

La sanction des licenciements prononcés dans le cadre d'une procédure collective en violation de l'article L. 122-12 : retour du côté de Guermontprez (*)

A Michel et Mina

Michel HENRY, Avocat au barreau de Paris

L'application de l'article L 122.12 est affirmée comme un principe général dans la procédure de redressement et de liquidation judiciaire : l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire n'est pas une cause de rupture des contrats de travail puisque l'entreprise poursuit son activité.

Cette règle vaut pour toutes les étapes de la procédure.

En période d'observation, seuls les licenciements pour motif économique qui présentent un caractère urgent, inévitable et indispensable, peuvent être autorisés par le juge commissaire (Soc. 5 octobre 99 Bouteloup C/ Canet *ès* qualité de liquidateur Fonderie Fontaine Despars RJS 1199 n° 1359).

La liquidation judiciaire, qu'elle soit prononcée immédiatement ou à l'issue d'une période d'observation, n'entraîne pas la rupture de plein droit des contrats de travail (Soc. 18 novembre 92 Bull. Civ. V 558).

La poursuite de l'activité de l'entreprise dans le cadre d'un plan de continuation ou de cession totale ou partielle de l'entreprise emporte nécessairement transfert des contrats dont la rupture n'est pas autorisée par le jugement d'homologation puisque la cession, même partielle, porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activité (article 81 alinéa 2), c'est-à-dire une ou des entreprises au sens de l'article L 122.12.

Même dans le cadre d'une liquidation, la cession d'éléments d'actifs dès lors qu'ils constituent une entité économique susceptible d'exploitation et dont l'activité est poursuivie, emporte transfert de plein droit de tous les emplois attachés à l'activité transférée. Il s'agit, en principe, de la cession d'unité de production envisagée par l'article 155 de la loi.

Toutefois, le principe d'ordre public du transfert de plein droit des contrats de travail ne pourrait certainement pas être tenu en échec par le choix de placer l'opération sous le visa de l'article 156, dès lors que la question de savoir si les éléments transférés constituent une

entreprise est une question de fait qui relève du pouvoir souverain de qualification du juge du contrat de travail.

La même solution est naturellement applicable à la location gérance ou à la résiliation du contrat de location gérance si le fonds dont l'exploitation est susceptible d'être poursuivie, fait retour à son propriétaire.

La continuation des contrats de travail est donc affirmée par la jurisprudence comme un principe auquel il ne peut être dérogé que dans le cadre strict des licenciements autorisés au titre de l'article 45 ou de l'article 63.

De ce point de vue, notre droit qui fait du maintien des contrats le principe général dans le cadre des procédures de faillite, va au-delà de la directive 98/50 qui se borne à assurer le maintien des droits attachés aux contrats transférés.

Les conventions et les actes qui tendent à faire échec à l'article L 122.12 sont nuls.

Il est acquis que le passage de l'ancien au nouvel exploitant s'opère indépendamment de la volonté des parties. Celle-ci est impuissante à tenir en échec le principe du transfert de plein droit.

Le caractère impératif de l'article 122.12 interdit donc toute convention ou tout acte contraire au principe qu'il édicte, que ce soit entre les exploitants successifs ou entre les salariés, les cédants et cessionnaires.

Est nulle et sans effet la liste nominative annexée au plan de reprise, peu important que celui-ci soit homologué par le Tribunal de Commerce (Cass. Soc. 28 mars 1989 Bertran c/ Equizier ; Cass. Soc. 26 juin 1991 Sté Concorde c/ Pillier).

Le principe n'est tenu en échec pour des raisons d'opportunité que lorsque la nouvelle entreprise est reconstituée par les salariés avec l'argent de leurs indemnités (Cass. Soc. 12 novembre 1997 Glandu).

