

# Observations sur un thème discret : le licenciement pour motif économique de la procédure de sauvegarde

par Yves Chagny, Doyen honoraire de la Chambre sociale de la Cour de cassation

## PLAN

- I. Licenciement pour motif économique et ouverture de la procédure de sauvegarde de l'employeur
- II. Licenciement pour motif économique pendant la période d'observation de la procédure de sauvegarde de l'employeur
- III. Licenciement pour motif économique et plan de sauvegarde de l'employeur

**La loi du 26 juillet 2005, dite loi « de sauvegarde des entreprises », entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006, n'a pas apporté de grands bouleversements aux règles du licenciement pour motif économique du redressement et de la liquidation judiciaires, telles que la loi du 25 janvier 1985, innovatrice en ce domaine, les avait instituées. Tout au plus, la prévision nouvelle d'un plan de cession comme solution possible de la liquidation judiciaire, qui se substitue à l'ancienne cession globale d'unités de production autorisée par le seul juge-commissaire, a-t-elle entraîné la faculté par ce plan arrêté par le tribunal de prévoir des licenciements économiques, à l'image du plan du redressement.**

Mais la discrétion règne sur les licenciements économiques de la procédure de sauvegarde. Silence volontaire du législateur. C'est en effet de manière claire et non équivoque que le parlement s'est abstenu d'aborder le débat sur une question qui divisait (1). Au juge de remplir la page laissée presque blanche.

La sauvegarde est présentée comme l'apport majeur de la réforme des procédures collectives de 2005. Son importance et les espoirs de sauvetage des entreprises en difficulté qui sont mis en elle ont été affirmés au long des débats parlementaires et par nombre de commentateurs. Les mêmes espérances avaient guidé les pas du redressement judiciaire en 1985...

Traçons-en les grandes lignes. La sauvegarde ne peut être ouverte qu'à la demande du débiteur lui-même, « *qui justifie de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements* » (art. L. 620-1 c. com.). Les difficultés envisagées sont d'ordre financier. En effet, le texte indique que cette procédure est destinée à faciliter, notamment, l'apurement du passif. Il y a donc un passif mais le débiteur, qui n'a pas cessé ses paiements, qui peut en principe encore faire face à son passif exigible avec son actif disponible – plus pour très longtemps ? – est *in bonis*, dans ses biens. La procédure étant ouverte, il assure toujours l'administration de son entreprise. Il peut également, selon ce que décidera le tribunal, être surveillé ou assisté par un administrateur. Ses dettes sont gelées. Comme dans le redressement judiciaire, auquel la sauvegarde ressemble à bien des égards, le tribunal désigne un mandataire judiciaire, nouveau nom du représentant des créanciers dont il a hérité de la mission. Un représentant des salariés doit être désigné ou élu.

Qu'en est-il de la situation des salariés, du sort de leur contrat de travail ?

Il est affirmé ici et là que des licenciements pour motif économique pourraient être prononcés par l'employeur qui a demandé et obtenu l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Que faut-il en penser ?

(1) V. R. Vatinet, Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, *La Semaine juridique Sociale*, 4 oct. 2005, n° 1230 ; S. Vernac, Le droit du

licenciement dans la procédure de sauvegarde, *Revue de Droit du travail*, nos 7/8 juillet-août 2007, p. 434.

La discrétion de la loi sur cette question n'est pas totale. Une oreille exercée entend quelques chuchotements. Ainsi, dans sa rédaction issue de la loi de 2005, le 2° de l'article L. 143-11-1 du Code du travail (futur article L. 3253-8) prévoit que l'AGS couvre les créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenant notamment pendant la période d'observation de la sauvegarde et dans le mois suivant le jugement qui en arrête le plan. Des licenciements économiques seraient donc possibles à chacun de ces deux moments. Dans le même sens, l'article L. 626-2 du Code de commerce indique que le projet de plan de redressement peut prévoir des licenciements pour motif économique. Enfin, le quasi mutisme législatif renvoie d'évidence au droit commun des contrats et à celui des licenciements pour motif économique du Code du travail. Voilà les sources dont dispose le juge, substitut du législateur.

