, je me suis aperçu 2 jours plus tard que cette petite entreprise, perdue dans un village de la Somme, qui n'avait plus d'activité, était en fait une filiale d'un groupe qui possédait deux autres entreprises, elles-mêmes en redressement judiciaire. Sachant que le thème du débat est " le droit des procédures collectives infléchit-il ou non le droit du travail ?", la réponse est négative ; il faut respecter absolument et intégralement les dispositions du code du travail et notamment l'obligation de reclassement préalable. C'est en ce sens qu'il y a beaucoup d'hypocrisie. En effet, que peut-on faire d'autre qu'écrire au dirigeant du groupe en lui demandant de bien vouloir indiquer dans la liste de salariés qui lui est transmise quels sont ceux qu'il peut reclasser au sein de son groupe ? On sait très bien que la réponse sera négative dans la mesure où les entreprises potentiellement intéressées sont elles-mêmes en redressement judiciaire et en voie de compression de personnel, les autres emplois potentiels se situant à au moins 500 ou 600 kilomètres de distance. Néanmoins, il faut faire cette demande de reclassement au sein des filiales faute de quoi le licenciement ne serait pas fondé sur une cause réelle et sérieuse. Le reclassement en interne étant impossible, il faut essayer de mettre en œuvre un reclassement externe c'est-à-dire identifier des entreprises de confection, dans un rayon géographique pas trop éloigné. Il s'agit d'un travail extrêmement délicat parce que malheureusement il n'y a quasiment plus d'entreprises de confection dans la Somme. Néanmoins, on les recense et on les notifie en raison du devoir préalable de tenter d'assurer un reclassement avant d'envoyer les lettres de licenciement.

Le liquidateur doit licencier l'ensemble des salariés dans un délai de 15 jours. Dans cette entreprise, il n'y avait pas de délégué du personnel, mais un représentant des salariés. Ce dernier n'a pas une fonction de représentation, de délégation du personnel : il n'a pas les mêmes responsabilités. Toutefois, dans les petites structures, le représentant des salariés devient en fait un interlocuteur. Dans une petite entreprise, on ne parle pas de plan de sauvegarde de l'emploi mais en réalité on en fait un quand même parce qu'on met en place un dispositif financé par la collectivité publique. On appelle le Directeur Départemental du Travail pour lui dire que l'on est dans l'incapacité de reclasser dans les quelques

jours qui vont suivre 30 salariées et qu'il faudrait mettre en place une cellule de reclassement. On lui demande si la direction départementale accepterait de financer cette cellule. En agissant ainsi, l'esprit de la loi est respecté, plus que sa lettre ; la direction départementale est en général extrêmement réactive et vous répond : "oui, on va mettre en place une cellule de reclassement, on ne peut pas faire autrement". Le liquidateur met alors en place allocations temporaires dégressives, FLE, ... un squelette de plan de sauvegarde de l'emploi est ainsi établi.

On parle toujours de reclassement avant licenciement ; or, lorsque l'on est en liquidation, il faut de toute façon licencier, et le reclassement est une opération qui prend du temps. La mise en place des cellules de reclassement signifie que l'on va mettre des mois à reclasser quelqu'un. Une cellule de reclassement peut fonctionner 8, 10 ou 12 mois. A chaque salarié est proposée une convention de reclassement personnalisée. On met en place avec les ANPE, les Assedic un système où le salarié va être contacté à titre personnel.

L'obligation de reclassement existe quelle que soit l'importance de l'entreprise. Ainsi, dans une affaire très importante, le mandataire était confronté à l'obligation de reclasser dans les 15 jours 1100 salariés. Un salarié lui a reproché de ne pas avoir assuré ce reclassement préalable. Le mandataire a apporté la preuve qu'il avait écrit à toutes les autorités publiques, envoyé des listings de salariés, bref qu'il avait fait ce qui était possible globalement et non pas d'une manière personnalisée. La Cour d'appel a estimé que ce mandataire liquidateur avait parfaitement rempli sa fonction : on ne peut pas demander à un mandataire de reclasser à titre personnel et d'avoir une vision globale des choses.

Derrière la remise en cause de ces licenciements, il y a un intérêt financier très lourd. Si le salarié arrive à démontrer que le licenciement n'a pas été formellement régulier, les conséquences financières ne sont pas négligeables puisqu'il en tire des sommes relativement substantielles. Par qui ces sommes sont-elles payées ? Par le CGEA [AGS] qui en supporte à terme le coût et je vous rappelle que les indemnités de licenciement pour motif économique sont doublées.

La première chose que demande le salarié est le règlement de ce qui lui est dû au jour du redressement ou de la liquidation. Dans certaines affaires, tout se passe bien parce qu'il y a encore un service comptable correct mais quand il n'y a plus rien, c'est le liquidateur qui reconstitue à partir des fiches de paye qu'on lui apporte ce qui sera le préavis et les indemnités de licenciement. La majorité des mandataires font le nécessaire très rapidement et le CGEA est réactif pour assurer le paiement. Il n'y a donc pas de problème au niveau du paiement des salaires et indemnités. En revanche, la difficulté réside plutôt dans la mise en œuvre des licenciements dans la mesure où l'on ne veut pas reconnaître que la liquidation devrait influencer sur les règles du droit du travail. La loi de 2005 n'apporte aucune avancée sur ce point. Il y a toutefois une

petite nouveauté puisque, en matière de cession dans le cadre d'une liquidation judiciaire, il est admis qu'il peut y avoir une reprise partielle. Je dois dire que beaucoup de confrères prennent des risques. Je me souviens ainsi d'une très belle entreprise où autrefois il y avait 500 salariés. Quand elle a été mise en redressement, il n'y avait plus que 50 salariés. Quand elle est arrivée à la liquidation, il n'y en avait plus que 20 et après la liquidation, une personne a dit "on peut quand même reprendre 10 salariés". Le risque était de les reprendre dans le cadre de la vente du fonds de commerce et que les 10 autres viennent demander l'application immédiate de l'article L.122-12. Après concertation, le risque a été pris. La cession s'est faite, un an s'est écoulé depuis et tout le monde est satisfait. Ceux qui n'ont pas été repris ont finalement été reclassés, notamment grâce à l'implication de la Direction Départementale du Travail. Au-delà des textes, la prise de risque est parfois nécessaire.

TC : Merci Maître Foucart. En guise de conclusion, on peut souligner que la loi de 2005 n'a pas réellement changé la vie de l'entreprise en difficulté et que chacune des deux branches du droit continuent d'évoluer de son côté sans réellement se soucier de savoir si l'entreprise est in bonis ou pas. Je laisse maintenant la parole à ceux qui veulent poser des questions.

Jean-Marie BECQUET, administrateur judiciaire : j'ai écouté avec beaucoup d'intérêt ce qui a été dit depuis le début de la matinée et je rebondis sur la conclusion. Dire que rien n'a changé en 2005 dans la règle du droit du travail applicable me paraît juste. La loi de 2005 sur la sauvegarde des entreprises a été faite par des spécialistes du droit commercial, attachés à la Chancellerie et qui n'ont pas partagé avec leurs collègues du Ministère du Travail la rédaction du nouveau texte. Lorsqu'il s'est agi d'inscrire dans le projet de loi des dispositions sociales, ils ont purement et simplement repris les dispositions de la loi de 1985. Il en résulte que l'on traite les aspects sociaux en 2007 comme on le faisait en 1985 alors qu'aujourd'hui la collectivité souhaite apporter des moyens financiers pour aider notamment au reclassement des salariés. Ce n'est pas simplement, comme on l'a dit tout à l'heure, des plaques tectoniques, c'est une glaciation complète entre le droit commercial et le droit du travail. Plus personne ne bouge, seule la chambre sociale de la Cour de Cassation fait de temps en temps évoluer les choses.

Lors de la préparation de la loi de 2005, les mandataires de justice ont dit : « n'oubliez pas le droit du travail, n'oubliez pas d'innover en la matière ». Le Ministère du Travail ne l'a pas voulu, car il n'était pas opportun à ses yeux de modifier les règles du droit du travail à cette époque. Aujourd'hui les choses ont changé et depuis le milieu de l'année 2006, un groupe de travail a été mis en place au Ministère du Travail, composé de juristes et de professionnels, dont le but est de faire

des propositions d'évolution de la règle du droit des procédures de licenciements collectifs applicable lorsqu'il y a l'une des mesures de sauvegarde.

TC : Merci Maître.

Franck Petit, maître de conférences à l'Université de Paris-I :

Maître Foucart a évoqué la place du représentant des salariés, notamment son rôle éventuel dans un reclassement ou dans une recherche des possibilités de reclassement. En revanche, Maître Henneau n'a pas évoqué la place ou le rôle que peut jouer ce représentant des salariés et Monsieur Bernard a plutôt parlé d'un contact individuel avec les salariés sans que participe finalement à la procédure ce représentant des salariés. Alors, concrètement ce représentant des salariés, distinct du comité d'entreprise et des délégués du personnel, est-il un acteur à part entière, un interlocuteur habituel du représentant légal de l'entreprise dans ces procédures ?

Monsieur Bernard : Je peux vous dire que dans mon cas, le représentant des salariés est venu au Tribunal, il a ensuite expliqué aux autres salariés ce qui s'est passé. Toutefois, son rôle réel par rapport au reclassement est quasi nul. Cela dit, j'ai souhaité rencontrer chaque salarié individuellement afin de leur dire " j'ai contacté des sociétés qui sont prêtes à vous prendre, vous pouvez y aller". C'était aussi l'occasion pour certains d'exprimer leur souhait d'évolution de carrière : "je travaille à la production, mais j'aimerais bien travailler maintenant dans un autre domaine tel que la maintenance", ce qui me permettait d'orienter les recherches pour aider à son reclassement. Je ne distingue pas du tout l'intérêt de l'entreprise de l'intérêt du salarié. L'entreprise est une communauté d'hommes avant tout chose.

En ce qui concerne la désignation d'un représentant des salariés, je me suis posé la question de savoir pourquoi ce n'était pas un élu du personnel, mais j'ai appliqué la loi.

Maître Henneau : Le rôle, dans la procédure collective, du représentant des salariés, est un rôle d'abord technique : participer à la vérification des créances salariales. Sa fonction n'est pas de se substituer à un comité d'entreprise ou à des délégués du personnel dans leur mission générale. Certes, le Code de commerce dit que, dans le cadre des procédures collectives, les compétences qui sont attribuées au comité d'entreprise ou aux délégués du personnel, sont exercées en l'absence de ces institutions par le représentant des salariés. Il ne s'agit que des compétences exercées dans le cadre de la procédure collective, cela ne fait pas du représentant des salariés un comité d'entreprise à lui tout seul, compétent pour négocier un plan de sauvegarde de l'emploi. Le

problème est que le rôle du représentant des salariés est souvent occulté par les autres institutions. Soit on est dans une entreprise qui dispose d'une structure de représentation du personnel et dans ce cas le représentant des salariés, désigné par le comité d'entreprise, en est de toute façon membre et sa fonction est un peu masquée. Soit on n'a pas de structure – comité d'entreprise ou délégués du personnel – on a alors face à soi quelqu'un qui, désigné par ses collègues pour être représentant des salariés, n'a pas les connaissances techniques, que ce soit en droit du travail ou en droit des procédures collectives, pour remplir véritablement son rôle. Dans une entreprise de 5 personnes qui se trouve en procédure collective, il est un alibi. La réalité est là.

Maître Foucart : Pour reprendre l'exemple que je citais tout à l'heure, le représentant des salariés était le chef d'atelier, c'est-à-dire la personne la plus au courant de l'histoire de chacun des salariés, ce qui constitue un élément important bien que non juridique. Lorsque la cellule de reclassement et le comité de suivi ont été mis en place, le représentant des salariés en a été naturellement membre afin qu'il puisse donner un avis sur le sort de chacun. Mais légalement le représentant des salariés a pour fonction principale – ce qu'il fait d'ailleurs peu – de surveiller le bon établissement des états salariaux.

Idriss Badirou, étudiant : Ma question s'adresse surtout au chef d'entreprise : vous avez évoqué tout à l'heure le fait que plus de 90% des entreprises qui connaissent un plan de sauvegarde ou de redressement étaient finalement liquidées. Dans quelle mesure pourrait-on améliorer cette procédure afin d'éviter cela ?

Monsieur Bernard : Une partie de la réponse à cette question réside dans le système de rémunération de l'administrateur judiciaire. Outre le fait que l'administrateur judiciaire soit financièrement intéressé à la survie à court terme de l'entreprise, il serait bon que, étant donné son rôle de conseil auprès du chef d'entreprise, il bénéficie d'une incitation financière pendant un an ou deux. Ce système de parrainage existe déjà pour la création d'entreprise. Pourquoi ne pas le transposer aux entreprises qui redémarrent ? Les réseaux Picardie Entreprendre, Nord Entreprendre qui accompagnent les créateurs d'entreprise ont au bout de 5 ans 85% de réussite alors que là où il n'y a pas d'accompagnement dans la création d'entreprise, 50% d'entreprises disparaissent dans les 5 ans. Le chef d'entreprise qui recouvre sa liberté parce qu'il a un plan de continuation, se retrouve seul du jour au lendemain.

Maître Henneau : Je voudrais apporter une précision importante sur les statistiques. Vous annoncez 90% d'échec des entreprises en redressement. C'est totalement faux. Les statistiques qui sont données partent

à partir de la cessation des paiements. Effectivement, le taux de survie d'entreprises qui procèdent à une déclaration de cessation des paiements ou qui font l'objet d'une procédure collective, est de moins de 10%. Mais dans cette masse des entreprises qui procèdent à une déclaration de cessation des paiements ou qui sont, sur assignation, placées en liquidation judiciaire, un très grand nombre d'entre elles étaient déjà moribondes. Par contre, parmi les entreprises qui bénéficient d'une procédure de redressement ou lorsque le Tribunal compétent a effectivement fait un tri dans les entreprises, il y a bon an, mal an, un taux de survie, selon les régions et selon les juridictions, qui se situe entre 30 et 50%. Voilà la réalité. L'échec de la procédure que ce soit en terme de survie de l'entreprise ou de paiement des créanciers ne tient pas tant à l'outil, à la procédure elle-même qu'à la réalité économique et financière des entreprises au moment où elles arrivent devant la juridiction. Une entreprise qui n'a plus aucun actif lorsqu'elle est placée en liquidation judiciaire ne permettra le paiement d'aucun créancier quoi que fasse le liquidateur. Derrière les statistiques, il faut voir la réalité des choses.

Pierre-Yves Verkindt, professeur à l'Université de Lille-II : Je voudrais faire deux remarques. Elles concernent les propos de Maître Foucart. Je vous suivrais assez volontiers sur le fait que la question de la liquidation aurait sans doute dû être traitée, y compris sur le plan social, de façon plus autonome. On a un exemple dans le texte de la loi nouvelle qui est assez significatif : pour les licenciements qui sont décidés dans le cadre d'une liquidation avec maintien provisoire de l'activité, le texte renvoie aux exigences posées pour les licenciements opérés par le juge-commissaire dans le cadre de la période d'observation, ce qui paraît totalement aberrant. Il faudrait que les licenciements soient inévitables, indispensables et urgents. Cela n'a aucun sens et je pense que la loi de 2005 aurait dû bien distinguer ce qui est de l'ordre de la sauvegarde et du redressement et ce qui est de l'ordre de la liquidation. Quant à dire qu'il y aurait de l'hypocrisie, il faut être bien clair sur ce que cela signifie. En ce qui concerne l'exigence de reclassement, il y a en matière de licenciement économique deux niveaux de reclassement : le reclassement préalable à la décision de licencier et ensuite le reclassement qui résulte des mesures de reclassement post-licenciements notamment dans le cadre du plan de sauvegarde pour l'emploi. A côté de ce droit là, il y a en outre ce que vous évoquiez à fort juste titre, c'est-à-dire les pratiques. Je ne suis pas naïf au point de croire que tout se résout par le droit et il y a des pratiques de recherche de reclassement qui ne sont pas labellisées par le code du travail et qui fonctionnent. Cela dit il me semble extrêmement important s'agissant de la recherche de reclassement préalable à la décision de licencier, et pas de l'obligation de reclassement, qu'on ne lâche rien sur ce principe là, même si cela doit conduire, comme vous l'évoquiez tout à l'heure, à envoyer des

lettres dont on sait pertinemment qu'elles n'auront aucun effet. Je pense que sur le plan du principe, cela veut dire très clairement que, même quand l'entreprise est en difficulté, il faut rechercher le reclassement préalable et que la loi le rappelle ne me choque pas du tout. Il est vrai qu'on peut se dire que c'est artificiel – plutôt qu'hypocrite – mais si la loi ne le rappelle pas, le risque de dérive est beaucoup plus important. En conséquence, autant on ne peut rien lâcher sur la question de la recherche de reclassement que ce soit dans une entreprise in bonis ou que ce soit dans une entreprise en redressement, autant pourrait-on peut-être faire évoluer les textes relatifs à la liquidation proprement dite.

Maître Henneau : Je voudrais dire un mot sur cette obligation de reclassement. Avant d'être une obligation dans la procédure collective, c'est une obligation de tout employeur. Lorsqu'il est in bonis, l'employeur doit faire aujourd'hui une gestion prévisionnelle de ses effectifs et reclasser les salariés qui sont en sureffectif. Cela fait partie de sa gestion courante, il a alors le temps et les moyens de le faire. Quand il y a un redressement judiciaire, on peut admettre qu'il dispose encore de temps. Mais quand il y a une liquidation judiciaire, le liquidateur, lui, n'a plus le temps. La contrainte est de faire ces licenciements dans les 15 jours. Il n'est pas cependant dépourvu de moyens pour tenter de chercher des solutions de rétablissement des salariés. Parce qu'aujourd'hui le reclassement consiste en fait à donner à chaque salarié le moyen de se rétablir soit à titre personnel, soit à titre professionnel : création d'une activité indépendante, aller vers de nouveaux emplois, etc. Rien n'empêcherait que le liquidateur ait une action positive en ce sens, si on lui donnait la possibilité de mener son action avant, mais également après la notification des licenciements. Sa responsabilité ne devrait pas être recherchée pour le seul motif qu'il n'a pas fait tout le nécessaire pendant le délai de 15 jours. Qu'est-ce qui est important en définitive : que certains salariés trouvent un emploi dans les 15 jours ou que le liquidateur réunisse des moyens suffisamment forts pour faire en sorte que les salariés qui viennent de perdre leur emploi, trouvent une solution, par exemple dans l'année, de rétablissement personnel ?

TC : Nous vous remercions.

PROCEDURES COLLECTIVES ET LICENCIEMENTS ECONOMIQUES

Dominique Soulier

Avocat au Barreau d'Amiens, spécialiste en droit social

Membre du réseau JSA

A l'analyse de la question de l'établissement d'un Plan de Sauvegarde de l'Emploi (PSE) au sein d'une entreprise en redressement ou en liquidation judiciaire, et amenée à se séparer de 10 salariés ou plus, on s'aperçoit que les règles applicables sont quasiment celles du droit commun en la matière (section I).

Cependant, la situation particulière de ces entreprises crée pour les professionnels intervenant dans le dossier (administrateurs, liquidateurs judiciaires et leurs conseils) des contraintes spécifiques qui ne peuvent être ignorées (section II).

D'où, à notre sens, la nécessité de mener certaines réflexions pour amender, réformer, adapter la question du PSE dans le cas d'entreprises soumises à une procédure collective (section III).

Section I - Les règles applicables sont quasiment celles de droit commun

§ 1 : Une valse des textes désormais stabilisée

Le législateur ayant procédé en matière de redressement et liquidation judiciaire par décalque des dispositions applicables en droit commun des licenciements économiques d'au moins 10 salariés, il s'avère que c'est quasiment ce droit commun qui s'applique aux sociétés soumises à une procédure collective.

C'est vrai notamment quant à l'obligation d'établir un PSE.

Les aléas de l'élaboration des textes applicables et leurs réformes rapides et successives, soit pas moins de cinq textes en cinq ans sur le sujet¹, ont pu faire croire, dans un premier temps et suite à une absence de renvoi à l'article L. 321-4-1 du code du travail dans le contenu de l'article L. 321-9, que les entreprises en redressement ou liquidation

1 - Loi du 19 janvier 2000 ; loi du 17 janvier 2002 dite de modernisation sociale ; loi du 3 janvier 2003 suspendant certaines mesures de la loi de modernisation sociale ; loi du 18 janvier 2005 ; et, en dernier lieu, mais dans une moindre proportion en ce qui concerne les aspects sociaux, la loi du 26 juillet 2005.

judiciaire n'étaient pas soumises à l'élaboration d'un PSE quand elles étaient contraintes de licencier au moins 10 personnes.

C'est une ambiguïté qui est désormais levée par la rédaction actuelle de l'article L. 321-9 issue de la loi du 18 janvier 2005 : les entreprises en redressement ou en liquidation judiciaire doivent, elles aussi, élaborer un PSE.

L'article L. 321-4-1 du code du travail reçoit donc application dans les entreprises en redressement ou liquidation judiciaire sans restriction particulière, si ce n'est en ce qui concerne la sanction encourue.

§ 2 : Recours et sanctions

A. Les recours

Si normalement c'est le Tribunal de grande instance qui est compétent pour entendre du contentieux relatif au plan de sauvegarde de l'emploi, en pratique on assiste le plus souvent à une opération en deux temps :

- Une action devant le TGI, généralement en référé, diligentée par une organisation syndicale ou le comité d'entreprise, visant à faire reconnaître le PSE comme insuffisant et partant nul.
- Puis une action « individuelle » de chaque salarié devant le Conseil de Prud'hommes pour obtenir dédommagement du préjudice subi du fait d'un licenciement nul ou sans cause réelle et sérieuse.

B. Une sanction atténuée

Il est à noter que l'alinéa 2 de l'article L. 321-4-1 est exclu du renvoi fait par l'article L. 321-9 : cet alinéa prévoit la sanction en cas de non respect des obligations fixées à l'article L. 321-4-1 :

En droit commun, la procédure est nulle et de nul effet.

Ce n'est pas le cas pour les entreprises en redressement ou liquidation judiciaire.

En effet, si la Cour de cassation a pu dans un arrêt du 15 juin 2005² considérer qu'un plan social insuffisant est atteint de nullité et que cette nullité entraînait celle de la procédure et des licenciements économiques prononcés, la jurisprudence a très récemment précisé qu'en cas de défaillance du PSE d'une entreprise en redressement ou en liquidation judiciaire, seule pouvait s'envisager l'absence de motif réel et sérieux des licenciements diligentés et non leur nullité³.

Des « plaideurs » continuent à prétendre cependant revenir à ce qu'ils appellent « l'esprit du texte » et militent pour la nullité de la procédure en cas de PSE insuffisamment élaboré, ce qui n'est pas neutre en

2 - Arrêt Wolber.

3 - Cass. soc. 2 février 2006, Philippot et a. c/ Albert et a ; cass. soc. 13 juin 2006, Cellatex.

matière d'indemnisation des salariés.

C'est à tort : le texte est désormais sans ambiguïté.

En effet, la rédaction de l'article L. 321-9, dans sa version issue de la Loi du 17 janvier 2002 (Loi de modernisation sociale), a été revue par la Loi du 3 janvier 2003 (suspendant certaines mesures de la Loi de modernisation sociale).

Ce dispositif a, par ailleurs, été confirmé par la Loi du 18 janvier 2005 et la jurisprudence citée plus haut, même si elle a été rendue pour des situations soumises aux textes antérieurs, est claire et conforme au texte issu de cette loi du 18 janvier 2005 : la nullité du PSE n'entraîne pas pour autant la nullité des licenciements mais seulement leur absence de cause réelle et sérieuse.

Ainsi, hormis l'exclusion de l'alinéa 2, c'est donc normalement l'inégalement de l'article L. 321-4-1 du code du travail qui s'applique.

Les dispositions reprises par cet article, sauf son alinéa 2, doivent donc normalement être suivies en cas de licenciement dans une société en redressement ou en liquidation judiciaire quant il s'agit d'élaborer un PSE.

Il convient cependant de préciser que l'énumération des mesures envisageables en matière de PSE faite par ce texte n'est en rien exhaustive ni obligatoire. Il s'agit de suggestions faites par le législateur.

Il convient également d'indiquer qu'en matière de recherche de reclassement au sein du groupe et d'appréciation des moyens du groupe, la jurisprudence admet la vanité d'une telle recherche dans un groupe où toutes les sociétés seraient en redressement ou liquidation judiciaire⁴.

Le renvoi de l'article L. 321-9 à l'article L. 321-4-1 soulève la difficulté de l'appréciation des moyens mis en œuvre au regard de ceux dont dispose l'entreprise en redressement ou liquidation judiciaire ou le groupe auquel elle appartient.

C'est un des écueils qu'aura à gérer le mandataire ayant à charge la bonne fin du dossier qu'il se voit remettre.

Ce n'est pas le seul.

La situation qui lui est confiée est en effet soumise à des contraintes hors du commun tout à fait spécifiques.

Section II - Des contraintes spécifiques

Le mandataire judiciaire qui doit, on l'a vu, globalement appliquer le droit commun des licenciements économiques collectifs en ce qui concerne l'élaboration du PSE, est soumis en réalité à de nombreuses contraintes spécifiques et exorbitantes de ce droit commun.

⁴ - Cass. soc. 9 mai 2000, Amini c/ Cideb.

§ 1 : Un délai de réaction très court

En vertu des dispositions de l'article L. 143-11-1 du code du travail, s'il veut que les créances résultant de la rupture des contrats de travail dues aux salariés soient garanties au titre de l'AGS, l'administrateur judiciaire devra mener à terme la procédure de licenciement dans le mois du jugement qui arrête le plan de sauvegarde, redressement ou cession et le liquidateur judiciaire devra quant à lui le faire dans le délai de 15 jours suivant le jugement de liquidation, sauf s'il y a maintien provisoire de l'activité autorisée par le jugement de liquidation.

A défaut, les AGS risquent de ne pas garantir la créance des salariés et l'administrateur ou le liquidateur engageront leur responsabilité.

Ce délai très court ne permet pas au professionnel chargé du dossier d'avoir une connaissance suffisante de la situation de l'entreprise.

§ 2 : Une entreprise exsangue dont la situation exacte reste inconnue

L'entreprise, dont la destinée est confiée au mandataire est par nature exsangue et arrive au terme d'un processus de dégradation économique.

Si en matière de redressement judiciaire on peut encore espérer un sursaut de l'entreprise et sa survie, ce qui reste souvent, hélas, hypothétique et un vœux pieu, ce n'est même pas le cas en matière de liquidation judiciaire où il s'agit de licencier le personnel et de réaliser les actifs subsistants pour régler les créanciers afin, notamment, d'éviter pour certains d'entre eux de subir le même sort.

C'est à ce niveau que se pose le problème de l'évaluation des moyens de l'entreprise ou du groupe auquel elle appartient et de la part de ces moyens qui devront être intégrés à l'élaboration du PSE, ce qui sera évoqué plus tard.

Par ailleurs, le professionnel, administrateur ou liquidateur à qui est confié le dossier n'a qu'une connaissance imparfaite de la situation économique, comptable et financière réelle de l'entreprise et de son actif résiduel éventuel.

Or, le délai qui lui est donné pour mener la procédure et élaborer le PSE ne lui permet pas d'avoir une connaissance complète de l'entreprise et de ses moyens avant de mener à terme la procédure de rupture.

§ 3 : L'appréciation des moyens dont dispose l'entreprise

Les délais consentis aux mandataires pour agir sont donc très courts et inadaptés à la situation particulière d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire. Ils risquent de ne pas permettre au professionnel

gérant le dossier d'avoir une connaissance suffisante de la situation de l'entreprise (de « sa richesse ») et de ne pas pouvoir intégrer ces éléments au PSE qu'il doit élaborer.

Or, les textes⁵ indiquent que le PSE doit être établi (et sera ensuite apprécié) au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou le groupe auquel elle appartient.

Moyens dont une part devra, dès lors, être réservée au traitement social des salariés appelés à être licenciés.

Certains « plaideurs » prétendent que, par ailleurs, le PSE doit être complet dès son élaboration initiale par l'administrateur ou le liquidateur judiciaire et interdisent à celui-ci d'amender sa copie en vertu d'éléments et de moyens nouveaux qu'il aurait pu découvrir pendant la procédure (notamment des disponibilités financières pouvant être employées dans le PSE).

De même, dans la critique faite quant à l'appréciation timorée que pourrait faire l'administrateur ou le liquidateur des moyens dont dispose l'entreprise et qui peuvent être mobilisés dans le PSE, il est souvent fait allusion, par les « plaideurs », au patrimoine représenté par le matériel ou l'immobilier de l'entreprise.

Or, cette évaluation n'est pas encore faite au jour où le professionnel doit élaborer le PSE.

Elaboration qu'il ne peut faire qu'au regard d'éléments certains.

En tout état de cause, la valeur n'en sera connue que bien après que la procédure de rupture soit menée à son terme.

De plus, l'appréciation de ces éléments faite par les demandeurs au procès s'avère le plus souvent fautive et surévaluée par rapport à ce qu'elle s'avérera, plus tard, être en réalité.

C'est néanmoins sur ces bases qu'ils estiment le préjudice qu'ils prétendent ainsi subir.

Enfin, dans la plupart des cas, l'appréciation objective des moyens de l'entreprise ou du groupe auquel elle appartient fera que celle-ci n'a plus la possibilité de financer, de mettre en place dans son PSE des mesures spécifiques outrepassant celles faisant l'objet d'un financement public (CRP, ASFNE, ...).

Or, la jurisprudence considère que ne doivent pas être pris en considération dans l'appréciation de l'adéquation du PSE aux moyens dont dispose l'entreprise les conventions de conversion et l'ASFNE ou les mesures faisant l'objet d'un financement public⁶.

C'est faire, malheureusement, abstraction de la (triste) réalité de certaines entreprises en redressement ou en liquidation judiciaire qui ne peuvent plus proposer que cette portion congrue du PSE.

5 - Article L. 321-4-1 dernier alinéa.

6 - Cass. soc. 28 juin 2006, Essam ; cass. soc. 11 octobre 2006, Essam.

§ 4 : Le concours des autres créanciers

La mise à disposition, dans le cadre du PSE, de moyens spécifiques réservés au traitement social des salariés (et qui par ailleurs est souhaitable) se heurte en outre à la concurrence des autres créanciers dont les droits doivent également être préservés.

C'est ainsi que le mandataire, quelle que soit sa volonté de perfectionner son PSE et de lui réserver un quantum plus ou moins élevé des « moyens » dont dispose l'entreprise, restera soumis, en ce qui concerne cet équilibre entre PSE et préservation des intérêts des autres créanciers, à l'appréciation et à la décision du juge commissaire, qui ne manque pas dans ses ordonnances à ce sujet de rappeler la nécessité de protéger les autres créanciers⁷.

Section III – En guise de conclusion...

Au moment de tirer les conclusions de ces constats, on peut être amené à procéder à certaines suggestions d'adaptation des règles applicables en matière d'élaboration d'un PSE dans une entreprise soumise à un redressement ou une liquidation judiciaire.

§ 1 : Agir sur le facteur temps

Il a été exposé en quoi le faible délai laissé aux administrateurs ou liquidateurs judiciaires par l'article L. 143-11-1 pour mener à terme la procédure de licenciement pouvait tout à la fois être source de mise en cause de leur responsabilité mais aussi de critiques du PSE par les salariés, PSE que les mandataires judiciaires sont contraints d'élaborer dans la rapidité et dans l'ignorance au moins partielle de la situation réelle de l'entreprise et de ses moyens.

On pourrait dès lors suggérer un allongement de ce délai pour permettre de mener cette procédure complexe et risquée dans de meilleures conditions.

Mais gageons que ceci susciterait d'autres difficultés que ne manqueront pas d'évoquer les représentants de l'AGS présents.

L'une d'entre elles, et non des moindres, serait de devoir, de ce fait, prolonger le maintien de l'entreprise en l'état pendant quelques semaines supplémentaires et ainsi risquer d'aggraver encore son passif et fragiliser ses partenaires et créanciers alors qu'il y a urgence à agir.

7 - Cass. soc. 2 février 2006, Philippot Independent Insurance /Albert et a.

§ 2 : Un droit à l'amendement du PSE

Il a été également précisé en quoi un administrateur ou un liquidateur pouvait être empêché dans sa démarche pour améliorer le PSE qu'il a initialement établi, notamment en fonction des possibilités qui lui apparaîtraient en cours de procédure (idée d'un PSE parfait dès sa première présentation ; soumission à l'aval du juge commissaire...).

On devrait dès lors autoriser la possibilité d'amender le PSE en cours de procédure, dans la mesure où ces amendements permettent une amélioration du traitement social des salariés concernés par le licenciement.

§ 3 : Privilégier les salariés au-delà de ce qui existe déjà

Nous avons vu le concours qui s'instaure entre les salariés et les autres créanciers et également la difficulté d'apprécier dans les moyens dont dispose l'entreprise « la richesse potentielle » constituée par son parc machines ou son patrimoine immobilier et de l'intégrer dans le PSE.

Doit-on dès lors prévoir que les salariés seront bénéficiaires de mesures sociales complémentaires dont le financement sera assuré par une partie de la cession ultérieure des éléments du patrimoine ?

On créerait alors un PSE en deux temps :

- PSE de base : initial et hors prise en compte des éléments patrimoniaux non encore évalués et cédés ;
- PSE amélioré, complémentaire à l'issue des cessions.

§ 4 : Instaurer un PSE spécifique aux situations de redressement et de liquidation judiciaires

Ne doit-on pas plutôt se rendre à l'évidence et limiter les PSE des sociétés en redressement ou en liquidation judiciaire aux mesures faisant l'objet de financements publics puisque, hélas, dans la plupart des cas, ces sociétés sont dans une situation telle qu'elles n'ont plus la possibilité de financer des mesures complémentaires ?

LE RÔLE DU REPRÉSENTANT DES SALARIÉS DANS LES PROCÉDURES DE SAUVEGARDE, DE REDRESSEMENT ET DE LIQUIDATION JUDICIAIRES

Franck Petit

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Si le représentant des salariés dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires est apparu comme une innovation marquante de la loi du 25 janvier 1985, son rôle, de même que son positionnement dans la procédure, laisse toujours prise à l'interrogation.

La spécificité de cette institution est surtout marquée par une attribution particulière, celle qui consiste à vérifier l'exactitude des relevés de créances salariales et, le cas échéant, à assister et représenter le salarié dans le cadre d'une contestation prud'homale¹.

Partant de ce constat, Michel Jeantin a pu faire remarquer que le représentant des salariés, qui n'est institué que pour le temps de la procédure collective, « n'a aucun pouvoir en matière de représentation de la collectivité de travail », la loi de 1985 ayant pris soin « d'éviter toute interférence avec la représentation collective du personnel, au risque, il est vrai, de faire apparaître le représentant des salariés comme un parent pauvre de la nouvelle procédure »².

Manifestement, la Cour de cassation s'est fortement inspirée de cette position pour décider que le représentant des salariés, dotés d'attributions limitées aux seuls actes de la procédure collective, ne pouvait être considéré comme une institution représentative du personnel³.