Aucun accord ne peut avoir pour effet d'abolir l'ancienneté acquise par le salarié avant son transfert, ni par conséquent de faire cesser les effets juridiques de cette ancienneté. Il s'ensuit que la démission donnée par le salarié au cédant ne peut lui être opposée par le ces-

(*) Cass. Soc. 20 janvier 1998 G. c/ d'Abrigeon mandataire liquidateur de la SA Pompes Maroger et Assedic (en annexe) et note Michel Henry Droit Social 98 n°12 p.1019 «Violation de l'article L 122.12 CT et nullité en peau de lapin»

• Extrait d'une conférence prononcée à l'AFDT le 10 décembre 1999.

sionnaire (Cass. Soc. 12 février 1991 Assedic de Belfort c/ Convol CSBP n°028 B 42).

Les licenciements prononcés par le cédant sont sans effet si le contrat s'est poursuivi au service du cessionnaire (Cass. Soc. 26 octobre 1994 SA Meubles Sachet c/ Da Silva DS 95 p.55 ; Cass. Soc. 7 janvier 1998 Delaby c/ Malafaisan et a.).

Aucune période d'essai ne peut être utilement imposée au salarié repris par le cessionnaire et la rupture du contrat par celui-ci pendant cette période constitue un licenciement sans cause réelle ni sérieuse (Soc. 31 mars 1998 Gerbe d'Or).

Ces principes sont strictement conformes à la jurisprudence communautaire «*les travailleurs intéressés doivent être considérés comme étant toujours employés de l'entreprise à la date du transfert*» (CJCE 15 juin 1988 Bork International ; D.O. 1989-324).

* * *

L'arrêt Guermonprez pose désormais la question de savoir si on doit frapper de nullité ou d'inexistence le licenciement prononcé en violation de l'article 122-12.

Doit-on même aller au-delà, comme l'affirme cette jurisprudence, et estimer que le salarié licencié et évincé de l'entreprise n'est pas en droit de considérer son licenciement comme acquis.

Un licenciement qui a produit ses effets et placé le salarié hors de l'entreprise peut-il être sans effet ?

Cette question pose le problème de la portée de la nullité qui sanctionne la violation de l'article 122-12.

Il est admis sans difficulté que si le repreneur s'abstient de reprendre à son service le salarié sans que le cédant l'ait licencié, le juge a la faculté d'ordonner la continuation forcée d'un contrat qui n'a pas été formellement rompu.

C'est la situation classique du conflit entre cédant et cessionnaire sur l'applicabilité pour le premier, l'inapplicabilité pour le second, de l'article 122.12. Si la rupture est formalisée, il était jusqu'à présent admis que le juge condamnait l'auteur du licenciement et le cas échéant solidairement le repreneur dès lors que celui-ci avait participé à l'éviction abusive du salarié à l'occasion du transfert. C'est l'hypothèse où le repreneur définit les salariés qu'il entend reprendre et impose à un mandataire consentant le choix de ceux qui devront être licenciés en violation des règles normalement applicables. Le principe de la condamnation in solidum du cédant et du repreneur est très ancienne (Soc 9 octobre 1975 Cie Fermière de Vichy C/ Romano), et a été réaffirmée récemment (Cass. Soc. 14 mai 1998 Sté P. Comme C/ N'Guyen DS 98 p.737 note Vatinet).

L'arrêt Guermonprez va cependant très au-delà en écartant la responsabilité du cédant, en l'espèce le mandataire liquidateur auteur du congédiement, pour considérer l'acte de licenciement comme non avenu, de telle sorte que le contrat est réputé s'être poursuivi de plein droit au service du repreneur. Ainsi c'est en lisant l'arrêt

de la Cour de Cassation que Guermonprez a appris qu'il était devenu le salarié du repreneur.

Le salarié licencié abusivement est néanmoins débouté de son action en dommages et intérêts contre le mandataire auteur de la rupture au motif précisément que la rupture prononcée en violation de L 122-12 est effacée.

L'attrait de la solution est évident : elle rehausse le caractère impératif de l'article 122-12, lui donne son plein effet et permet de déjouer les manœuvres fréquentes à l'occasion des procédures collectives. Elle permettrait aussi d'envisager une action en réintégration du salarié à l'encontre du cessionnaire, au moins tant que celui-ci n'a pas manifesté de manière non équivoque son refus de poursuivre l'exécution du contrat de travail (sur la recevabilité d'un référé réintégration en l'absence de rupture formalisée (Soc. 17 mars 1998 Eurest France c/ Blomme et a. DS 98 p. 620, note A. Mazeaud).