Comment les lire, les coordonner, les interpréter ? Les observations qui vont suivre veulent donner aux « utilisateurs » de la loi des clés d'analyse et de réflexion, sinon de solution aux litiges qui s'élevaient dans ce cadre de procédure collective d'apurement du passif de l'employeur.

La question du licenciement pour motif économique peut se poser dès l'ouverture de la procédure de l'employeur, pendant toute la période d'observation et en application du jugement qui y met fin.

## I. Licenciement pour motif économique et ouverture de la procédure de sauvegarde de l'employeur

Le droit commun de la rupture des relations contractuelles est exprimé par l'article 1134 du Code civil selon lequel « les conventions légalement formées », qui « tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », « ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. » Rien ne peut entraîner de manière automatique, inéluctable et inévitable, sans que la loi le prévoit et l'organise, la disparition, l'évanouissement, la révocation des contrats. Appliqué aux procédures collectives, le principe signifie que la sauvegarde, pas plus d'ailleurs que le redressement ou la liquidation judiciaires, ne met fin par elle-même aux contrats passés par le débiteur.

En écho, l'article L. 622-13, alinéa 5, du Code de commerce donne sa pleine signification, dans le droit des procédures collectives, à la règle de l'article 1134 du Code civil : « Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune... résiliation ou résolution du contrat ne peut résulter du seul fait de l'ouverture de la sauvegarde » (2). La règle est générale. Elle vaut pour tous les contrats, dont le contrat de travail.

La Chambre sociale de la Cour de cassation rappelle régulièrement que l'ouverture d'une procédure collective ne constitue pas en soi une cause rupture des contrats de travail (3).

## II. Licenciement pour motif économique pendant la période d'observation de la procédure de sauvegarde de l'employeur

La période d'observation de la sauvegarde a la même durée que celle du redressement judiciaire (six mois, le cas échéant prolongée une fois). C'est à son propos que le silence de la loi est le plus profond et impose le recours au droit commun qui renvoie à l'article L. 321-1 du Code du travail (futur article 1233-3) : « Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément

essentiel du contrat de travail, consécutive notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques. ». La jurisprudence ajoute comme cause économique de licenciement la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité.

Selon l'article L. 620-1 du Code de commerce, la procédure de sauvegarde « est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique ». On pourrait considérer que les licenciements économiques

(2) Ce texte est également applicable au redressement et à la liquidation judiciaires.

(3) Cass. soc. 18 nov. 1992 : B. n° 558 ; 6 mai 1998 : B. n° 235 ; 16 déc. 1998 : B. n° 554 ; 3 avr. 2002 : B. n° 196 ; 1<sup>er</sup> mars

2006, inédit, n° 03-46.356 ; 17 mars 2006, inédit, n° 04-46.742 ; 31 janv. 2007, inédit, n° 04-47.944 ; 22 mars 2007, inédit, n° 05-44.591 ; 20 juin 2007, inédit, n° 05-43.453.

prononcés pendant la période d'observation sont nécessaires à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise. Seule, bien évidemment, la juridiction prud'homale serait compétente pour se prononcer dans chaque cas sur le bien-fondé de cette cause de rupture ainsi entendue.

Le doute est cependant permis. En l'absence de dispositions législatives équivalentes à celles qui prévoient et organisent les licenciements pour motif économique de la période d'observation du redressement judiciaire, l'article 1134 du Code civil et l'alinéa 5 précités de l'article L. 622-13 du Code de commerce constituent des obstacles forts à des licenciements justifiés par la nécessité de réorganiser l'entreprise. Dès lors, faute d'autorisation expresse de la loi la rupture des contrats de travail reste prohibée même pendant la période d'observation.