Pourtant, tout n'a pas été dit sur le rôle de cette institution et, corrélativement, sur son statut ; sa mission est en réalité plus riche qu'il

1 - V. M. Cohen, Le rôle des représentants du personnel dans les procédures relatives aux difficultés des entreprises, Dr. Ouv. 1985 ; M. Jeantin, Le représentant des salariés, Dr. Soc. 1986, p. 664 ; C. Lebel, Le statut du représentant des salariés, Actualité des Procédures Collectives, n°9 du 23 mai 2003 ; P. Lafarge, La situation des salariés et l'AGS, RJcom. 1987, p. 178 ; F. Petit, Qu'est-ce qu'une institution représentative du personnel ?, Dr. Soc. 2002, p. 1073 ; L. Serfati-Apter, P. Lafarge, Le représentant des salariés de la loi du 25 janvier 1985, Gaz. Pal. 4 nov. 1986, doct. p. 657. B. Teyssié, Les représentants des salariés dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires, JCP 1986, 3239.

2 - M. Jeantin, art. préc. Dr. Soc. 1986, p. 664 ; en ce sens, Y. Guyon, Droit des affaires, Tome 2, Economica, 8^{ème} éd., p. 195.

3 - Soc. 4 juin 2003, 2 arrêts, n°01-40202 et 00-45820 ; cette décision était en réalité annoncée dans l'arrêt du 27 juin 2002, n°00-41893.

n'y paraît et la multiplication du contentieux sur le sujet – une trentaine d'arrêts de la Cour de cassation et de cours d'appel sur le sujet – montre que ce représentant est destiné à jouer un rôle d'expression collective des intérêts des salariés dans cette procédure.

De quelle mission s'agit-il ?

On notera d'abord que le représentant des salariés n'est pas un organe de la procédure comme les autres. Son originalité tient à la source de ses pouvoirs : il n'est pas désigné par le tribunal ; il revient au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel, voire aux salariés eux-mêmes dans l'hypothèse d'une carence d'institutions représentatives du personnel, de procéder à l'élection de ce représentant et, en cas de départ prématuré, à son remplacement.

On montrera ensuite que le représentant des salariés n'est pas, comme organe de la procédure, un simple figurant ; ce salarié est investi de cinq missions principales : il a pour rôle de vérifier les créances salariales ; il peut également assister et représenter les salariés dans l'hypothèse d'une contestation prud'homale ; il est destinataire d'informations sur les offres de cessions de l'entreprise et peut se constituer partie civile au nom des salariés ; il dispose aussi du droit de demander la publicité des débats qui ont lieu devant le tribunal.

A ces missions principales s'ajoutent des missions informelles, comme le révèlent les arrêts relatifs au fonctionnement de cette institution. Il en ressort notamment que ce représentant, déjà chargé d'informer les salariés sur leur situation personnelle, joue un rôle d'influence dans le choix du plan de continuation.

Enfin, le législateur a investi le représentant des salariés des prérogatives du comité d'entreprise et des délégués du personnel, lorsque ces institutions font défaut ; son droit à l'information est à la fois enrichie et doublé d'un droit à consultation ; il hérite par ailleurs de la possibilité d'exercer les voies de recours contre les principales décisions judiciaires.

Il est proposé de s'intéresser d'abord aux limites temporelles de sa mission (section I) pour ensuite s'interroger sur le contenu de sa mission au cours de la procédure (section II), notamment dans le cadre d'une suppléance des institutions représentatives du personnel (section III).

Cette démarche conduira, en conclusion, à prendre position sur son statut.

Section I - Une mission limitée au temps de la procédure

L'entrée en mission nécessite une élection qui a lieu dans les 10 jours qui suivent l'ouverture de la procédure (§ 1) ; elle s'accompagne d'une protection contre le licenciement qui s'applique jusqu'au moment où le dernier des salariés de l'entreprise aura perçu l'intégralité des sommes qui lui sont dues par l'AGS au titre de l'article L. 143-11-7 al. 10 du code

Le rôle du représentant des salariés dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires

du travail (§ 2) ; il peut être nécessaire, en cours de procédure, d'assurer le remplacement du représentant des salariés.

§ 1 : L'entrée en mission

L'entrée en mission du représentant des salariés se fait à la suite d'une désignation ou d'une élection (A) dont toute personne intéressée peut contester la régularité devant le tribunal d'instance (B).

A. L'organisation de l'élection

Un représentant des salariés doit être désigné à la suite de l'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation ; il revient en effet au tribunal, dans son jugement⁴, « d'inviter » le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel à désigner un représentant parmi les salariés de l'entreprise. En l'absence de comité d'entreprise et de délégués du personnel, les salariés sont appelés à élire directement leur représentant, qui, en plus de ses missions propres, exercera les fonctions dévolues à ces institutions représentatives du personnel. Ce qui signifie que l'élection par l'ensemble des salariés présente un caractère subsidiaire : il faut nécessairement constater l'absence de comité d'entreprise ou de délégué du personnel pour envisager le recours à un vote directement auprès de la collectivité de travail⁵.

Le texte de l'article L. 621-4 al. 2 du code de commerce fait lui-même une distinction entre ces deux modes d'entrée en fonction - désignation ou élection - dont les modalités ont été précisées par le décret n° 2005-1677 du 28 déc. 2005. Selon ce texte⁶, le représentant légal du débiteur, assisté de l'administrateur s'il en a été désigné, doit, dans les dix jours du prononcé du jugement d'ouverture, réunir le comité d'entreprise, les délégués du personnel ou, à défaut, les salariés en vue de procéder, selon le cas, à cette désignation ou à cette élection. Les salariés élisent ensuite leur représentant « par vote secret au scrutin uninominal à un tour ».

L'alinéa 2 de l'article L. 621-4 du code de commerce s'achève en imposant au chef d'entreprise la rédaction d'un « procès-verbal de carence » lorsqu'aucun représentant des salariés n'a pu être désigné ou

4 - Pour la procédure de sauvegarde, v. L. 621-4 al. 2 C. com. ; pour la procédure de redressement, v. l'art. L. 631-9, qui renvoie à l'art. L. 621-4 C. com. ; pour la procédure de liquidation, v. l'art. L. 641-1 C. com., qui renvoie à l'art. L. 621-4 C. com.

5 - Lorsqu'au sein de la société soumise à une procédure de redressement judiciaire sont présents un délégué titulaire et un délégué suppléant du personnel, seuls ceux-ci ont qualité pour procéder à la désignation du représentant des salariés, à l'exclusion de toute élection par l'ensemble du personnel (TI Mantes-La-Jolie, 13 sept. 1991, D. 1992, somm. 86, obs. Derrida) ; à défaut de possibilité de désignation par les délégués du personnel d'un seul représentant des salariés, cette désignation devra être effectuée par l'ensemble du personnel au sein duquel sera organisée dans les meilleurs délais une élection par vote secret au scrutin uninominal à un tout (TI Chambéry, 14 mars 1986, Gaz. Pal. 1986, 1, somm. 142).

6 - Art. 57 al. 1 du décret n°2005-1677 du 28 déc. 2005.

élu. Ce document doit ensuite, au même titre qu'un procès-verbal de désignation ou d'élection du représentant des salariés, être immédiatement déposé au greffe du tribunal⁷.

On trouve enfin aux articles L. 621-5 et L. 621-6 du code de commerce quelques rares précisions tenant aux qualités que doivent présenter les salariés participant à l'élection du représentant des salariés et les candidats à cette fonction : aucun ne doit avoir encouru une des condamnations prévues par l'article L. 6 du code électoral. Le représentant des salariés doit aussi être âgé de dix-huit ans accomplis. Pour garantir son indépendance à l'égard de l'employeur, il est fait interdiction à un parent ou allié du chef d'entreprise ou des dirigeants, jusqu'au quatrième degré inclusivement, de se faire désigner représentant des salariés, sauf dans les cas où cette interdiction est de nature à empêcher cette désignation.

En raison de leur laconisme, ces quelques dispositions n'ont pas manqué de susciter des contestations ; un contentieux s'est formé en particulier sur les conditions de désignation de ce représentant, notamment sur le moment de sa mise en place, sur le mode de délibération d'un comité d'entreprise, sur les qualités que doivent présenter les électeurs et sur celles des candidats à la fonction de représentant. Se pose également la question de savoir ce qu'il advient de la procédure lorsque le représentant légal de l'entreprise débitrice néglige d'organiser cette désignation ou est à l'origine d'une désignation irrégulière.

Concernant le moment de la mise en place, la lettre des textes est sans ambiguïté ; il faut attendre l'ouverture de la procédure avant de procéder à la désignation ; le représentant légal doit par ailleurs l'organiser dans les 10 jours qui suivent le jugement d'ouverture. Il n'existe pas de contentieux sur une désignation tardive de ce représentant ; en revanche, la Cour de cassation s'est prononcée sur un cas de désignation prématurée, 2 jours avant l'ouverture de la procédure ; à l'évidence, elle apparaît irrégulière et peut faire l'objet d'une contestation qui doit être connue, non pas du tribunal d'instance, mais du juge de droit commun, c'est-à-dire du tribunal de grande instance⁸. Le jugement rendu sera sur ce point susceptible d'appel.

Sur le choix du mode de désignation au sein du comité d'entreprise, la question s'est posée de savoir si cette désignation relevait d'une résolution du comité d'entreprise - prises à la majorité des membres présents - ou si elle pouvait être assimilée à une élection soumise au droit électoral⁹. Il existe sur cette question des points de comparaison avec la désignation du secrétaire du comité ; on doit pouvoir considérer ici que cette désignation relève davantage d'une élection que d'une

7 - Art. 57 al. 2 du décret n°2005-1677 du 28 déc. 2005.

8 - Soc. 12 nov. 1996, n°95-61000.

9 - Soc. 16 déc. 1998, n°97-60501.

délibération ; elle justifie alors l'application du droit commun électoral ; ce qui signifie qu'en cas de pluralité de candidats, on choisira celui qui obtiendra le plus grand nombre de voix – même si ce nombre de voix ne correspond pas à la majorité des membres présents ; par ailleurs, s'il n'y a qu'un candidat, il n'est pas nécessaire qu'il obtienne la majorité des voix des membres présents ; en l'absence de concurrence, une seule voix peut suffire à le mettre en place¹⁰ ; la règle selon laquelle « les salariés élisent leur représentant par vote secret au scrutin uninominal à un tour » ne vaut pas seulement pour l'élection du représentant par l'ensemble des salariés ; elle a vocation également à s'appliquer au sein du comité, en raison du rôle important que ce représentant est amené à jouer au sein de la procédure ; il est opportun de faciliter l'élection de ce représentant afin d'assurer un fonctionnement régulier de l'institution ; l'absentéisme, les votes blancs et nuls, l'éparpillement des voix en cas de pluralité de candidats ne doivent pas entraîner une paralysie de l'institution .

Pour savoir maintenant qui peut être admis à participer à une élection organisée directement auprès du personnel, on peut être tenté de se référer au droit des élections professionnelles dans l'entreprise pour y trouver des solutions adéquates. On comprend alors mieux la décision rendue par le Tribunal d'instance de Paris¹¹ qui avait annulé un scrutin organisé uniquement avec les salariés qui étaient présents le jour où il avait été décidé de procéder à l'élection du représentant des salariés ; en vertu du principe d'égalité des électeurs, tous les salariés doivent être avertis de l'organisation de l'élection, au moyen, le cas échéant, d'une convocation.

Parce que la principale mission du représentant des salariés est de vérifier les créances des salariés de l'entreprise, on est tenté de ne comprendre dans le collège électoral que les salariés créanciers de l'employeur ; cela ne signifie-t-il pas qu'il faut exclure de l'électorat les salariés mis à disposition ou détachés qui perçoivent leur revenu d'une entreprise tierce, même s'ils sont intégrés à la communauté de travail de l'entreprise débitrice ? Sur ce point, on doit tout de même se souvenir que le représentant des salariés peut être amené à remplacer en leur absence le comité d'entreprise ou les délégués du personnel dans l'exercice de leurs prérogatives. C'est pourquoi on est enclin à considérer qu'il faut compter comme électeurs tous ceux qui sont intéressés au sort de l'entreprise, notamment ceux qui participent à la mise en place du comité d'entreprise ; pour l'élection du représentant des salariés, l'électorat, de même que l'éligibilité, est même comprise plus largement, car il n'existe aucune condition d'ancienneté.

10 - Soc. 16 déc. 1998, n°97-60501.

11 - TI Paris, 28 mars 1986, Gaz. Pal 1986. 1. 329.

C'est donc la qualité de salarié¹² au sens large qui doit prévaloir pour décider de la qualité d'électeur ; le cercle des votants ne devrait pas se réduire à l'ensemble des salariés liés par un contrat de travail ; plus exactement, devraient être concernés par le scrutin tous ceux qui sont intégrés à la communauté de travail. Sont également décomptés les salariés effectuant leur préavis de licenciement¹³. Concernant les dirigeants, il ne peut être question d'exclusion, dès lors qu'ils ont la qualité de salariés créanciers.

La question de l'éligibilité appelle une analyse différente : on doit considérer qu'en empêchant les parents ou alliés du chef d'entreprise ou des dirigeants, jusqu'au quatrième degré inclusivement, de se faire désigner représentant des salariés (sauf dans les cas où cette interdiction est de nature à empêcher cette désignation), le législateur sous-entend que les représentants habituels du chef d'entreprise doivent également être privés de l'éligibilité à ce type de fonction. Par commodité, on peut se référer, sur ce point, à une jurisprudence rendue en matière d'élections professionnelles : seront exclus de la possibilité d'être désignés représentants les salariés qui détiennent « sur un service, un département ou un établissement de l'entreprise une délégation particulière d'autorité établie par écrit permettant de les assimiler à un chef d'entreprise »¹⁴. La délégation d'autorité, qui doit être écrite, se manifeste principalement par le transfert du pouvoir d'embaucher, de sanctionner et de licencier¹⁵. C'est, peu ou prou, ce qu'avait décidé le Tribunal d'instance de Mantes-La-Jolie, dans une décision du 13 sept. 1991¹⁶ : le dirigeant ne peut être désigné comme représentant des salariés ; il en allait de même du directeur salarié qui exerçait les fonctions de directeur, représentant le gérant d'une SARL domiciliée aux Etats-Unis, et qui jouait à l'égard du personnel le rôle de l'employeur.

Il reste à discuter du problème de la négligence du représentant légal de l'entreprise qui « oublie », voire refuse d'organiser l'élection du représentant des salariés ; cette question doit être très nettement distinguée de l'impossibilité de désigner un tel représentant, par exemple

12 - Soc. 16 janvier 1991, n°89-61542.

13 - Soc. 16 janvier 1991, n°89-61542.

14 - Soc. 6 mars 2001 n° 99-60553, bull. V, n°73.

15 - Comparer avec Soc. 6 fév. 2002, bull. V, n°58 ; comparer également avec la jurisprudence sur l'exclusion du droit de vote et de l'électorat de certains cadres lors des élections du comité d'entreprise ou des délégués du personnel : celui qui n'a que la possibilité de transmettre à son supérieur les réclamations et revendications du personnel, sans pouvoir lui-même décider, conserve le droit de vote (Soc. 12 mars 2003, n°01-60730, RJS 5/03, n°637) ; le salarié qui se borne à remplacer le directeur lorsqu'il est absent demeure électeur (Soc. 29 mai 1991, n°90-60211, bull. V, n°277 ; Dr. Soc. 1991, p. 642) ; celui qui appartient au conseil de discipline ne sera privé du droit de vote que s'il dispose des pouvoirs du chef d'entreprise (Soc. 11 mars 1992, n°90-60429, RJS 4/92, n°468) ; par ailleurs, la qualité de cadres supérieurs ne semble pas être exclusive du droit de vote (Soc. 28 fév. 1980, bull. V, n°209 ; 7 fév. 1980, bull. V, n°125) ; mais le salarié qui appartient à la catégorie des cadres dirigeants (art. L. 212-15-1 du code du travail) doit en être privé, de même que celui qui est en même temps mandataire social (Soc. 25 mars 1980, n° bull. V, n°292).

16 - TI Mantes-La-Jolie, 13 sept. 1991, D. 1992, somm. 86, obs. Derrida.

Le rôle du représentant des salariés dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires

en raison d'un défaut de candidature. On rappellera, à ce sujet, que le représentant légal doit rédiger un procès-verbal de carence s'il constate l'impossibilité de faire désigner un représentant des salariés. En toute hypothèse, l'impossibilité de le désigner n'empêche pas le déroulement de la procédure collective, le représentant des salariés n'étant pas un organe obligatoire, comme le montre l'utilisation du verbe « inviter » à l'article L. 621-4 du code de commerce

Mais lorsque l'absence de représentant résulte d'un manquement du représentant légal ou d'une erreur de la direction ayant entraîné l'irrégularité d'une désignation, n'est-on pas en présence d'une hypothèse de nullité de la procédure qui viendrait, par exemple, rendre inopposable aux salariés les délais de forclusion de leurs actions en justice ? A notre connaissance, un seul arrêt – celui de la Cour d'appel de Nîmes¹⁷ - a été rendu sur ce point, en apportant une réponse négative ; celle-ci se justifie par le principe des nullités textuelles ; puisque les textes ne prévoient pas la nullité de la procédure engagée en l'absence de représentant des salariés, il est exclu, par exemple, de rendre le délai de forclusion de l'action prud'homale inopposable aux salariés. Mais cela ne signifie pas que l'absence de désignation régulière du représentant des salariés doit nécessairement rester sans incidence sur le cours de la procédure. Saisi d'une contestation sur la désignation – qui sera ici une contestation fondée sur l'absence de désignation -, le juge pourrait par exemple envisager de suspendre la procédure et les délais qui la caractérisent dans l'attente d'une désignation régulière.

B. La contestation de l'élection

Les contestations relatives à la désignation du représentant des salariés, comme celles qui portent sur l'absence de désignation¹⁸, sont de la compétence du tribunal d'instance qui statue en dernier ressort¹⁹. La saisine du tribunal, qui se fait par « déclaration au greffe »²⁰, doit avoir lieu dans les deux jours qui suivent la désignation du représentant des

17 - CA Nîmes 5 déc. 2001, publié par le service de documentation et d'études de la Cour de cassation ; publié également sur Légifrance avec le n°2000/1319 : dans cette affaire, une désignation avait bien eu lieu ; la salariée d'une petite entreprise s'était auto-proclamée représentante des salariés, car elle pensait être l'unique salariée ; mais cette désignation était entachée d'irrégularité à la suite de la découverte d'un autre contrat de travail au sein de l'entreprise débitrice ; le fait qu'aucune désignation du représentant des salariés n'ait été faite régulièrement, et qu'aucun procès-verbal de carence n'ait non plus été dressé, a donc caractérisé un manquement du chef d'entreprise et de l'administrateur judiciaire ; mais les juges ont considéré que ce manquement ne pouvait être reproché au représentant des créanciers qui, en l'absence de désignation valable d'un représentant des salariés, n'était pas tenu de le faire désigner, ni d'interrompre la procédure légale de vérification des créances ; la désignation du représentant des salariés n'étant pas prévue par les textes à peine de nullité de la procédure, il ne pouvait être question de rendre le délai de forclusion de l'action prud'homale inopposable à la salariée.

18 - Soc. 24 nov. 1992, n°91-60365.

19 - Art. L. 621-6 al. 2 C. com.

20 - Art. 8 al. 1 du décret n°2005-1677 du 28 déc. 2005.

salariés²¹ ; dans les cinq jours de cette saisine, le tribunal d'instance statue en dernier ressort, « sans frais ni forme de procédure » et sur simple « avertissement » qu'il donne deux jours à l'avance à toutes les « parties intéressées »²². La décision du tribunal d'instance est ensuite notifiée par le greffier dans les deux jours²³. Un pourvoi en cassation peut être formé dans les cinq jours qui suivent ; il doit être présenté, instruit et jugé dans les conditions fixées par les articles 999 à 1008 du nouveau code de procédure civile²⁴.

Là encore, les dispositions du code de commerce et du règlement de 2005 appellent quelques explications, en raison de leur laconisme. On évoquera d'abord le problème récurrent de savoir qui peut agir en contestation ; il faut également expliquer ce que représentent une déclaration au greffe et un avertissement.

Qui peut saisir le tribunal d'instance d'une contestation de la désignation du représentant des salariés ?

Force est d'admettre qu'est intéressé à agir le représentant légal de l'entreprise débitrice, à qui il revient d'organiser la désignation. A notre avis, peuvent également agir tous les électeurs concernés, de même que le comité d'entreprise ou les délégués du personnel, s'ils ont participé à la mise en place du représentant. De manière plus générale, tous les salariés de l'entreprise devraient pouvoir exercer ce droit à contestation ; cette solution s'explique par la mission même du représentant des salariés, qui est amené à défendre les intérêts de l'ensemble des salariés concernés par la procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation. Les candidats écartés auront aussi le droit de demander l'annulation des élections en raison du préjudice qu'ils ont pu subir du fait d'une irrégularité. Enfin, il peut être reconnu aux groupements syndicaux le droit de contester la régularité de la désignation, sur le fondement de l'article L. 411-11 du code du travail ; notamment, un syndicat pourrait demander la participation au scrutin de salariés qui auraient été écartés sans raison.

Pour savoir ce que recouvrent les notions de déclaration au greffe ou d'avertissement, on peut s'en remettre aux textes et jurisprudences relatifs à l'organisation des élections dans l'entreprise.

La saisine par déclaration au greffe nécessite en principe le déplacement du demandeur ou de son représentant, peut se traduire par une déclaration orale et se termine par la rédaction d'un procès-verbal par le secrétariat-greffe²⁵. Mais la Cour de cassation admet que la saisine se

21 - Art. 8 al. 2 du décret préc.

22 - Art. 8 al. 3 du décret préc.

23 - Art. 8 al. 4 du décret préc.

24 - Art. 8 al. 5 du décret préc.

25 - L'absence d'un tel procès-verbal n'entraîne pas la nullité de la procédure : Soc. 7 juil. 1977, n°77-60533, bull. V, n°479.

Le rôle du représentant des salariés dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires

fasse par lettre recommandée ou par simple lettre²⁶, dès lors qu'il n'existe aucun risque de confusion quant à l'auteur de la lettre et l'objet de la contestation ; cette irrégularité ne doit soulever aucun grief de la part des défendeurs²⁷ et ne doit leur causer aucun préjudice²⁸; le tribunal ne peut relever d'office le moyen tiré de l'irrégularité de la saisine²⁹, qui peut encore se faire par voie d'assignation³⁰ ou par lettre adressée au Président du tribunal d'instance³¹.

L'avertissement est la convocation que le tribunal adresse aux parties intéressées au litige, avant qu'il ne se prononce : sont considérées classiquement comme des parties intéressées l'employeur (le représentant légal)³², les électeurs mis en cause dans l'affaire³³, les candidats dont l'éligibilité est contestée et les élus dont l'élection est contestée³⁴. Doivent également être convoqués le comité d'entreprise et les délégués du personnel, dès lors qu'ils ont participé à la désignation.

En indiquant que la décision est rendue « sans frais ni forme », l'article 58 du décret de 2005 fait obstacle à ce que le juge condamne l'une des parties aux dépens³⁵. Mais il lui reste possible de demander à la partie perdante le remboursement, sur le fondement de l'article 700 NCPC, des frais irrépétibles, peu important qu'il ne puisse y avoir en la matière de condamnation aux dépens³⁶.

Deux arrêts rendus par la Cour de cassation montrent enfin que la désignation du représentant échappe largement à son contrôle ; s'agissant d'une question de fait, elle s'en est remis, dans ces deux affaires, aux constatations des juges du fond³⁷.

§ 2 : La fin de la mission

En principe, la mission du représentant prend fin en même temps que la protection contre le licenciement qui l'accompagne, protection qui est comparable à celle dont bénéficient les représentants du personnel³⁸ : toutes les deux durent jusqu'au moment où le dernier des salariés

26 - Soc. 18 juil. 1978, n°94-60108, bull. V, n° 596 ; Soc. 29 mai 2002, RJS 8/2002, n°1008 ; 13 fév. 2003, RJS 4/2003, n°492.

27 - Soc. 16 mai 1990, bull. V, n°230 ; Soc. 3 mai 1995, n°94-60223.

28 - Soc. 20 déc. 1988, n°88-60108, bull. V, n°671 ; Soc. 13 fév. 2003, préc.

29 - Soc. 25 mai 1997, n°77-60015, bull. V, n°348 ; Soc. 7 fév. 1989, n°88-60.111, bull. V, n° 95.

30 - Soc. 19 nov. 1986, n°86-60049, bull. V, n°531.

31 - Soc. 29 mai 2002, n°01-60625, RJS 8/02, n°1008.

32 - Soc. 7 juil. 1983, n°82-60636, bull. V, n°429 ; Soc. 3 déc. 1986, n°86-60245 ; Soc. 28 fév. 1989, bull. V, n°150.

33 - Par exemple ceux dont l'inscription sur la liste électorale est contestée ; mais la collectivité toute entière pourrait également être « intéressée », notamment en cas d'absence de désignation.

34 - Soc. 26 fév. 1992, n°91-60018, bull. V, n°134.

35 - Soc. 24 nov. 1992, bull. V, n°569 ; Soc. 12 juin 2002, n°01-60058.

36 - Soc. 20 juil. 1978, n°78-60599, bull. V, n°629.

37 - Soc. 17 novembre 1998, n°97-43639 ; Com. 30 juin 2004, n°01-13965.

38 - Art. L. 662-4 al. 4 C. com.

de l'entreprise aura perçu l'intégralité des sommes qui lui sont dues par l'AGS au titre de l'article L. 143-11-7 al. 10 du code du travail ; lorsque le représentant des salariés exerce les fonctions du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, la protection cesse au terme de la dernière audition ou consultation prévue par la procédure de redressement judiciaire.

Mais il est possible que le représentant des salariés fasse l'objet d'un licenciement ; ce dernier mettra alors fin à la mission légale du représentant des salariés ; avant d'être décidé, le licenciement doit obligatoirement être soumis pour avis au comité d'entreprise. Il ne peut intervenir que sur autorisation de l'inspecteur du travail, même en cas de fermeture de l'établissement. Dans cette hypothèse, l'avis du comité doit être joint à la demande adressée à l'inspecteur du travail. Lorsqu'il n'existe pas de comité d'entreprise dans l'établissement, l'inspecteur du travail est saisi directement.

A l'imitation de ce qui a été décidé pour les représentants du personnel, le licenciement prononcé sans l'autorisation de l'inspecteur du travail est nul ; le représentant qui en est victime peut demander sa réintégration ; si l'entreprise a été cédée, il peut demander la poursuite de son contrat de travail auprès du nouvel employeur³⁹ ; mais le représentant des salariés peut également préférer une indemnisation : le salarié protégé, qui a été licencié sans autorisation et qui ne demande pas la poursuite du contrat de travail illégalement rompu, a le droit d'obtenir non seulement une indemnité égale à la rémunération qu'il aurait perçue depuis la date de son éviction jusqu'à la fin de la période de protection, à titre de sanction de la méconnaissance par l'employeur du statut protecteur, mais encore, à défaut de faute grave, les indemnités de rupture et une indemnité si le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse⁴⁰.

Lorsque le représentant des salariés a été licencié malgré un refus de l'inspecteur du travail qu'une décision ultérieure du ministre du travail a annulé, il aura seulement droit aux salaires qu'il aurait dû percevoir entre le jour où l'inspecteur du travail a refusé le licenciement et le jour où son licenciement a finalement été accepté à la suite du recours hiérarchique⁴¹.

En cas de faute grave, il est possible de prononcer la mise à pied immédiate de l'intéressé en attendant la décision définitive. Mais cette mise à pied n'a pas pour effet de suspendre la mission que le représentant des salariés tient de sa qualité d'organe de la procédure ; en cas de refus de licenciement, la mise à pied est annulée et ses effets supprimés de plein droit.

39 - Soc. 14 mars 2000, n°97-40727.

40 - Soc. 5 mai 1993, n°92-40835, bull. V, n°127 p. 88 ; D. 1993, IR p. 138 ; JCP G, 1993, IV, p. 198, n°1658 ; JCP G, 1993, I, 3721, obs. M. Cabrillac et Ph. Petel.

41 - Soc. 14 mars 2000, n°97-40727.

Le rôle du représentant des salariés dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires

On notera que la Cour d'appel de Versailles n'a pas hésité à étendre le régime protecteur des représentants des salariés à ceux qui, sans être élus, ont demandés l'organisation de l'élection du représentant des salariés en se portant candidat⁴², même si la loi du 29 juillet 2005 et le décret du 28 décembre 2005 n'ont pas prévu à leur égard de protection particulière. En l'absence de remise en cause par la Cour de cassation, cette décision est de nature à faire jurisprudence. Mais se pose alors le problème de la détermination de la période de protection : puisque, dans cette affaire, l'entreprise aurait dû se doter de délégués du personnel, la durée de la protection qui a servi de référence a été celle de l'article L. 425-1 du code du travail (six mois à compter du jour où l'employeur a eu connaissance de l'imminence de la candidature).

Lorsque le représentant des salariés quitte l'entreprise avant l'achèvement de sa mission, il appartient à ceux qui l'ont mis en place de le remplacer ; il incombe donc au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel ou, à défaut, aux salariés eux-mêmes, de procéder seuls à son remplacement⁴³, sans que le tribunal puisse intervenir.

Section II - Une mission limitée aux actes de la procédure

Le représentant des salariés est investi de missions principales (§ 1) qui peuvent, comme le montrent les différents arrêts rendus sur le sujet, se doubler de missions informelles (§ 2).

§ 1 : Les missions principales

Le représentant des salariés est investi de cinq missions : il a pour rôle de vérifier les créances salariales (A) ; il peut également assister et représenter les salariés dans l'hypothèse d'une contestation prud'homale (B) ; il est destinataire d'informations sur les offres de cessions de l'entreprise (C) et peut se constituer partie civile au nom des salariés (D) ; il dispose enfin du droit de demander la publicité des débats qui ont lieu devant le tribunal (E).

A. Mission de vérification des créances

Aux termes de l'article L. 625-1 du code de commerce, le représentant des salariés a pour mission principale de vérifier l'exactitude des relevés de créances résultant d'un contrat de travail que le mandataire judiciaire doit avoir établis. En réalité, la mission du représentant des salariés commence dès l'élaboration de ces relevés, puisqu'il peut être amené à produire des documents et des informations pour aider le

42 - CA Versailles 30 avril 2002, Légifrance : n°2001-2554.

43 - Art. L. 621-7 C. com., al. 5.

mandataire judiciaire à établir ces relevés⁴⁴. Dès qu'il est d'accord avec le mandataire judiciaire, le représentant des salariés appose sa signature sur les relevés ; il peut aussi formuler des réserves ou des observations. Il peut enfin refuser de le signer ; dans cette hypothèse, le juge-commissaire entend le représentant des salariés.

La mission de vérification du représentant des salariés se fait dans les conditions prévues à l'article L. 625-2 du code de commerce : elle implique d'abord que le mandataire judiciaire communique au représentant des salariés tous documents et informations utiles. Ce qui se traduit par l'obligation pour le débiteur de tenir à la disposition du représentant des salariés les éléments à partir desquels le mandataire judiciaire a établi les relevés, notamment le livre de paye et le registre du personnel. Elle autorise ensuite le représentant des salariés, en cas de difficultés, à s'adresser à l'administrateur et, le cas échéant, à saisir le juge-commissaire.

Dans l'exercice de cette mission, le représentant des salariés se trouve tenu de la même obligation de discrétion que celle qui pèse, à l'article L. 432-7 du code du travail, sur les membres du comité d'entreprise et les représentants syndicaux : sont couvertes par cette obligation de discrétion les « informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par le chef d'entreprise ou son représentant ». La violation de cette obligation peut manifestement être sanctionnée sur le plan de la responsabilité civile⁴⁵, non pas sur celui de la responsabilité pénale ; d'après MM. Jeantin et Le Cannu, elle pourrait l'être également sur le plan disciplinaire : s'il est qualifié de faute grave, au sens de l'article 627-5 al. 3 du code de commerce, ce manquement pourrait justifier le prononcé d'une mise à pied immédiate de l'intéressé en attendant la décision définitive de l'inspecteur du travail autorisant le licenciement ; mais cette qualification de faute grave ne peut être retenue que si la divulgation porte sur une information que l'employeur avait expressément présentée comme confidentielle.

Le représentant des salariés dispose enfin de la possibilité de se faire payer le temps passé à l'exercice de sa mission comme temps de travail, de plein droit et à l'échéance normale ; ce qui signifie que le représentant bénéficie d'une présomption de bonne utilisation du temps qui lui est imparti, à l'image de ce qui existe pour les représentants du personnel ; mais il n'existe dans les textes aucun crédit chiffré ; c'est au juge-commissaire de fixer lui-même le temps que le représentant des salariés consacrerà à sa mission. Cette appréciation est loin d'être aisée ; on ne sait, notamment, si ce paiement peut couvrir le

44 - Art. 118 du décret du 28 déc. 2005 : « au vu des documents ou à partir des informations fournies par les salariés, par le débiteur, par l'administrateur ainsi que par le représentant des salariés, le mandataire judiciaire vérifie les créances résultant d'un contrat de travail et en établit des relevés ».

45 - En ce sens, Michel Jeantin et Paul Le Cannu, *Droit commercial : entreprises en difficulté*, Dalloz, 7ème éd., 2007, p. 310.

Le rôle du représentant des salariés dans les procédures de sauvegarde,
de redressement et de liquidation judiciaires

temps passé à l'ensemble des missions du représentant des salariés, ou s'il doit seulement concerner la mission de vérification des créances. La première interprétation devrait l'emporter, dès lors que le représentant des salariés ne sort pas du cadre légal de ses multiples missions⁴⁶. Par ailleurs, en cas de dépassement de ce crédit, sans l'autorisation du juge commissaire, le représentant ne recevra le paiement du complément que s'il parvient à prouver l'existence de circonstances exceptionnelles.

B. Mission d'assistance et de représentation des salariés

On sait par ailleurs que les salariés dont la créance ne figure pas en tout ou en partie sur le relevé établi par le mandataire judiciaire et vérifié par le représentant des salariés peuvent saisir à peine de forclusion le conseil de prud'hommes dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité requises. A cette occasion, les salariés peuvent demander au représentant des salariés de les assister ou de les représenter devant la juridiction prud'homale.

Le représentant des salariés est également avisé par le mandataire judiciaire du refus que l'AGS peut opposer au règlement de certaines créances salariales⁴⁷. Les salariés concernés peuvent trouver là une nouvelle occasion de saisir le conseil de prud'hommes et de demander au représentant des salariés de les assister ou de les représenter devant la juridiction prud'homale.

C. Destinataire d'informations sur la cession de l'entreprise

Dans le cadre d'une procédure de liquidation, le représentant des salariés dispose également de prérogatives particulières lorsqu'est envisagée une cession de l'entreprise. Il doit d'abord être sollicité pour abréger le délai dans lequel les offres doivent être portées à la connaissance de l'administrateur⁴⁸. Il doit aussi avoir connaissance des différentes offres de cession de l'entreprise reçues par l'administrateur ou le liquidateur⁴⁹; le texte ne dit pas s'il est nécessaire de faire connaître au représentant des salariés l'intégralité de ces offres ; pour régler cette difficulté, on peut s'en remettre à la jurisprudence relative à la nature des informations remises au comité d'entreprise ; lorsque l'information due à

46 - En ce sens, L. Serfati-Apter, P. Lafarge, Le représentant des salariés de la loi du 25 janvier 1985, Gaz. Pal. 4 nov. 1986, doct. p. 659.