De ce point de vue, la décision rendue le 15 juillet 1998 selon laquelle le seul fait par le repreneur d'écrire au salarié que l'article 122.12 n'est pas applicable s'analyserait en un licenciement est malencontreuse dans une logique de maintien de l'emploi (Soc. 15 juillet 1998, Mme Bréviaire c/ Sté Technique Française de Nettoyage RJS 98.718 n°1-180).

* * *

Faut-il cependant interdire au salarié de se prévaloir du caractère acquis de la rupture, qui, de fait, a produit ses effets ? Il faut se représenter que le salarié n'a pas nécessairement connaissance, en tout cas rapidement, de la cession totale ou partielle d'éléments de l'entreprise permettant la poursuite d'une exploitation.

Le salarié peut encore moins porter une appréciation pertinente sur l'applicabilité de l'article 122.12 lorsque la vente en cas de liquidation judiciaire n'a porté que sur certains éléments d'actif.

Est-il réaliste de demander à un salarié qui a perçu ses indemnités de rupture son certificat de travail et a éventuellement retrouvé un emploi, d'autoproclamer la nullité absolue de cette rupture et de partir à la recherche d'un hypothétique employeur virtuel ? On imagine l'insécurité qui pèse sur le salarié, insécurité aggravée par le risque de voir les mandataires différer les licenciements qui doivent être notifiés dans les 15 jours du jugement de liquidation ou les 30 jours du jugement d'homologation du plan.

Ou alors, il faudrait dans cette hypothèse que par une interprétation stricte de la loi, on admette qu'un licenciement prononcé hors délai est également sans effet.

En dehors de la «*fenêtre de tir*» légale le droit de licencier serait périmé.

Cette solution, dans le cadre d'une poursuite d'activité, entraînerait la continuation de plein droit du contrat (en ce sens peut-être, Soc. 14 mai 1998, 2122 D).

La pratique des licenciements conditionnels ou rétractables pourtant condamnée par la jurisprudence risque donc de faire un retour en force. Le mandataire dégageait sa responsabilité en prononçant un licenciement

dans les délais de garantie de l'AGS et poursuivrait ses efforts pour vendre des éléments exploitables, laissant le salarié dans l'incertitude durable de son sort, dès lors que la réalisation de la vente emporterait révocation de plein droit des licenciements.

La nullité erga omnes du licenciement sans effet remet radicalement en cause la jurisprudence antérieure selon laquelle « *Les dispositions de l'article 122.12 n'ont pas pour effet d'interdire aux salariés qui ont accepté la mesure de congédiement et ont cessé le travail sans passer au service du nouvel employeur, de considérer leur contrat comme rompu* » (Cass. Soc. 5 janvier 1995, M. et B. c/ So. et Se. mandataire liquidateur n° 145 D ; idem Soc. 5 juillet 1984, JS 72 FES 284). La nullité pour violation de l'article 122-12 produirait ainsi depuis l'arrêt G. des effets plus absolus que toute autre nullité puisque même le représentant du personnel licencié sans autorisation peut toujours renoncer à la poursuite de son contrat et se pré-valoir de son licenciement en optant pour l'allocation d'une indemnisation.

*
* *

Une solution juste consisterait à retenir le principe d'une nullité de protection. On ne voit pas quelle logique animerait le juge s'il ne s'agissait pas de protéger l'emploi et par voie de conséquence celui qui en était titulaire.

Il serait donc pertinent de dire que la nullité appartient au salarié qui usera de cette liberté comme en matière de contrat à durée déterminée (Cass. Soc. 27 janvier 1999 ou de clauses couperet de départ à la retraite Ass. Plén. 6 novembre 1998). Que le reprenneur ne puisse pas invoquer la nullité du licenciement prononcé par le mandataire pour faire échec à l'article 122.12, est dans la logique du texte (Cass. Soc. 14 mai 1998 c/ P. Comme). Que le salarié puisse tenir ce licenciement pour acquis relève d'un choix qui n'appartient qu'à lui.