Dans tous les cas, nécessité d'une réorganisation ou causes économiques conjoncturelles ou structurelles, la période d'observation n'apporte par elle-même aucun renseignement sur les difficultés rencontrées par l'employeur et sur les solutions qu'elles doivent recevoir. C'est un moment d'analyse, d'audit, de diagnostic. Les dettes, les garanties et le patrimoine du débiteur sont estimés (art. L. 622-6 c. com.). Le bilan économique et social que dressera l'administrateur, avec le concours du débiteur et l'assistance éventuelle d'experts, précisera « l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise » (art. L. 623-1 c. com.) et sera la base des propositions pour un plan de sauvegarde (art. L. 623-1 c.

com.). L'ampleur, la cause et l'état des difficultés ne seront connus qu'au moment du dépôt du rapport de l'administrateur, à la veille de la clôture de la période d'observation par le jugement qui adoptera le plan. Il serait divinatoire d'invoquer, pendant la période d'observation, une cause économique de rupture des contrats de travail avant qu'elle soit identifiée dans les conditions arrêtées par la loi. Sa « révélation » ultérieure, par la connaissance du rapport de l'administrateur, ne saurait pas plus la légitimer *a posteriori*.

La prévision, par le 2° de l'article L. 143-11-1 du Code du travail (futur article L.3253-8), de la garantie par l'AGS des créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenant en particulier pendant la période d'observation de la sauvegarde serait de nature, dit-on, à justifier la faculté de procéder à des licenciements économiques pendant cette période. Mais le souci apparemment marqué par le législateur d'aligner cette situation sur celle de la période d'observation du redressement judiciaire est-il réel ? La garantie de créances pour des ruptures qui ne sont pas expressément prévues et organisées par la loi qui se refuse à en parler, a-t-elle un sens ? L'obligation faite à l'administrateur par l'article L. 143-11-7 du Code du travail (futur article L. 3253-20, al. 2) de justifier auprès de l'AGS de l'insuffisance de fonds disponibles pour payer de telles créances limite de manière considérable la portée du 2° de l'article L. 143-11-1, qui ne peut, à lui seul, combler le vide du Code de commerce (4).

### III. Licenciement pour motif économique et plan de sauvegarde de l'employeur

Le plan de sauvegarde, dont l'adoption met fin à la période d'observation, peut être pur et simple. Il peut aussi comporter l'adjonction ou la cession d'une ou plusieurs activités (art. L. 626-1 c. com.).

1. La possibilité, pour le plan de sauvegarde pur et simple, c'est-à-dire sans adjonction ni cession d'activités, de prévoir des licenciements pour motif économique n'est envisagée par le Code de commerce que de manière allusive ou indirecte. C'est sans doute suffisant pour qu'ils n'appellent pas les mêmes réserves que des licenciements économiques prononcés pendant la période d'observation. En effet l'article L. 626-2 du Code de commerce, et lui seul, énonce que *le projet* de plan

de sauvegarde peut prévoir des licenciements pour motif économique. Le Code ne dit pas, ensuite, à la différence de ce qu'il fait pour le redressement judiciaire, que le tribunal qui arrête le plan peut autoriser des licenciements. Il ne les organise pas plus et ne donne aucune indication sur l'office du juge de la procédure collective en la matière.

Néanmoins, le plan étant adopté par le Tribunal de la procédure collective et les personnes qui l'exécuteront ne pouvant se voir imposer des engagements autres que ceux qu'elles ont souscrits pendant son élaboration, les licenciements prévus doivent être prononcés et ont le caractère économique. Le plan et les mesures qu'il

(4) Soulignons que l'administrateur peut être tenu de rapporter cette preuve dans tous les cas où le Code du travail prévoit la garantie par l'AGS de créances dans le cadre d'une procédure de sauvegarde. La disposition révèle une discordance profonde entre les règles relatives à la garantie des créances résultant du contrat de travail et la procédure de sauvegarde. La nécessité, pour l'administrateur, d'établir qu'il ne peut payer les créances

salariales sur les fonds disponibles le conduit à démontrer que l'entreprise n'est pas en mesure de faire face à son passif exigible avec son actif disponible. Bref, qu'elle est en état de cessation des paiements et qu'une procédure de redressement judiciaire, sinon de liquidation judiciaire, devrait être substituée à la sauvegarde.

comporte sont nécessaires à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, peu important alors les causes réelles des difficultés qui auront été énoncées par le rapport de l'administrateur et même si ces causes sont fautives. En raison de l'autorité qui s'attache à la décision judiciaire qui adopte le plan et de la nature de contrat judiciaire de celui-ci au-delà duquel rien ne peut être imposé à ses partenaires, le juge prud'homal n'a certainement pas le pouvoir d'en discuter les dispositions.