47 - Art. L. 625-4 C. com. ; art. 121 al. 2 du décret du 28 déc. 2005.

48 - Art. 207 al. du décret du 28 déc. 2005 : « Toute offre doit être communiquée à l'administrateur dans le délai qu'il a fixé. Sauf accord entre le débiteur, le représentant des salariés, le mandataire judiciaire et les contrôleurs, le délai entre la réception d'une offre par l'administrateur et l'audience au cours de laquelle le tribunal examine cette offre est de quinze jours au moins ».

49 - Art. L. 642-2, IV C. com.

l'institution représentative du personnel n'est pas désignée dans tous ses éléments par une disposition particulière, il doit s'agir d'un document comportant toutes les données nécessaires à la compréhension de l'opération et à la formulation d'un avis éclairé ; selon la chambre criminelle de la Cour de cassation, la loi impose seulement au chef d'entreprise qui consulte le comité d'entreprise sur un projet de décision de « fournir des informations précises et écrites », mais ne lui fait pas obligation de « communiquer le projet lui-même, sauf dispositions légales particulières »⁵⁰ ; on rappellera aussi que, de toute façon, aucune sanction particulière n'est prévue en cas de manquement à cette obligation d'information. En particulier, il n'existe en la matière aucun délit d'entrave à la mise en place de l'institution et à son fonctionnement normal.

La question se pose également de savoir si l'obligation d'information du représentant des salariés se double d'une obligation de consultation par le tribunal, avant qu'il ne statue sur les offres de cessions ; l'article L. 642-5 du code de commerce fait obligation au tribunal de recueillir l'avis des « représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel »⁵¹ avant de retenir l'offre la plus adéquate (celle qui permet « dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé, le paiement des créanciers et présente les meilleures garanties d'exécution »). L'expression utilisée par la loi vise les personnes choisies par ces institutions pour les représenter, non pas expressément le représentant des salariés ; si ce dernier doit être consulté, c'est donc uniquement dans le cadre d'un mandat exprès et spécial délivré par le comité d'entreprise ou les délégués du personnel, qui sont libres de choisir leurs « représentants ». Ce n'est que pour l'exercice des voies de recours que les membres du comité d'entreprise ou les délégués du personnel doivent choisir parmi eux la personne habilitée à agir⁵².

D. Droit de se constituer partie civile

Enfin, le représentant des salariés peut saisir la juridiction répressive lorsque le mandataire de justice ayant qualité pour agir n'a pas agi, après une mise en demeure restée sans suite⁵³. Cette constitution de partie civile permet de faire réprimer les délits pouvant être commis au cours ou à l'occasion d'une procédure collective. Encore faut-il, sur ce point, que le représentant des salariés ait un intérêt à agir ; la chambre criminelle n'est pas encline à le lui reconnaître facilement ; par exemple, dans un arrêt du 23 fév. 2005⁵⁴, elle a déclaré irrecevable la

50 - Crim. 6 avril 1993, bull. crim. n°148.

51 - Art. L. 642-5 C. com.

52 - Art. L. 661-10 C. com.

53 - Art. L. 654-17 C. com.

54 - N° 04-83768.

constitution de partie civile du représentant des salariés en raison notamment d'un abus de biens sociaux et d'un abus de confiance ; l'explication de ce rejet se trouve dans le caractère indirect du préjudice dont souffriraient les salariés à raison de ces délits, à les supposer établis. Les salariés ne pouvant pas eux-mêmes agir sur ce fondement, la Cour de cassation en déduit que leur représentant sera également impuissant à agir sur les mêmes motifs. L'explication est classique : on suppose en effet que le représentant des salariés ne peut agir que pour obtenir, au nom des salariés, la réparation de préjudices directs et personnels ; or, cette condition est très rarement réunie, car la perte des emplois est une conséquence de la procédure elle-même, non des infractions commises à l'occasion de cette procédure.

On remarquera également que le texte de l'article L. 654-17 est rédigé de telle manière à restreindre le nombre de personnes habilitées à se constituer partie civile ; la Chambre criminelle a pu refuser ce droit à l'agent judiciaire du Trésor, qui ne figure pas au nombre des personnes que l'article L. 654-17 du code de commerce autorise seules, par dérogation à l'article 2 du code de procédure pénale, à se constituer partie civile du chef de banqueroute⁵⁵.

La Chambre criminelle est également réticente à admettre la constitution de partie civile des syndicats, qui, pourtant, peuvent sur le fondement de l'article L. 411-11 du code du travail, demander réparation des préjudices même indirects portés à l'intérêt collectif de la profession. L'argumentation syndicale tend à faire admettre que les délits d'abus de biens sociaux et de banqueroute sont de nature à porter atteinte aux conditions de rémunération et à l'emploi des salariés de la profession représentée par les organisations syndicales considérées, portant ainsi atteinte à l'intérêt collectif de la profession ; dans leur pourvoi relatif à l'affaire jugée le 27 octobre 1999, les syndicats faisaient valoir que « les détournements établis, graves, étendus et portant sur des sommes considérables, avaient conduit à la ruine et à la liquidation judiciaire des sociétés en cause, de sorte que les infractions commises avaient eu des conséquences gravissimes sur le plan économique comme sur le plan moral, tant pour les salariés permanents que pour les intérimaires ». Mais ces conclusions avaient été rejetées, la Cour de cassation estimant que les syndicats n'établissaient « l'existence d'aucun préjudice même indirect porté à l'intérêt collectif de la profession, distinct de l'intérêt général et du préjudice individuel subi par les salariés »⁵⁶.

Quoi qu'il en soit, les frais de la poursuite intentée par le représentant des salariés sont supportés par le Trésor public, en cas de relaxe⁵⁷.

55 - Crim. 28 fév. 2006, n°05-83.461, bull. crim. n°55 p. 213 ; D. 2006, AJ 1456, obs. A. Lienhard.

56 - Crim. 27 oct. 1999, n°98-85.213 ; RJDA 2000, n° 285.

57 - Art. L. 654-19 C. Com.

E. Droit de demander la publicité des débats

En principe, les débats devant le tribunal ont lieu en chambre du conseil. Toutefois, le représentant des salariés a la possibilité de demander et d'obtenir, au même titre que le débiteur, le mandataire judiciaire, l'administrateur, le liquidateur ou le ministère public, qu'ils fassent l'objet d'une publicité après l'ouverture de la procédure. Mais le président du tribunal peut décider qu'ils auront lieu ou se poursuivront en chambre du conseil s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice.

Là s'arrêtent les prérogatives « judiciaires » du représentant des salariés ; notamment, les possibilités qui lui sont ouvertes d'interjeter appel des décisions du tribunal ou de former un pourvoi en cassation rentrent dans le seul cadre de sa mission de suppléance du comité d'entreprise ou des délégués du personnel.

§ 2 : Les missions informelles

On admettra d'abord que le représentant des salariés n'est pas seulement destinataire d'informations, notamment sur les créances salariales ; en instituant une obligation de discrétion à la charge de ce représentant, l'article L. 625-2 du code de commerce laisse penser que le représentant des salariés a été conçu comme un vecteur d'informations au profit des salariés. L'obligation de discrétion apparaît ainsi comme une limite à la divulgation d'informations.

A la lecture de l'arrêt rendu le 17 octobre 2000⁵⁸, on remarque également que le représentant des salariés peut jouer, en tant qu'organe de la procédure, un rôle non négligeable dans la recherche de solutions de reclassement pour les salariés menacés de licenciement ; dans le pourvoi, il était indiqué que « la durée de la procédure de redressement judiciaire, avec deux prorogations de la période d'observation, ainsi que la présence d'un délégué du personnel ou d'un représentant des salariés, ont offert toutes les garanties aux salariés pour rechercher les solutions les plus adaptées au maintien de tout ou partie des emplois » ; mais, dans cette affaire, cette affirmation était lancée pour tenter d'excuser les manquements de l'employeur à son obligation de reclassement. Les juges n'ont pas été dupes ; on retiendra donc que l'action du représentant visant à limiter les licenciements ne peut en aucune façon couvrir les manquements de l'employeur, qui, notamment dans le cadre d'un groupe, doit lui-même faire l'effort de reclasser les salariés auprès des autres sociétés de ce groupe.

La question s'est également posée de savoir si l'absence de recours ou de démarches du représentant des salariés auprès du juge commis-

58 - Soc. 17 oct. 2000, n°98-41960.

saire, dans le cadre d'une procédure de redressement, était de nature à consolider la cause des licenciements⁵⁹. Cet argument est resté sans effet : le représentant des salariés n'a pas pour mission de cautionner l'autorisation de licencier que donne le juge-commissaire. Notamment, son inaction, son absence de protestation auprès du juge commissaire n'a pas pour effet de conforter les licenciements qui, s'ils sont dépourvus de motifs, peuvent être déclarés ultérieurement sans cause réelle et sérieuse dans le cadre d'une instance prud'homale.

Dans le même ordre d'idées, on trouve un arrêt dans lequel l'employeur soutenait l'existence d'une faute grave commise par deux salariées qui, en prenant parti par écrit pour un repreneur extérieur, avaient, d'après lui, tenté de retarder l'adoption du plan de redressement proposé par l'employeur lui-même⁶⁰ ; à l'appui de sa demande, l'employeur invoquait le fait que ces deux personnes s'étaient, « sous le couvert du droit des salariés à intervenir dans une procédure collective, désolidarisées en fait de leur employeur sans avoir la caution du représentant des salariés ». Comme on pouvait s'y attendre, cette argumentation n'a pas été retenue par la Cour de cassation ; comme toute institution chargée de représenter une collectivité, le représentant des salariés exprime d'abord un point de vue personnel qui ne lie aucunement chaque membre de la collectivité ; il n'est pas le mandataire de chaque salarié, sauf dans l'hypothèse d'une représentation en justice des salariés (qui, à cette occasion, lui délivrent un mandat exprès et spécial) ; en donnant sa faveur au plan de redressement de l'employeur, le représentant des salariés ne faisait qu'assurer une « expression collective » des salariés (à l'imitation de ce que fait un comité d'entreprise lorsqu'il rend un avis sur un projet de décision de l'employeur) ; cet avis peut ne pas plaire à tous ; c'est le propre de tout mandat représentatif, qui conduit son titulaire non pas à traduire chaque volonté individuelle, mais à les transcender en exprimant un point de vue collectif.

En évoquant l'influence que peut avoir le représentant des salariés sur le sort de l'entreprise, on est également conduit à se demander si le manquement commis par un représentant des salariés n'est pas de nature à aggraver sa faute, donc à accentuer sa responsabilité. Un arrêt rendu le 15 octobre 1997 apporte sur ce point quelques repères⁶¹ : en l'espèce, il était reproché à un salarié, qui était par ailleurs représentant des salariés, de ne pas avoir remis les clés de l'entreprise au mandataire-liquidateur, préférant les adresser par courrier au président de la société ; dans son pourvoi, l'employeur reprochait à la Cour d'appel de ne pas avoir retenu à l'égard de ce salarié une faute grave, voire une faute lourde, compte tenu notamment de ses fonctions de représentant

59 - Soc. 12 janv. 2000, n°97-43401.

60 - Soc. 6 février 1992, n°90-43592.

61 - Soc. 15 oct. 1997, n°94-45339.

des salariés ; mais ces éléments n'ont pas été retenus ; il ressort assez nettement de ce contentieux que la qualité de représentant des salariés n'est pas une circonstance de nature à aggraver les fautes qu'il a éventuellement commises.

En toute hypothèse, le représentant des salariés joue un rôle d'influence qui est loin d'être négligeable dans le choix d'une solution de continuation de l'entreprise ; le droit qui lui est ouvert, malgré sa qualité d'organe de procédure, de se rendre acquéreur pour son compte, directement ou indirectement, des biens du débiteur, sans risquer la sanction pénale de l'article L. 654-12, II du code de commerce⁶², est par ailleurs un facteur favorisant l'éclosion de projets de rachat de l'entreprise par les salariés eux-mêmes. Enfin, l'arrêt rendu le 6 juin 2000 montre que le représentant peut prendre parti contre un projet de liquidation, pour lui préférer un plan de continuation. Sa démarche peut même se prolonger par une action en justice, lorsque le représentant agit dans le cadre d'une suppléance du comité d'entreprise ou des délégués du personnel⁶³.

Section III - Une mission élargie en cas d'absence d'institutions représentatives du personnel

Lorsqu'il n'y a pas d'institutions représentatives du personnel, le rôle du représentant des salariés a vocation à s'élargir : il est destinataire de certaines informations sur lesquelles il doit être consulté (§ 1) ; il dispose du droit d'interjeter appel ou de former un pourvoi en cassation contre les décisions statuant sur la liquidation judiciaire, arrêtant, rejetant ou modifiant le plan de sauvegarde ou le plan de redressement (§ 2).

§ 1 : Un droit à information, doublé d'un droit à consultation

Dans les entreprises ne remplissant pas les conditions prévues à l'article L. 421-1 du code du travail (celles qui, en raison d'un effectif inférieur à 11 salariés, ne peuvent avoir de comité d'entreprise ou de délégués du personnel) et dans celles qui, même si elles remplissent les conditions à l'article L. 421-1 du code du travail, n'ont pu mettre en place un comité d'entreprise ou élire des délégués du personnel, le représentant des salariés exerce les prérogatives normalement dévolues à ces organes⁶⁴.

62 - Sur l'interprétation de cette sanction, v. par exemple : Crim. 15 déc. 2004, n°04-81207, bull. n°321, p. 1213.

63 - Par exemple, Soc. 6 juin 2000, n°98-12226.

64 - Art. L. 621-4 C. com. (anc. art. L. 621-135 al. 2 C.com.).

Le rôle du représentant des salariés dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires

Le rôle du représentant va donc s'enrichir : le plus souvent, à sa mission d'information est associée une obligation de consultation.

L'avis du représentant des salariés doit notamment être requis lorsque le tribunal envisage, au cours de la période d'observation, de convertir la procédure de sauvegarde en un redressement judiciaire ou de prononcer la liquidation judiciaire⁶⁵. Lors de l'élaboration du bilan économique, social et environnemental de l'entreprise, l'administrateur devra l'informer de l'avancement de ses travaux⁶⁶ et le consulter sur les mesures qu'il envisage de proposer au vu des informations et offres reçues.

De même, s'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée, le représentant des salariés sera destinataire d'une information sur les propositions pour le règlement des dettes⁶⁷, au fur et à mesure de leur élaboration. Il sera également informé et consulté sur les conditions de maintien des dirigeants de l'entreprise et les conditions de cessions de leurs parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières⁶⁸, de même que sur le rapport de l'administrateur présentant le bilan économique et social et le projet de plan de sauvegarde⁶⁹. Ce n'est qu'après avoir entendu ou dûment appelé le représentant des salariés que le tribunal statuera sur le plan de sauvegarde⁷⁰ ou sa modification substantielle⁷¹. Le commissaire à l'exécution du plan devra par ailleurs l'informer du défaut d'exécution du plan⁷².

L'avis du représentant des salariés doit également être requis pour procéder, au cours de la période d'observation d'une procédure de redressement, aux licenciements présentant un caractère urgent, inévitable et indispensable⁷³ ; cette consultation doit se faire dans les conditions de l'article L. 321-9 du code du travail et s'accompagne d'une information de l'autorité administrative mentionnée à l'article L. 321-8 du code du travail. Le représentant des salariés doit aussi être consulté lorsque le tribunal envisage, au cours de la période d'observation, de convertir une procédure de redressement en une liquidation judiciaire⁷⁴. En toute hypothèse, le représentant des salariés a la possibilité, à tout moment de la procédure, de « communiquer au président du tribunal ou au ministère public tout fait révélant la cessation des

65 - Art. L. 622-10 al. 3 C. com. : Le juge ne peut statuer qu'après avoir dûment appelé le représentant des salariés, en l'absence de représentants du comité d'entreprise ou des délégués du personnel.

66 - Art. L. 623-3 al. 4 C. com.

67 - Art. 625-5 al. 1 C. com.

68 - Art. L. 626-4 C. com.

69 - Art. L. 626-8 C. com.

70 - Art. L. 626-9 C. com.

71 - Art. L. 626-26 al. 2 C. com.

72 - Art. L. 625-25 al. 5 C. com.

73 - Art. L. 631-17 al. 2 et L. 631-19, II C. com.

74 - Art. L. 631-15, II, al. 2 C. com.

paiements du débiteur »⁷⁵. Dans le cadre d'une procédure de liquidation, le rôle de suppléance du comité d'entreprise ou des délégués du personnel n'apparaît pas clairement ; une interprétation littérale de l'article L. 641-1, II, al. 3 permettrait même d'affirmer que le représentant des salariés n'est pas amené à exercer les prérogatives du comité d'entreprise ou des délégués du personnel, en leur absence ; en effet, le renvoi à l'article L. 621-4 n'est pas complet ; l'article L. 641-1 se contente d'indiquer que la désignation du représentant des salariés se fait selon les conditions de l'al. 2 de l'article L. 621-4 ; il précise que son remplacement se fera selon les conditions de l'article L. 621-7 du code de commerce al. 5 ; quant à sa mission, elle est présentée comme devant se réduire à celle de l'article L. 625-2 du code du travail (vérification des créances des salariés) ; son droit d'assister et de représenter les salariés devant le conseil de prud'hommes n'est même pas visé ; mais cette référence restrictive est loin d'être conforme à ce que l'on attend du représentant des salariés, au regard de ce qu'il peut faire dans le cadre de la procédure de sauvegarde et de redressement ; elle n'est même pas exacte, puisqu'il est acquis que sa fonction ne se limite pas à cette vérification : on repère rapidement, dans le chapitre relatif à la réalisation de l'actif, que le représentant des salariés est également destinataire, à titre personnel, d'informations sur les offres de cession de l'entreprise⁷⁶.

En l'état du droit, on doit pourtant s'en remettre à ce que dit le législateur ; ainsi, le représentant des salariés sera seulement informé des offres de reprise⁷⁷, sans être consulté sur le sujet ; pareillement, le représentant des salariés sera écarté de l'information et la consultation sur les modifications d'un plan de cession⁷⁸, sur l'aliénation, l'affectation à titre de sûreté, la location ou la location-gérance des biens repris par le cessionnaire⁷⁹, sur la conclusion d'un contrat de location gérance⁸⁰, enfin sur les conditions d'acquisition de l'entreprise par le locataire-gérant⁸¹.

§ 2 : Le droit d'interjeter appel ou de former un pourvoi en cassation

Aux termes de l'article L. 661-1, I du code de commerce, le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel peuvent exercer les voies de recours (interjeter appel ou former un pourvoi en cassation) contre les décisions statuant sur la liquidation judiciaire, arrêtant, rejetant ou modifiant le plan de sauvegarde ou le plan de redressement.

75 - Art. L. 631-6 C. com.

76 - Art. L. 642-2, IV C. com.

77 - Art. L. 642-2 C. com.

78 - Art. L. 642-6 C. com.

79 - Art. L. 642-9 C. com.

80 - Art. L. 642-13 C. com.

81 - Art. L. 642-17 C. com.

En revanche, il n'est pas prévu de recours contre les décisions statuant sur l'ouverture des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire

Pour l'exercice de ces voies de recours, les membres du comité et les délégués du personnel doivent désigner parmi eux la personne habilitée à agir en leur nom⁸². En conséquence, le représentant des salariés ne peut être choisi pour exercer ces recours au nom du comité d'entreprise ou des délégués du personnel que s'il est lui-même, selon le cas, membre du comité ou délégué du personnel.

En revanche, en l'absence de comité d'entreprise ou de délégué du personnel, le représentant des salariés exerce en son nom les voies de recours habituellement ouvertes aux institutions représentatives du personnel. Il justifie son habilitation à agir, dans cette hypothèse, par sa seule qualité de représentant des salariés.

Pour rendre effectif ces voies de recours, le greffier doit, à la demande du président du tribunal avant qu'il ne statue sur l'ouverture de la procédure, aviser l'employeur qu'il doit réunir le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel, pour que soient désignées les personnes habilitées à être entendues par le tribunal et à exercer les voies de recours conformément à l'article L. 661-10 du code de commerce⁸³. Une copie de cet avis est adressée par le greffier au secrétaire du comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel. Le procès-verbal de désignation est déposé au greffe.

Lorsqu'ils ne sont pas parties à l'instance d'appel, les représentants du comité d'entreprise ou des délégués du personnel et, le cas échéant, le représentant des salariés sont convoqués pour être entendus par la cour. La convocation est faite par lettre simple du greffier⁸⁴.

Conclusion

L'utilité du représentant des salariés ne fait pas de doute et la multiplication du contentieux sur les conditions de sa désignation, l'étendue de sa mission et la nature de son statut en est la première manifestation ; il est l'interlocuteur obligé des salariés pour vérifier l'existence et l'exactitude de leur créance et peut à cette occasion leur délivrer des informations. Cette mission d'information et surveillance de la procédure s'accompagne d'une possibilité de les aider à agir en justice.

Sa mission est en réalité plus riche, notamment parce qu'il peut être amené à se constituer partie civile ; dans l'hypothèse d'une reprise de l'entreprise, il joue un rôle de « facilitateur » de l'opération auprès des salariés ; lorsqu'il n'y a pas d'institutions représentatives du personnel,

82 - Art. L. 661-10 C. com. ; v. également l'art. 332 du décret du 28 déc. 2005 : 83

83 - Art. 51 du décret du 28 déc. 2005.

84 - Art. 333 du décret préc.

il exercera à leur place les attributions qui leur sont dévolues dans la procédure : il devient destinataires d'un plus grand nombre d'informations sur lesquelles il doit même être consulté ; il dispose aussi du droit d'interjeter appel ou de former un pourvoi en cassation contre les décisions statuant sur la liquidation judiciaire, arrêtant, rejetant ou modifiant le plan de sauvegarde ou le plan de redressement.

Il est donc surprenant que la Cour de cassation ait entendu le priver de la qualification d'institution représentative du personnel, au seul motif de la limitation de ses attributions aux actes de la procédure. Au contraire, le cloisonnement de sa mission n'est pas propre à cette institution ; il intéresse toutes les institutions représentatives du personnel ; par exemple, il en va ainsi des délégués syndicaux qui, dans l'exercice de leur mission de représentation de leur syndicat, ne peuvent l'exercer que dans « l'intérêt des salariés de l'entreprise ou de l'établissement au titre des quels ils ont été désignés »⁸⁵.

Nous pensons au contraire que les conditions de mise en place, les moyens offerts à ce représentant et les attributions qui lui sont dévolues étaient bien ceux d'une institution représentative du personnel.

En témoignent, d'abord, ses conditions d'installation : le salarié est élu, ce qui permet de penser qu'il est non pas le mandataire de certains, mais le porte-parole de toute la collectivité de travail. C'est d'ailleurs à ce titre qu'il exercera sa mission d'informations des salariés et de surveillance de la procédure. C'est à ce titre, également, qu'il peut se constituer partie civile. La possibilité qui lui est offerte d'assister et de représenter les salariés dans le cadre d'une contestation prud'homale nécessitera, pour sa part, un mandat individuel et exprès de chaque intéressé.

Ce représentant bénéficie également d'un statut protecteur et de moyens comparables à ceux qui sont attribués aux institutions représentatives du personnel ; il est soumis à une obligation de discrétion en tout point comparable à celle que doivent respecter les membres du comité d'entreprise et bénéficie d'une protection contre les licenciements de même nature ; le renvoi aux textes du code du travail l'atteste ; il dispose d'un crédit d'heures qui lui permet, comme pour un représentant du personnel, de partir en mission sans craindre une retenue de salaire.

Surtout, on relèvera le paradoxe qu'il y a à lui dénier la qualité d'institution représentative du personnel, alors qu'il peut être amené à exercer, dans les entreprises dépourvues de comité d'entreprise ou de délégués du personnel, les fonctions dévolues à ces institutions.

85 - Soc. 23 janv. 1990, D. 1990 IR P. 48 ; RJS 1990, p. 90, n°136.

L'INTERVENTION DE L'AGS : ETAT DES LIEUX ET REFLEXIONS...

François Taquet

Professeur de droit social professeur à l'IESEG (Lille)

et à l'ESCEM (Tours Poitiers)

Avocat, Conseil en droit social

Conseiller scientifique du réseau GESICA

C'est la loi du 27 décembre 1973, à la suite du conflit chez Lip, qui a institué une assurance des salariés contre l'insolvabilité de leur employeur. L'article 2 de la loi avait créé entre différents groupements patronaux, l'Association nationale pour la gestion du régime d'assurance des salaires (AGS). Par convention en date du 26 février 1974, cette association avait confié à l'union nationale interprofessionnelle pour l'emploi dans l'industrie et le commerce (UNEDIC) la gestion technique et financière du régime nouvellement institué. L'UNEDIC avait chargé ses associations régionales (ASSEDIC) de l'application pratique de cette mission (les ASSEDIC de la région parisienne formant un groupement particulier appelé « GARP »). Pratiquement, les ASSEDIC n'étaient que les agents d'exécution du régime d'assurance. Elles agissaient comme mandataires de l'AGS et ne pouvaient que respecter les instructions de celle-ci. La différence était toutefois patente entre ces deux entités : alors que l'AGS avait un fondement légal qui reposait sur un texte impératif, l'assurance chômage reposait sur un fondement contractuel. Si l'on regarde les dernières statistiques, 227 000 salariés ont bénéficié du régime AGS en 2005, pour un montant d'avance de 1,4 milliards d'euros (avec un taux de cotisation qui a beaucoup évolué : 0,05 en 1974, 0,45 en 2003, 0,15 en 2007). Cette intervention de l'AGS a fait l'objet de modifications successives. Notre propos se limitera à l'analyse des dernières évolutions légales et jurisprudentielles en la matière.

Section I - La notion d'employeur

A l'origine l'article L. 143-11-1 du code du travail visait les employeurs ayant la qualité de commerçant, d'artisan, d'agriculteur ou de personne morale de droit privé et occupant un ou plusieurs salariés. La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises a étendu le champ d'application de l'AGS à l'occasion de l'ouverture d'une

procédure collective. Désormais, l'article L. 143-11-1 al 1 du code du travail impose l'affiliation à l'AGS de toute « personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante ». Cette formulation vise les professionnels exerçant une activité libérale réglementée ou dont le titre est protégé. Seuls sont donc exclus de cette assurance obligatoire les employeurs de droit public, les particuliers employeurs et les syndicats de copropriétaires, ainsi que les mandataires sociaux. De même, la loi vise la « procédure de sauvegarde », en plus du redressement ou de la liquidation judiciaire. On notera cependant que l'intervention de l'AGS dans le cadre de la procédure de sauvegarde connaît un régime spécifique sur trois points : En premier lieu, la mise en cause de l'AGS dans les instances en cours devant les juridictions prud'homales est supprimée¹. Cette disposition a été ajoutée par le Sénat lors de la discussion de la loi de 2005. Elle s'explique par le fait que compte tenu de la nature de la procédure de sauvegarde, qui intervient en l'absence de cessation des paiements, il n'est pas justifié « de faire supporter par l'AGS les condamnations auxquelles le débiteur pourrait s'exposer à raison des litiges relatifs au contrat de travail en cours au jour du jugement d'ouverture. Ainsi serait évité tout effet d'aubaine à l'égard de débiteur dont le seul but serait de mutualiser les coûts résultant de ces litiges alors même que leur trésorerie peut les prendre en charge². En deuxième lieu, cette garantie de l'AGS ne s'applique pas aux créances résultant du contrat de travail qui sont nées avant le jugement d'ouverture de la procédure³. Cette exclusion a été expliquée par le rapporteur du texte au Sénat de la manière suivante : on peut craindre « que la garantie de l'AGS pour ces créances n'incite certains débiteurs à utiliser la procédure de sauvegarde afin d'alléger leurs coûts salariaux en les mutualisant par le biais de l'assurance prévue à l'article L. 143-11-1 du code du travail »⁴. En troisième lieu, l'AGS est subrogée dans les droits des salariés pour l'ensemble des créances avancées lors de la procédure⁵. Le but de cette mesure est de ne pas mettre en péril l'équilibre de l'organisme⁶.

Section II - Une couverture assez large

En cas de redressement ou de liquidation judiciaire, l'assurance couvre :
Les sommes dues au salarié à la date du jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire (ainsi que les

1 - Article 58 de la loi - C. com. Art. L. 625-3.

2 - Rapport Sénat, n°335, T1, p. 250.

3 - Art. 165 II de la loi.

4 - Rapport préc., p. 538.

5 - Art. 179 de la loi - art. L. 143-11-9.

6 - V. rapport préc., p. 559.

contributions dues par l'employeur dans le cadre de la convention de reclassement personnalisé) :

- > en exécution de contrat de travail,
- > au titre de l'intéressement, de la participation des salariés ou en application d'un accord créant un fonds salarial, dès lors que les sommes dues sont exigibles,
- > au titre d'arrérages de préretraite, échus ou à échoir, et dus à un salarié ou à un ancien salarié à la suite d'un accord d'entreprise, d'une convention collective ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel ;

Les créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenant :

- > pendant la période d'observation, dans le mois suivant le jugement arrêtant le plan de redressement,
- > dans les 15 jours suivant le jugement de liquidation,
- > pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation judiciaire ;

Les sommes dues, lorsque le tribunal prononce la liquidation judiciaire :

- au cours de la période d'observation,
- dans les 15 jours suivant le jugement de liquidation (un mois pour les représentants des salariés),
- pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation.

En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde de l'entreprise, l'intervention de l'AGS est limitée aux seules créances résultant des licenciements pour motif économique prononcés pendant la période d'observation ou pendant le mois suivant l'arrêté du plan de sauvegarde. Dans ce dernier cas, le mandataire justifie à l'AGS que l'insuffisance des fonds est caractérisée. L'AGS peut contester dans un délai de 30 jours, la réalité de cette insuffisance devant le juge consulaire. Dans cette hypothèse, l'avance des fonds est soumise à l'autorisation du juge.

Ces dispositions ont fait l'objet d'interprétations diverses de la Cour de cassation mais aussi, de modifications légales :

• Ainsi, que faut-il entendre par cette formule ténébreuse d' « exécution du contrat de travail » ? On sait, que, dans un premier temps, la chambre sociale a estimé que la garantie devait être accordée « indépendamment de la qualification de la somme en cause, le critère n'étant pas la nature salariale de la créance mais son rattachement au contrat de travail »⁷.

7 - Cass. soc. 4 février 1987, bull. civ. V, n°56.

Toutefois, les juges suprêmes ont adopté une position plus restrictive à partir de 1991. En effet, la chambre sociale exige, désormais, que la créance trouve sa cause dans l'exécution du contrat de travail⁸. Ainsi que le résumait M. Gérard Thuillier⁹, « pour être garanties, les créances doivent être dues en exécution du contrat et non pas seulement rattachées audit contrat par la faute de l'employeur ou du mandataire de justice ». Le fait que cette dette « découle » du contrat de travail n'est pas suffisant pour justifier la mise en œuvre de la garantie. Cette nouvelle conception a permis à la chambre sociale d'exclure, de la garantie de paiement, les créances découlant d'une action en responsabilité contre l'employeur¹⁰. Toutefois, cette dernière position de la Cour de cassation est souvent difficile à cerner, à tel point que l'on aurait pu espérer des précisions du législateur à l'occasion du vote de la loi de 2005. Ainsi, on aurait pu penser, que les dommages intérêts, réparant le préjudice moral du salarié consécutif aux circonstances vexatoires ayant entravé le licenciement, constituaient la sanction d'une obligation qui ne se rattachait pas directement au contrat de travail et donc, une dette de responsabilité de l'employeur non garantie par l'AGS. Cependant, la chambre sociale a adopté une position plus souple en retenant que la lettre de licenciement, contenant une imputation vexatoire, était à l'origine de la rupture abusive et donc, en relation avec l'exécution du contrat de travail¹¹.

- La loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 a prévu que l'AGS ne couvrait pas les sommes qui, en application d'un accord d'entreprise ou d'établissement ou de groupe ou d'une décision unilatérale de l'employeur, concouraient à l'indemnisation du préjudice causé par la rupture du contrat de travail dans le cadre d'un licenciement pour motif économique, lorsque l'accord avait été conclu et déposé ou la décision notifiée moins de 18 mois avant la date du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires. L'objectif était bien évidemment d'éviter que l'AGS n'ait à supporter la charge financière d'indemnités, dont le versement, non prévu par la loi ou la convention collective, aurait été décidé par l'employeur ou négocié alors que les difficultés de l'entreprise étaient déjà connues.

- La loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 avait étendu le champ d'application de l'AGS au « risque de rupture du contrat de travail pour cause de force majeure consécutive à un sinistre en exécution du contrat de

8 - Cass. soc. 10 juillet 1991, bull. civ. V, n°351.

9 - Rapport d'activité de la Cour de cassation. 1992, p. 215 et s.

10 - V. ainsi cass. soc. 12 janvier 1999, bull. civ. V, n°9, s'agissant de sommes dues au titre des frais d'huissier de justice suite à une résistance opposée par l'employeur à l'exécution d'une décision de justice ; cass. soc. 13 janvier 1999, pourvoi n°96-45428, s'agissant de dommages intérêts pour non remise par l'employeur du certificat de travail suite à une négligence de celui-ci.

11 - Cass. soc. 21 février 2006, pourvoi n°03-46355 ; v. dans le même sens, cass. soc. 29 janvier 2003, pourvoi n°00-42630.

travail ». Cette extension doit être restituée dans son contexte. En effet, la loi de modernisation sociale du 17 juillet 2002 avait créé un dispositif permettant d'appliquer aux salariés, en cas de rupture du contrat de travail pour force majeure, l'indemnisation prévue en cas de licenciement. Alors qu'à l'Assemblée Nationale, en première lecture, il avait été proposé de faire prendre en charge l'indemnisation par un fonds alimenté par une surprime sur les contrats d'assurance, le gouvernement avait finalement préféré confier cette mission à l'AGS en étendant son champ d'application. La loi du 26 juillet 2005 a cependant supprimé l'intervention de l'AGS dans cette hypothèse. Cette position peut se comprendre puisque cette garantie est liée à l'ouverture d'une procédure collective¹².

Toutefois, à côté de ces restrictions, certaines extensions de la jurisprudence ou de la loi doivent être signalées :

• Ainsi en est il en cas de requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée. On comprendra aisément qu'il peut être plus favorable pour l'AGS de demander la requalification d'un CDD en CDI plutôt que d'avoir à payer les salaires jusqu'au terme du contrat. A contrario, il est souvent plus favorable pour le salarié de fonder ses demandes sur le terrain du contrat à durée déterminée que sur celui du contrat à durée indéterminée... On sait que, par un arrêt du 1er décembre 1993, la chambre sociale avait affirmé que l'AGS pouvait « se prévaloir des dispositions du code du travail pour demander que le contrat soit requalifié, peu important qu'une faute n'ait été commise à son égard »¹³. Cette demande de requalification pouvait se révéler particulièrement sévère pour le salarié qui n'était pas responsable de l'irrégularité commise. Elle paraissait d'autant plus sévère que, dans le droit commun, l'employeur ne peut se prévaloir d'une demande de requalification¹⁴. La chambre sociale a modifié sa position en 2002. Désormais, la Cour de cassation prévoit que « les dispositions, prévues par l'article L. 122-1 et suivants du code du travail, relatives au contrat à durée déterminée, ont été édictées dans un souci de protection du salarié, qui peut, seul, se prévaloir de leur inobservation... Il en résulte que l'AGS n'est pas recevable, sauf faute grave qu'il lui appartient de démontrer, à demander la requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée... »¹⁵.

