

Entreprises en difficulté et sauvegarde de l'emploi

par *Michel Henry*, Avocat au Barreau de Paris

PLAN

I. Etat des lieux de la loi du 25 janvier 1985 en matière d'emploi

- A. Les licenciements
- B. Le contrôle prud'homal des motifs de licenciement : l'unification des règles de contrôle
- C. Elaboration et contrôle des plans sociaux
- D. Restructuration de l'entreprise et modifications dans la personne juridique de l'employeur

II. La loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises

- A. Les grandes lignes du texte
- B. Le plan de sauvegarde
- C. Le nouveau régime des cessions

La défaillance des entreprises concerne chaque année environ 250 000 salariés.

Les principales victimes en sont les créanciers et les salariés qui font les frais, soit d'une disparition de l'activité, soit, plus généralement, de restructurations brutales.

Près de la moitié des licenciements économiques sont prononcés dans le cadre d'une procédure collective.

La loi de 1985 avait pris le parti d'évoquer et d'organiser le volet social du droit des entreprises en difficulté : rôle des IRP, règles spécifiques de licenciement, poursuite des instances prud'homales et mise en œuvre de la garantie de l'AGS.

Les débats qui ont précédé la loi sur la sauvegarde des entreprises entrée en vigueur le 26 juillet 2005 ont permis de vérifier que les aspects sociaux étaient au centre d'affrontements entre partisans et adversaires d'un allègement des procédures de licenciement pendant la période d'observation en sauvegarde, de la validation judiciaire d'une réduction d'effectif lors de l'homologation du plan de sauvegarde, du financement de l'entreprise par l'AGS pendant la période d'observation en procédure de sauvegarde et de l'anéantissement de la jurisprudence sur l'application de l'article L. 122.12 en cas de cession au moment de la liquidation judiciaire.

Un bilan de la loi de 1985 permet de mieux comprendre les enjeux sociaux de la nouvelle loi sur la sauvegarde et les réponses de celle-ci aux attentes des pourfendeurs des contraintes sociales.

I. Etat des lieux de la loi du 25 janvier 1985 en matière d'emploi

A. Les licenciements

Les difficultés financières ou de fonctionnement d'une entreprise, si graves soient-elles, ne peuvent à elles seules caractériser la force majeure.

Elles peuvent constituer une cause de licenciement économique dans les limites définies par les articles 45 et 63 de la loi.

- Article 45 L : Des licenciements considérés comme urgents, inévitables et indispensables pendant la période d'observation, ne peuvent être prononcés par l'administrateur judiciaire après avoir été autorisés par le juge commissaire.

- Article 63 L : Seule exception au principe de l'article L. 122.12, le plan de cession total ou partiel peut prévoir des licenciements pour motif économique. Les licenciements ainsi ordonnés par le Tribunal de la procédure collective doivent être prononcés par l'administrateur dans le mois suivant la décision judiciaire, sauf à entraîner la perte de la garantie de l'AGS. Ces licenciements autorisés à l'occasion de l'homologation du plan de cession sont appréciés en volume d'effectif par catégorie professionnelle. Le choix des salariés licenciés doit s'opérer dans le respect de l'ordre des licenciements.

Tous les licenciements des salariés protégés à quelque stade de la procédure que l'on se trouve, sont soumis aux règles d'autorisation administrative de droit commun.

B. Le contrôle prud'homal des motifs de licenciement : l'unification des règles de contrôle

Les licenciements prononcés pendant la période d'observation sont autorisés par le juge-commissaire. L'ordonnance peut faire l'objet d'un recours dans les huit jours de sa notification par tout "intéressé" mais ce recours est à tous égards illusoire : d'abord parce que les salariés eux-mêmes ne sont pas au nombre des "intéressés" au sens de l'article 25 alinéa 3 du décret qui ne concerne que le représentant des créanciers, les institutions représentatives du personnel et le représentant des salariés, ensuite parce qu'en toute hypothèse l'ordonnance est exécutoire et que les délais d'examen du recours par le Tribunal de la procédure collective sont habituellement longs.

Reste donc le contrôle prud'homal : sous réserve que la lettre de licenciement comporte le visa de l'ordonnance du juge commissaire, le caractère économique sera réputé réel et sérieux (1).

Le juge prud'homal conserve un pouvoir de contrôle :

- en cas de fraude, par exemple si le salarié est immédiatement remplacé (2),
- en cas de non-respect de l'obligation de reclassement qui prive le licenciement de cause réelle et sérieuse (3),
- en cas de violation de l'ordre des licenciements.