Il serait d'ailleurs paradoxal qu'un salarié licencié par son employeur soit contraint d'accepter que cette rupture soit imputée au cessionnaire à l'heure où l'on se demande si la liberté de ne pas poursuivre la relation de travail avec le cessionnaire n'est pas un droit fondamental (cf. attendus 31, 32, 33, arrêt Katsikas, CJCE 16 décembre 1992, DO 99 p.419).

Michel Henry.

ANNEXE

COUR DE CASSATION (Ch.Soc.)

20 janvier 1998

G. c. d'ABRIGEON et a.

Sur le moyen unique :

Attendu que M. G. a été engagé le 1^{er} septembre 1988, en qualité de cadre commercial par la société Pompes

Maroger ; que par jugement du 17 janvier 1991, cette société a été mise en redressement judiciaire ; que la liquidation judiciaire a été ordonnée par un jugement du 28 mars 1991 qui a autorisé le maintien de l'activité de la société pendant un mois ; que par une ordonnance du 10 avril 1991 le juge-commissaire a autorisé le mandataire liquidateur à céder le fonds de commerce de la société Pompes Maroger à la société Vallat-Irrig-Elec ; qu'antérieurement à la réalisation de cette cession, le mandataire liquidateur a licencié tous les salariés, dont M. G. par lettre du 25 avril 1991 ;

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt attaqué (Nîmes, 14 décembre 1994) d'avoir rejeté sa demande en paiement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et pour violation de l'ordre des licenciements, alors selon le moyen, que, d'une part, des propres constatations de l'arrêt ressortait que le fonds de commerce de la société Pompes Maroger avait été intégralement repris par M. V., ayant créé une entreprise nouvelle, avec l'autorisation résultant d'une ordonnance du juge-commissaire du 10 avril 1991, antérieure au licenciement du salarié, décidé par le liquidateur le 19 avril suivant ; qu'ayant en outre constaté que certains salariés de l'entreprise ainsi cédée avait été repris par le nouvel employeur, l'arrêt attaqué n'a dénié le caractère abusif du licenciement du salarié, dont l'emploi n'a pas été supprimé dans la nouvelle entreprise, révélant une mesure discriminatoire à son encontre et, en tout cas, non justifiée par une réorganisation, d'ailleurs non constatée, de la nouvelle entreprise, qu'au prix d'une méconnaissance des effets légaux de ses propres constatations et d'une violation des dispositions d'ordre public de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail, destiné à assurer la stabilité de l'emploi ; alors que, d'autre part, compte tenu de la reprise de certains salariés par l'entreprise nouvelle, le liquidateur était, tenu de fournir au salarié, l'ayant demandé le 30 avril 1991, les critères retenus pour déterminer l'ordre des licenciements ; que son abstention entachait d'irrégularité substantielle le licenciement du salarié, dont l'emploi n'était pas supprimé ; qu'en refusant de tirer les conséquences de cette irrégularité non réparée par l'octroi d'une indemnité réduite pour une autre cause, l'arrêt attaqué a violé, par refus d'application, les articles L. 122-14-2 modifié par la loi du 2 août 1989 et L. 321-1-1. modifié du Code du travail ;

Mais attendu que si comme le soutient exactement le pourvoi, la cession du fonds de commerce exploité par la société Pompes Maroger a entraîné le transfert d'une entité économique autonome, dont l'activité a été poursuivie par la société Vallat-Irrig-Elec qui était tenue, en application de l'article L. 122-12 du Code du travail de reprendre les contrats de travail des salariés, il en résulte seulement que les licenciements prononcés par le mandataire liquidateur étaient sans effet ;

D'où il suit que la demande de M. G., exclusivement dirigée contre le mandataire liquidateur de la société Pompes Maroger et tendant à voir réparer les conséquences dommageables de son licenciement et d'une prétendue inobservation de l'ordre des licenciements était inopérante et ne pouvait qu'être rejetée ; que, par ces motifs de pur droit substitués à ceux de l'arrêt, celui-ci se trouve légalement justifié que le moyen n'est donc pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

(M. Favard, f.f. Président. — Mme Guilguet-Pauthe, Rapporteur. — M. Terrail, Av. Gén. — SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.)