12 - V. d'ailleurs la position du rapporteur du projet de loi à l'Assemblée Nationale suivant laquelle « cette disposition est contraire à la vocation de l'institution de la garantie des salaires en cas de défaillance de l'employeur », rapport Ass. Nat. n°2095, p. 488.

13 Cass. soc. 1^{er} décembre 1993, arrêt n°3783 D ; v. dans le même sens, cass. soc. 12 avril 1995, bull. civ. V, n°130.

14 - Cass. soc. 16 juillet 1987, bull. civ. V, n°481.

15 - V. cass. soc. 4 décembre 2002, pourvoi n°00-43750 ; v. également, cass. soc. 26 mars 2003, pourvoi n°01-40124 - 3 mars 2004, pourvoi n°02-40996 - 9 février 2005, pourvoi n°03-40431 et 03-41302 - 23 mars 2005 pourvoi n°03-41876 - 13 avril 2005, pourvoi n°03-40617 - 11 mai 2005, pourvoi n°03-44022 - 03-45778.

• La loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 a modifié dans un sens favorable aux salariés les règles applicables quant à l'opposabilité des décisions de justice à l'AGS. Jusqu'en 2001, l'article L. 143-11-7 dernier al du code du travail disposait que les AGS devaient « avancer les sommes correspondantes à des créances définitivement établies par décision de justice ». Que fallait-il entendre par cette formule énigmatique ? D'une part, que l'AGS était en droit de refuser de tenir compte des décisions prud'homales revêtues de l'exécution provisoire, conformément à l'article R 516-37 du code du travail¹⁶. Qui plus est, ce même refus pouvait être opposé aux décisions de référé qui n'ont qu'un caractère provisoire¹⁷. Enfin, il était clair que les condamnations prononcées par un jugement de Conseil de prud'hommes, ayant fait l'objet d'appel, ne pouvaient être garanties. En revanche, la question de savoir si l'AGS devait prendre en charge une décision de condamnation prise frappée d'un pourvoi en cassation avait été largement discutée. Une réponse ministérielle avait répondu négativement à cette interrogation en estimant qu'une telle créance n'était pas « définitivement établie puisque la décision, qui la fixe, est susceptible d'être cassée dans un premier temps, puis, le cas échéant, infirmée »¹⁸. On notera, cependant, que la chambre sociale n'avait pas suivi cette interprétation en estimant qu'un arrêt rendu par une Cour d'appel, même frappé d'un recours en cassation, avait force de chose jugée¹⁹. Désormais, l'article L. 143-11-7 dernier alinéa précise que les AGS « doivent également avancer les sommes correspondantes à des créances établies par décision de justice exécutoire, même si les délais de garantie sont expirés. Les décisions de justice seront de plein droit opposables à l'association visée à l'article L. 143-11-4 ». Le changement est d'importance. En effet, il ne faut plus que la créance soit définitivement établie. Il suffit, désormais, qu'elle soit exécutoire. En outre, la généralité du texte permet d'inclure, dans le champ d'application de l'AGS, les décisions exécutoires à titre provisoire. Sont donc, notamment, concernés : les décisions prises par le bureau de conciliation en application de l'article R. 516-18, les jugements rendus par les Conseils de prud'hommes en dernier ressort, les jugements rendus par les Conseils de prud'hommes en premier ressort mais revêtus de l'exécution provisoire²⁰, les arrêts d'appel ayant fait l'objet d'un pourvoi devant

16 - V. sur ce point, M.Henry, Les nouvelles règles de vérification et de paiement des créances salariales, Dr. soc. 1986, p. 678 et s. ; P.Lafarge-L.Serfaty et F.Sicard, Procédures collectives et droit du travail, Nathan, 1990, p. 88 ; v. également en ce sens, Paris, 22 janvier 1988, Assedic c. Beaud.

17 - V. C. trav., art. R 516-30 ; v. cass. soc. 23 septembre 1992, Saint Pierre c. Conquet, arrêt n°3036D et Versailles, 2 décembre 1994, 5° Ch, B.Henin c. Becheret et a.

18 - V. rép. min, JOAN, Q, 22 février 1988, p. 729 ; v. également rép. min, JOAN, Q, 15 avril 1991, p. 1533 et rép. min, JOAN, Q, 24 août 1992, p. 3946.

19 - V. cass. soc. 13 octobre 1992, Dr. soc. 1993, p. 760 - 1° juin 1994, bull. civ. V, n°183. V. également pour une critique de cette position de la Cour de cassation : T. Météyé et A. Arseguet, Juris-Classeur Travail Traité, fasc. n°26-30, n°150 qui soulignent que cette position fait abstraction de l'adverbe « définitivement ».

20 - C. trav., art. R. 516-37.

la Cour de cassation. On notera, en outre, que les décisions de justice deviennent « de plein droit » opposables à l'AGS²¹. On peut toutefois se demander si ces nouvelles règles ne risquent pas d'entraîner de multiples actions en répétition de l'indu vis à vis des salariés...

Section III - Le montant des sommes garanties ou la saga de la jurisprudence

Sans doute est ce sur ce dernier point que l'évolution a été la plus sensible...

Rappelons que la directive 2002/74/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 (art. 4) se montre très évasive en indiquant que les plafonds « ne doivent pas être inférieurs à un seuil socialement compatible avec l'objectif social » du texte...En droit français, l'article L. 143-11-8 du code du travail, prévoit que la garantie de l'AGS est limitée, « toutes créances du salarié confondues, à un ou des montants fixés par décret, en référence au plafond mensuel retenu pour le calcul des contributions du régime d'assurance chômage ».

Jusque 2003, l'article D. 143-2 du code du travail prévoyait que la garantie ne pouvait dépasser :

. 13 fois le plafond mensuel lorsque les créances résultaient de dispositions législatives ou réglementaires ou de conventions collectives et d'un contrat de travail dont la date de conclusion était antérieure de six mois au jugement d'ouverture,

. 4 fois le plafond dans les autres cas.

Le moins que l'on puisse dire, c'est que ces textes n'étaient pas des modèles de clarté. Ainsi, les sommes devaient être prises en compte, « **toutes créances du salarié confondues** ». La loi semblait donc obliger à faire masse de toutes les rémunérations dues au salarié. Ceci étant, lorsque l'article D. 143-2 visait les créances résultant de dispositions légales ou conventionnelles, faisait-il référence à l'existence de ces créances ou à leur montant ? Enfin, on notera que l'article L. 143-11-1 semblait ouvrir la possibilité d'appliquer deux plafonds à une même créance, puis il visait « un ou des montants fixés par décret ». Comment la jurisprudence allait-elle interpréter ces dispositions ?

21 - V. pour la position de la jurisprudence antérieure à la loi du 17 juillet 2001 : cass. soc. 30 octobre 1991, ASSEDIC c. Barthes - 26 janvier 2000, arrêt n°494 P.

Jusqu'en 1998, la position de la chambre sociale reposait sur deux affirmations simples. D'une part, un seul plafond est applicable à l'ensemble des créances du salarié²². D'autre part, le caractère légal ou conventionnel de la créance devait s'entendre par rapport à son montant.

Il en résultait donc que le plafond 4 trouvait application toutes les fois où le minimum légal ou conventionnel était dépassé de quelques francs²³. Pire, la solution pouvait sembler particulièrement inéquitable vis à vis de certains salariés, tels les VRP pour lesquels la loi prohibe que l'indemnité de clientèle soit « déterminée forfaitairement à l'avance »²⁴. Pour ces derniers, seul le plafond 4 pouvait donc trouver application²⁵. Devant les critiques formulées à l'encontre de ce système, une évolution de la jurisprudence était attendue. Et, le moins que l'on puisse dire, c'est que les praticiens ne furent pas déçus puisque, la chambre sociale opéra un revirement à 180°. Si elle ne remettait pas en cause le fait qu'un seul plafond était applicable à l'ensemble des créances, en revanche, elle estimait, que le caractère légal ou conventionnel de la créance devait s'entendre par rapport à son existence. Désormais, l'affirmation rituelle, utilisée par la Cour de cassation, était que les créances visées « étaient celles qui trouvent leur fondement dans une loi, un règlement ou une convention collective, peu important que leur montant ne soit pas, lui-même, fixé par l'une de ces sources de droit ; (que) la rémunération du salarié, contrepartie de son travail, entre dans les prévisions de l'article D. 143-1 alinéa 1 du code du travail, même lorsque son montant est fixé par l'accord des parties »²⁶. Toutefois, ce revirement de la chambre sociale portait en germe la nécessité d'une réforme des textes applicables afin de sauver le système de la faillite.

La modification fut introduite par le décret n° 2003-683 du 24 juillet 2003. Et le moins que l'on puisse dire, c'est que le système retenu est simple et peu sujet à interprétation. En effet, le texte abandonne toute référence à la notion de créances résultant ou non de dispositions législatives ou réglementaires ou de conventions collectives pour ne retenir qu'une seule créance salariale. En revanche, elles continuent de fixer le plafond en fonction de la date de conclusion du contrat. Il en résulte donc, aujourd'hui, trois types de situations :

22 - V. en ce sens, cass. soc. 9 février 1994, bull. civ. V, n°48.

23 - V. cass. soc. 24 janvier 1990, bull. civ. V, n(29 - 21 mai 1992, bull. civ. V, n(333.

24 - C. trav. art. L. 751-9.

25 - Paris 27 janvier 1993, JCP, 1994, éd E. 538 - Douai 30 novembre 1995, Rev. proc. coll. 1997/1, p. 85.

26 Cass. soc. 15 décembre 1998, bull. civ. V, n(550 - V. également la position de la chambre sociale généralisant le plafond 13 en cas de créances "mixtes" : cass. soc. 30 novembre 1999, Foucault c. GARP, arrêt n(4613 P+B.

. le montant maximum de la garantie est le plafond 6

. si le contrat dont résulte la créance a été conclu moins de deux ans et six mois au moins avant la date du jugement d'ouverture de la procédure collective, le montant maximum de la garantie est le plafond 5

. si le contrat dont résulte la créance a été conclu moins de six mois avant la date du jugement d'ouverture, le montant maximum de la garantie est le plafond 4

Quant au montant des plafonds, le décret ne modifie pas les dispositions antérieures suivant lesquelles il s'apprécie « à la date à laquelle est due la créance du salarié et au plus tard à la date du jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation judiciaire ».

Autant de modifications qui montrent, s'il en était besoin, qu'entre les évolutions de la loi et de la jurisprudence, à la frontière entre le droit commercial et le droit du travail, le droit applicable à l'AGS est plus que jamais un droit vivant...

INSOLVABILITE, DROIT COMMUNAUTAIRE ET DROIT DU TRAVAIL : LA GARANTIE DES CREANCES SALARIALES

Hélène Tissandier

Maître de conférence à l'Université Paris-Dauphine

Membre de l'I2D et du CEPRISCA

Le droit communautaire n'ignore assurément pas la nécessaire protection des salariés contre le risque d'insolvabilité de l'employeur¹. Deux textes régissent cette matière. Tout d'abord, le droit communautaire ne s'est longtemps intéressé à la question de la protection des salariés en cas de procédure collective et d'insolvabilité de l'employeur que sous un angle restreint à la garantie des créances salariales, dans l'hypothèse où leur paiement est mis en péril par la « faillite » de l'employeur. Plus récemment, le règlement du 29 mai 2000² relatif aux procédures d'insolvabilité fournit la règle de base qui permet de déterminer le droit applicable à la relation de travail et notamment à l'admission de la créance salariale³. Quant à la garantie des créances salariales, la question semble de prime abord largement dépassée, tant son traitement en droit communautaire est ancien. A ce thème est consacrée la directive n°80/987/CEE du 20 octobre 1980, modifiée par la directive n° 2002/74/CEE du 23 septembre 2002, et relative à la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur⁴. Le dispositif mis en place est très proche de celui imposé en France par la loi du 27 décembre 1973⁵ et l'on s'accorde généralement à considérer que le droit français est conforme au droit communautaire. Cette assertion mérite cependant d'être vérifiée, tant cette question est en réalité le plus souvent mal connue. Un dialogue a été établi entre droit national et droit communautaire, mais ce dialogue reste inachevé. Si le droit français, ancien, a pu être la source d'inspiration du droit communautaire, celui-ci,

1 - P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2002, p. 490 et s. ; B. Teyssié, *Droit européen du travail*, Litec, 3^{ème} éd., p. 212 et s.

2 - Règl n°2000/1346/CE du 29 mai 2000, JOCE n°L 160 du 30 juin 2000, p. 1.

3 - Sur ces questions, v. F. Mélin, *Droit de la faillite internationale et droit du travail*, cette publication ; Q. Urban, *La protection juridique incertaine des salariés dans une procédure collective transfrontalière*, JCP éd. G., 2006, I, 122.

4 - Dir. n°80/987/CEE du 20 oct. 1980 (JOCE n°L 283 du 28 oct. 1980, p. 23) mod. par Dir. 2002/74/CE du 23 sept. 2002 (JOCE n°L 270 du 8 oct. 2002, p. 10).

5 - Art. L. 143-11-1 et s., C. trav.

par un effet « retour », influence aujourd'hui fortement le droit national. Si l'on s'intéresse tant au droit communautaire, en particulier à la jurisprudence de la Cour de justice qu'au droit du travail français, deux perspectives se dégagent.

En premier lieu, le droit, tant communautaire que national, ne s'est pendant longtemps pas saisi de la question de la protection des salariés en cas de procédure collective transnationale. Si l'on aborde ce point sous l'angle de la garantie des créances salariales, ni la directive de 1980, ni les articles L. 143-11-1 et suivants du code du travail ne permettent de déterminer quelle est l'institution de garantie compétente lorsque l'entreprise insolvable se trouve dans un Etat membre où une procédure collective est ouverte alors que le salarié travaille dans un autre Etat membre. Cour de Justice et Cour de cassation ont peu à peu affiné leur jurisprudence, la juridiction nationale s'adaptant aux évolutions de la jurisprudence communautaire. Toute difficulté d'interprétation n'a cependant pas disparu, ainsi que nous le verrons dans un premier temps.

Mais au-delà de cette question liée au caractère transfrontalier d'une procédure collective, ne peut-on, dans un second temps, s'interroger sur l'influence que le droit communautaire, droit d'harmonisation, peut avoir sur le régime français de garantie des créances salariales ?

Sur ces questions, le droit communautaire est peut-être plus riche d'enseignements que l'on ne pouvait le soupçonner de prime abord...

Section I – L'effectivité de la protection en droit communautaire : l'institution de garantie compétente en cas d'insolvabilité transnationale

L'internationalisation des sociétés les conduit à créer des implantations dans plusieurs Etats. Le niveau communautaire semble alors, conformément au principe de subsidiarité, être le niveau pertinent de mise en place d'une protection des salariés. Le droit positif en France n'a en effet pas été pendant longtemps suffisamment adapté pour protéger leurs intérêts. Si l'évolution semble être à leur avantage, toutes les questions du juriste français n'ont pas reçu de réponse. Il est difficile de concilier le caractère fortement territorial des institutions de garantie et les droits des salariés.

§ 1 : Une situation clarifiée ?

En application du règlement du 29 mai 2000, la production de la créance salariale est soumise à la loi du pays d'ouverture de la procédure

et cette production est un droit⁶. C'est donc le droit étranger qui déterminera si le travailleur pouvait bénéficier de privilèges salariaux. On ne peut exclure cependant que le syndic étranger, sans rejeter la créance, ne puisse verser les sommes reconnues comme créances salariales. Le salarié doit alors se tourner vers l'institution de garantie du paiement le plus souvent mise en place dans les Etats membres. La question se pose alors de la détermination de l'institution compétente : est-ce celle du pays d'ouverture de la procédure, ou bien le salarié peut-il s'adresser à l'institution du pays où il travaille ? La question est essentielle pour le salarié qui, s'il doit s'adresser à l'institution étrangère, verra se dresser devant lui des obstacles tels la langue, la méconnaissance des règles de calcul, des délais, des recours⁷... Or la directive de 1980 était muette sur cette question. Il est donc revenu aux juges de se prononcer.

Tout d'abord, la Cour de cassation a toujours considéré que l'article L. 143-11-1 du code du travail valait transposition de la directive. Mais il ne se dégage de ce principe aucune solution. Aussi la Cour de cassation s'est-elle tournée vers la jurisprudence de la Cour de justice. Celle-ci, dans un arrêt du 17 septembre 1997⁸, a décidé que l'institution de garantie compétente devait être celle du lieu d'ouverture de la procédure ou de fermeture de l'établissement employeur. Cette interprétation n'a pas convaincu, mais la Cour de cassation s'y est néanmoins ralliée dans un arrêt du 20 janvier 1998⁹ : l'AGS n'est pas tenue de garantir le paiement des créances des salariés travaillant en France lorsque l'employeur est établi dans un autre Etat où a été ouverte la procédure collective. Cette solution peut de prime abord sembler conforme à la nature assurantielle du mécanisme de garantie¹⁰ mais on peut immédiatement en mesurer l'impact négatif pour les travailleurs. C'est probablement cette prise de conscience qui justifie les précisions ensuite apportées par la Cour de justice dans un arrêt du 16 décembre 1999¹¹ mettant en avant la « finalité sociale » de la directive. Elle décide que « lorsque les travailleurs victimes de l'insolvabilité de l'employeur exerçaient leur activité salariée dans un Etat membre pour le compte de la succursale d'une société constituée selon le droit d'un autre Etat membre, dans lequel cette société a son siège social et y est mise en liquidation, l'institution de garantie compétente (...) est celle de l'Etat sur le territoire duquel ils

6 - Mais pour les effets de la procédure v. art. 10 : « les effets de la procédure d'insolvabilité sur un contrat de travail et sur le rapport de travail sont exclusivement régis par la loi de l'Etat membre applicable au contrat de travail ».

7 - Sur ces questions, v. Q. Urban, préc.

8 - CJCE 17 sept. 1997, Mosbaek, aff. C-117/96.

9 - Cass. soc. 20 janvier 1998, Dr. soc. 1998, p. 298, obs. R. Vatinet ; JCP G 1998, II, 10086, note Kerchove ; Petites aff. 14 juin 1999, n°117, p. 14, note A. Honorat et C. Henry.

10 - Ch. Radé, Dr. soc. 2002, p. 1005, obs. ss. Cass. soc. 2 juillet 2002.

11 - CJCE 16 décembre 1999, Everson et Barras, aff. C-198/98, Rec. p. 8903 ; D. 2000, p. 287, obs. F. Muller.

exerçaient leur activité salariée ». De nouveau la Cour de cassation se conforma à cette évolution, l'arrêt rendu par la chambre sociale le 2 juillet 2002¹² opérant un revirement pour décider que l'AGS est compétente pour garantir les créances de salariés exerçant dans un établissement situé sur le territoire français et ce même si l'entreprise a été mise en faillite dans un autre Etat de l'Union européenne. La prise en charge par l'AGS demeurait cependant subordonnée à l'existence d'un établissement en France.

Le droit est aujourd'hui fixé par la directive 2002/74¹³ dont l'article 8 bis, 1° et 2° de la section III bis fournit la règle protectrice : « Lorsqu'une entreprise ayant des activités sur le territoire d'au moins deux Etats membres se trouve en situation d'insolvabilité au sens de l'article 2, §1, l'institution compétente pour le paiement des créances impayées des travailleurs est celle de l'Etat membre sur le territoire duquel ils exercent ou exerçaient habituellement leur travail ». Cette directive devait être transposée avant le 8 octobre 2005. Elle ne l'a pas été en France mais il semble que la Cour de cassation a anticipé son application par deux arrêts rendus le 3 juin 2003¹⁴ qui retiennent la compétence de l'institution de garantie des créances salariales du lieu d'accomplissement habituel du travail avec deux précisions. En application de l'article L. 143-11-1 du code du travail, cette solution vaut aussi lorsque la procédure collective est ouverte dans un pays extérieur à l'Union européenne et a fait l'objet d'un jugement d'exequatur. De surcroît, en application de l'article 5 de la directive de 1980, tel qu'interprété par la Cour de justice, l'obligation de paiement de ces institutions existe indépendamment de l'exécution des obligations de contribuer à son fonctionnement. La diversité des sources -droit communautaire, Convention de Rome- n'empêche pas la Cour de cassation d'imposer un critère unique de compétence, celui du lieu habituel d'exercice de l'activité. Il permet « d'unifier et de simplifier les règles applicables à l'ensemble des salariés travaillant en France, quel que soit le lieu d'ouverture de la procédure collective de leur employeur »¹⁵, tout en étant parfaitement conforme à la lettre de l'article L. 143-11-1 qui s'applique à « tout employeur... occupant un ou plusieurs salariés » en France. Cette évolution est sans nul doute à l'avantage des salariés, augmentant leur protection, du moins en cas de prise en charge par une institution de garantie des créances salariales...

12 - Cass. soc. 2 juillet 2002, Dr. soc. 2002, p. 1004, obs. Ch. Radé ; M. Menjucq, « Institution de garantie des créances salariales compétente dans une faillite transfrontalière : l'orthodoxie retrouvée par rapport à la jurisprudence communautaire », JCP G 2003, II, 10026 ; JCP G 2003, I, 113, obs. P. Pétel.

13 - Pour une présentation de ce texte, Omarjee I., Sem. soc. Lamy 15 juillet 2003, suppl., n°1131, p. 21.

14 - Cass. soc. 3 juin 2003 (deux arrêts), Dr. soc. 2003, p. 837, Rapport du conseiller Y. Chagny, L'AGS doit-elle sa garantie en cas de procédure d'insolvabilité de l'employeur constatée judiciairement à l'étranger ? ; F. Mélin, Sort des créances salariales en cas d'ouverture d'une procédure internationale à l'égard de l'employeur, JCP E. et aff., 2004, p. 155 ; Avis P. Lyon-Caen, Faillite ouverte à l'étranger : un salarié peut-il obtenir la garantie de l'AGS ?, RJS 8-9/03, p. 658.

15 - Avis P. Lyon-Caen, préc.

§ 2 : Une situation encore confuse

Quelques difficultés subsistent cependant, alors même que le droit français, du moins jurisprudentiel, semble parfaitement conforme au droit communautaire.

Premièrement, il n'est pas certain que la Cour de cassation ait totalement assimilé le critère communautaire du lieu de travail malgré les spectaculaires arrêts de 2003, ainsi qu'en témoigne le plus récent arrêt rendu sur cette question par la Cour de cassation le 26 avril 2006¹⁶ : elle y affirme que « *lorsqu'une entreprise est mise en liquidation dans un Etat membre et dispose d'un établissement dans un autre Etat membre, les créances des salariés qui y exercent leur activité sont garanties par les institutions du lieu de cette activité* », formule parfaitement conforme à la jurisprudence antérieure. Néanmoins elle ajoute que « *si une société de droit anglais a été mise en liquidation en Grande-Bretagne alors que le salarié exerçait son activité en France, où son employeur était établi, quelle que soit la nature de cet établissement, l'AGS doit garantir les créances résultant du contrat de travail* ».

La cour ne semble-t-elle pas ajouter un élément, l'existence d'un établissement en France, « *quelle que soit la nature de cet établissement* » ? On ne peut que le regretter. Cet ajout est inutile puisque la Cour de justice ne retient pas un tel critère, et il est de plus porteur d'interrogations : qu'est-ce qu'un établissement ? Il faudra que les tribunaux explicitent ce qu'il convient d'entendre par établissement. Cette notion semble impliquer un minimum de stabilité, de structuration¹⁷. De surcroît, si la société n'a en France que des VRP -hypothèse de l'arrêt de la Cour de cassation rendu en 1998-, voire même un seul salarié, a-t-elle un établissement ? Celui-ci doit-il être autonome ? Finalement, la solution est probablement toujours la même tant est large l'acception retenue de l'établissement : on retiendra la compétence de l'institution du lieu d'exécution habituel du travail.

Deuxièmement, la solution ainsi retenue ne sera pas toujours d'application aisée.

Que faire si le salarié n'a pas un « lieu de travail habituel » ? Quelle sera l'institution de garantie compétente ? Or il n'est pas rare que la prestation de travail ne s'exécute pas dans un lieu unique¹⁸. Faudra-t-il alors

16 - Cass. soc. 26 avril 2006, RJS 7/06, n°843, p. 595.

17 - Sur la notion d'établissement qui a embauché, v. en ce sens P. Rodière, préc. p. 534, n°545.

18 - S. Dion-Loye, Impact en droit français de la directive du 23 septembre 2002 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, Petites aff. 12 déc. 2003, n°248, p. 42.

revenir à l'option posée par la cour de justice en 1997 entre l'institution du lieu d'ouverture de la procédure ou celle du lieu de fermeture de l'établissement employeur ? A moins qu'une nouvelle règle soit posée, qui s'inspirerait peut-être de la Convention de Rome relative à la détermination de la loi applicable au contrat de travail¹⁹. Il peut s'agir de la loi choisie par les parties, ce choix ne pouvant priver le salarié de la protection des dispositions impératives de la loi applicable à défaut de choix, la loi du pays où le salarié accomplit habituellement son travail. En dernier lieu, la convention désigne la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur...

Par ailleurs, même si de telles institutions de garanties des créances salariales existaient dans tous les Etats membres, les procédures diffèrent sensiblement. Il pourra alors être difficile de concilier le principe posé et les mécanismes internes de garantie²⁰. L'AGS est « un organisme de droit interne, dont la mission est ancrée aux procédures collectives françaises par son organisation, la procédure même de la garantie, les obligations et les prérogatives de l'institution »²¹. Ainsi, en France, l'AGS ne verse pas directement les sommes aux salariés mais passe par l'intermédiaire des mandataires de justice. Auprès de qui l'avance devrait-elle être faite en l'absence de mandataire²² ? Comment imposer à un syndic étranger d'envoyer à l'AGS un relevé des créances impayées pour lui demander de se substituer à lui pour avancer les fonds, dans les délais et formes prévus par l'article L. 143-11-7 ? Les salariés disposeront-ils d'un droit de recours contre la décision du représentant étranger des créanciers de ne pas faire figurer tout ou partie de leurs créances sur le relevé des créances salariales ? L'AGS bénéficiera-t-elle encore de son droit de subrogation, pourra-t-elle déclarer sa créance à l'étranger ? Le contentieux a jusqu'à présent porté sur la détermination de l'institution compétente. Mais si le législateur ne se hâte pas de transposer la directive de 2002 en exposant les mécanismes de prise en charge des créances salariales par l'AGS, les juges devront les inventer. Et l'on peut craindre une certaine résistance du Fonds national de garantie des salaires tant qu'une telle loi n'aura pas été adoptée.

Section II – Une protection effective en droit français ? De l'influence du droit communautaire

Le droit communautaire peut avoir une influence non négligeable sur le régime français de garantie des créances salariales. Certes, la

19 - Y. Chagny, préc.

20 - T. Météyé, La réglementation européenne sur l'insolvabilité et l'AGS, Petites aff. 19 oct. 2006, n°209, p. 27.

21 - Y. Chagny, préc.

22 - Y. Chagny, préc., suggère de s'inspirer de l'article L. 143-11-7 pour le cas où le représentant des créanciers a cessé ses fonctions.

jurisprudence de la Cour de justice ne semble pas remettre en cause notre droit positif. Et pourtant, quelques incertitudes subsistent, largement méconnues.

§ 1 : Un droit national largement conforme quant à la garantie des créances salariales

Quels enseignements peut-on tirer de la jurisprudence communautaire ?

La directive de 1980 fait obligation aux Etats membres de prendre les mesures nécessaires afin que les institutions de garantie assurent le paiement des créances impayées résultant de contrats de travail dans l'hypothèse où leur employeur se trouverait en état d'insolvabilité. L'article L. 143-11-1 du code du travail est reconnu par la Cour de cassation comme ayant valeur de transposition de cette directive²³. La jurisprudence de la Cour de justice est riche sur cette question. Elle retient cependant principalement l'attention d'abord en ce qu'elle a permis à cette juridiction d'affirmer que la responsabilité de l'Etat peut être recherchée en cas de défaut de transposition d'une directive communautaire²⁴, ensuite parce qu'elle a permis de dénouer les questions relatives à l'insolvabilité transnationale. Mais les arrêts qui précisent les formes d'une protection adéquate retiennent peu l'attention du juriste français qui préfère constater que ce sont plutôt les systèmes italiens et espagnols qui attirent les foudres de la Cour...

Et l'on constate effectivement que le droit national semble conforme au droit communautaire. Ainsi lorsque la Cour, dans l'arrêt Alonso du 7 septembre 2006²⁵, condamne la distinction entre les indemnités de licenciement reconnues par décision de justice et celles résultant d'une conciliation, le commentateur français trouve cette décision intéressante mais sans impact sur le droit français puisque celui-ci, grâce à la formule large retenue, garantit notamment les « sommes dues en exécution du contrat de travail » à la date du jugement d'ouverture de toute procédure de sauvegarde ou de redressement ou de liquidation judiciaire mais aussi certaines créances postérieures. Cela inclut les indemnités découlant de la rupture du contrat de travail, que celle-ci soit régulière ou non²⁶ : indemnités de préavis, de licenciement²⁷,

23 - V. arrêts préc. cass. soc. 20 janvier 1998 - 3 juin 2003 - 26 avril 2006.

24 - CJCE 19 nov. 1991, A. Francovich et D. Bonifaci c./ Rép. italienne, aff. C-6/90 et aff. C-9/90, Rec. I, p. 5357 ; JCP G 1992, II, 21783, note A. Barav ; RJS 1/92, n°91 ; RTDE 1993, 95, obs. E. Traversa.

25 - H. Tissandier, Les créances garanties en cas d'insolvabilité de l'employeur : un rappel des principes du droit communautaire, RJS 1/07, p. 19.

26 - Cass. soc. 23 mai 2000, D. 2000. IR. 179.

27 - Cass. soc. 12 juin 2001, RJS 8-9/01, n°1024 dans le cas d'une majoration d'indemnité de licenciement par accord collectif.

de congés payés²⁸, de licenciement sans cause réelle et sérieuse²⁹, de départ à la retraite, les indemnités transactionnelles³⁰ ou même les indemnités issues d'un accord de rupture amiable³¹.

On peut pourtant souligner deux orientations dans l'interprétation de la directive.

D'abord la Cour de justice accorde une grande importance à la finalité sociale de la directive. La finalité sociale est la garantie accordée à tous les travailleurs « d'un minimum communautaire de protection en cas d'insolvabilité pour le paiement de créances impayées »³². Ainsi, si un plafond peut être fixé, ce n'est qu'à titre dérogatoire pour garantir la viabilité financière des institutions de garantie : la limitation du montant des créances aux sommes couvrant les seuls besoins élémentaires des salariés n'est pas justifiée. C'est encore au nom de la finalité sociale que la Cour justifie la compétence de l'institution de garantie du lieu d'exécution du travail en cas de procédure transnationale. La finalité sociale semble être la clé d'interprétation de la majorité des arrêts. Une variante est récemment apparue, la Cour défendant l'objectif de protection inhérent à la directive, un système pouvant être condamné parce qu'il ne peut être considéré comme répondant à la définition du terme « protéger » utilisé dans la directive³³.

Ensuite, elle impose que toute réglementation nationale doit non seulement être en conformité avec la directive mais aussi qu'elle doit de surcroît être en conformité avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect au nombre desquels figure notamment le principe général d'égalité et de non-discrimination³⁴. Ce principe exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée. Ainsi, si la Cour ne remet pas en cause la compétence nationale pour définir la notion de rémunération, elle l'encadre par le principe de non-discrimination³⁵.

28 - Cass. soc. 2 juin 1992, bull. civ. V, n°358.

29 - Cass. soc. 20 mai 1992, RJS 2/93, n°155 ; cette solution est entendue largement puisqu'elle vaut également pour les dommages et intérêts réparant un préjudice moral (cass. soc. 8 juin 1999, Dr. soc. 1999. 847, obs. Ch. Radé ; RJS 1999, p. 565, n°922) ou en cas de licenciement privé d'effet du fait de la violation de l'article L. 122-12 al. 2 C. trav. (cass. soc. 28 janv. 2004, RJS 4/04, n°383).

30 - Cass. soc. 24 sept. 2002, RJS 12/02 n°1399.

31 - Cass. soc. 23 nov. 2004, RJS 2005, p. 118, n°157; Dr. soc. 2005. 221, obs. Ch. Radé.

32 - CJCE 4 mars 2004, Barsotti, point 35.

33 - CJCE 25 janvier 2007, Absence d'obligation pour les Etats membres de financer les droits à prestation vieillesse au titre des régimes de prévoyance, JCP soc. 2007, n°5, act. 60.

34 - V. déjà CJCE 12 déc. 2001, aff. C-442/00, Rodriguez Caballero ; Omarjee I., Protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur, CJCE 12 déc. 2002, Caballero, Sem. soc. Lamy 15 juillet 2003, suppl., n°1131, p. 20.

35 - Ib. I. Omarjee ; v. J. Cavallini, Le mécanisme de garantie des créances salariales doit respecter le principe général d'égalité, JCP S. 2006, p. 1816 : « alors même que cet instrument est destiné à leur laisser une marge de manœuvre dans la définition des moyens de mise en œuvre des objectifs du texte, la cour a su resserrer l'étau qui encadre l'action des Etats ».

Ces interprétations ambitieuses peuvent conduire à relire le droit français sous ce nouvel éclairage.

§ 2 : Des incertitudes persistantes

Réinterpréter le droit positif français *a posteriori* à partir des solutions rendues par la Cour de justice serait un travail d'envergure. A tout le moins, trois questions, d'inégale valeur, peuvent être envisagées sous cet angle.

A. Le plafonnement de la garantie des créances salariales

L'article D. 143-2 du code du travail détermine le montant maximal de la garantie de l'AGS. Alors que la loi prévoyait deux plafonds -plafonds 13³⁶ et 4³⁷-, la jurisprudence de la Cour de cassation a longtemps conduit à n'appliquer que très rarement le plafond 13, des lors qu'une « rémunération dont le montant a été librement débattu entre les parties »³⁸ en était exclue. Les critiques très vives devaient conduire à un spectaculaire revirement par un arrêt du 15 décembre 1998³⁹. En particulier, la solution antérieure créait un « effet de seuil » : dès lors que la rémunération était supérieure au salaire minimum fixé par la loi, même légèrement, seul le plafond inférieur était retenu. D'où des inégalités de traitement flagrantes entre salariés, au détriment d'une protection uniforme⁴⁰. Sans revenir sur ce débat, il faut néanmoins remarquer qu'à aucun moment la directive de 1980 et sa finalité sociale n'ont été mobilisées pour justifier de l'abandon de la jurisprudence. Pourtant, cette finalité n'était-elle pas remise en cause des lors que les salariés subissaient finalement les conséquences de l'insolvabilité de l'employeur ? Un décret du 24 juillet 2003 modifia l'article D.143-2 du code du travail et abaissa le plafond de garantie : il est désormais de quatre, cinq ou six fois le plafond mensuel retenu pour le calcul des cotisations au régime d'assurance chômage en fonction de la date de l'ancienneté du contrat de travail lors de l'ouverture de la procédure collective. Il s'ensuit une réelle simplification dans le calcul des créances car le plafond ne variera plus selon leur source et un même plafond sera retenu pour l'ensemble des créances. Mais on ne peut s'empêcher d'être sceptique quant à l'objectif poursuivi⁴¹, à savoir résoudre les problèmes de financement de

36 - Pour les créances résultant des dispositions législatives, réglementaires ou conventionnelles.