De même pourront être sanctionnées la violation de la priorité de réembauchage ou toute irrégularité dans la procédure individuelle ou collective de licenciement, y compris l'appréciation de la validité du plan social dans les limites de l'action individuelle du salarié devant le juge prud'homal.

Ces règles ont été étendues aux licenciements prononcés en application du jugement qui arrête le plan de cession (4) et aux licenciements prononcés par le mandataire liquidateur dans les quinze jours de la liquidation judiciaire (5).

Le dépassement du délai de un mois ou du délai de quinze jours dans la notification du licenciement prive le salarié de la garantie de l'AGS et engage la responsabilité personnelle du mandataire mais ne constitue qu'une irrégularité de forme (6).

C. Elaboration et contrôle des plans sociaux

Les institutions représentatives du personnel doivent être consultées à toutes les étapes de la procédure collective.

Lorsque l'administrateur, l'employeur ou le liquidateur envisage des licenciements économiques, les contraintes légales sont allégées par l'effet des dispositions de l'article L 321.9 du Code du travail.

Sont en particulier écartées celles des dispositions du Livre III qui font obligation au chef d'entreprise de tenir plusieurs réunions.

Sont également écartées en application de l'article 321-4-1 alinéa 2 les règles relatives à la nullité de la procédure de licenciement en cas de nullité du plan social.

Toutefois, les dispositions de l'article L 434.6 CT qui permettent au comité d'entreprise de désigner un expert comptable lorsqu'il est saisi d'une procédure de licenciement collectif pour motif économique ne sont écartées par aucun texte.

Il s'ensuit que les élus restent titulaires du droit d'être assistés dans leurs travaux par l'expert comptable (7).

Pour permettre au comité d'entreprise de mettre en œuvre effectivement la mission de l'expert comptable et afin de donner un sens à sa mission, la Chambre sociale a considéré qu'il convenait d'en revenir aux dispositions générales de l'article L 431.5 concernant la consultation du comité d'entreprise, c'est-à-dire au délai suffisant, ce qui implique la tenue d'au moins deux réunions, la première à l'occasion de laquelle l'expert sera désigné, la seconde pour qu'il rende compte de ses travaux avant que les élus émettent un avis.

Le plan de sauvegarde de l'emploi peut être contesté mais cette contestation relèvera du juge de droit commun, c'est-à-dire du Tribunal de grande instance et non du juge de la procédure collective (8).

Les décisions rendues par le Tribunal de commerce n'ont qu'un effet relatif quant aux aspects sociaux. Ainsi, même si l'enveloppe financière du PSE a été validée par le juge-commissaire et le Tribunal de commerce, le TGI ou le CPH restera compétent pour prononcer l'annulation d'un PSE qu'il jugerait insuffisant (9).

(1) Cass. Ass. Plén. 23 janv. 2003, Robert X et a. c/ Sté Wirth et Gruffat, Dr. Ouv. 2003 p.198 n. P. Darves-Bornoz ; Soc. 19 mars 2003, Cremers c/ Archipel, Bull. civ. V n° 104.

(2) Soc. 27 oct. 1998 Bull. civ. V n° 452.

(3) Soc. 8 juin 1999, Pouplin c/ Soparcos, n° 96.44-811.

(4) Soc. 21 septembre 2005 Nespoulos, Bull. V n° 267.

(5) Soc. 2 mars 2004 Hadj-Ammar et a. c/ Chavannes de Dalmassy, Bull. V n° 66.

(6) Soc. 21 sept. 2005 précité.

(7) Cass. Soc. 7 juillet 1998, SA Ferlam c/ Comité d'entreprise.

(8) Cass. Soc. 14 octobre 1997, Sté ARM System c/ Syndicat FO, Bull. civ. V n° 312.

(9) Cass. Soc. 2 juin 2006, Independant Insurance, Bull. civ. V n° 58.

D. Restructuration de l'entreprise et modifications dans la personne juridique de l'employeur

1. Les contrats se poursuivent tant que l'entreprise survit au sens de l'article L 122.12

Tant que subsiste une entreprise entendue comme un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre, les contrats de travail attachés à l'entité économique se poursuivent par l'effet de l'article L 122.12.

La cession totale ou partielle est considérée comme un transfert qui emporte continuation au service du cessionnaire de tous les contrats de travail dont la rupture n'a pas été prévue par le jugement d'homologation.