Dans la mise en œuvre de ses dispositions relatives à l'emploi, l'employeur sera tenu de respecter le Code du travail (information, consultation des institutions représentatives, PSE, reclassement, ordre des licenciements...).

**2.** La réorganisation de l'entreprise peut passer par son développement, son extension, l'accroissement de ses activités. C'est pourquoi il est prévu que le plan peut prévoir l'adjonction d'activités.

Un plan de sauvegarde comportant l'adjonction d'une ou plusieurs activités peut-il également prévoir le licenciement pour motif économique de salariés affectés aux activités exercées par l'entreprise avant l'ouverture de la procédure de sauvegarde ? Il faudrait supposer la cessation d'une partie de ces activités anciennes ou leur cession. Il serait alors délicat de convaincre les salariés qui seraient licenciés de la réalité du motif économique de la rupture alors que, dans le même temps, l'entreprise qui les emploie pourrait être tenue de poursuivre les contrats de travail des salariés de l'activité adjointe. Il faudrait également convaincre le juge. L'adjonction d'une activité peut en effet caractériser le transfert d'une entité économique.

Une autre question apparaît : le plan peut-il prévoir le licenciement pour motif économique de certains des salariés de l'activité adjointe et faire échec à leur égard à l'application de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail (futur article L. 1224-1) ? Assurément pas. L'activité adjointe est par définition extérieure à l'entreprise dont la sauvegarde exige la restructuration. Elle n'était pas incluse dans le périmètre de la procédure collective. Le jugement qui arrête le plan ne peut en aucun cas avoir une incidence sur les contrats de travail de ses salariés. On ne peut imaginer avec sérieux une cause économique de licenciement qui serait justifiée par la nécessité de sauvegarder la compétitivité, l'existence, d'un employeur tiers au contrat de travail.

**3.** Enfin, le plan de sauvegarde peut comporter des cessions (5). Celles-ci sont régies par les mêmes dispositions que les cessions du redressement et de la liquidation judiciaires auxquelles le lecteur est renvoyé.

Elles sont subordonnées aux mêmes conditions et produisent les mêmes effets. Il en résulte que ce qui est cédé constitue une entité économique autonome par détermination de la loi entraînant l'application de plein droit de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail (futur article L. 1224-1). Les contrats de travail des salariés affectés à l'entité cédée subsistent avec le nouvel employeur.

Néanmoins, l'article L. 642-5 du Code de commerce, applicable au plan de cession de la sauvegarde, permet d'écarter l'application du texte et de prévoir le licenciement économique de salariés qui auraient dû être repris par le cessionnaire.

Cet article du Code de commerce, en ce qu'il s'applique à la sauvegarde, est-il compatible avec l'article 5 de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements. Le paragraphe 1 de ce texte énonce : *« Sauf si les Etats 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 syndicat autorisé par une autorité compétente). »*

Le principe est que la directive est inapplicable dans le cas des cessions intervenant à l'occasion de la procédure collective caractérisée par l'article 5 précité. Toutefois, les Etats membres peuvent adopter des dispositions plus favorables au maintien des contrats de travail. Mais les Etats membres ne semblent pas pouvoir adopter des dispositions qui, moins favorables, écartent l'application de la directive dans le cas d'une procédure collective ne répondant pas à la définition du texte. Or, nous savons que tel est le cas de la procédure de sauvegarde du droit français, qui n'est pas ouverte en vue de la liquidation des biens du débiteur et qui ne devrait pas pouvoir autoriser la rupture des relations de travail comme elle le fait.

Sans doute sera-t-il nécessaire de laisser à la Cour de justice des communautés européennes le privilège de répondre à la question de la compatibilité de l'article L. 642-5 du Code de commerce, en ce qu'il est applicable à la sauvegarde, avec la directive de 2001.

**Yves Chagny**

(5) La procédure de sauvegarde ne semble autoriser que des cessions partielles. La cession totale serait inconcevable eu

égard à la finalité de cette procédure qui est la réorganisation de l'entreprise, non sa disparition d'une manière ou d'une autre.