37 - Pour les créances ayant une autre source.

38 - Deux arrêts du 13 mai 1980, bull. civ. V, n°421.

39 - RJS 1/99 n°44. Voir P. Lyon-Caen, Le double plafond de l'AGS: mythe ou réalité ?, Dr. soc. 1999 p.152 ; Rapport de M. le Conseiller référendaire J.Y. Frouin, Dr. ouvr. 1999 p.47.

40 - Voir CJCE 14 juillet 1998, Regeling, préc., qui, pour assurer l'uniformité de la protection des salariés, dispose que la protection minimale ne saurait résulter d'une décision, fortuite ou délibérée de l'employeur (en l'occurrence la décision d'imputer les acomptes sur des créances antérieures à la période de référence ou sur celles qui se rapportent à celle-ci).

41 - H. Tissandier, Le plafond de garantie des créances salariales en cas d'insolvabilité de l'employeur, RJS 8-9/94.

l'AGS⁴². Si la finalité de la directive de 1980 est la garantie des créances salariales, le plafond n'est admis qu'à titre dérogatoire. L'article 4§3 prévoit la possibilité d'un plafond -et non pas trois-, sans le lier à des conditions d'ancienneté. Il conviendrait que les Etats membres usent de cette faculté avec parcimonie, en ne fixant pas le plafond à un niveau trop faible qui conduirait à limiter la protection offerte aux salariés. En particulier, on peut s'interroger sur la compatibilité de ces plafonds avec des créances à caractère viager⁴³. La finalité sociale peut prendre le pas sur les nécessités économiques⁴⁴. Mais elle devrait être entendue de manière plus ambitieuse pour réellement garantir le paiement des créances salariales impayées et trouver un juste équilibre entre développement économique et social. Ne doit-on pas souhaiter que « le montant des créances garanties soit aussi proche que possible du montant des dettes réelles de l'employeur »⁴⁵ ?

B. L'exclusion des régimes de retraite d'entreprise

La Cour de justice s'est prononcée dans un arrêt du 25 janvier 2007⁴⁶ sur les régimes de retraite d'entreprise. L'article 8 de la directive de 1980 oblige les Etats à s'assurer que les mesures nécessaires sont prises pour protéger les intérêts des travailleurs » en cas d'insolvabilité en ce qui concerne leurs droits acquis ou en cours d'acquisition à des prestations de vieillesse au titre de régimes complémentaires de prévoyance professionnels. Il résulte de l'arrêt que la prise en charge n'a pas à être intégrale mais que le taux de garantie ne doit pas être si faible qu'il nie l'impératif de protection de la directive. En l'espèce pour certains salariés, la garantie des créances salariales concernait seulement 20 à 49% de ce à quoi ils pouvaient prétendre. Cette solution, appliquée au droit français, fait douter de sa compatibilité au droit communautaire. Les retraites d'entreprise en France ne relèvent pas expressément de l'article 8 de la directive. On peut cependant considérer qu'il s'agit d'un mode de protection sociale complémentaire encadré par l'article L. 913-2 du code de la sécurité sociale relatif aux prestations supplémentaires de retraite⁴⁷. Si ce texte interdit les clauses prévoyant la perte des droits en cas d'insolvabilité, il ne met pas en place de garantie légale

42 - L'avocat général Pierre Lyon-Caen prévoyait que le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation augmenterait la charge de l'AGS de 3 à 5% et faisait remarquer que les cotisations des entreprises avaient baissé deux ans auparavant, signe de la bonne santé de l'institution

43 - V. Bonnin, Garantie des créances salariales et régimes de retraite d'entreprise : une transposition insuffisante des obligations communautaires n'engage par la responsabilité de l'Etat, RJS 4/07, p. 22.

44 - S. Dion-Loye, Impact en droit français de la directive du 23 septembre 2002 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, Petites aff. 2003, n°248, p.42.

45 - Ch. Radé, Dr. soc.

46 - V. Bonnin préc.

47 - V. Bonnin, préc.

contre l'insolvabilité. Le seul moyen d'obtenir cette garantie sera de mettre en évidence une créance due en exécution du contrat de travail conformément à l'article L. 143-11-1. Cela peut être admis pour les régimes de retraite à prestation définie⁴⁸, c'est à dire ceux dans lesquels l'employeur garantit le montant de la pension, mais d'autres régimes de retraites dits à cotisations définies ne sont qu'un engagement de l'employeur de verser les cotisations. Ainsi, la garantie des régimes de retraite d'entreprise semble nettement insuffisante au regard du niveau de protection exigé par la Cour de justice. On ne peut que s'en alarmer à une époque de remise en cause des régimes légaux de retraite.

Enfin, pour finir sur une petite provocation, à vouloir trop faire n'en vient-on pas à mal faire ?

C. AGS et conversion d'une procédure de sauvegarde en redressement judiciaire

Une incertitude demeure, relative à la loi de sauvegarde des entreprises quant à la position de l'AGS dans le cas de la conversion d'une sauvegarde en redressement judiciaire. Lorsqu'une entreprise est placée en redressement judiciaire du fait de son état de cessation des paiements, elle sollicite la prise en charge de ses salaires, charges sociales et droits des salariés, par l'AGS qui se substitue alors auxdits salariés en devenant créancier superprivilégié. Cependant, dans le cas d'une sauvegarde, cette disposition ne s'applique pas puisque par définition la sauvegarde ne peut s'appliquer qu'à la demande d'un chef d'entreprise qui n'est pas en état de cessation des paiements et donc paie toutes ses charges. Seules seront éventuellement prises en charge par l'AGS les sommes dues aux salariés licenciés au cours de la période d'observation. Néanmoins, si au cours d'une procédure de sauvegarde, il apparaît que l'entreprise est en état de cessation des paiements, le tribunal peut convertir la procédure de sauvegarde en une procédure de redressement judiciaire. Dans cette hypothèse, il est envisageable que les salaires et charges ne soient plus payés⁴⁹.

Or, par déclaration publique, l'AGS a indiqué que dans ce cas, elle n'assurerait pas la prise en charge des dettes salariales⁵⁰. Cette position, privant l'entreprise placée en redressement judiciaire de ressources immédiates, conduira inéluctablement à la liquidation judiciaire. Ainsi, on constate une distorsion de traitement pour les entreprises en

48 - V. Bonnin préc.

49 - R. Vatinet, Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, JCP S. 2005, n°15, p. 1230.

50 - Loi de sauvegarde des entreprises, réponses du service de documentation et d'études de la Cour de cassation, JCP G n°10, 8 mars 2006, act. 103.

redressement judiciaire vis-à-vis des AGS selon que celles-ci étaient ou n'étaient pas en sauvegarde auparavant. Celles qui étaient en sauvegarde ne bénéficient pas des mêmes conditions que celles qui arrivent « directement » en redressement judiciaire.

Il reviendra à l'AGS de préciser la base légale de cette position. Néanmoins, n'est-elle pas contestable au regard du principe d'égalité à l'aune duquel doit être interprétée la directive ? La sauvegarde étant inscrite dans le règlement communautaire du 29 mai 2000 comme une procédure d'insolvabilité, comment justifier une différence de garantie entre les créances salariales selon que le redressement est ou non précédé d'une sauvegarde ? Cette question est à suivre.

Le droit communautaire est souvent négligé en matière de garantie des créances salariales. A tort probablement...

DROIT DE LA FAILLITE INTERNATIONALE ET DROIT DU TRAVAIL

François Mélin

Maître de conférences à la Faculté de droit d'Amiens, CEPRISCA

Dans le cadre interne, la situation des salariés d'une entreprise faisant l'objet d'une procédure collective est à l'évidence très réglementée. Les droits collectifs et individuels des salariés sont précisément définis par le code du travail et par le code de commerce, ce dernier énonçant d'ailleurs que les procédures de sauvegarde¹ et de redressement judiciaire² ont parmi leurs objectifs le maintien de l'emploi.

Dans le cadre international, la délimitation des droits des salariés soulève des problèmes spécifiques générés par la présence d'un ou de plusieurs éléments d'extranéité. Il suffit, pour s'en persuader, de songer par exemple à la situation des salariés d'une entreprise à l'égard de laquelle une procédure collective serait ouverte en France et qui travailleraient dans un établissement situé en Pologne ou au Canada. Les questions qui surgissent sont alors diversifiées. Quels sont les domaines d'intervention respectifs de la loi applicable aux contrats de travail concernés et de la loi régissant la procédure collective ? Quelles sont les conditions posées au bénéfice de l'AGS ? Les salariés peuvent-ils se prévaloir de l'appartenance éventuelle de leur entreprise à un groupe international de sociétés ?

Ces quelques questions suffisent à prendre conscience de la richesse des débats qui peuvent avoir lieu en cette matière. Elles permettent également de souligner l'intérêt qu'il y a à se pencher sur les rapports qu'entretiennent le droit international privé et le droit social. Cet intérêt est d'autant plus grand que ces questions devraient se poser de plus en plus fréquemment à l'avenir compte tenu de l'internationalisation croissante des rapports économiques qui conduira nécessairement à une augmentation du nombre des procédures d'insolvabilité ayant un caractère international.

De manière surprenante, peu d'attention a pourtant été portée, jusqu'à récemment, à ces questions en droit international privé. Les internationalistes se sont certes intéressés, d'une part, à la problématique de la détermination de la loi *applicable* au contrat de travail en général et, d'autre part, au régime des procédures internationales de faillite. Ils ont

1 - Art. L. 620-1, al. 1.

2 - Art. L. 631-1, al. 2.

toutefois peu étudié les zones de contact entre le droit du travail et le droit de la faillite internationale³. Le législateur ne s'est quant à lui pas préoccupé de manière globale de cette question, tandis que la jurisprudence n'est intervenue qu'en de rares occasions, même si le nombre des espèces se rapportant à ce domaine se développe depuis une dizaine d'années.

Les difficultés à appréhender la matière sont – il est vrai – accentuées par le fait que le droit de la faillite internationale est éclaté entre trois corps de règles. En premier lieu, la France est liée par quelques conventions internationales, en particulier par la convention franco-comonégasque du 13 septembre 1950 relative à la faillite et à la liquidation judiciaire⁴. En deuxième lieu, dans le cadre communautaire, est entré en vigueur le 31 mai 2002 le règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité⁵, qui « s'applique aux procédures collectives fondées sur l'insolvabilité du débiteur qui entraînent le désaisissement partiel ou total de ce débiteur ainsi que la désignation d'un syndic » (art. 1 § 1), dès lors du moins que le centre des intérêts principaux du débiteur – c'est-à-dire son siège – est situé sur le territoire d'un Etat de l'Union. En troisième lieu, hors du champ d'application des conventions internationales et du règlement du 29 mai 2000, s'applique ce qu'il est convenu d'appeler le droit commun de la faillite internationale⁶, à savoir des principes essentiellement jurisprudentiels qui fournissent des règles de conflit de juridictions et de conflit de lois spécifiques à cette matière.

Les incidences de l'éclatement du droit de la faillite internationale entre ces trois corps de règles ne doivent toutefois pas être surestimées. Ayant à résoudre des problèmes identiques, les conventions internationales applicables en ce domaine, le règlement du 29 mai 2000 et le droit

3 - V. toutefois F. Jault-Seseke, Le sort des salariés, *in* F. Jault-Seseke et D. Robine (ss. la dir.), L'effet international de la faillite : une réalité ?, Dalloz, 2004, p. 151 ; Q. Urban, La protection juridique incertaine des salariés dans une procédure collective transfrontalière, JCP 2006, I, 122. *Adde* T. Treves, Les effets de la faillite sur les contrats de travail, *in* Les problèmes internationaux de la faillite et le Marché commun, Actes du colloque international sur l'avant-projet de convention C.E.E. en matière de faillite, concordats et procédures analogues, Cedam, 1971, p. 164 ; T. Treves, *Vis attractiva e rapporti di lavoro nella convenzione CEE e nella legge fallimentare*, *in* A. Crespi et autres, *La legge fallimentare, Bilancio e prospettive dopo 30 anni di applicazione*, Atti del Congresso di Monza, 19-22 ottobre 1972, Giuffrè, 1975, p. 1127.

4 - Cette convention a été publiée par un décret du 1 juin 1953 (JO 9 juin 1953, p. 5133). Elle est reproduite par la Rev. crit. DIP 1953, p. 438. Sur ce, H. Synvet, Faillite, Rép. Dalloz de droit international, n°118 ; J.-Cl. Covaux, J.-Cl. Droit international fasc. 569-20, n°37 ; A. Martin-Serf, La faillite internationale : Une réalité économique pressante, un enchevêtrement juridique croissant, JDI 1995, p. 31, spéc. p. 64 ; B. Soinne, Traité des procédures collectives (avec la collaboration d'E. Kerckhove), Litec, 1995, 2^{ème} éd., n°386.

5 - JOCE n°L 160 du 30 juin 2000, p. 1. Le règlement est reproduit dans certains des codes usuels de procédure civile ou de commerce, ainsi qu'à la Revue des procédures collectives septembre 2000, p. 141. Sur ce règlement, G. C. Giorgini, Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des nouveaux instruments de règlement de la faillite internationale, Dalloz, 2006 ; F. Jault-Seseke et D. Robine (ss. la dir.), L'effet international de la faillite : une réalité ?, *op. cit.* ; F. Mélin, La faillite internationale, LGDJ, 2004 ; F. Mélin, Le droit communautaire de l'insolvabilité, Bruylant (à paraître).

6 - Sur ce, J. Béguin et M. Menjucq (ss. la dir.), Droit du commerce international, Litec, 2005, n°2280 et s. ; F. Mélin, La faillite internationale, *op. cit.*, p. 17 et s. ; M. Menjucq, Droit international et européen des sociétés, Montchrestien, 2001, n°284 et s. ; J.-P. Rémy, La faillite internationale, PUF, coll. Que sais-je ?, 1996.

commun de la faillite internationale fournissent sur de nombreux points des solutions identiques ou proches. Et lorsque l'un de ces corps de règles connaît une incertitude quant à la solution à apporter à une difficulté particulière, il est envisageable de s'inspirer des réponses apportées par les autres corps de règles afin de définir la voie à adopter. Telle est d'ailleurs la méthode qu'il est possible d'utiliser à propos des difficultés liées à la détermination de la loi applicable au rapport de travail lorsque l'employeur fait l'objet d'une procédure collective (section I). Il n'en demeure pas moins que des solutions spécifiques au droit français ou au droit communautaire ont été posées dans certains domaines, notamment lorsqu'il s'agit d'offrir aux salariés des garanties relatives au paiement de leurs créances salariales ou à leur éventuel reclassement en cas de licenciement (section II).

Section I - La détermination de la loi applicable au rapport de travail

La question première concerne la résolution du conflit de lois. S'agissant d'une situation par hypothèse internationale, deux lois sont en effet en présence : la loi applicable à la procédure collective, parfois appelée *lex concursus*, et la loi applicable au contrat de travail. Il s'agit dès lors de déterminer si l'une de ces deux lois doit s'imposer face à l'autre ou si ces deux lois ont une vocation concurrente à être mises en œuvre.

§ 1 : Les termes du débat

Les termes du débat sont, au fond, simples à appréhender. Ils sont liés à la diversité des conceptions qui sont à la base des règles de conflit propres aux domaines des procédures collectives et des contrats de travail.

A. Les règles de conflit de lois en présence

1) Dans le domaine des procédures collectives, la compétence est traditionnellement attribuée à la loi de l'Etat où la procédure est ouverte. Différentes explications ont été avancées au soutien de cette solution. On a pu tenter de la justifier en retenant que la loi du tribunal saisi s'imposerait en tant que loi d'ordre public⁷ ou encore en tant que loi de police⁸. Elle s'explique en réalité sans doute plutôt de façon très pragmatique par l'idée que les aspects de procédure et de fond étant en ce domaine intimement liés, il serait difficile d'envisager l'application d'une autre loi que celle du tribunal saisi, et ce, d'autant plus que seul le

7 - Paris, 31 octobre 1957, Rev. crit. DIP 1958, p. 345, obs. Y. L.

8 - Pour une présentation du débat, D. Bureau, note sous cass. com. 8 janvier 2002, Rev. crit. DIP 2002, p. 328, n°15 et s.

recours à cette loi peut permettre d'atteindre les objectifs de politique économique visés par le législateur.

Au-delà de l'explication retenue, cette approche traditionnelle est consacrée par le droit commun de la faillite internationale et est unanimement admise en son principe. Lorsqu'une procédure collective est ouverte en France, la loi française s'applique donc, que l'on s'intéresse aux conditions d'ouverture de la procédure, à son organisation, à son déroulement ou à son issue. Cette approche est aussi retenue par le droit communautaire. L'article 4 § 1 du règlement du 29 mai 2000 énonce ainsi que « sauf disposition contraire du (...) règlement, la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'Etat membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte (...) ». Cette orientation est précisée par l'article 4 § 2 selon lequel « la loi de l'Etat d'ouverture détermine les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure d'insolvabilité ».

2) Dans le domaine du rapport de travail, la territorialité n'est plus au contraire de mise et il est de principe que les parties à un contrat de travail international peuvent choisir, dans une certaine mesure, la loi applicable à leur relation⁹. C'est ainsi qu'en vertu de l'article 3 de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, les parties peuvent librement choisir la loi applicable. Toutefois, selon l'article 6 § 1 de la convention, « dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection qui lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du paragraphe 2 du présent article ». L'article 6 § 2 complète ce dispositif en retenant que lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable, « le contrat de travail est régi : a) par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays, ou b) si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable ».

9 - Sur ce, P. Coursier, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, Etude en droit international privé français, LGDJ, 1993. Pour une présentation synthétique, V. Lacoste-Mary, *Droit social international*, Ellipses, 2006. V. également A. Sinay-Cytermann, *La protection du salarié en droit international du travail*, in *Le droit collectif du travail, Questions fondamentales, évolutions récentes, Etudes en hommage à Madame le Professeur Hélène Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 315 ; A. Sinay-Cytermann, *La protection du salarié en droit international privé*, JCP S 2005, 1026 ; N. Nord, *La protection du salarié en droit international privé : approximations et artifices*, JCP S 2006, 1832.

B. La portée des règles de conflit de lois en présence

Au regard de ces différentes règles, la difficulté consiste à déterminer la loi applicable au rapport de travail lorsque l'employeur fait l'objet d'une procédure collective par exemple en France et que l'un de ses salariés est soumis à la loi d'un autre Etat en vertu des dispositions de la convention de Rome. La procédure collective relève en effet alors de la loi française, alors que le contrat est régi par une autre loi.

Plusieurs solutions sont concevables. En premier lieu, il est envisageable de faire prévaloir la loi applicable à la procédure collective ou la loi applicable au contrat de travail pour définir les droits et les obligations du salarié et, ainsi, de s'orienter vers l'application d'une loi unique. En deuxième lieu, l'application de celle des deux lois qui serait le plus favorable au salarié serait également concevable¹⁰, conformément à la tendance constatée en droit international privé de privilégier la partie faible, au risque toutefois d'introduire une indéniable incertitude dans le traitement de la situation. En troisième lieu, il est enfin envisageable de prévoir une application distributive des lois en présence, chacune d'elles ayant vocation à s'appliquer à certaines questions seulement. C'est en réalité vers cette dernière approche que penche le droit positif, même s'il faut reconnaître que les solutions sont en cette matière loin d'être assurées, que l'on s'intéresse au droit commun de la faillite internationale ou au droit communautaire de l'insolvabilité, tel qu'il résulte du règlement du 29 mai 2000.

§ 2 : Les incertitudes du droit positif

A. Le droit commun de la faillite internationale

Le droit commun de la faillite, qui s'applique – nous l'avons indiqué – hors du champ d'application des conventions internationales et du règlement du 29 mai 2000 est d'une pauvreté surprenante. Tout juste peut-on relever en ce domaine l'existence d'un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 2 octobre 2001¹¹, qui n'apporte en tout état de cause, en ce qui concerne la question de la loi applicable, que de modestes précisions, et ce, de surcroît, en marge de la convention franco-monégasque du 13 septembre 1950. En l'espèce, une procédure collective avait été ouverte par le tribunal de première instance

10 - V., envisageant cette possibilité, P. De Cesari et G. Montella, Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria. Commentario articolo per articolo del regolamento CE N. 1346/2000, Giuffrè, 2004, p. 161, note 125 ; G. C. Giorgini, Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des nouveaux instruments de règlement de la faillite internationale, *op. cit.*, n°422.

11 - Cass. soc. 2 octobre 2001, bull. n°294 ; JCP E 2001, p. 1751 ; Droit social janvier 2002, p. 118, note M.-A. Moreau ; M. Menjucq, Faillite transfrontalière : la Cour de cassation en retard d'une jurisprudence européenne, *Revue Lamy Droit des affaires* novembre 2001, p. 7 et *Jurisprudence Sociale Lamy* 15 janvier 2002, p. 4.

de Monaco à l'égard d'une société ayant son siège à Monaco et cette procédure avait été étendue par le juge monégasque à un établissement situé en France. Deux salariés de cet établissement avaient, par la suite, saisi en France la juridiction prud'homale, afin de contester la régularité de leur licenciement. La caisse de garantie des créances des salariés de Monaco avait alors contesté la compétence de cette juridiction, sur le fondement de l'article 2 de la convention franco-monégasque du 13 septembre 1950 qui retient que le tribunal compétent en matière de faillite ou de liquidation judiciaire est, pour les personnes morales, celui du siège social. La Cour de cassation rejeta ce moyen en posant que « l'article 2 de la Convention franco-monégasque du 13 septembre 1950, qui ne concerne que l'ouverture de la procédure collective et les contestations nées de cette procédure, ne modifie pas les règles de compétence édictées par l'article R. 517-1 du Code du travail applicables dans l'ordre international aux différends qui s'élèvent à l'occasion du contrat de travail ». Surtout, du point de vue des conflits de lois, il était reproché aux juges du fond d'avoir jugé que la loi française était applicable à la rupture des contrats de travail et à leurs conséquences, alors que l'article 5 de la convention franco-monégasque retient que la production et la vérification des créances du failli ou du débiteur admis au bénéfice de la liquidation judiciaire sont régies par la loi du tribunal qui a déclaré la faillite ou la liquidation judiciaire. La Cour de cassation repoussa le moyen au motif que cette disposition, « qui ne concerne que la loi applicable à la production et à la vérification des créances nées du failli ou du débiteur admis au bénéfice de la liquidation judiciaire, demeure sans effet sur les règles relatives à la détermination de la loi applicable au contrat de travail ». Cet arrêt n'apporte ainsi aucune clarification sur le fond du débat. En l'absence de jurisprudence significative, il est dès lors difficile de déterminer le sens du droit commun de la faillite internationale en ce domaine. On peut toutefois supposer que la Cour de cassation pourrait à l'avenir prendre appui sur le règlement du 29 mai 2000 pour préciser ce droit commun.

B. Le règlement du 29 mai 2000

Le règlement du 29 mai 2000 apporte en effet une réponse à la question qui retient notre attention, en posant un principe général et un principe spécial. Le principe général est énoncé par l'article 4 du règlement selon lequel, « sauf disposition contraire du (...) règlement, la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'Etat membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte (...) ». Le principe spécial résulte de l'article 10, qui énonce que « les effets de la procédure d'insolvabilité sur un contrat de travail et sur le rapport de travail sont régis exclusivement par la loi de l'Etat membre applicable au

contrat de travail ». L'article 10 ne constitue ainsi qu'une exception au principe général de l'article 4. Sa justification profonde est explicitée par le considérant n° 28 du préambule du règlement, qui indique qu'il s'agit d'assurer « la protection des travailleurs et des emplois de travail ».

Dans ces conditions, il y a lieu d'opérer un partage entre différents aspects de la procédure, dont certains sont régis par la *lex concursus* et d'autres par la loi applicable au contrat de travail. Il reste qu'il est particulièrement délicat d'appréhender avec précision la ligne de partage entre ces différents aspects, compte tenu de l'absence de jurisprudence et du faible nombre des travaux doctrinaux sur ce point.

1) *Le domaine de la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure*

Le considérant n° 28 du préambule du règlement permet de cerner, dans une certaine mesure, les aspects soumis à la loi de l'Etat d'ouverture, en précisant que cette loi s'applique lorsqu'il s'agit « de savoir si les créances des travailleurs sont garanties par un privilège et quel est le rang éventuel de ce privilège ». L'exclusion de ces aspects du champ de la loi applicable au contrat s'impose puisque l'article 10 ne donne compétence à cette loi qu'en ce qui concerne la détermination *des effets* de la procédure sur la relation de travail. Par suite, la loi de l'Etat d'ouverture retrouve sa compétence à propos des questions liées à la définition du caractère éventuellement privilégié et du rang des créances salariales¹², et ce, en vertu du principe posé par l'article 4 § 2, i, selon lequel cette loi détermine « les règles de distribution du produit de la réalisation des biens (et) le rang des créances ».

Les indications fournies par le considérant n° 28 ne permettent toutefois pas de clore la discussion. D'autres aspects que ceux qu'il vise relèvent également de la *lex concursus*. La difficulté est de les identifier avec suffisamment de précisions et de certitude. A ce propos, il est peu discutable que la question de la déclaration des créances dépend de la loi de l'Etat d'ouverture, l'article 4 § 2, h, énonçant que la loi de l'Etat d'ouverture détermine « les règles concernant la production, la vérification et l'admission des créances ». La même solution s'applique sans doute également aux conditions dans lesquelles les salariés peuvent intervenir dans la procédure, par exemple par le biais d'un représentant des salariés¹³. Les conditions de l'information des créanciers – y compris des salariés – sont quant à elles directement définies par l'ar-

12 - Par exemple, G. Moss, I. F. Fletcher et S. Isaacs, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings, A Commentary and Annotated Guide*, Oxford University Press, 2002, n°8.115. V. toutefois P. De Cesari et G. Montella, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, Commentario articolo per articolo del regolamento CE N. 1346/2000, *op. cit.*, p. 162 et s., qui considèrent que la loi applicable au contrat pourrait avoir « un certain espace » lorsqu'il s'agit de savoir si les créances salariales sont ou non privilégiées.

13 - V., s'interrogeant sur ce point, Q. Urban, *La protection juridique incertaine des salariés dans une procédure collective transfrontalière*, JCP 2006, I, 122, spéc. n°7 et 8.

ticle 40 § 1 du règlement, qui énonce que « dès qu'une procédure d'insolvabilité est ouverte dans un État membre, la juridiction compétente de cet État ou le syndic nommé par celle-ci informe sans délai les créanciers connus qui ont leur résidence habituelle, leur domicile ou leur siège dans les autres États membres ».

2) *Le domaine de la loi applicable au contrat de travail*

L'article 10 énonce – nous l'avons dit – que « les effets de la procédure d'insolvabilité sur un contrat de travail et sur le rapport de travail sont régis exclusivement par la loi de l'État membre applicable au contrat de travail ». Malgré son apparente simplicité, cette disposition appelle plusieurs remarques.

a) Les conditions du recours à la loi du contrat

La délimitation du champ de l'article 10 implique que soient tout d'abord faites quelques précisions, qui se rapportent toutes à la lettre même de cette disposition.

En premier lieu, l'article 10 vise les effets de la procédure d'insolvabilité sur les *contrats de travail* et les *rapports de travail*. On a pu douter de l'intérêt de cette distinction entre les contrats et les rapports de travail¹⁴. En réalité, il semble que l'intention des rédacteurs du règlement ait été de montrer que sont concernés non seulement les effets issus du contrat lui-même mais aussi les droits et obligations du salarié qui peuvent résulter de la loi ou des conventions collectives¹⁵.

En deuxième lieu, il faut préciser que l'expression « contrat de travail » est une notion autonome, qui doit être définie au regard du contexte du règlement¹⁶.

En troisième lieu, l'article 10 se réfère à la loi *applicable* au contrat de travail, sans qu'il soit donné de précisions quant à la méthode de détermination de cette loi. Cette loi doit donc être déterminée dans les conditions habituelles, c'est-à-dire en application des articles 3 et 6, précités, de la convention de Rome du 19 juin 1980¹⁷. De cette façon, il n'est

14 - P. De Cesari et G. Montella, Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria, Commentario articolo per articolo del regolamento CE N. 1346/2000, *op. cit.*, p. 162

15 - En ce sens, L. de Lima Pinheiro, O regulamento comunitario sobre insolvencia, Uma introdução, *in* A. L. Calvo Caravaca et J. Rodriguez Rodrigo (s. la dir.), Parmalat y otros casos de derecho internacional privado, Colex, 2007, p. 355, spéc. p. 376 ; M. Virgos Soriano et F. J. Garcimartin Alférez, Comentario al reglamento europeo de insolvencia, Civitas, 2003, n°207 ; M. Virgos Soriano et F. J. Garcimartin Alférez, The European Insolvency Regulation : Law and Practice, Kluwer Law International, 2004, n°207.

16 - M. Virgos Soriano et F. J. Garcimartin Alférez, Comentario al reglamento europeo de insolvencia, *op. cit.*, n°209 ; M. Virgos Soriano et F. J. Garcimartin Alférez, The European Insolvency Regulation : Law and Practice, *op. cit.*, n°209.

17 - En ce sens, F. J. Garcimartin Alférez, El reglamento de insolvencia : una aproximacion general, Cuadernos de derecho judicial 2001, n°4, p. 295.

pas à craindre que vienne à être appliquée une loi autre que celle qui s'appliquait initialement à la relation de travail ni que les prévisions des parties – notamment des salariés – soient déjouées.

En quatrième lieu, s'il est admis que la loi applicable au contrat de travail est ainsi compétente, encore faut-il savoir quelles sont les dispositions de cette loi qui doivent trouver application : s'agit-il des règles de droit commun du droit du travail ou s'agit-il des principes du droit des procédures collectives ? Même si le règlement ne fournit pas d'élément de réponse sur ce point, il faut considérer que l'article 10 désigne globalement la loi applicable au contrat de travail, y compris par conséquent les principes de cette loi qui sont propres aux situations d'insolvabilité¹⁸.

En cinquième lieu, l'article 10 prend soin de préciser que les effets de la procédure sont régis *exclusivement* par cette loi, la compétence de la *lex concursus* étant donc totalement écartée à ce sujet.

En sixième lieu, l'article 10 vise la loi de l'*Etat membre* applicable au contrat de travail. L'article 10 se place ainsi dans une perspective intra-communautaire, qui est commune à la plupart des autres dispositions du règlement. Cette référence à la loi d'un Etat membre conduit cependant à se demander ce qu'il en est lorsque la loi applicable au contrat de travail est la loi d'un Etat qui n'appartient pas à l'Union. Certains considèrent que la compétence pour déterminer les effets de la procédure sur le contrat de travail devrait être donnée à la *lex concursus*¹⁹. En réalité, il faut plutôt considérer qu'il appartient au tribunal saisi d'appliquer ses propres règles de conflit de lois²⁰, soit les règles du droit commun de la faillite internationale en ce qui concerne les tribunaux français.

b) La portée du recours à la loi du contrat

A la lumière des éléments qui précèdent, il faut désormais tenter de déterminer le domaine d'application de la loi régissant le contrat de travail. Il s'agit là d'une tâche délicate, en l'absence de jurisprudence. Un élément est toutefois certain : l'article 10 ne vise que les effets de la procédure d'insolvabilité sur le contrat de travail et sur le rapport de travail. Par suite, le champ d'intervention de la loi applicable au contrat est limité, le principe étant – nous l'avons déjà indiqué – que « (...) la loi

18 - A. L. Calvo Caravaca et J. Carrascosa Gonzalez, *Derecho concursal internacional*, Colex, 2004, n°314. *Adde* F. J. Garcimartin Alférez, *El reglamento de insolvencia : una aproximación general*, Cuadernos de derecho judicial 2001, n°4, p. 295 ; M. Virgos Soriano et F. J. Garcimartin Alférez, *Comentario al reglamento europeo de insolvencia*, *op. cit.*, n°207 ; M. Virgos Soriano et F. J. Garcimartin Alférez, *The European Insolvency Regulation : Law and Practice*, *op. cit.*, n°207.

19 - G. C. Giorgini, *Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des « nouveaux instruments » de règlement de la faillite internationale*, *op. cit.*, n°420 ; P. L. C. Torremans, *Cross Border Insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Kluwer, 2002, p. 181-182.

20 - M. Virgos Soriano et F. J. Garcimartin Alférez, *Comentario al reglamento europeo de insolvencia*, *op. cit.*, n°202 ; M. Virgos Soriano et F. J. Garcimartin Alférez, *The European Insolvency Regulation : Law and Practice*, *op. cit.*, n°202. *Adde* Dicey et Morris, *On the conflict of laws (fourth cumulative supplement to the thirteenth edition)*, Sweet & Maxwell, 2004, n°S 30-240.

applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'Etat membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte (...)» (art. 4 § 1).

Dans ce cadre, le considérant n° 28 du préambule du règlement fournit une précision importante : « les effets de la procédure d'insolvabilité sur la poursuite ou la cessation des relations de travail et sur les droits et les obligations de chaque partie découlant de ces relations doivent être déterminés par la loi applicable au contrat en vertu des règles générales de conflit de lois ». Cette approche a été reprise par la circulaire du Ministère de la Justice du 15 décembre 2006 relative au règlement²¹, selon laquelle « la loi applicable au contrat de travail (...) fixe les conditions de la rupture de ce contrat et il convient donc de s'y référer pour savoir si le syndic a le pouvoir de procéder à des licenciements sans autorisation judiciaire » (§ 3.2.2.2). Il faut par conséquent considérer que la loi applicable au contrat détermine les effets de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité sur la continuation ou la rupture du contrat de travail²², sur les pouvoirs du syndic²³ à ce sujet (avec en particulier la question de savoir s'il doit requérir une autorisation du tribunal ou administrative)²⁴ ainsi que les droits et les obligations qui résultent d'une continuation ou d'une rupture du contrat²⁵. Une telle approche semble devoir s'imposer. Elle ne permet cependant de donner qu'une vue partielle des aspects qui ont vocation à être régis par la loi applicable au contrat. Bien plus, elle laisse entrevoir les difficultés de mise en œuvre des mécanismes prévus par le Règlement.

c) Les objections au principe du recours à la loi du contrat

Pour s'en persuader, il suffit d'envisager la question particulière de la procédure de licenciement. Supposons par exemple qu'une procédure

21 - JCP E 2007, 1498.

22 - Dicey et Morris, *On the conflict of laws* (fourth cumulative supplement to the thirteenth edition), Sweet & Maxwell, 2004, n°S 30-241 ; I. F. Fletcher, *Insolvency in private international law*, National and International Approaches, Oxford University Press, 2005, 2^{ème} éd., n°7.111 ; G. C. Giorgini, *Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des « nouveaux instruments » de règlement de la faillite internationale*, *op. cit.*, n°421 ; G. Moss, I. F. Fletcher et S. Isaacs, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings, A Commentary and Annotated Guide*, Oxford University Press, 2002, n°4.34 ; M. Virgos Soriano et F. J. Garcimartin Alférez, *Comentario al reglamento europeo de insolvencia*, *op. cit.*, n°207 ; M. Virgos Soriano et F. J. Garcimartin Alférez, *The European Insolvency Regulation : Law and Practice*, *op. cit.*, 2004, n°207 ; P. L. C. Torremans, *Cross Border Insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Kluwer, 2002, p. 182.