Même en cas de liquidation, la cession d'une ou plusieurs unités de production telle qu'elle est envisagée par l'article 155 alinéa 1^{er} de la loi emporte transfert des contrats de travail. La jurisprudence a été amenée à considérer que l'unité de production au sens de ce texte étant définie comme un ensemble organisé d'éléments corporels et incorporels permettant l'exercice d'une activité économique, c'est-à-dire comme une entreprise au sens de l'article L122.12 ; il s'ensuivait que la vente par le liquidateur d'éléments économiques répondant à la définition de l'article 155 alinéa 1^{er}, impliquait la poursuite des contrats de travail attachés à l'unité de production transférée (10).

Bien plus, aucune disposition ne permettant de limiter les effets de l'article L 122.12, la clause par laquelle la convention de cession prévoirait la reprise partielle des contrats de travail est nulle sans que la convention de cession elle-même ne soit frappée de nullité et peu important que l'offre de reprise ait été validée par le juge commissaire (11).

2. La sanction des licenciements intervenus en violation de l'article L 122.12

La fermeté des principes jurisprudentiels n'a pas tari le contentieux prud'homal autour de l'article L 122.12, qu'il s'agisse du principe même du transfert, de ses effets et des sanctions.

En ce qui concerne le transfert, la question s'est posée de savoir quelle était la portée de la liste nominative annexée au plan de reprise homologué par le Tribunal de commerce. Pour restituer au juge prud'homal la plénitude de sa compétence, la Cour de cassation a dû rappeler qu'aucun texte ne donnait pouvoir au juge de la procédure collective de valider une telle liste, laquelle serait sans effet même si elle était entérinée par le jugement d'homologation du plan de cession. Si elle existe elle est inopposable au juge prud'homal.

Le juge prud'homal sanctionnera le licenciement prononcé par le cédant si le salarié continue à travailler pour le cessionnaire (12) et cela même après une suspension d'activité, pour autant que celle-ci soit brève (13), de même qu'il tiendra pour nulle et sans effet toute convention contraire à l'article L 122.12. Il n'en ira différemment, pour des raisons d'opportunité liées au souci d'assurer le sauvetage de l'emploi, qu'à l'égard des salariés réembauchés par l'entreprise cessionnaire qu'ils ont eux-mêmes créée avec leurs indemnités de rupture (14).

L'examen de la jurisprudence montre le rôle de gendarme que joue sur ces questions l'AGS par le truchement de son droit propre de contestation que cette institution fait valoir à chaque fois qu'un salarié réclame la fixation d'une créance d'indemnité de rupture et sa garantie alors que les conditions de l'application de l'article L 122.12 sont susceptible d'être réunies.

La Cour de cassation, avec le souci de souligner davantage le caractère impératif de l'article L 122.12 a été jusqu'à considérer que le licenciement prononcé par le mandataire était sans effet dès lors que l'entreprise cédée poursuivait son activité et cela, même si le salarié n'avait pas été repris par l'acquéreur du fonds en liquidation auquel il devait demander sa réintégration et, à défaut, ses indemnités de rupture (15) avant d'en revenir à une solution plus raisonnable au terme de laquelle le salarié licencié illégalement peut, à son choix, demander au repreneur la poursuite de son contrat de travail ou à l'auteur du licenciement la réparation de son préjudice (16).

Enfin, par un dernier arrêt clôturant cette valse en trois temps, la Cour de cassation décidait que la solution de l'arrêt *Maldonado* devait trouver ses limites lorsque la

(10) Cass. Soc. 27 octobre 1999, SA La Dunoise c/ Gosselin, RJS 1299 n° 1439.

(11) Cass. Ch. mixte 7 juillet 2006, Petavy liquidateur Sté Arlanc c/ Sudre, Dr. Ouv. août 2006 couv. n° 1 ; Cass. Soc. 26 juin 1991, Sté Concorde c/ Pillier, Bull. civ. V n° 328 ; Cass. Soc. 28 mars 1989, Bertran c/ Equizier, Bull. civ. V n° 263.

(12) Cass. Soc. 26 octobre 1994, SA Meubles Sachet c/ Da Silva, DS 95 p. 55 note Henry Blaise.

(13) Cass. Soc. 20 octobre 1994, SA Imprimerie Thirion c/ Assedic de Roubaix et a., DS 95 p. 57.

(14) Cass. Soc. 12 novembre 1997, Assedic Drôme Ardèche c/ Mme Glandu et a., DS 98 p. 93 note Raymonde Vatinet.