23 - Le syndic est défini par l'article 2, b, du Règlement comme « toute personne ou tout organe dont la fonction est d'administrer ou de liquider les biens dont le débiteur est dessaisi ou de surveiller la gestion de ses affaires ».

24 - I. F. Fletcher, *Insolvency in private international law*, National and International Approaches, Oxford University Press, 2005, 2^{ème} éd., n°7.111 ; G. Moss, I. F. Fletcher et S. Isaacs, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings, A Commentary and Annotated Guide*, *op. cit.*, n°4.34 ; M. Virgos Soriano et F. J. Garcimartin Alférez, *Comentario al reglamento europeo de insolvencia*, *op. cit.*, n°202 ; M. Virgos Soriano et F. J. Garcimartin Alférez, *The European Insolvency Regulation : Law and Practice*, *op. cit.*, n°202.

25 - Dicey et Morris, *On the conflict of laws* (fourth cumulative supplement to the thirteenth edition), *op. cit.*, n°S 30-241 ; M. Virgos Soriano et F. J. Garcimartin Alférez, *Comentario al reglamento europeo de insolvencia*, *op. cit.*, n°202 ; M. Virgos Soriano et F. J. Garcimartin Alférez, *The European Insolvency Regulation : Law and Practice*, *op. cit.*, n°202.

d'insolvabilité soit ouverte dans un Etat dont le droit des procédures collectives prévoit que le syndic peut procéder aux licenciements sans autorisation judiciaire et que la loi applicable au contrat énonce que le licenciement par le syndic suppose l'autorisation du juge. En vertu de l'article 10, il faut considérer qu'il appartient à la loi du contrat de déterminer les pouvoirs du syndic, de sorte que le prononcé des licenciements impose de recourir au juge. Or, le juge saisi de la procédure collective n'est pas, d'après sa propre loi, compétent pour intervenir à ce sujet. On se trouve donc dans une situation où le syndic ne peut intervenir sans le juge d'après la loi du contrat et où le juge n'est pas habilité à intervenir d'après la loi de l'Etat d'ouverture. Une seconde hypothèse est tout aussi problématique. Supposons, cette fois, que la loi régissant le contrat admette que le syndic peut procéder seul aux licenciements alors que la loi de l'Etat d'ouverture prévoit que le tribunal doit autoriser les licenciements. On peut alors se demander si le tribunal acceptera de renoncer aux pouvoirs que la loi locale lui donne. C'est dire que le balancement réalisé par le Règlement entre la loi qui régit le contrat et celle qui régit la procédure conduit – selon la terminologie employée en droit international privé – à des problèmes d'adaptation des lois en présence²⁶, auxquels il peut être très difficile de fournir des solutions convaincantes²⁷.

Ces quelques éléments suffisent à apercevoir la complexité des problèmes qui peuvent surgir en ce domaine et que la jurisprudence sera amenée à résoudre. Au-delà, ils permettent aussi de s'interroger sur l'opportunité du système mis en place par le règlement. Cette opportunité peut être discutée sous deux angles.

D'une part, ce système peut conduire à des situations complexes. Il suffit de songer à l'hypothèse dans laquelle le débiteur serait soumis à une procédure collective en France alors que certains de ses salariés relèveraient, compte tenu des stipulations de leur contrat de travail, de différentes lois étrangères. Tous les salariés ne seraient pas alors soumis à la même loi, ce qui serait un facteur de complexité évident. La complexité serait d'autant plus grande que la mise en œuvre d'une loi étrangère pose des problèmes pratiques importants, qui tiennent aux difficultés pouvant survenir lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu de ses dispositions.

D'autre part, nous avons déjà indiqué que selon le considérant n° 28 du préambule du règlement, l'objectif de l'article 10 est d'assurer « la protection des travailleurs et des emplois de travail ». Or, il n'est pas

26 - G. C. Giorgini, Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des nouveaux instruments de règlement de la faillite internationale, *op. cit.*, n°422 ; G. Moss, I. F. Fletcher et S. Isaacs, The EC Regulation on Insolvency Proceedings, A Commentary and Annotated Guide, *op. cit.*, n°8.116.

27 - F. Jault-Seseke, Le sort des salariés, *in* F. Jault-Seseke et D. Robine (ss. la dir.), L'effet international de la faillite : une réalité ?, *op. cit.*, p. 151, spéc. p. 153 ; Q. Urban, La protection juridique incertaine des salariés dans une procédure collective transfrontalière, JCP 2006, I, 122, spéc. n°10.

certain que cet objectif puisse être dans tous les cas atteint. Il suffit d'envisager l'hypothèse dans laquelle la loi régissant le contrat de travail serait moins favorable aux salariés que la loi de l'Etat d'ouverture. L'application de l'article 10 conduira dans ce cas à une moindre protection du salarié considéré²⁸.

La détermination de la loi applicable au rapport de travail soulève ainsi d'importants problèmes, que la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de régler. Notons que les salariés pourraient, pour éviter certains de ces problèmes, exploiter les règles de conflit de juridictions posées par le règlement. Pour clarifier le propos, il est utile de s'appuyer sur un exemple concret. Supposons que l'employeur ait son siège social en France et que les salariés en cause travaillent dans un établissement situé en Autriche. Une procédure dite *principale* sera alors ouverte en France, en considération du siège de l'employeur, sur le fondement de l'article 3 § 1 du règlement²⁹. La loi applicable à cette procédure sera la loi française en application de l'article 4 du règlement, la relation de travail étant toutefois en partie régie – dans les conditions examinées précédemment – par la loi régissant le contrat de travail, en vertu de l'article 10. Les salariés pourraient toutefois provoquer l'ouverture d'une procédure dite *secondaire* en Autriche, où l'employeur possède un établissement, sur le fondement de l'article 3 § 2³⁰. Dans ce cas, cette procédure secondaire sera soumise à la loi autrichienne, selon l'article 4. L'intérêt des salariés de demander l'ouverture d'une procédure secondaire pourrait apparaître s'il s'avérait que la loi autrichienne est pour eux plus favorable que la loi française. Le rapport de travail serait alors régi pour partie par la loi autrichienne, sous réserve évidemment de l'intervention de la loi régissant les contrats de travail. Il reste qu'une telle possibilité doit être maniée avec précaution car selon l'article 3 § 3, la procédure secondaire « doit être une procédure de liquidation », ce qui n'est pas compatible avec un objectif de maintien de l'emploi.

28 - Dicey et Morris, *On the conflict of laws* (fourth cumulative supplement to the thirteenth edition), *op. cit.*, n°S 30-242 ; G. C. Giorgini, *Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des nouveaux instruments de règlement de la faillite internationale*, *op. cit.*, n°422 ; M. Virgos Soriano et F. J. Garcimartin Alférez, *Comentario al reglamento europeo de insolvencia*, *op. cit.*, n°199 ; M. Virgos Soriano et F. J. Garcimartin Alférez, *The European Insolvency Regulation : Law and Practice*, *op. cit.*, n°199.

29 - Art. 3 § 1 : « Les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire ».

30 - Art. 3 § 2 : « Lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur est situé sur le territoire d'un État membre, les juridictions d'un autre État membre ne sont compétentes pour ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'égard de ce débiteur que si celui-ci possède un établissement sur le territoire de cet autre État membre. Les effets de cette procédure sont limités aux biens du débiteur se trouvant sur ce dernier territoire ».

Section II - Les garanties offertes aux salariés

L'étude, qui vient d'être réalisée, de la question de la loi applicable à la relation de travail n'épuise pas le sujet. D'autres aspects se trouvant à la frontière du droit des procédures collectives, du droit social, du droit international privé et du droit communautaire méritent également de retenir l'attention et sont quant à eux plus faciles à appréhender. Tel est le cas en particulier des garanties de paiement offertes aux salariés.

§ 1 : Le paiement des créances salariales

Dans le cadre interne, les salariés bénéficient de garanties diversifiées pour le paiement de leurs créances. En dehors même de toute procédure collective, le code civil prévoit, par ses articles 2331, 4° et 2375, 2°, que les salariés bénéficient d'un privilège général sur les meubles et sur les immeubles de l'employeur. Dans l'hypothèse où l'employeur fait l'objet d'une procédure collective, les salariés bénéficient par ailleurs de droits renforcés. C'est ainsi que l'article L. 143-10 alinéa 1 du code du travail leur offre un super-privilège : « lorsqu'est ouverte une procédure de sauvegarde ou de redressement ou de liquidation judiciaire, les rémunérations de toute nature dues aux salariés et apprentis (...) pour les soixante derniers jours de travail ou d'apprentissage doivent, déduction faite des acomptes déjà perçus, être payées, nonobstant l'existence de toute autre créance privilégiée, jusqu'à concurrence d'un plafond mensuel identique pour toutes les catégories de bénéficiaires ». C'est ainsi également que pour limiter les risques d'impayés, un système global d'assurance a été mis en place, financé par des cotisations patronales et géré par l'Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés (AGS). Selon l'article L. 143-11-1 alinéa 1 du code du travail, « tout commerçant, toute personne inscrite au répertoire des métiers, tout agriculteur, toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante et toute personne morale de droit privé, employant un ou plusieurs salariés, doit assurer ses salariés, y compris les travailleurs salariés détachés à l'étranger ainsi que les travailleurs salariés expatriés mentionnés à l'article L. 351-4, contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire ».

Ces mécanismes sont classiques en matière interne. Lorsque la procédure collective présente un caractère international, il devient nécessaire de délimiter la portée dans l'espace de la protection qui est ainsi offerte aux salariés, en particulier de la dernière qui, seule, retiendra notre attention. Cette portée est définie différemment selon qu'on se place dans un cadre communautaire ou dans un cadre extra-communautaire.

A. Le cadre communautaire

Dans le cadre communautaire, le souci de conférer un régime particulier aux créances salariales est relativement ancien, puisqu'il a donné lieu à une directive 80/987/CEE du Conseil, du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur³¹. Ce texte a été modifié par la directive 2002/74/CE du 23 septembre 2002³². Cette directive du 23 septembre 2002 devait être transposée dans les droits des Etats membres avant le 8 octobre 2005. Elle ne l'a toutefois pas encore été à ce jour en droit français, de sorte que nous présenterons successivement le texte initial et les apports de la directive du 23 septembre 2002.

1) La directive du 20 octobre 1980 dans sa rédaction initiale

Dans sa rédaction originariaire, la directive du 20 octobre 1980 faisait obligation aux Etats membres, en son article 3 § 1, de prendre les mesures nécessaires afin que des institutions de garantie assurent le paiement des créances impayées des travailleurs salariés résultant de contrats de travail dans l'hypothèse où leur employeur se trouverait dans un état d'insolvabilité. La conformité du droit français à cette directive n'était pas douteuse, l'article L. 143-11-1 du code du travail ayant valeur de transposition de celle-ci selon un arrêt de la chambre sociale du 20 janvier 1998³³.

Une difficulté d'interprétation de cette directive est toutefois apparue. Le texte européen n'envisageait pas en effet expressément le cas où le salarié ne déploie pas son activité sur le territoire du même Etat que celui où est situé son employeur. La Cour de Justice des Communautés Européennes a exercé à ce propos son pouvoir interprétatif en deux temps.

Elle a d'abord estimé, dans un arrêt Mosbaek du 17 septembre 1997, que « lorsque l'employeur est établi dans un autre Etat membre que celui sur le territoire duquel le travailleur réside et exerçait son activité salariée, l'institution de garantie compétente (...) pour le paiement des créances de ce travailleur en cas d'insolvabilité de son employeur est l'institution de l'Etat sur le territoire duquel (...) soit l'ouverture de la procédure de désintéressement collectif est décidée soit la fermeture

31 - JOCE n°L 283 du 28 octobre 1980, p. 23. Sur ce, R. Blanpain et J.-C. Javillier, *Droit du travail communautaire*, LGDJ, 1995, 2ème éd., n°444 et s. - P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2002, 2ème éd., n°501 et s. - B. Teyssié, *Droit européen du travail*, Litec, 2006, 3ème éd., n°544 et s. - B. Teyssié, *Union européenne, Exécution des relations de travail*, J.-Cl. Europe fasc. 608 et J.-Cl. Droit international fasc. 164-225, n°75 et s.

32 - JOCE n°L 270 du 8 octobre 2002 p. 10. V. également JCP E 2002, p. 1689 ; Rev. crit. DIP 2002, p. 893.

33 - Cass. soc. 20 janvier 1998, Petites aff. du 8 juin 1998, p. 17, note J.-L. Vallens ; *Droit social* 1998, p. 298, note R. Vatinet ; JCP E 1998, p. 1041, obs. P. Coursier ; Petites aff. du 14 juin 1999, p. 22, note A. Honorat et C. Henry.

de l'entreprise ou de l'établissement de l'employeur est constatée »³⁴. Cette solution n'était pas nécessairement favorable aux salariés puisqu'elle pouvait les obliger à agir à l'étranger. Elle s'expliquait cependant par le fait qu'en l'espèce, l'employeur ne possédait pas un établissement sur le territoire de l'Etat où son salarié intervenait. Dans ces conditions, il pouvait paraître logique de faire peser l'obligation de garantie sur l'institution de l'Etat d'ouverture de la procédure puisque c'est cette institution qui, en principe, bénéficie des cotisations qui assurent le financement du système. Il est vrai cependant qu'une autre logique était envisageable, comme le démontre – nous le verrons prochainement – le nouvel article 8 bis § 1 de la directive du 20 octobre 1980 tel qu'il résulte de la directive du 23 septembre 2002.

La Cour de Justice s'est toutefois ensuite prononcée, dans un arrêt *Everson* du 16 décembre 1999, sur l'hypothèse où le salarié exerce son activité dans un Etat membre pour le compte de la succursale d'une société constituée selon le droit d'un autre Etat membre dans lequel cette société a son siège social et y est mise en liquidation. Dans ce cas, l'institution de garantie compétente pour le paiement des créances salariales est celle de l'Etat sur le territoire duquel le salarié exerçait son activité salariée³⁵.

La Cour de cassation s'est conformée à cette jurisprudence, en particulier par un arrêt du 3 juin 2003³⁶. En l'espèce, un salarié travaillait en France pour le compte d'une société italienne, qui fut par la suite mise en faillite par une juridiction italienne. La cour d'appel ayant décidé que les sommes dues à ce salarié devaient être garanties par l'AGS, celle-ci forma un pourvoi, en considérant qu'en application de la directive du 20 octobre 1980, les créances salariales devaient être prises en charge par l'institution de garantie italienne, la procédure de faillite ayant été ouverte en Italie. Le pourvoi fut rejeté aux termes d'un long attendu aux indéniables vertus pédagogiques, citant l'arrêt *Everson* de la Cour de Justice. La Cour de cassation consacra le principe selon lequel l'AGS doit garantir les créances salariales des salariés exerçant leur activité en France au service d'un établissement français d'une société étrangère faisant l'objet d'une procédure de faillite dans un autre Etat membre de l'Union européenne. Plus récemment, un arrêt de la chambre sociale du 26 avril 2006 a retenu, par un attendu de principe, que « lorsqu'une

34 - Aff. C-117/96, Rec. CJCE p. 5017.

35 - Aff. C-198/98, Rec. CJCE p. 8903 ; D. 2000, p. 287, obs. F. Muller, spéc. n°22.

36 - Cass. soc. 3 juin 2003, bull. n°183 ; RJS 8-9/2003, arrêt n°1020 (1^{ère} espèce) ; JCP E 2004, 155, note F. M. ; RJS 8-9/2003 p. 658, conclusions de l'Avocat général P. Lyon-Caen ; Droit social septembre-octobre 2003, p. 837, rapport du conseiller Y. Chagny, (L'AGS doit-elle sa garantie en cas de procédure d'insolvabilité de l'employeur constatée judiciairement à l'étranger ?).

V. également, cass. soc. 20 janvier 1998, précité, qui a fait application de la jurisprudence *Mosbaek* ; cass. soc. 2 juillet 2002 (bull. n°228 ; JCP G 2003, II, 10026, note M. Menjucq ; JCP G 2003, I, 113, obs. P. Pétel), qui a fait application de la jurisprudence *Everson* ; cass. soc. 3 juin 2003, pourvoi n°01-43596, qui énonce la même solution que l'arrêt précité de la même date.

entreprise est mise en liquidation dans un Etat membre et dispose d'un établissement dans un autre Etat membre, les créances des salariés qui y exercent leur activité sont garanties, en cas d'insolvabilité de leur employeur, par les institutions du lieu de cette activité »³⁷. A ce propos, le bulletin diffusé par la Cour de cassation et intitulé *Droit du travail* fournit d'importantes précisions, en indiquant que si l'existence en France d'un établissement de la société étrangère est nécessaire, « la nature juridique de l'établissement est indifférente »³⁸.

2) *Les apports de la directive du 23 septembre 2002*

La directive du 20 octobre 1980 a été modifiée par la directive 2002/74/CE du 23 septembre 2002³⁹, qui devait être transposée dans les droits des Etats membres avant le 8 octobre 2005 mais qui ne l'a pas encore été en France. Dans la perspective qui est la nôtre ici, cette directive du 23 septembre 2002 présente avant tout l'intérêt d'envisager le cas des salariés travaillant pour le compte d'une entreprise exerçant ses activités dans plusieurs Etats membres.

Le nouvel article 8 bis, § 1, de la directive du 20 octobre 1980 prévoit ainsi que « lorsqu'une entreprise ayant des activités sur le territoire d'au moins deux Etats membres se trouve en état d'insolvabilité (...), l'institution compétente pour le paiement des créances impayées des travailleurs est celle de l'Etat membre sur le territoire duquel ils exercent ou exerçaient habituellement leur travail ». Un critère unique de compétence, qui est *a priori* conforme aux intérêts des salariés, est de la sorte consacré. Ce même article 8 bis précise que « l'étendue des droits des salariés est déterminée par le droit régissant l'institution de garantie compétente » (§ 2). Par ailleurs, afin que soit garantie une bonne application des dispositions en la matière, il est prévu une coopération entre les administrations des Etats membres. Le nouvel article 8^{ter} précise que les Etats membres doivent prévoir l'échange d'informations pertinentes entre les administrations publiques compétentes et/ou entre les institutions

37 - Cass. soc. 26 avril 2006, bull. n°144 ; Droit du travail, 2^{ème} trimestre 2006, arrêt n°515 ; RJS 7/06, n°843.

38 - Droit du travail, 2^{ème} trimestre 2006, arrêt n°515.

39 - JOCE n°L 270 du 8 octobre 2002, p. 10. V. également la Communication de la Commission sur les administrations publiques compétentes et/ou institutions de garantie aux fins de la directive 2002/74/CE, JOCE C 206 du 23 août 2005, p. 2.

Sur cette directive, C. Barnard, *EC employment law*, Oxford University Press, 2006, 3^{ème} éd., p. 685 ; A. Borbely, *The state of play on the transposition of directive 2002/74/CE on the amendment of directive 80/987/EEC on the employers' insolvency*, Petites aff. du 19 octobre 2006 p. 26 ; P. De Cesari et G. Montella, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, Commentario articolo per articolo del regolamento CE N. 1346/2000, *op. cit.*, p. 35 ; S. Dion-Loye, *Impact en droit français de la directive du 23 septembre 2002 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur*, Petites aff. du 12 décembre 2003 p. 42 ; F. Jault-Seseke, *Le sort des salariés*, in F. Jault-Seseke et D. Robine (ss. la dir.), *L'effet international de la faillite : une réalité ?*, *op. cit.*, p. 151, spéc. p. 154 ; T. Météyé, *L'harmonisation : voie et degré de convergence entre les droits nationaux, européens et internationaux*, La réglementation européenne sur l'insolvabilité et l'AGS, Petites aff. du 19 octobre 2006 p. 27 ; B. Teyssié, *Droit européen du travail*, Litec, 2006, 3^{ème} éd., n°544 et s.

de garantie, l'objectif étant notamment de permettre de porter à la connaissance de l'institution de garantie compétente les créances impayées des travailleurs.

B. Le cadre extra-communautaire

Il faut aussi envisager l'hypothèse dans laquelle un salarié exerçant son activité en France détient des créances salariales contre son employeur installé hors d'un Etat membre de l'Union européenne et faisant l'objet d'une procédure collective à l'étranger. Cette hypothèse n'est pas non plus envisagée directement par l'article L. 143-11-1 du code du travail.

Dans un premier temps, la Cour de cassation s'est prononcée le 2 octobre 2001 dans une affaire où était applicable la convention franco-monégasque du 13 septembre 1950 relative à la faillite et à la liquidation judiciaire⁴⁰. Elle a alors retenu que « les institutions compétentes pour garantir aux salariés, en cas de procédure collective d'apurement du passif de l'employeur, le paiement des sommes qui leurs sont dues en exécution du contrat de travail, sont celles de l'Etat sur le territoire duquel la procédure d'insolvabilité a été ouverte ; (et) que les institutions de l'Etat sur le territoire duquel le travail s'exécute ne sont compétentes qu'à défaut de protection des droits des salariés par la loi de l'Etat d'ouverture ». Cet arrêt a été critiqué au motif qu'il ne s'accordait pas avec la jurisprudence Everson de la Cour de Justice⁴¹, qui, il faut le reconnaître, ne s'imposait cependant pas dans une affaire régie par la convention franco-monégasque du 13 septembre 1950.

Depuis lors, la Cour de cassation est à nouveau intervenue. Un arrêt de la chambre sociale du 3 juin 2003 a ainsi précisé qu'en vertu de l'article L. 143-11-1, « l'assurance des salariés qu'il institue garantit ceux-ci contre le risque de non-paiement, en cas de procédure de redressement ou de liquidation judiciaire de l'employeur, des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail ; qu'il s'ensuit que la garantie de l'AGS est due dans les conditions prévues les articles L. 143-11-1 et suivants du code du travail dès lors, d'une part, que les salariés exercent ou exerçaient habituellement leur travail en France et, d'autre part, qu'une procédure collective d'apurement du passif de l'employeur est ouverte en France ou, lorsqu'elle est ouverte dans un pays extérieur à l'Union européenne, a fait l'objet d'une décision d'exequatur »⁴². Cette solution a été réaffirmée, dans les mêmes termes, par un arrêt du 8 février 2005⁴³.

40 - Cass. soc. 2 octobre 2001, bull. n°294 ; JCP E 2001, p. 1751 ; Droit social janvier 2002, p. 118, note M.-A. Moreau ; M. Menjuq, Faillite transfrontalière : la Cour de cassation en retard d'une jurisprudence européenne, Revue Lamy Droit des Affaires novembre 2001, p. 7 et Jurisprudence Sociale Lamy 15 janvier 2002, p. 4.

41 - M. Menjuq, note précitée sous cass. soc. 2 octobre 2001.

42 - Cass. soc., 3 juin 2003, bull. n°184 ; RJS 8-9/2003, arrêt n°1020 (3^{ème} espèce) ; JCP E 2004, 155, note F. M. V. également les conclusions de l'Avocat général P. Lyon-Caen et le rapport de Y. Chagny, précités, sous cass. soc. 3 juin 2003, bull. n°183.

43 - Cass. soc. 8 février 2005, pourvoi n°02-47537 ; Revue des procédures collectives juin 2005, p. 147, obs. F. Taquet.

Cette solution peut être approuvée, car elle permet de combiner des intérêts opposés. Elle ménage les intérêts des salariés qui bénéficient d'une garantie assez large de l'AGS. Elle ménage également les intérêts de l'AGS, en exigeant que la situation présente certains rattachements avec la France. Outre la condition tenant à l'exercice en France de l'activité salariée, il faut que la procédure collective soit ouverte en France ou que la décision étrangère ayant ouvert la procédure ait obtenu l'exequatur en France. Cette condition tenant à l'obtention, pour les décisions étrangères, de l'exequatur appelle quelques remarques. Elle se justifie par l'idée que les jugements d'ouverture d'une procédure collective rendus dans un Etat n'appartenant pas à l'Union européenne ne peuvent en principe produire des effets en France qu'après obtention de l'exequatur, sous réserve des cas limités où ils peuvent bénéficier d'un effet *de plano* en France, indépendamment de tout exequatur⁴⁴. Il aurait, dans ces conditions, été excessif d'admettre sans contrôle préalable du juge français, qu'un jugement étranger puisse obliger l'AGS à garantir les créances salariales en cause. Il reste que l'exigence de l'exequatur n'est pas nécessairement préjudiciable aux intérêts des salariés. Il est en effet admis qu'une procédure collective peut être ouverte en France à l'égard d'un débiteur même si ce débiteur fait déjà l'objet d'une procédure à l'étranger, du moins tant que la décision étrangère n'a pas obtenu l'exequatur. Par suite, en l'absence d'exequatur de la décision étrangère, les salariés pourraient provoquer l'ouverture d'une procédure collective en France, ce qui leur permettrait, le cas échéant, de mettre en jeu la garantie de l'AGS.

§ 2 : Le cas particulier des groupes internationaux de sociétés

Une question d'une autre nature se pose par ailleurs dans l'hypothèse particulière où l'entreprise débitrice appartient à un groupe international de sociétés. La question est alors de savoir si la situation doit être appréciée au regard de la seule entreprise débitrice ou si elle peut également l'être à l'égard de la société-mère ou des autres sociétés du groupe, même si elles ont leur siège à l'étranger. La question se pose en particulier à propos de l'obligation faite à l'employeur d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi.

On sait que cette obligation est posée par l'article L. 321-4-1 du code du travail dans les termes suivants : « dans les entreprises employant au moins cinquante salariés, lorsque le nombre de licenciements est au moins égal à dix dans une même période de trente jours, l'employeur doit établir et mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre et pour faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité,

⁴⁴ - Sur ce, F. Mélin, La faillite internationale, *op. cit.*, n°61 et s.

notamment des salariés âgés ou qui présentent des caractéristiques sociales ou de qualification rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile ». Cette même disposition précise par ailleurs que « ce plan doit prévoir des mesures telles que par exemple (...) des actions en vue du reclassement interne des salariés sur des emplois relevant de la même catégorie d'emplois ou équivalents à ceux qu'ils occupent ou, sous réserve de l'accord exprès des salariés concernés, sur des emplois de catégorie inférieure (...) » et que « la validité du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou, le cas échéant, l'unité économique et sociale ou le groupe ».

Lorsque la société qui procède aux licenciements fait partie d'un groupe international de sociétés⁴⁵, on peut se demander si la validité du plan de sauvegarde de l'emploi doit être appréciée au regard des seules sociétés du groupe situées en France ou si les sociétés situées à l'étranger doivent également être prises en considération. La question de savoir si les moyens à mettre en œuvre pour définir le plan de sauvegarde de l'emploi sont les moyens propres à l'entreprise procédant aux licenciements ou les moyens du groupe ne semble pas avoir retenu l'attention de la jurisprudence. Par contre, la jurisprudence s'est prononcée sur la question du reclassement des salariés licenciés au sein des sociétés composant le groupe.

A. Le reclassement des salariés au sein du groupe

1) La position de la jurisprudence

Plusieurs décisions sont intervenues pour préciser que l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi oblige l'employeur à tenir compte des possibilités de reclassement dans les sociétés du groupe qui sont localisées à l'étranger.

Un arrêt de la chambre sociale du 7 octobre 1998 a ainsi énoncé que « les possibilités de reclassement doivent être recherchées à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, même si certaines de ces entreprises sont situées à l'étranger dès l'instant que la législation applicable localement n'empêche pas l'emploi de salariés étrangers »⁴⁶.

45 - Précisons toutefois que la notion de groupe utilisée par l'article L. 321-4-1 est définie de manière spécifique en matière de reclassement, de sorte qu'il ne s'agit pas nécessairement de s'intéresser à un groupe au sens du droit des sociétés. La Cour de cassation a en effet précisé que « les possibilités de reclassement doivent être recherchées non seulement dans les entreprises concernées mais également à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel » (soc., 23 janvier 2002, bull. n°29). Sur ce, V. par exemple A. Teissier, L'obligation de reclassement dans le groupe, JCP E 2000, p. 1606 ; C. Hillig-Poudevigne et G. Louvel, La notion de groupe à l'épreuve du droit social, JCP E 2005, 1393 ; P.-H. d'Ornano, L'obligation individuelle de reclassement en matière de licenciement pour motif économique, JCP S 2005, 1231 ; P. Morvan, Périmètre de l'obligation de réintégration après l'annulation d'un licenciement pour absence ou insuffisance du PSE, JCP S 2006, 1180.

46 - Cass. soc. 7 octobre 1998, bull. n°407 ; D. 1999, p. 310, note K. Adom ; D. 1999, somm. comm. p. 177, obs. B. Reynes.

Un arrêt du 30 mars 1999 de la même chambre a retenu une formule proche : « les possibilités de reclassement doivent être recherchées à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, même si certaines de ces entreprises sont situées à l'étranger dès l'instant que la législation applicable localement n'empêche pas l'emploi de salariés étrangers »⁴⁷.

Un arrêt de la chambre sociale du 14 novembre 2001 a jugé qu'avait légalement justifié sa décision une cour d'appel « qui a fait ressortir que la société avait procédé à la recherche des postes disponibles dans les filiales étrangères de la société et notamment dans la société belge qui s'était vu confier la centralisation des fonctions administrative, comptable et financière de l'ensemble des sociétés du groupe et qui a constaté qu'aucun des postes disponibles ne correspondait à la qualification de la salariée même au moyen d'une adaptation »⁴⁸.

Deux arrêts du 12 février 2003 ont par ailleurs énoncé « qu'il résulte des dispositions de l'article L. 321-4-1 du Code du travail que l'employeur est tenu de présenter un plan social comportant des mesures concrètes et précises et que les possibilités de reclassement doivent être recherchées non seulement dans l'entreprise concernée mais également à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, même si certaines de ces entreprises sont situées à l'étranger dès l'instant que la législation applicable localement n'empêche pas l'emploi de salariés étrangers »⁴⁹.

Enfin, il est utile de citer un arrêt du Conseil d'Etat du 4 février 2004, qui porte sur la situation des salariés exerçant des fonctions représentatives mais dont la solution présente un intérêt certain : « pour apprécier les possibilités de reclassement, l'autorité administrative, saisie d'une demande d'autorisation de licenciement pour motif économique par une société appartenant à un groupe, ne peut se borner à prendre en considération la seule situation de la société où se trouve l'emploi du salarié protégé concerné par le licenciement ; qu'elle est tenue, dans le cas où cette dernière relève d'un groupe, et pour ceux des salariés qui ont manifesté à sa demande leur intérêt de principe pour un reclassement à l'étranger, de faire porter son examen sur les possibilités de reclassement pouvant exister dans les sociétés du groupe, y compris celles ayant leur siège à l'étranger, dont les activités ou l'organisation offrent à l'intéressé, compte tenu de ses compétences et de la législation du pays d'accueil, la possibilité d'exercer des fonctions comparables »⁵⁰.

47 - Cass. soc. 30 mars 1999, pourvoi n°97-40304 ; RJS 5/99, com. n°644.

48 - Cass. soc. 14 novembre 2001, pourvoi n°99-43916.

49 - Cass. soc. 12 février 2003 (deux arrêts), pourvois n°01-40342 et 01-40343.

50 - CE, 4 février 2004, arrêt n°255956 ; Revue des procédures collectives 2004, p. 251, arrêt n°19, obs. F. Taquet. V. également CE, 8 juillet 2002, n°22647 ; CE, 12 octobre 2006, JCP S 2006, 1986, note J.-Y. Kerbourc'h.

2) L'appréciation de la jurisprudence

Cette jurisprudence s'appuie à l'évidence sur des considérations sociales et sur la prise en compte des évolutions économiques. Comme l'indique Monsieur P. Waquet, « déjà au regard de l'Union européenne, marché unique, un retrait frileux dans les limites territoriales françaises était impossible », « mais dans une économie qui se mondialise, où les entreprises françaises s'installent à l'étranger, il n'était pas envisageable de cantonner le contrôle des licenciements économiques au seul niveau des réalités franco-françaises »⁵¹. Il reste que cette jurisprudence a une portée strictement définie.

a) La portée de la jurisprudence

La Cour de cassation a pris soin d'encadrer la solution selon laquelle les reclassements doivent être envisagés dans les entreprises du groupe situées à l'étranger.

En premier lieu, la permutation du personnel doit être conçue en tenant compte des activités, de l'organisation et du lieu d'exploitation des entreprises concernées. La nécessité de prendre en compte plusieurs éléments réduit à l'évidence la portée de l'obligation faite à l'employeur, et ce, d'autant plus que la mise en œuvre de cette approche suppose que les entreprises situées à l'étranger aient transmis des informations relatives à leurs activités et à leur organisation, ce qu'elles ne peuvent être contraintes de faire.

En deuxième lieu, puisqu'il faut tenir compte des activités et de l'organisation des entreprises du groupe, les reclassements à l'étranger concernent avant tout, en fait, les cadres supérieurs voire les salariés occupant un emploi d'une haute technicité⁵². On trouve en ce sens quelques décisions des juridictions du fond⁵³. Ajoutons, comme l'a précisé l'arrêt précité du Conseil d'Etat du 4 février 2004, qu'il faut tenir compte de l'intérêt manifesté par les salariés pour un reclassement à l'étranger, même s'il ne semble pas que la Cour de cassation se soit déjà référée explicitement à cet élément⁵⁴.

En troisième lieu, l'hypothèse d'un reclassement à l'étranger se conçoit uniquement dans la mesure où la loi du pays d'accueil le

51 - P. Waquet, Le niveau d'appréciation des conditions du licenciement économique, Droit social mai 1995, p. 482, spéc. p. 486.

52 - M.-A. Moreau, note sous Cass soc. 5 avril 1995, JDI 1996, p. 93, spéc. n°12 ; K. Adom, note sous cass. soc. 7 octobre 1998, D. 1999, p. 310, spéc. p. 311. *Adde* G. Lyon-Caen, Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux, Droit social mai 1996, p. 489, spéc. n°12.

53 - Paris, 14 novembre 1995, RJS 1/96, n°10 ; TGI Saintes, 18 décembre 1998, D. 1999, IR, 87

54 - Notons qu'un arrêt de la chambre sociale du 9 février 2000 a retenu, sans surprise, que « l'obligation de rechercher un reclassement, fût-ce par voie de mutation à l'étranger, mutation que le salarié est en droit de refuser, incombe à l'employeur » (pourvoi n°97-44023 ; RJS 3/00, n°261).

permet, en particulier en ce qui concerne les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants étrangers ainsi que celles relatives à l'accès au marché du travail. Il est vrai que cette réserve ne devrait guère soulever de difficultés dans le cadre communautaire⁵⁵. Il reste qu'elle pose néanmoins un problème de procédure. On peut en effet se demander à qui il incombe d'établir que les dispositions de la loi de l'Etat d'accueil s'opposent ou non au reclassement des salariés concernés. Malgré l'absence de décisions sur ce point, on peut supposer qu'il appartient au juge saisi de rechercher le contenu de la loi de l'Etat d'accueil, le cas échéant en sollicitant la collaboration des parties. Tel est en effet le principe consacré en droit international privé : en présence de droits indisponibles (ce qui est manifestement le cas), il appartient au juge devant mettre en œuvre une loi étrangère de rechercher son contenu⁵⁶.

b) Les faiblesses de la jurisprudence

Si sa portée est strictement délimitée, cette jurisprudence n'en comporte pas moins plusieurs faiblesses.

Tout d'abord, sur le plan pratique, il n'est pas certain que l'obligation de prévoir des reclassements à l'étranger puisse avoir un impact réel, alors que de tels reclassements soulèvent, dans la plupart des cas, des problèmes pratiques pour les salariés, du point de vue familial, humain ou linguistique.

Ensuite, il n'est pas non plus certain que le contrôle du respect de cette obligation soit aisé. Il est vrai toutefois que l'employeur a un devoir de loyauté, qui lui interdit de limiter ses propositions à des postes extérieurs à l'entreprise d'origine⁵⁷. Il doit également, selon une instruction de la Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle du 23 janvier 2006, se conformer au « principe fondamental du droit contractuel qu'est celui de l'exécution de bonne foi des obligations contractuelles », de sorte que « la proposition d'une entreprise concernant des postes au sein du groupe, dans des unités de production à l'étranger, pour des salaires très inférieurs au SMIC ne peut être considérée comme sérieuse » et ne saurait « répondre aux obligations inscrites dans les articles L. 321-1 et L. 321-4-1 du Code du travail »⁵⁸.

Enfin, il faut revenir aux principes fondamentaux du droit des sociétés : les différentes sociétés du groupe sont juridiquement indépendantes.

55 - Pour une illustration, Paris, 26 avril 2000, RJS 9-10/00, n°924 : cet arrêt retient que « le principe de libre circulation et de liberté du travail dans l'Union européenne (...) perm(et) la permutabilité des personnels sans restrictions de loi de police ».

56 - Cass. 1^{ère} civ. 26 mai 1999, bull. n°174.

57 - P. Morvan, Licenciement pour motif économique, Définition du motif économique, J.-Cl. Travail traité fasc. 31-1, n°20. Pour une illustration, Rouen, 22 mars 2005, Bull. Joly sociétés février 2006, p. 193

58 - Instruction DGEFP n°2006-01 du 23 janvier 2006 relative à l'appréciation de propositions de reclassement à l'étranger (JCP S 2006, act. 51).

Par conséquent, le plan de sauvegarde de l'emploi qui serait élaboré par une société française appartenant à un groupe international ne saurait lier les sociétés étrangères du groupe. Ces sociétés demeurent libres de définir leur politique de recrutement et ne voient peser sur elles aucune obligation. Il suffit, pour s'en persuader, d'examiner la lettre même de l'article L. 321-4-1, qui fait obligation à l'*employeur* d'établir et de mettre en œuvre un plan de sauvegarde. L'obligation ne pèse donc que sur l'employeur, même si – selon cet article - la validité du plan doit être appréciée au regard des moyens du groupe⁵⁹.

B. La prise en compte des moyens du groupe dans l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi

La référence qui est ainsi faite aux moyens du groupe pose problème. La question est de savoir s'il faut considérer les moyens du groupe dans son ensemble, y compris dans ses éléments situés à l'étranger. La jurisprudence ne semble pas s'être prononcée à ce sujet, pas plus que la doctrine. Pourtant, il est évident que la réponse que l'on entend apporter à cette question peut avoir des incidences concrètes très importantes.

Cette question conduit à s'interroger sur la portée territoriale de l'article L. 321-4-1, ce qui implique de déterminer si cet article peut être qualifié de loi de police, c'est-à-dire - selon la formule habituellement utilisée en droit international privé - de loi dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays. Il est difficile de prendre position sur ce point. Il nous semble toutefois que l'idée d'une application strictement territoriale de la loi française doit être sérieusement envisagée. Si cette approche devait s'imposer, la prise en compte des moyens des sociétés du groupe localisées à l'étranger devrait donc être exclue.

1) L'absence d'objections à une approche territoriale

Il est vrai qu'une telle approche peut ne pas sembler à première vue s'harmoniser avec la jurisprudence précédemment examinée relative à la question du reclassement des salariés. Pourtant, il n'existe aucune incompatibilité entre l'approche proposée et cette jurisprudence. En matière de reclassement, la jurisprudence n'attache pas un effet extra-territorial aux dispositions du Code du travail puisque – nous l'avons dit - les mesures prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi élaboré en France par la société débitrice ne s'imposent pas aux autres sociétés du groupe, qui restent libres de procéder ou non aux recrutements des

⁵⁹ - Comp., en matière interne, P. Pétel, Groupes de sociétés et plan de sauvegarde de l'emploi, JCP E 2007, 1423, spéc. n°14.

salariés concernés. Cette jurisprudence ne concerne que les obligations des employeurs installés sur le territoire national.

Le fait que l'article L. 321-4-1 ne fait aucune distinction entre les groupes nationaux et les groupes internationaux ne saurait non plus venir contrarier l'approche que nous défendons. Cette absence de distinction ne saurait à notre sens être interprétée comme la marque d'une volonté implicite du législateur d'étendre le champ d'application de cet article aux groupes internationaux. Elle n'est au contraire qu'une nouvelle manifestation de la tendance du législateur à se désintéresser des questions relevant du droit international privé.

2) *Les arguments favorables à une approche territoriale*

Quelques arguments peuvent, à l'opposé, être avancés en faveur d'une lecture *a minima* de l'article L. 321-4-1, lecture conduisant à considérer que le plan de sauvegarde ne saurait être défini au regard des moyens des autres sociétés du groupe si ces sociétés sont localisées à l'étranger.

Le premier argument est lié à la notion de loi de police. Même si cette notion est difficile à saisir, on peut sans doute considérer qu'elle peut être appliquée à l'article L. 321-4-1, car cet article tend à préserver l'organisation sociale du pays. Toutefois, comme le précisent de manière générale les Professeurs Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières⁶⁰, le recours à la méthode des lois de police ne dispense pas de faire appel à un rattachement, qui renvoie le plus souvent à des notions de fait plus qu'à des notions juridiques. Et en matière sociale, le rattachement ayant le plus de force est à l'évidence celui qui se rapporte au lieu des activités⁶¹. Dans ces conditions, on peut sans doute considérer que cette disposition oblige les employeurs dans la mesure où il existe un rattachement territorial à la France, que ce soit en raison d'une activité exercée en France ou d'un rattachement des salariés à un établissement situé en France.

Le deuxième argument se rapporte à l'idée que des sociétés ayant leur siège social à l'étranger et ne relevant pas de ce fait de la loi française ne peuvent se voir imposer hors du territoire national des obligations issues de la législation française.

Le troisième argument est d'ordre pratique : il serait difficile de prendre en compte les moyens d'un groupe international. Une telle solution ne pourrait de surcroît avoir qu'une efficacité relative puisque sa mise en œuvre supposerait que des informations concernant le groupe soient communiquées au juge, ce que des sociétés situées à l'étranger ne peuvent pas a priori être contraintes de faire. De surcroît, une telle solution rendrait nécessaire d'établir le périmètre du groupe,

60 - Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 2004, 8^{ème} éd., n°132.

61 - De manière générale, Y. Chauvy, conclusions sous cass. soc. 5 avril 1995, RJS 5/95, p. 321.

ce qui poserait à nouveau un problème d'accès à l'information pour le juge⁶².

Dans ces conditions, le recours à l'article L. 311-4-1 dans le cadre d'un groupe international de sociétés nous semble être hasardeux⁶³. Peut-être le recours aux règles de la responsabilité civile pourrait-il s'avérer plus utile, afin d'engager, notamment, la responsabilité de la société mère de l'employeur⁶⁴. Encore faudrait-il toutefois tenir compte des principes du droit des procédures collectives pour déterminer qui pourrait exercer l'action en responsabilité.

Le 18 mai 2007

62 - Comp., en matière interne, P. Pétel, Groupes de sociétés et plan de sauvegarde de l'emploi, JCP E 2007, 1423, spéc. n°14.

63 - Pour une conclusion proche en matière interne, P. Pétel, Groupes de sociétés et plan de sauvegarde de l'emploi, JCP E 2007, 1423.

64 - P. Morvan, Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté (L. n°2005-845 du 26 juillet 2005), JCP E 2005, 1511, spéc. n°28. Pour une illustration, Rouen, 22 mars 2005, Bull. Joly sociétés février 2006, p. 193.

CONCLUSION

Raymonde Vatinet

Professeur à l'Université Paris V – René Descartes

1. Les français sont souvent nostalgiques. Ce sentiment était perceptible dans l'accueil réservé par une partie de la presse à la sortie d'un film documentaire consacré à l'affaire LIP¹, en mars 2007. Présenté comme « une épopée digne de John Ford », ce film retrace les péripéties d'un conflit social qui fut le révélateur des enjeux sociaux d'une faillite exemplaire². En 1973, l'articulation du droit des faillites et du droit du travail ne posait pas de difficulté majeure, puisque seules les créances salariales faisaient l'objet d'un traitement particulier. La défense de l'emploi prenait souvent la forme de grèves avec occupation des locaux. En faisant de leur entreprise un haut lieu du gauchisme et d'un certain romantisme autogestionnaire, « les Lip » ont sans doute permis de prendre conscience de la nécessité d'un aménagement juridique du droit de l'emploi dans les procédures collectives.

2. Mais l'articulation du droit du travail et du droit des procédures collectives n'est pas facile à concevoir. Les contributions, très riches, rassemblées dans le présent ouvrage mettent en lumière les difficultés techniques multiples qui naissent de l'application du droit du travail en cas d'ouverture d'une procédure collective. Ces difficultés sont désormais aggravées du fait de l'internationalisation des activités économiques. Pour les résoudre, il faudrait commencer par arrêter une méthode. Or, pour l'heure, le législateur français n'a pas su faire le choix d'une méthode claire et efficace de conciliation du droit de l'emploi et du droit commercial. Celle qui a été tentée en 1985 n'a pas réussi (section I). Celle qui a été ébauchée en 2005, ainsi qu'en droit européen, n'a pas été menée à terme (section II).

Section I – 1985³: idéalisme et faux semblants

3. Les promoteurs de la réforme de 1985 ont conçu une procédure de redressement judiciaire idéale, destinée, selon une formule incantatoire,

1 - Sur le documentaire de Christian Rouaud, Les Lip, l'imagination au pouvoir, v. not. Le Monde des 21 mars et 8 avril 2007.

2 - V. Entretien avec Michel Rocard, Le Monde du 21 mars 2007.

3 - Loi du 25 janvier 1985, dont une grande partie du dispositif social demeure applicable au redressement judiciaire et à la liquidation (à l'exception des règles relatives aux cession).

« à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif ». Mission était donnée aux organes de la procédure et aux juges consulaires d'effectuer, à chaque stade de la procédure, une sorte de contrôle de proportionnalité, économique et social, afin de préserver autant que faire se peut l'intérêt des salariés. Le droit commun du travail était mis à l'écart. A l'épreuve des faits, cette construction théorique a révélé ses insuffisances (§ 1). C'est ce qui explique que le droit commun du travail ait fini par reprendre une certaine influence, perturbatrice, sur le cours de la procédure commerciale (§ 2).

§ 1 : Insuffisances de l'intégration des salariés à la procédure collective

L'innovation sans doute la plus positive tenait à l'intervention des représentants du personnel à tous les stades de la procédure. A cet égard, la création d'un représentant des salariés, auquel il conviendrait de reconnaître clairement la qualité d'institution représentative du personnel, répondait à un besoin réel, notamment dans les entreprises dépourvues de représentants du personnel, comme le démontre Monsieur Franck Petit dont l'analyse est très convaincante⁴. Plus généralement, les droits reconnus aux représentants élus du personnel ont eu surtout pour effet d'écarter les organisations syndicales de la procédure collective (elles sont, en effet, privées de tout pouvoir propre d'intervention et de toute voie de recours), et de limiter les risques de conflit collectif. Il est à noter que les possibilités d'action des représentants du personnel ont été elles-mêmes soigneusement « canalisées ». C'est ainsi que des voies de recours leur ont été habilement ouvertes ou fermées, en fonction des préférences du législateur (l'absence de voie de recours en matière de cession, en particulier, traduit une volonté de faciliter les reprises d'entreprises en difficulté).

5. Pour ce qui est du sort des emplois, le législateur de 1985 a choisi de faire très largement confiance aux organes de la procédure et aux juges consulaires. Comme le relève Pierre-Yves Verkindt, le juge prud'homal est dépossédé de l'essentiel du contrôle du motif des licenciements, qu'ils soient décidés pendant la période d'observation, dans le plan de redressement ou lors de la liquidation⁵. Les voies de recours offertes par le droit des procédures collectives étant très limitées voire inexistantes (en cas de cession), ce dispositif revient, sous couvert d'intégration des salariés à la procédure collective, à faciliter les licenciements.

4 - F. Petit, Le rôle du représentant des salariés dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires, *supra*.

5 - P.-Y. Verkindt, Procédures collectives et licenciements économiques, *supra*.

6. En 1985, on attendait beaucoup des plans de cession. Il s'agissait, en effet, de « moraliser les cessions » afin de mettre un terme à la pratique des cessions à forfait, en aménageant une procédure spéciale de cession dans le cadre du redressement judiciaire. Selon une vision théorique des choses, le tribunal de commerce devait opérer un choix parmi les candidats à la reprise, susceptibles d'être mis en concurrence afin que soit retenue l'offre la meilleure, notamment en matière d'emploi. Cela supposait que plusieurs repreneurs puissent être mis en concurrence, ce qui est rarement le cas.

§ 2 : Retour du droit commun du contrat de travail

7. En matière de licenciement, comme l'a démontré Pierre-Yves Verkindt, toutes les failles du dispositif commercial ont été habilement utilisées par la chambre sociale de la Cour de cassation, qui a permis au juge prud'homal ou au juge de droit commun de reprendre la main. Si la juridiction prud'homale ne peut plus contrôler la réalité et le sérieux du motif économique, il lui reste la possibilité de contrôler la lettre de motivation, l'ordre des licenciements, les offres de reclassement... Elle a exercé pleinement ces contrôles résiduels. Par ailleurs, le TGI a pu contrôler les plans sociaux, avec toutes les difficultés et les incertitudes que ce contrôle engendre dans le cadre d'une procédure collective, comme cela a été très bien mis en lumière par Maître Dominique Soulier⁶.

8. Quant aux cessions d'entreprises en redressement judiciaire... quel échec ! La loi de 1985, tout en voulant moraliser la cession-redressement, a laissé subsister une forme de cession très proche de l'ancienne cession à forfait, en autorisant la cession d'unités de production dans le cadre de la liquidation judiciaire. Les repreneurs potentiels n'ont pas joué le jeu de la concurrence ; au lieu de passer par la voie royale de la cession redressement - où les suppressions d'emplois étaient pourtant facilitées - ils ont souvent attendu la liquidation pour acquérir des unités de production à bas prix. C'est ce qui explique que le droit commun du contrat ait, ici encore, repris son empire. Le contrôle de l'application de l'article L. 122-12 a été pleinement exercé par le juge prud'homal, avec les incertitudes et les effets pervers que cette jurisprudence a fait naître, parfaitement analysés par Jean-François Cesaro⁷. Sans doute ce contrôle était-il, à certains égards, contestable, notamment sur le terrain du droit européen⁸ et sans doute risquait-il de décourager les reprises, mais il permettait aussi d'éviter que des cessions soient ainsi réalisées à bas prix dans un but purement

6 - Dominique Soulier, Procédures collectives et plan de sauvegarde de l'emploi, *supra*.

7 - J-F Cesaro, Procédures collectives et article L. 122-12, alinéa 2 du code du travail, *supra*.

8 - *Ibid*.

spéculatif et sans aucun contrôle. Le législateur de 2005 a certainement fait œuvre utile en supprimant à la fois le redressement-cession, qui était un échec, et la cession d'unités de production qui, sans le recours à l'article L. 122-12, n'était pas assortie de garanties suffisantes. Il est à noter que la nouvelle procédure de cession unifiée (sur le mode de l'ancienne cession-redressement, mais désormais organisée dans le cadre de la liquidation judiciaire) pourra s'appliquer à des entreprises en sauvegarde. Autrement dit, cette procédure de cession pourra permettre des restructurations d'entreprises in bonis assorties de suppressions d'emplois décidées par le tribunal de commerce. Comme le relève Jean-François Cesaro, le risque de fraude peut cependant être relativisé, « l'éviction de l'article L. 122-12 (n'étant) pas sans limite ». On peut, en effet, prévoir que le juge prud'homal traquera les fraudes et que le droit commun conservera ainsi un champ d'application non négligeable. On pouvait pourtant espérer, en 2005, le choix d'une autre méthode d'harmonisation du droit du travail et du droit des procédures collectives.

Section II – 2000⁹ et 2005¹⁰ : des solutions d'attente

9. Une seconde méthode autorise la coexistence de deux branches autonomes, droit du travail sous le contrôle de la juridiction du travail et droit de la procédure sous l'égide du juge consulaire. Cependant, cette méthode suppose que soient conçues des règles spéciales de droit du travail, adaptées à la situation des entreprises en difficulté. C'est très largement ainsi que sont appréhendées les questions relatives au traitement des créances salariales¹¹. Au contraire, le traitement de l'emploi dans la procédure de sauvegarde n'a fait l'objet d'aucune règle légale particulière ; le législateur de 2005 s'en est remis purement et simplement au droit commun du licenciement (§ 1). De la même manière, le droit européen des procédures d'insolvabilité a largement occulté la question de l'emploi, ce qui ne manquera pas de engendrer des difficultés très graves de conséquences (§ 2).

§ 1 : Un législateur national craintif

10. Dans la procédure de sauvegarde, la question des emplois est exclue du champ de compétence du tribunal de commerce. Le droit commun des licenciements a seul vocation à s'appliquer. Cela peut paraître normal dès lors que l'entreprise n'est pas en cessation des paiements.

9 - Règlement n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (JOCE L 160 du 30 juin 2000) entré en application le 31 mai 2002.

10 - Loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005.

11 - Ainsi que la question de la consultation des représentants du personnel en cas de licenciements économiques prononcés dans le cadre du redressement et de la liquidation judiciaires.

D'ailleurs le droit commun des licenciements économiques n'est-il pas lui-même une procédure préventive destinée à permettre la « sauvegarde de la compétitivité » ? Tout irait donc pour le mieux si notre droit des licenciements n'était pas devenu l'usine à gaz que l'on sait, dont la longueur des procédures, la complexité et l'excès d'exigences risquent de compromettre les sauvegardes d'entreprise, particulièrement dans le cas des PME. En 2005, le législateur n'a pas osé prévoir des règles de licenciement propres à la sauvegarde, de crainte d'être accusé de favoriser des fraudes au droit commun des licenciements économiques, cette procédure étant destinée à des entreprises qui ne sont pas en cessation des paiements. Il faut souhaiter qu'il ait un jour le courage d'intervenir pour clarifier l'ensemble du droit des licenciements économiques ou, au moins, pour concevoir des règles spéciales propres à cette procédure. Dans l'attente, il convient de rappeler que les partenaires sociaux disposent désormais d'une grande marge de manœuvre leur permettant d'adapter les règles légales à la situation économique des entreprises. La procédure de sauvegarde pourrait être un terrain d'élection pour des négociations sur l'emploi. C'est ainsi que des accords de méthode peuvent parfaitement prévoir des procédures de licenciements économiques propres aux entreprises en sauvegarde : ils peuvent le faire préventivement, au niveau de la branche, en réservant le champ d'application de certaines règles conventionnelles dérogatoires aux entreprises de la branche qui feraient l'objet d'une pareille procédure. Ils peuvent aussi être conclus « à chaud », au niveau de l'entreprise, une fois la procédure ouverte. Par ailleurs, des accords de gestion prévisionnelle de l'emploi sont également susceptibles d'appréhender la situation particulière des entreprises en sauvegarde... Il reste que de telles négociations seront difficiles à mener, particulièrement dans le secteur des PME, les plus fragiles. Une intervention du législateur paraît donc indispensable. Sans doute nos pouvoirs publics y seront-ils contraints sous la menace des délocalisations et pour permettre aux entreprises françaises de faire face à la concurrence mondiale.

§ 2 : Un droit commercial européen qui ignore les salariés

11. Comme le relèvent Hélène Tissandier¹² et François Mélin¹³, la question des procédures transnationales va prendre beaucoup d'ampleur. L'importance du contentieux que l'entrée en vigueur du Règlement 1346 a déjà fait naître en est un révélateur. Ce règlement et l'interprétation qui en est donnée par la CJCE paraissent lourds de menaces. Le contentieux déjà existant montre que le règlement aura

12 - Hélène Tissandier, *Insolvabilité, droit communautaire et droit du travail : la garantie des créances salariales*, *supra*.

13 - François Mélin, *Droit de la faillite internationale et droit du travail*, *supra*.

vocation à s'appliquer dans les groupes transnationaux, dont il pourra faciliter les restructurations sans garanties sociales, d'autant que la notion même de procédure d'insolvabilité risque d'être incontrôlable et d'englober des procédures purement préventives. Les autorités européennes comme les pouvoirs publics français ont fait preuve de beaucoup de légèreté en n'envisageant pas sérieusement la question du sort des salariés.

12. Pour les créances salariales, les risques sont sans doute limités du fait de l'existence d'un système de garantie harmonisé. Cependant, dans un certain nombre de cas, il faudra combiner l'application des règles matérielles du règlement 1346 (notamment pour la production des créances), celles de la *lex concursus* (compétente pour la détermination du rang des créances et des privilèges dont elles sont assorties, alors que les législations nationales sont sur ce point très différentes les unes des autres), celles de la loi du contrat de travail (existence de la créance), celles de la directive européenne relative la garantie des créances et, enfin, celles de la loi qui régit l'institution de garantie. Pour les organes de la procédure, la tâche sera souvent particulièrement complexe.

13. Pour ce qui est du traitement de l'emploi, le Règlement 1346 se borne à un renvoi à la loi applicable au contrat de travail. Or, s'agissant de la loi française, les effets de la procédure sur le contrat de travail sont régis par le droit de la procédure. Chaque fois que la loi française de la procédure sera écartée au profit de la loi étrangère du pays d'ouverture d'une procédure transnationale principale, le sort des contrats de travail de droit français - celui de la plupart des salariés exerçant leur activité dans un établissement ou une filiale française - ne pourra être régi que par le droit commun du contrat de travail. D'où, une fois encore, la nécessité de prévoir, dans le code du travail français, des règles spéciales de licenciement qui auront vocation à s'appliquer à toute procédure d'insolvabilité. En l'état actuel des choses, l'application du droit commun des licenciements dans le cadre d'une procédure principale étrangère risque de présenter de telles difficultés que la tentation sera grande d'ouvrir - pour l'établissement français voire pour la filiale française, fut-elle *in bonis* - une procédure secondaire qui, conformément aux prévisions du règlement, ne pourra être qu'une procédure liquidative. Dans cette perspective il est heureux que le législateur français de 2005 ait placé la cession d'entreprises dans le cadre de la liquidation judiciaire. La procédure secondaire pourra ainsi être une procédure de liquidation pure et simple ou une procédure de cession.

14. Enfin, il est permis de regretter que le règlement 1346 n'ait pas envisagé d'intervention des représentants du personnel dans les procé-

dures transnationales. Par un arrêt rendu le 27 juin 2006, la chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré que « l'absence d'audition des représentants du personnel préalablement à la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ne constitue pas une violation manifeste du droit fondamental à être entendu dont dispose une personne concernée par cette procédure »¹⁴. On aurait pu au moins envisager une intervention du comité d'entreprise européen. Celui-ci n'a-t-il pas vocation à être mis en place dans les entreprises et les groupes transnationaux, ceux là mêmes qui sont susceptibles de faire l'objet d'une procédure transnationale ?

A l'avenir, il faudra donc songer à mettre en cohérence le droit européen des procédures d'insolvabilité avec le droit social européen. Pour prendre conscience d'une telle nécessité, faudra-t-il attendre une affaire *Lip* transnationale ?

14 - D. 2006, 2257, note J.-L. Vallens ; JCP E 2006, 2291, note F. Mélin. Cette absence d'audition n'est donc pas contraire à l'ordre public et ne permet pas à une juridiction nationale de refuser de reconnaître une décision d'ouverture d'une procédure principale prononcée par la juridiction d'un autre Etat.

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ ET DROIT DU TRAVAIL

PRINCIPAUX TEXTES CONCERNÉS

Restructurations des entreprises

Code du travail

Art. L. 122-12 al. 2 : « S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

Art. L. 122-12-1 : « A moins que la modification visée au deuxième alinéa de l'article L. 122-12 n'intervienne dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou liquidation judiciaires, ou d'une substitution d'employeurs intervenue sans qu'il y ait eu de convention entre ceux-ci, le nouvel employeur est en outre tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, des obligations qui incombaient à l'ancien employeur à la date de cette modification.

Le premier employeur est tenu de rembourser les sommes acquittées par le nouvel employeur en application de l'alinéa précédent, sauf s'il a été tenu compte de la charge résultant de ces obligations dans la convention intervenue entre eux ».

Code de commerce

Art. L. 626-1 : « Lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée, le tribunal arrête dans ce but un plan qui met fin à la période d'observation.

Ce plan de sauvegarde comporte, s'il y a lieu, l'arrêt, l'adjonction ou la cession d'une ou de plusieurs activités. Les cessions faites en application du présent article sont soumises aux dispositions de la section 1 du chapitre II du titre IV. Le mandataire judiciaire exerce les missions confiées au liquidateur par ces dispositions ».

Art. L. 626-2 : « Le projet de plan détermine les perspectives de redressement en fonction des possibilités et des modalités d'activités,

de l'état du marché et des moyens de financement disponibles.

Il définit les modalités de règlement du passif et les garanties éventuelles que le chef d'entreprise doit souscrire pour en assurer l'exécution.

Ce projet expose et justifie le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite d'activité. Lorsque le projet prévoit des licenciements pour motif économique, il rappelle les mesures déjà intervenues et définit les actions à entreprendre en vue de faciliter le reclassement et l'indemnisation des salariés dont l'emploi est menacé. Le projet tient compte des travaux recensés par le bilan environnemental.

Il recense, annexe et analyse les offres d'acquisition portant sur une ou plusieurs activités, présentées par des tiers. Il indique la ou les activités dont sont proposés l'arrêt ou l'adjonction ».

Art. L. 631-1 : « Il est instituée une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en état de cessation des paiements.

La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30 ».

Art. L. 631-22 : « Au vu du rapport de l'administrateur, le tribunal peut ordonner la cession totale ou partielle de l'entreprise si le débiteur est dans l'impossibilité d'en assurer lui-même le redressement. A l'exception du I de l'article L. 642-2, les dispositions de la section 1 du chapitre II du titre IV sont applicables à cette cession. Le mandataire judiciaire exerce les missions dévolues au liquidateur.

L'administrateur reste en fonction pour passer tous les actes nécessaires à la réalisation de la cession ».

Art. R. 631-39 : « Sans préjudice de l'application des deux premiers alinéas de l'article R. 642-40, l'administrateur, s'il en a été désigné, communique au greffe les caractéristiques essentielles de l'entreprise ou de la ou des branches d'activité susceptibles d'être cédées en application de l'article L. 631-22. Il fixe le délai dans lequel les offres peuvent lui être soumises en application de l'article L. 631-13. Tout intéressé peut prendre connaissance de ces informations au greffe.

L'administrateur porte le délai fixé pour le dépôt des offres à la connaissance du mandataire judiciaire et des contrôleurs.

Toute offre doit être communiquée à l'administrateur dans le délai qu'il

a fixé. Sauf accord entre le débiteur, le représentant des salariés, le mandataire judiciaire et les contrôleurs, le délai entre la réception d'une offre par l'administrateur et l'audience au cours de laquelle le tribunal examine cette offre est de quinze jours au moins ».

Art. R. 631-41 : « Lorsque la cession totale ou partielle de l'entreprise a été ordonnée, la procédure est poursuivie dans les limites prévues par l'article L. 621-3 du code de commerce aux fins, selon le cas, de l'arrêté d'un plan de redressement ou de la liquidation du débiteur ».

Art. R. 631-42 : « Lorsque la cession totale ou partielle de l'entreprise a été ordonnée par le tribunal en application de l'article L. 631-22 du code de commerce, le mandataire judiciaire reçoit le prix de cession nonobstant la passation des actes par l'administrateur.

Lorsque le débiteur bénéficie d'un plan de redressement, le mandataire judiciaire remet le prix au commissaire à l'exécution du plan.

Lorsque le débiteur est soumis à une liquidation judiciaire, le mandataire judiciaire conserve le prix en sa qualité de liquidateur ou le remet au liquidateur désigné par le tribunal ».

Art. L. 642-1 al. 1 et 2 : « La cession de l'entreprise a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif.

Elle peut être totale ou partielle. Dans ce dernier cas, elle porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités ».

Art. L. 642-2 II, IV, V : « II. - Toute offre doit être écrite et comporter l'indication :

1^o De la désignation précise des biens, des droits et des contrats inclus dans l'offre ;

2^o Des prévisions d'activité et de financement ;

3^o Du prix offert, des modalités de règlement, de la qualité des apporteurs de capitaux et, le cas échéant, de leurs garants. Si l'offre propose un recours à l'emprunt, elle doit en préciser les conditions, en particulier de durée ;

4^o De la date de réalisation de la cession ;

5^o Du niveau et des perspectives d'emploi justifiés par l'activité considérée ;

6^o Des garanties souscrites en vue d'assurer l'exécution de l'offre ;

7^o Des prévisions de cession d'actifs au cours des deux années suivant la cession ;

8^o De la durée de chacun des engagements pris par l'auteur de l'offre.

IV. - Le liquidateur ou l'administrateur lorsqu'il en a été désigné informe le débiteur, le représentant des salariés et les contrôleurs du contenu des offres reçues. Il les dépose au greffe où tout intéressé peut en prendre connaissance.

Elles sont notifiées, le cas échéant, à l'ordre professionnel ou à l'autorité compétente dont le débiteur relève.

V. - L'offre ne peut être ni modifiée, sauf dans un sens plus favorable aux objectifs mentionnés au premier alinéa de l'article L. 642-1, ni retirée. Elle lie son auteur jusqu'à la décision du tribunal arrêtant le plan.

En cas d'appel de la décision arrêtant le plan, seul le cessionnaire reste lié par son offre ».

Art. L. 642-5 : « Après avoir recueilli l'avis du ministère public et entendu ou dûment appelé le débiteur, le liquidateur, l'administrateur lorsqu'il en a été désigné, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et les contrôleurs, le tribunal retient l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d'exécution. Il arrête un ou plusieurs plans de cession.

Les débats doivent avoir lieu en présence du ministère public lorsque la procédure est ouverte au bénéfice de personnes physiques ou morales dont le nombre de salariés ou le chiffre d'affaires hors taxes est supérieur à un seuil fixé par décret en Conseil d'Etat.

Le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions applicables à tous.

Lorsque le plan prévoit des licenciements pour motif économique, il ne peut être arrêté par le tribunal qu'après que le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel ont été consultés dans les conditions prévues à l'article L. 321-9 du code du travail et l'autorité administrative compétente informée dans les conditions prévues à l'article L. 321-8 du même code. Le plan précise notamment les licenciements qui doivent intervenir dans le délai d'un mois après le jugement. Dans ce délai, ces licenciements interviennent sur simple notification du liquidateur, ou de l'administrateur lorsqu'il en a été désigné, sous réserve des droits de préavis prévus par la loi, les conventions ou les accords collectifs du travail ».

Licenciements

Code du travail

Art. L. 321-4-1 : « Dans les entreprises employant au moins cinquante salariés, lorsque le nombre de licenciements est au moins égal à

dix dans une même période de trente jours, l'employeur doit établir et mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre et pour faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité, notamment des salariés âgés ou qui présentent des caractéristiques sociales ou de qualification rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile.

La procédure de licenciement est nulle et de nul effet tant qu'un plan visant au reclassement de salariés s'intégrant au plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel, qui doivent être réunis, informés et consultés.

Ce plan doit prévoir des mesures telles que par exemple :

- des actions en vue du reclassement interne des salariés sur des emplois relevant de la même catégorie d'emplois ou équivalents à ceux qu'ils occupent ou, sous réserve de l'accord exprès des salariés concernés, sur des emplois de catégorie inférieure ;
- des créations d'activités nouvelles par l'entreprise ;
- des actions favorisant le reclassement externe à l'entreprise, notamment par le soutien à la réactivation du bassin d'emploi ;
- des actions de soutien à la création d'activités nouvelles ou à la reprise d'activités existantes par les salariés ;
- des actions de formation, de validation des acquis de l'expérience ou de reconversion de nature à faciliter le reclassement interne ou externe des salariés sur des emplois équivalents ;
- des mesures de réduction ou d'aménagement du temps de travail ainsi que des mesures de réduction du volume des heures supplémentaires effectuées de manière régulière lorsque ce volume montre que l'organisation du travail de l'entreprise est établie sur la base d'une durée collective manifestement supérieure à trente-cinq heures hebdomadaires ou 1 600 heures par an et que sa réduction pourrait préserver tout ou partie des emplois dont la suppression est envisagée.

En l'absence de comité d'entreprise ou de délégués du personnel, ce plan ainsi que les informations visées à l'article L. 321-4 doivent être communiqués à l'autorité administrative compétente lors de la notification du projet de licenciement prévue au premier alinéa de l'article L. 321-7. En outre, ce plan est porté à la connaissance des salariés par voie d'affichage sur les lieux de travail.

La validité du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou, le cas échéant, l'unité économique et sociale ou le groupe ».

Art. L. 321-8 : « En cas de redressement ou de liquidation judiciaires, l'administrateur ou, à défaut, l'employeur ou le liquidateur suivant les cas, doit informer l'autorité administrative compétente avant de procéder à des licenciements pour motif économique dans les conditions

prévues aux articles L. 621-37, L. 621-64 (1), L. 622-4, L. 641-5, L. 641-10 du code de commerce ».

NOTA (1) : les articles L. 621-37 et L. 621-64 du code de commerce sont abrogés par l'article 1 I de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005.

Art. L. 321-9 : « En cas de redressement ou de liquidation judiciaire, l'administrateur ou, à défaut, l'employeur ou le liquidateur, suivant les cas, qui envisage des licenciements économiques doit réunir et consulter le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel dans les conditions prévues aux premier, deuxième, et troisième alinéas de l'article L. 321-3 et aux articles L. 321-4, L. 321-4-1, à l'exception du deuxième alinéa, L. 422-1, cinquième et sixième alinéas, et L. 432-1, deuxième alinéa ».

Code de commerce

Art. L. 631-17 : « Lorsque des licenciements pour motif économique présentent un caractère urgent, inévitable et indispensable pendant la période d'observation, l'administrateur peut être autorisé par le juge-commissaire à procéder à ces licenciements.

Préalablement à la saisine du juge-commissaire, l'administrateur consulte le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel dans les conditions prévues à l'article L. 321-9 du code du travail et informe l'autorité administrative compétente mentionnée à l'article L. 321-8 du même code. Il joint, à l'appui de la demande qu'il adresse au juge-commissaire, l'avis recueilli et les justifications de ses diligences en vue de faciliter l'indemnisation et le reclassement des salariés ».

Art. R. 631-26 : « L'ordonnance rendue par le juge-commissaire en application de l'article L. 631-17 du code de commerce indique le nombre des salariés dont le licenciement est autorisé ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées.

L'ordonnance est notifiée au comité d'entreprise ou à défaut aux délégués du personnel ou, le cas échéant, au représentant des salariés. Elle est transmise au ministère public, à l'administrateur et au mandataire judiciaire ».