(15) Cass. Soc. 20 janvier 1998, Guernonprez c/ Dabrigeon mandataire, DS 98 p. 99 ; Michel Henry "A propos de l'arrêt Guernonprez : violation de l'article L 122.12 et nullité en peau de lapin" DS 98 p.1019 et "La sanction des licenciements prononcés dans le cadre d'une procédure collective en violation de l'article L 122.12 : retour du côté de Guernonprez" Dr. Ouv. 2000 p. 271.

(16) Cass. Soc. 20 mars 2002, Maldonado c/ SA Finafinance et a., n° 00-41.651 FS-P+B+R, Dr. Ouv. 2002 p. 372 n. P. Moussy, rapp. C.Cass. 2002 Dr. Ouv. 2003 p. 325.

cession intervient avant la fin du préavis, auquel cas le licenciement se trouve annulé. Dans ce cas le salarié ne dispose par conséquent pas d'option véritable et le

mandataire, par contre, bénéficie d'une faculté de rétractation du licenciement à laquelle le salarié ne peut pas s'opposer (17).

II. La loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises

A. Les grandes lignes du texte

Première remarque : le terme de sauvegarde a tendance à pulluler. On parle de "plan de sauvegarde de l'emploi", de "sauvegarde de la compétitivité" et maintenant de "procédure de sauvegarde des entreprises".

La question de fond est de savoir si la loi du 26 juillet 2005 tiendra ses promesses, c'est-à-dire celles faites au patronat de conjurer les défauts du système imputés à la loi du 25 janvier 1985.

Il faut rappeler que la procédure de sauvegarde est choisie par le chef d'entreprise qui n'est pas dessaisi. Cette procédure est destinée à anticiper des difficultés de tous ordres, y compris juridiques et à faciliter la réorganisation de l'entreprise. Les salariés ont donc des raisons de se méfier des facilités que la loi offrirait à l'employeur pour licencier ou se défaire des dettes salariales sur l'AGS dont la garantie est plafonnée. La loi paraît cependant éviter un certain nombre de dérives : en premier lieu l'entreprise ne doit naturellement pas être en état de cessation des paiements faute de quoi le tribunal prononcera le redressement ou la liquidation judiciaire, en second lieu, la sauvegarde ne paraît pas devoir exercer un effet d'attraction particulier, en matière sociale.

La procédure de sauvegarde s'ouvre sur une période d'observation au terme de laquelle un plan doit être arrêté par l'administrateur et le débiteur afin de proposer, après un bilan économique et social, soit un plan de sauvegarde soumis à homologation du tribunal, soit une liquidation judiciaire.

Pendant la période d'observation :

– la loi ne prévoit aucune modification ou allègement des dispositions du Code du travail relatives au licenciement : la période de sauvegarde n'est pas visée par l'article L 321.9 (le Code Dalloz comporte à cet égard une erreur) ;

– les instances prud'homales n'impliquent pas la mise en cause dont le régime ne peut pas intervenir à ce stade de la procédure : l'article L 143.11.1 al. 2 qui énumère les créances garanties par le régime n'envisage que celles résultant de la rupture des contrats de travail

intervenant dans le mois suivant le jugement qui arrête le plan de sauvegarde. La loi prévoit en ce cas une faculté de prise en charge sur la foi d'une attestation d'insuffisance de disponibilités du mandataire. L'AGS a la faculté de contester cet état d'insuffisance et en ce cas l'avance sera subordonnée à une décision du juge commissaire.

On ne voit cependant pas pourquoi des créances seraient prises en charge par le régime d'AGS puisque l'entreprise est réputée *in bonis*. Une partie du patronat avait certes souhaité que les fonds de l'AGS servent à financer les restructurations des entreprises en dehors des périodes de redressement ou de liquidation judiciaire mais la loi ne consacre pas cette revendication même si le texte comporte des obscurités. Les tribunaux de commerce ne paraissent pas vouloir se laisser entraîner dans cette voie et la pratique observée jusqu'à présent consiste à convertir en liquidation judiciaire la sauvegarde si l'AGS est sollicitée en partant du principe que son intervention démontrerait un état de cessation des paiements.

- Par contre une liquidation judiciaire peut intervenir pendant la période d'observation d'une période de sauvegarde. Cette liquidation peut s'accompagner d'une période de maintien de l'activité si la cession totale ou partielle est envisageable et pendant cette période le liquidateur peut prononcer des licenciements régis par les mêmes dispositions que celles applicables en période d'observation d'un redressement judiciaire (urgent, inévitable et indispensable sur autorisation du juge commissaire).

B. Le plan de sauvegarde

L'article L 626.2 prévoit que le projet de plan "*expose et justifie le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite de l'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*".