Art. L. 631-19 II : « Lorsque le plan prévoit des licenciements pour motif économique, il ne peut être arrêté par le tribunal qu'après que le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel ont été consultés dans les conditions prévues à l'article L. 321-9 du code du travail et que l'autorité administrative compétente mentionnée à l'article L. 321-8 du même code a été informée.

Le plan précise notamment les licenciements qui doivent intervenir dans le délai d'un mois après le jugement. Dans ce délai, ces licenciements interviennent sur simple notification de l'administrateur, sous réserve des droits de préavis prévus par la loi, les conventions ou accords collectifs du travail ».

Art. R. 631-36 : « Lorsqu'en application du II de l'article L. 631-19 du code de commerce l'administrateur ou le débiteur prévoit dans son projet de plan des licenciements pour motif économique, il joint au rapport déposé au greffe ou il produit à l'audience les documents suivants :

1° Le procès-verbal des délibérations du comité d'entreprise ou des délégués du personnel consultés en application de l'article L. 321-9 du code du travail ;

2° La copie de la lettre informant l'autorité administrative, en application de l'article L. 321-8 du code du travail, du projet de licenciement. Le jugement arrêtant le plan indique le nombre de salariés dont le licenciement est autorisé ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées ».

Art. L. 641-4 al.6 : « Les licenciements auxquels procède le liquidateur en application de la décision prononçant la liquidation sont soumis aux dispositions des articles L. 321-8 et L. 321-9 du code du travail ».

Art. R. 642-3 : Les personnes appelées à l'audience au cours de laquelle il est débattu de l'arrêté du plan de cession sont convoquées selon les modalités prévues à l'article R. 626-17.

Lorsque le plan de cession prévoit des licenciements pour motif économique, le liquidateur, ou l'administrateur lorsqu'il en a été désigné, produit à l'audience les documents mentionnés à l'article R. 631-36. Le jugement arrêtant le plan indique le nombre de salariés dont le licenciement est autorisé ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées ».

V. également *supra* art. L. 642-2 II et L. 642-5 dernier alinéa.

Art. L. 662-4 : « Tout licenciement envisagé par l'administrateur, l'employeur ou le liquidateur, selon le cas, du représentant des salariés mentionné aux articles L. 621-4 et L. 641-1 est obligatoirement soumis au comité d'entreprise, qui donne un avis sur le projet de licenciement.

Le licenciement ne peut intervenir que sur autorisation de l'inspecteur du travail dont dépend l'établissement. Lorsqu'il n'existe pas de comité d'entreprise dans l'établissement, l'inspecteur du travail est saisi directement.

Toutefois, en cas de faute grave, l'administrateur, l'employeur ou le

liquidateur, selon le cas, a la faculté de prononcer la mise à pied immédiate de l'intéressé en attendant la décision définitive. En cas de refus de licenciement, la mise à pied est annulée et ses effets supprimés de plein droit.

La protection instituée en faveur du représentant des salariés pour l'exercice de sa mission fixée à l'article L. 625-2 cesse lorsque toutes les sommes versées au mandataire judiciaire par les institutions mentionnées à l'article L. 143-11-4 du code du travail, en application du dixième alinéa de l'article L. 143-11-7 dudit code, ont été reversées par ce dernier aux salariés.

Lorsque le représentant des salariés exerce les fonctions du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, la protection cesse au terme de la dernière audition ou consultation prévue par la procédure de redressement judiciaire ».

Représentant des salariés

Code de commerce

Art. L. 625-1 : « Après vérification, le mandataire judiciaire établit, dans les délais prévus à l'article L. 143-11-7 du code du travail, les relevés des créances résultant d'un contrat de travail, le débiteur entendu ou dûment appelé. Les relevés des créances sont soumis au représentant des salariés dans les conditions prévues à l'article L. 625-2. Ils sont visés par le juge-commissaire, déposés au greffe du tribunal et font l'objet d'une mesure de publicité dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

Le salarié dont la créance ne figure pas en tout ou en partie sur un relevé peut saisir à peine de forclusion le conseil de prud'hommes dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement de la mesure de publicité mentionnée à l'alinéa précédent. Il peut demander au représentant des salariés de l'assister ou de le représenter devant la juridiction prud'homale.

Le débiteur ou l'administrateur lorsqu'il a pour mission d'assurer l'administration est mis en cause ».

Art. L. 625-2 : « Les relevés des créances résultant des contrats de travail sont soumis pour vérification par le mandataire judiciaire au représentant des salariés mentionné à l'article L. 621-4. Le mandataire judiciaire doit lui communiquer tous documents et informations utiles. En cas de difficultés, le représentant des salariés peut s'adresser à l'administrateur et, le cas échéant, saisir le juge-commissaire. Il est tenu à l'obligation de discrétion mentionnée à l'article L. 432-7 du code du travail. Le temps passé à l'exercice de sa mission tel qu'il est fixé par le juge-commissaire est considéré de plein droit comme temps de travail et

payé par l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur, selon le cas, à l'échéance normale ».

Art. L. 625-3 : « Les instances en cours devant la juridiction prud'homale à la date du jugement d'ouverture de la sauvegarde sont poursuivies en présence du mandataire judiciaire ou celui-ci dûment appelé.

Le mandataire judiciaire informe dans les dix jours la juridiction saisie et les salariés parties à l'instance de l'ouverture de la procédure ».

Art. L. 625-4 : « Lorsque les institutions mentionnées à l'article L. 143-11-4 du code du travail refusent pour quelque cause que ce soit de régler une créance figurant sur un relevé des créances résultant d'un contrat de travail, elles font connaître leur refus au mandataire judiciaire qui en informe immédiatement le représentant des salariés et le salarié concerné.

Ce dernier peut saisir du litige le conseil de prud'hommes. Le mandataire judiciaire, le chef d'entreprise ou l'administrateur lorsqu'il a pour mission d'assurer l'administration sont mis en cause.

Le salarié peut demander au représentant des salariés de l'assister ou de le représenter devant la juridiction prud'homale ».

Art. L. 625-5 : « Les litiges soumis au conseil de prud'hommes en application des articles L. 625-1 et L. 625-4 sont portés directement devant le bureau de jugement ».

Art L. 625-6 : « Les relevés des créances résultant d'un contrat de travail, visés par le juge-commissaire, ainsi que les décisions rendues par la juridiction prud'homale sont portés sur l'état des créances déposé au greffe. Toute personne intéressée, à l'exclusion de celles visées aux articles L. 625-1, L. 625-3 et L. 625-4, peut former une réclamation ou une tierce opposition dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat ».

Art. R. 621-14 : « Dans les dix jours du prononcé du jugement d'ouverture, le représentant légal de la personne morale débitrice ou le débiteur personne physique, assisté de l'administrateur s'il en a été désigné, réunit le comité d'entreprise, les délégués du personnel ou, à défaut, les salariés. Les salariés élisent alors leur représentant par vote secret au scrutin uninominal à un tour.

Le procès-verbal de désignation du représentant des salariés, ou le procès-verbal de carence établi dans les conditions du deuxième alinéa de l'article L. 621-4 du code de commerce, est immédiatement déposé au greffe du tribunal.

Art. R. 621-15 : « Le tribunal d'instance est saisi des contestations relatives à la désignation du représentant des salariés par déclaration au greffe.

Cette déclaration n'est recevable que si elle est faite dans les deux jours suivant la désignation du représentant des salariés.

Dans les cinq jours de sa saisine, le tribunal d'instance statue en dernier ressort, sans frais ni forme de procédure et sur simple avertissement qu'il donne deux jours à l'avance à toutes les parties intéressées.

La décision du tribunal d'instance est notifiée par le greffier dans les deux jours.

Le délai du pourvoi en cassation est de cinq jours. Le pourvoi est formé, instruit et jugé dans les conditions fixées par les articles 999 à 1008 du nouveau code de procédure civile ».

Art. R. 621-16 : « Le licenciement du représentant des salariés désigné en application de l'article L. 621-4 du code de commerce est régi par les dispositions des articles R. 436-1 à R. 436-8 et de l'article R. 436-10 du code du travail ».

V. également *supra* art. L. 662-4 c. com.

Assurance-garantie des salaires (AGS)

Code du travail

Art. L. 143-10 : « Lorsqu'est ouverte une procédure de sauvegarde ou de redressement ou de liquidation judiciaire, les rémunérations de toute nature dues aux salariés et apprentis doivent, déduction faite des acomptes déjà perçus, être payées, nonobstant l'existence de toute autre créance privilégiée, jusqu'à concurrence d'un plafond mensuel identique pour toutes les catégories de bénéficiaires.

Ce plafond est fixé par voie réglementaire sans pouvoir être inférieur à deux fois le plafond retenu pour le calcul des cotisations de sécurité sociale.

Les rémunérations prévues au premier alinéa ci-dessus comprennent non seulement les salaires, appointements ou commissions proprement dites mais encore tous les accessoires et notamment l'indemnité mentionnée à l'article L. 122-3-4, l'indemnité pour inobservation du délai congé mentionnée à l'article L. 122-8, l'indemnité compensatrice mentionnée à l'article L. 122-32-6 et l'indemnité mentionnée à l'article L. 124-4-4, ainsi que les contributions dues par l'employeur dans le cadre des conventions de reclassement personnalisé mentionnées à l'article L. 321-4-2 ».

Art. L. 143-11-1 : « Tout commerçant, toute personne inscrite au répertoire des métiers, tout agriculteur, toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante et toute personne

morale de droit privé, employant un ou plusieurs salariés, doit assurer ses salariés, y compris les travailleurs salariés détachés à l'étranger ainsi que les travailleurs salariés expatriés mentionnés à l'article L. 351-4, contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires.

L'assurance couvre :

1° les sommes dues aux salariés à la date du jugement d'ouverture de toute procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, ainsi que les contributions dues par l'employeur dans le cadre de la convention de reclassement personnalisé mentionnée à l'article L. 321-4-2 ;

2° Les créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenant pendant la période d'observation, dans le mois suivant le jugement qui arrête le plan de sauvegarde, de redressement ou de cession, dans les quinze jours suivant le jugement de liquidation et pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation judiciaire ;

2° bis Les créances résultant de la rupture du contrat de travail des salariés auxquels a été proposée la convention de reclassement personnalisé mentionnée à l'article L. 321-4-2, sous réserve que l'administrateur, l'employeur ou le liquidateur, selon le cas, ait proposé cette convention aux intéressés au cours de l'une des périodes indiquées au 2°, y compris les contributions dues par l'employeur dans le cadre de cette convention et les salaires dus pendant le délai de réponse du salarié ;

3° Lorsque le tribunal prononce la liquidation judiciaire, dans la limite d'un montant maximal correspondant à un mois et demi de travail, les sommes dues au cours de la période d'observation, des quinze jours suivant le jugement de liquidation ou du mois suivant le jugement de liquidation en ce qui concerne les représentants des salariés prévus par les articles L. 621-8 et L. 621-135 (1) du code de commerce et pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation.

La garantie des sommes et créances visées aux 1°, 2° et 3° ci-dessus inclut les cotisations et contributions sociales salariales d'origine légale, ou d'origine conventionnelle imposée par la loi ».

Art. L. 143-11-2 : « Les créances résultant du licenciement des salariés bénéficiaires d'une protection particulière relative au licenciement sont couvertes par l'assurance dès lors que l'administrateur, l'employeur ou le liquidateur, selon le cas, a manifesté, au cours des périodes mentionnées au 2° de l'article L. 143-11-1, son intention de rompre le contrat de travail ».

Art. L. 143-11-3 : « Lorsqu'elles revêtent la forme d'un droit de créance sur l'entreprise, les sommes dues au titre de l'intéressement

conformément aux dispositions des articles L. 441-1 et suivants, au titre de la participation des salariés aux fruits de l'expansion conformément aux dispositions des articles L. 442-1 et suivants ou en application d'un accord créant un fonds salarial dans les conditions prévues par les articles L. 471-1 et suivants, sont couvertes par l'assurance prévue à l'article L. 143-11-1.

Les arrérages de préretraite dus à un salarié ou à un ancien salarié en application d'un accord professionnel ou interprofessionnel, d'une convention collective ou d'un accord d'entreprise sont également couverts par l'assurance. Ces dispositions s'appliquent lorsque l'accord ou la convention prévoit le départ en préretraite à cinquante-cinq ans au plus tôt. La garantie prévue par le présent alinéa est limitée dans des conditions fixées par décret.

Les créances visées au premier et au deuxième alinéa sont garanties :

- lorsqu'elles sont exigibles à la date du jugement d'ouverture de la procédure ;

- lorsque, si un plan organisant la sauvegarde ou le redressement judiciaire de l'entreprise intervient à l'issue de la procédure, elles deviennent exigibles du fait de la rupture du contrat de travail, dans les délais prévus au 2° de l'article L. 143-11-1 ;

- lorsqu'intervient un jugement de liquidation judiciaire ou un jugement arrêtant le plan de cession totale de l'entreprise.

L'assurance prévue à l'article L. 143-11-1 ne couvre pas les sommes qui concourent à l'indemnisation du préjudice causé par la rupture du contrat de travail dans le cadre d'un licenciement pour motif économique, en application d'un accord d'entreprise ou d'établissement ou de groupe ou d'une décision unilatérale de l'employeur, lorsque l'accord a été conclu et déposé ou la décision notifiée moins de dix-huit mois avant la date du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires ».

Art. L. 143-11-4 : « Le régime d'assurance prévue à l'article L. 143-11-1 est mis en œuvre par une association créée par les organisations nationales professionnelles d'employeurs les plus représentatives et agréée par le ministre chargé du travail.

Cette association passe une convention de gestion avec les institutions gestionnaires du régime d'assurance mentionné à la section I du chapitre Ier du titre V du livre III de la première partie du code du travail.

En cas de dissolution de cette association, le ministre chargé du travail confie aux institutions prévues à l'alinéa précédent la gestion du régime d'assurance institué à l'article L. 143-11-1 ».

Art. L. 143-11-5 : « Le droit du salarié est indépendant de l'observation par l'employeur tant des prescriptions des articles L. 143-11-1 à L. 143-11-9 que des obligations dont il est tenu à l'égard des institutions prévues à l'article L. 143-11-4 ».

Art. L. 143-11-6 : « L'assurance est financée par des cotisations des employeurs qui sont assises sur les rémunérations servant de base au calcul des contributions au régime d'assurance-chômage défini par la section I du chapitre Ier du titre V du livre III du présent code.

Les dispositions de l'article L. 351-6 sont applicables au recouvrement de ces cotisations et des majorations de retard y afférentes ».

Art. L. 143-11-7 : « Le mandataire judiciaire établit les relevés des créances dans les conditions suivantes :

1. Pour les créances mentionnées aux articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15, dans les dix jours suivant le prononcé du jugement d'ouverture de la procédure ;

2. Pour les autres créances également exigibles à la date du jugement d'ouverture de la procédure, dans les trois mois suivant le prononcé du jugement ;

3. Pour les salaires et les indemnités de congés payés couvertes en application du 3^o de l'article L. 143-11-1 et les salaires couverts en application du dernier alinéa de ce même article, dans les dix jours suivant l'expiration des périodes de garantie prévues à ce 3^o et ce, jusqu'à concurrence du plafond mentionné aux articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 ;

4. Pour les autres créances, dans les trois mois suivant l'expiration de la période de garantie.

Les relevés des créances précisent le montant des cotisations et contributions visées au septième alinéa de l'article L. 143-11-1 dues au titre de chacun des salariés intéressés.

Si les créances ne peuvent être payées en tout ou partie sur les fonds disponibles avant l'expiration des délais prévus ci-dessus, le mandataire judiciaire demande, sur présentation des relevés, l'avance des fonds nécessaires aux institutions mentionnées à l'article L. 143-11-4. Dans le cas d'une procédure de sauvegarde, le mandataire judiciaire justifie à ces institutions, lors de sa demande, que l'insuffisance des fonds disponibles est caractérisée. Elles peuvent contester, dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat, la réalité de cette insuffisance devant le juge-commissaire. Dans ce cas, l'avance des fonds est soumise à l'autorisation du juge-commissaire.

Les institutions susmentionnées versent au mandataire judiciaire les sommes figurant sur les relevés et restées impayées :

1. Dans les cinq jours suivant la réception des relevés visés aux 1 et 3 ci-dessus ;

2. Dans les huit jours suivant la réception des relevés visés aux 2 et 4 ci-dessus.

Par dérogation aux dispositions des trois alinéas précédents, l'avance des contributions de l'employeur au financement de la convention de reclas-

sement personnalisé mentionnée à l'article L. 321-42 est versée directement aux organismes gestionnaires mentionnés à l'article L. 351-21.

Le mandataire judiciaire reverse immédiatement les sommes qu'il a reçues aux salariés et organismes créanciers, à l'exclusion des créanciers subrogés, et en informe le représentant des salariés.

Les institutions mentionnées ci-dessus doivent avancer les sommes comprises dans le relevé, même en cas de contestation par un tiers.

Elles doivent également avancer les sommes correspondant à des créances établies par décision de justice exécutoire, même si les délais de garantie sont expirés. Les décisions de justice seront de plein droit opposables à l'association visée à l'article L. 143-11-4. Dans le cas où le mandataire judiciaire a cessé ses fonctions, le greffier du tribunal ou le commissaire à l'exécution du plan, selon le cas, adresse un relevé complémentaire aux institutions mentionnées ci-dessus, à charge pour lui de reverser les sommes aux salariés et organismes créanciers ».

Art. L. 143-11-8 : « La garantie des institutions mentionnées à l'article L. 143-11-4 est limitée, toutes créances du salarié confondues, à un ou des montants fixés par décret, en référence au plafond mensuel retenu pour le calcul des contributions du régime d'assurance chômage prévu à la section II du chapitre Ier du titre V du livre III du présent code ».

Art. L. 143-11-9 : « Les institutions mentionnées à l'article L. 143-11-4 sont subrogées dans les droits des salariés pour lesquels elles ont effectué des avances :

- a) Pour l'ensemble des créances, lors d'une procédure de sauvegarde ;
- b) Pour les créances garanties par le privilège prévu aux articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 et les créances avancées au titre du 3^o de l'article L. 143-11-1, lors d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Les autres sommes avancées dans le cadre de ces procédures leur sont remboursées dans les conditions prévues par les dispositions du livre VI du code de commerce pour le règlement des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure. Elles bénéficient alors des privilèges attachés à celle-ci ».

Droit européen et international

I. - Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité [extraits],

Article premier - Champ d'application

1. Le présent règlement s'applique aux procédures collectives fondées sur l'insolvabilité du débiteur qui entraînent le dessaisissement partiel ou total de ce débiteur ainsi que la désignation d'un syndic.

...

Article 3 - Compétence internationale

1. Les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire.

2. Lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur est situé sur le territoire d'un État membre, les juridictions d'un autre État membre ne sont compétentes pour ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'égard de ce débiteur que si celui-ci possède un établissement sur le territoire de cet autre État membre. Les effets de cette procédure sont limités aux biens du débiteur se trouvant sur ce dernier territoire.

3. Lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte en application du paragraphe 1, toute procédure d'insolvabilité ouverte ultérieurement en application du paragraphe 2 est une procédure secondaire. Cette procédure doit être une procédure de liquidation.

4. Une procédure territoriale d'insolvabilité visée au paragraphe 2 ne peut être ouverte avant l'ouverture d'une procédure principale d'insolvabilité en application du paragraphe 1 que :

a) si une procédure d'insolvabilité ne peut pas être ouverte en application du paragraphe 1 en raison des conditions établies par la loi de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur

ou

b) si l'ouverture de la procédure territoriale d'insolvabilité est demandée par un créancier dont le domicile, la résidence habituelle ou le siège se trouve dans l'État membre sur le territoire duquel est situé l'établissement concerné, ou dont la créance a son origine dans l'exploitation de cet établissement.

Article 4 - Loi applicable

1. Sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'État membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte, ci-après dénommé "État d'ouverture".

2. La loi de l'État d'ouverture détermine les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure d'insolvabilité. Elle détermine notamment :

a) les débiteurs susceptibles de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité du fait de leur qualité ;

b) les biens qui font l'objet du dessaisissement et le sort des biens acquis par le débiteur après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ;

c) les pouvoirs respectifs du débiteur et du syndic ;

d) les conditions d'opposabilité d'une compensation ;

e) les effets de la procédure d'insolvabilité sur les contrats en cours aux-

- quels le débiteur est partie ;
- f) les effets de la procédure d'insolvabilité sur les poursuites individuelles, à l'exception des instances en cours ;
 - g) les créances à produire au passif du débiteur et le sort des créances nées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ;
 - h) les règles concernant la production, la vérification et l'admission des créances ;
 - i) les règles de distribution du produit de la réalisation des biens, le rang des créances et les droits des créanciers qui ont été partiellement désintéressés après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité en vertu d'un droit réel ou par l'effet d'une compensation ;
 - j) les conditions et les effets de la clôture de la procédure d'insolvabilité, notamment par concordat ;
 - k) les droits des créanciers après la clôture de la procédure d'insolvabilité ;
 - l) la charge des frais et des dépenses de la procédure d'insolvabilité ;
 - m) les règles relatives à la nullité, à l'annulation ou à l'inopposabilité des actes préjudiciables à l'ensemble des créanciers.

Article 10 - Contrat de travail

Les effets de la procédure d'insolvabilité sur un contrat de travail et sur le rapport de travail sont régis exclusivement par la loi de l'État membre applicable au contrat de travail.

CHAPITRE II - Reconnaissance de la procédure d'insolvabilité

Article 16 - Principe

1. Toute décision ouvrant une procédure d'insolvabilité prise par une juridiction d'un État membre compétente en vertu de l'article 3 est reconnue dans tous les autres États membres, dès qu'elle produit ses effets dans l'État d'ouverture.

Cette règle s'applique également lorsque le débiteur, du fait de sa qualité, n'est pas susceptible de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans les autres États membres.

2. La reconnaissance d'une procédure visée à l'article 3, paragraphe 1, ne fait pas obstacle à l'ouverture d'une procédure visée à l'article 3, paragraphe 2, par une juridiction d'un autre État membre. Dans ce cas cette dernière procédure est une procédure secondaire d'insolvabilité au sens du chapitre III.

Article 17 - Effets de la reconnaissance

1. La décision d'ouverture d'une procédure visée à l'article 3, paragraphe 1, produit, sans aucune autre formalité, dans tout autre État membre les effets que lui attribue la loi de l'État d'ouverture, sauf disposition contraire du présent règlement et aussi longtemps qu'aucune procédure visée à l'article 3, paragraphe 2, n'est ouverte dans cet autre

État membre.

2. Les effets d'une procédure visée à l'article 3, paragraphe 2, ne peuvent être contestés dans les autres États membres. Toute limitation des droits des créanciers, notamment un sursis des paiements ou une remise de dette résultant de cette procédure, ne peut être opposée, quant aux biens situés sur le territoire d'un autre État membre, qu'aux créanciers qui ont exprimé leur accord.

CHAPITRE III - Procédures secondaires d'insolvabilité

Article 27 - Ouverture

La procédure visée à l'article 3, paragraphe 1, qui est ouverte par une juridiction d'un État membre et reconnue dans un autre État membre (procédure principale) permet d'ouvrir, dans cet autre État membre, dont une juridiction serait compétente en vertu de l'article 3, paragraphe 2, une procédure secondaire d'insolvabilité sans que l'insolvabilité du débiteur soit examinée dans cet autre État. Cette procédure doit être une des procédures mentionnées à l'annexe B. Ses effets sont limités aux biens du débiteur situés sur le territoire de cet autre État membre.

Article 32 - Exercice des droits des créanciers

1. Tout créancier peut produire sa créance à la procédure principale et à toute procédure secondaire.

...

II. - Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 [extraits], concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissement.

Article premier

1. a) La présente directive est applicable à tout transfert d'entreprise, d'établissement ou de partie d'entreprise ou d'établissement à un autre employeur résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion.

b) Sous réserve du point a) et des dispositions suivantes du présent article, est considéré comme transfert, au sens de la présente directive, celui d'une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire.

c) La présente directive est applicable aux entreprises publiques et privées exerçant une activité économique, qu'elles poursuivent ou non un but lucratif. Une réorganisation administrative d'autorités administratives publiques ou le transfert de fonctions administratives entre autorités administratives publiques ne constitue pas un transfert au sens de la présente directive.

Article 5

1. Sauf si les États membres en disposent autrement, les articles 3 et 4 ne s'appliquent pas au transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente (qui peut être un syndic autorisé par une autorité compétente).

2. Lorsque les articles 3 et 4 s'appliquent à un transfert au cours d'une procédure d'insolvabilité engagée à l'égard d'un cédant (que cette procédure ait ou non été engagée en vue de la liquidation des biens du cédant), et à condition que cette procédure se trouve sous le contrôle d'une autorité publique compétente (qui peut être un syndic désigné par la législation nationale), un État membre peut prévoir que :

a) nonobstant l'article 3, paragraphe 1, les obligations du cédant résultant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail, qui sont dues avant la date du transfert ou avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ne sont pas transférées au cessionnaire, à condition que cette procédure entraîne, en vertu de la législation de cet État membre, une protection au moins équivalente à celle prévue dans les situations visées par la directive 80/987/CEE du Conseil du 20 octobre 1980 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur.

et, ou sinon, que

b) le cessionnaire, le cédant ou la ou les personnes exerçant les pouvoirs du cédant, d'une part, et les représentants des travailleurs, d'autre part, peuvent, dans la mesure où la législation ou pratique actuelle le permet, convenir de modifier les conditions de travail du travailleur pour préserver l'emploi en assurant la survie de l'entreprise, de l'établissement ou de la partie d'entreprise ou d'établissement.

3. ...

4. Les États membres prennent les mesures nécessaires en vue d'éviter des recours abusifs à des procédures d'insolvabilité visant à priver les travailleurs des droits découlant de la présente directive.

III. - Directive 80/987/CEE du 20 octobre 1980 [extraits], concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur.

Article premier

1. La présente directive s'applique aux créances des travailleurs salariés résultant de contrats de travail ou de relations de travail et existant à l'égard d'employeurs qui se trouvent en état d'insolvabilité au sens de l'article 2 paragraphe 1.

2. Les États membres peuvent, à titre exceptionnel, exclure du champ d'application de la présente directive les créances de certaines catégories de travailleurs salariés en raison de la nature particulière du contrat de travail ou de la relation de travail des travailleurs salariés ou en raison de l'existence d'autres formes de garantie assurant aux travailleurs salariés une protection équivalente à celle qui résulte de la présente directive.

...

Article 2

1. Au sens de la présente directive, un employeur est considéré comme se trouvant en état d'insolvabilité :

a) lorsqu'a été demandée l'ouverture d'une procédure prévue par les dispositions législatives, réglementaires et administratives de l'État membre concerné qui porte sur le patrimoine de l'employeur et vise à désintéresser collectivement ses créanciers et qui permet la prise en considération des créances visées à l'article 1er paragraphe 1,

et

b) que l'autorité qui est compétente en vertu desdites dispositions législatives, réglementaires et administratives a :

- soit décidé l'ouverture de la procédure,
- soit constaté la fermeture définitive de l'entreprise ou de l'établissement de l'employeur, ainsi que l'insuffisance de l'actif disponible pour justifier l'ouverture de la procédure.

2. La présente directive ne porte pas atteinte au droit national en ce qui concerne la définition des termes «travailleur salarié», «employeur», «rémunération», «droit acquis» et «droit en cours d'acquisition».

Article 3

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires afin que des institutions de garantie assurent, sous réserve de l'article 4, le paiement des créances impayées des travailleurs salariés résultant de contrats de travail ou de relations de travail et portant sur la rémunération afférente à la période qui se situe avant une date déterminée.

2. La date visée au paragraphe 1 est, au choix des États membres :

- soit celle de la survenance de l'insolvabilité de l'employeur ;
- soit celle du préavis de licenciement du travailleur salarié concerné, donné en raison de l'insolvabilité de l'employeur ;
- soit celle de la survenance de l'insolvabilité de l'employeur ou celle de la cessation du contrat de travail ou de la relation de travail du travailleur salarié concerné, intervenue en raison de l'insolvabilité de l'employeur.

Article 4

1. Les États membres ont la faculté de limiter l'obligation de paiement des institutions de garantie, visée à l'article 3.

...

Article 5

Les États membres fixent les modalités de l'organisation, du financement et du fonctionnement des institutions de garantie en observant notamment les principes suivants :

- a) le patrimoine des institutions doit être indépendant du capital d'exploitation des employeurs et être constitué de telle façon qu'il ne puisse être saisi au cours d'une procédure en cas d'insolvabilité ;
- b) les employeurs doivent contribuer au financement, à moins que celui-ci ne soit assuré intégralement par les pouvoirs publics ;
- c) l'obligation de paiement des institutions existe indépendamment de l'exécution des obligations de contribuer au financement.

IV. - Directive 2002/74/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 [extraits], modifiant la directive 80/987/CEE du Conseil concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur

Article 8 bis

1. Lorsqu'une entreprise ayant des activités sur le territoire d'au moins deux États membres se trouve en état d'insolvabilité au sens de l'article 2, paragraphe 1, l'institution compétente pour le paiement des créances impayées des travailleurs est celle de l'État membre sur le territoire duquel ils exercent ou exerçaient habituellement leur travail.

2. L'étendue des droits des salariés est déterminée par le droit régissant l'institution de garantie compétente.

3. Les États membres prennent les mesures nécessaires afin d'assurer que, dans les cas visés au paragraphe 1, les décisions prises dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité visée à l'article 2, paragraphe 1, dont l'ouverture a été demandée dans un autre État membre, sont prises en compte pour déterminer l'état d'insolvabilité de l'employeur au sens de la présente directive.

...

Table des matières

Sommaire	3
Avant propos	
Par Nicole Decoopman	5
Procédures collectives et article L. 122-12, alinéa 2 du code du travail	
Par Jean-François Cesaro	9
Section I - Le transfert d'entreprise sans transfert des contrats	10
Section II - Le transfert d'entreprise avec le transfert des contrats	12
Procédures collectives et licenciements économiques	
Par Pierre-Yves Verkindt	17
Section I - Les procédures collectives et le motif économique de licenciement	18
§ 1 - L'application du droit commun du licenciement pour motif économique	19
§ 2 - Le particularisme résultant du régime d'autorisation du licenciement	20
§ 3 - La motivation de la lettre de licenciement	22
Section II - Les procédures collectives et les aménagements des procédures ...	23
§ 1 - : Les aménagements de la mise en oeuvre du Livre III du code du travail	24
§ 2 - La compétence prud'homale	25
Table ronde	29
Avec Laurent Bernard (chef d'entreprise), Isabelle Bouquet (avocat), Frédéric Henneau (administrateur judiciaire), Vincent Foucart un mandataire-liquidateur	
Procédures collectives et plan de sauvegarde de l'emploi	
Par Dominique Soulier	47
Section I - Les règles applicables sont quasiment celles de droit commun .	47
§ 1 - Une valse des textes désormais stabilisée	47
§ 2 - Recours et sanctions	48
A. Les recours	48
B. Une sanction atténuée	48
Section II - Des contraintes spécifiques	49
§ 1 : Un délai de réaction très court	50
§ 2 : Une entreprise exsangue dont la situation exacte reste inconnue	50
§ 3 : L'appréciation des moyens dont dispose l'entreprise	50
§ 4 : Le concours des autres créanciers	52
Section III - En guise de conclusion... ..	52
§ 1 : Agir sur le facteur temps	52
§ 2 : Un droit à l'amendement du PSE	53
§ 3 : Privilégier les salariés au-delà de ce qui existe déjà	53
§ 4 : Instaurer un PSE spécifique aux situations de redressement et de liquidation judiciaires	53

Le rôle du représentant des salariés dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires

Par Franck Petit	55
Section I - Une mission limitée au temps de la procédure	56
§ 1 : L'entrée en mission	57
A. L'organisation de l'élection	57
B. La contestation de l'élection	61
§ 2 : La fin de la mission	63
Section II - Une mission limitée aux actes de la procédure	65
§ 1 : Les missions principales	65
A. Mission de vérification des créances	65
B. Mission d'assistance et de représentation des salariés	67
C. Destinataire d'informations sur la cession de l'entreprise	67
D. Droit de se constituer partie civile	68
E. Droit de demander la publicité des débats	70
§ 2 : Les missions informelles	70
Section III - Une mission élargie en cas d'absence d'institutions représentatives du personnel	72
§ 1 : Un droit à information, doublé d'un droit à consultation	72
§ 2 : Le droit d'interjeter appel ou de former un pourvoi en cassation	74

L'intervention de l'AGS : état des lieux et réflexions...

Par F. Taquet	77
Section I - La notion d'employeur	77
Section II - Une couverture assez large	78
Section III - Le montant des sommes garanties ou la saga de la jurisprudence	83

**Insolvabilité, droit communautaire et droit du travail :
la garantie des créances salariales**

Par Hélène Tissandier	87
Section I - L'effectivité de la protection en droit communautaire : l'institution de garantie compétente en cas d'insolvabilité transnationale	88
§ 1 : Une situation clarifiée ?	88
§ 2 : Une situation encore confuse	91
Section II - Une protection effective en droit français ? De l'influence du droit communautaire	92
§ 1 : Un droit national largement conforme quant à la garantie des créances salariales	93
§ 2 : Des incertitudes persistantes	95
A. Le plafonnement de la garantie des créances salariales	95
B. L'exclusion des régimes de retraite d'entreprise	96
C. AGS et conversion d'une procédure de sauvegarde en redressement judiciaire	97

Droit de la faillite internationale et droit du travail

Par François Mélin	99
Section I - La détermination de la loi applicable au rapport de travail	101
§ 1 : Les termes du débat	101

A. Les règles de conflit de lois en présence	101
B. La portée des règles de conflit de lois en présence	103
§ 2 : Les incertitudes du droit positif	103
A. Le droit commun de la faillite internationale	103
B. Le règlement du 29 mai 2000	104
1) Le domaine de la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure	105
2) Le domaine de la loi applicable au contrat de travail	106
a) Les conditions du recours à la loi du contrat	106
b) La portée du recours à la loi du contrat	107
c) Les objections au principe du recours à la loi du contrat	108
Section II - Les garanties offertes aux salariés	111
§ 1 : Le paiement des créances salariales	111
A. Le cadre communautaire	112
1) La directive du 20 octobre 1980 dans sa rédaction initiale ...	112
2) Les apports de la directive du 23 septembre 2002	114
B. Le cadre extra-communautaire	115
§ 2 : Le cas particulier des groupes internationaux de sociétés	116
A. Le reclassement des salariés au sein du groupe	117
1) La position de la jurisprudence	117
2) L'appréciation de la jurisprudence	119
a) La portée de la jurisprudence	119
b) Les faiblesses de la jurisprudence	120
B. La prise en compte des moyens du groupe dans l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi	121
1) L'absence d'objections à une approche territoriale	121
2) Les arguments favorables à une approche territoriale	122
 Conclusion générale	
Par Raymonde Vatinet	125
Section I - 1985 : idéalisme et faux semblants	125
§ 1 : Insuffisances de l'intégration des salariés à la procédure collective	126
§ 2 : Retour du droit commun du contrat de travail	127
Section II - 2000 et 2005 : des solutions d'attente	128
§ 1 : Un législateur national craintif	128
§ 2 : Un droit commercial européen qui ignore les salariés	129
 Annexe : principaux textes concernés	133
Restructurations des entreprises	133
Licenciements	136
Représentant des salariés	140
Assurance-garantie des salaires (AGS)	142
Droit européen et international	146