Ce texte se prête à deux interprétations dès lors qu'en période de sauvegarde l'entreprise n'est pas en état de

(17) Cass. Soc. 11 mars 2003, Voisin, Bull. civ. V n° 86, Dr. Ouv. 2003 p. 349 n. P. Darves-Bornoz et P. Moussy.

cessation des paiements, que le chef d'entreprise n'est pas dessaisi et que si le plan est adopté, l'entreprise retrouve son autonomie de gestion. Il faut donc comprendre :

– soit que le projet de plan fait état des intentions du chef d'entreprise pour obtenir l'adoption du plan qu'il mettra ensuite en œuvre,

– soit que l'adoption du plan par le tribunal vaudra validation d'un projet de licenciement qu'il ne restera plus qu'à notifier.

L'article L 626.10 qui définit le contenu du plan de sauvegarde arrêté par le tribunal ne parle pas des licenciements mais seulement "du niveau et des perspectives d'emploi" envisagées pour la poursuite de l'activité à la différence du jugement homologuant le plan de redressement qui prévoit expressément les licenciements qui doivent intervenir dans le mois suivant.

Par contre l'article L 143.11.1 alinéa 2. 2° évoque la garantie des créances résultant des ruptures prononcées dans le mois suivant le jugement qui arrête le plan de sauvegarde, de redressement ou de cession. On pourrait en déduire *a contrario* que le jugement d'homologation du plan de sauvegarde valide un plan de licenciement à condition que le jugement précise exactement le nombre des suppressions d'emploi autorisées par catégorie professionnelle. Il est à noter que ce jugement peut être frappé d'appel par les institutions représentatives du personnel.

C. Le nouveau régime des cessions

C'est à peu près le seul domaine dans lequel la loi du 26 juillet 2005 va tenir en échec le système antérieur. La loi sur la sauvegarde unifie le régime des cessions en faisant disparaître la distinction entre cession-redressement et cession-liquidation.

En son dernier état la jurisprudence considèrerait que :

– en cas de liquidation la cession totale ou partielle autorisée par le juge commissaire d'unité de production n'autorisait aucun licenciement (18) ;

– en cas de redressement judiciaire la cession d'une branche complète et autonome d'activité non comprise dans le jugement homologuant un plan de cession partielle et autorisant le licenciement des salariés non repris dans ce plan de cession avait pour effet d'emporter de plein droit transfert des contrats de travail, même si les licenciements des salariés avaient été autorisés par le Tribunal de commerce (19).

Désormais la cession totale ou partielle sera régie par des dispositions communes insérées dans le chapitre relatif aux liquidations (L 642.1 et s. C.C).

Il faut comprendre que toute cession implique une liquidation de l'entité cédée mais la cession ne peut cependant être partielle dans la phase de sauvegarde.

La cession partielle fera donc l'objet d'un jugement distinct du jugement d'homologation du plan de sauvegarde.

Le tribunal retient l'offre qui lui paraît assurer le mieux les objectifs de la loi et arrête un ou plusieurs plans de cession.

Lorsque le plan prévoit des licenciements économiques, il ne peut être arrêté qu'après consultation des IRP, conformément à la procédure allégée de l'article L 321.9 CT en cas de liquidation.

Le plan précise les licenciements qui doivent intervenir sur simple notification du liquidateur ou de l'administrateur dans le mois suivant le jugement. On peut en déduire que le jugement :

– valide la cause réelle et sérieuse économique des licenciements,

– tient en échec l'article L 122.12 pour les licenciements autorisés.

Par contre, la jurisprudence *Danel* (20) conserve sans doute son actualité en cas de cession de gré à gré d'une activité quelconque qui correspondrait à une entité susceptible d'exploitation autonome.

C'est désormais le contentieux qui révélera la portée réformatrice réelle de ces nouvelles dispositions.

Michel Henry

(18) Chambre mixte, 7 juillet 2006, précité.

(19) Cass. Soc. 24 octobre 2006, Sté Danel, n° 04-45673, PB, à paraître au Dr. Ouv. n. S. Daudet.

(20) Soc. 24 octobre 2006 précité.

LBO : Une nouvelle technique financière qui menace l'emploi et l'investissement productif - Note économique n° 107 février 2007

Pour se procurer les Notes Économiques, écrire à :
CCEES-CGT, 263, rue de Paris, 93516 MONTREUIL Cedex
ou parmi les pages "Publications économiques" de la rubrique "Kiosque" sur www.cgt.fr