

## PROCÉDURES COLLECTIVES ET SORT DE L'EMPLOI DES SALARIÉS « ORDINAIRES »

*Yves Chagny, doyen honoraire de la chambre sociale de la Cour de cassation*

(Journée des juristes de droit du travail – Paris – 7 décembre 2007)

---

Les relations de travail dans une procédure collective sont régies par un droit commun fait de dispositions du code de commerce et de dispositions du code du travail, qui s'applique à tous les salariés de l'entreprise, « ordinaires » et protégés. La protection des représentants du personnel de l'entreprise en difficulté, soumise pour l'essentiel au code du travail, vient se superposer au droit commun, qui est le thème de cet exposé.

La réforme réalisée par la loi du 26 juillet 2005, dite loi « *de sauvegarde des entreprises* », entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006, a renouvelé l'intérêt et les solutions de ce domaine du droit des entreprises, vingt ans après la loi de 1985 à laquelle a été fait reproche de son obsolescence et de son inadaptation au sauvetage des affaires en difficulté, dont la liquidation judiciaire était trop souvent le seul destin.

Son innovation majeure est l'institution d'une procédure nouvelle, la sauvegarde, qui 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.). Ce débiteur est *in bonis*, il peut encore faire face à son passif exigible avec son actif disponible. Peut-être plus pour très longtemps. Pour obtenir l'ouverture de la procédure, il lui faut démontrer la réalité de ses difficultés et l'impossibilité dans laquelle il se trouve de les surmonter. La procédure ouverte, il assure toujours l'administration de son entreprise mais il peut aussi être surveillé ou assisté par un administrateur. Comme dans le redressement ou la liquidation judiciaire, il y a un mandataire judiciaire (nouveau nom du représentant des créanciers).

Moins de trois ans après son adoption, on parle déjà d'inefficacité de la loi de 2005 et il est prévu de la réformer au cours du premier semestre 2008, de lui apporter des « *ajustements* »<sup>1</sup>. En particulier, la sauvegarde n'aurait constitué qu'une première étape dans l'accompagnement des entreprises en difficulté. Il serait nécessaire d'en assouplir les critères d'ouverture pour la rendre plus accessible et en renforcer « *l'attractivité* », et d'en « *améliorer certains dispositifs dont la pratique a révélé les lacunes* »<sup>2</sup>.

Un ajustement concernerait la définition de la cessation des paiements pour en éloigner le spectre et permettre à un plus grand nombre d'entreprises en difficulté d'entrer dans le champ de la sauvegarde, en les préservant du redressement judiciaire, voire de la liquidation. La question est en apparence de pur droit commercial. Mais, comme par un effet de glissement de plaques

---

<sup>1</sup> Programme de la direction des affaires civiles et du Sceau du ministère de la justice (site du ministère)

<sup>2</sup> Discours prononcé par la garde des Sceaux, ministre de la justice, au tribunal de commerce de Paris le 29 novembre 2007 (voir le site du ministère de la justice).

tectoniques, l'élargissement du champ de la sauvegarde ne manquerait pas d'avoir des répercussions sur le sort des créances résultant du contrat de travail et sur la rupture de celui-ci pour motif économique.

Pour madame la Garde des Sceaux, les lacunes auxquelles il conviendrait de remédier sont celles qui ont été « *clairement identifiées* » par le rapport de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale sur la mise en application de la du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, présenté par M. Xavier De Roux<sup>3</sup>. Elles procéderaient, en particulier, de « *la persistance des handicaps résultant de l'absence de droit social dérogatoire* » dans les procédures collectives. Bref, droit commercial et droit du travail seraient incompatibles et leur harmonisation s'imposerait.

Le rapport de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale retient, tout d'abord, que les délais de mise en oeuvre des licenciements économiques seraient inadaptés aux procédures collectives<sup>4</sup>. Ensuite, les obligations de reclassement seraient « *presque toujours* » impossibles à satisfaire dans le cadre des procédures collectives. Enfin, « *faute de ressources financières, les plans sociaux élaborés à l'occasion d'une liquidation judiciaire sont généralement insuffisants au regard des exigences légales.* » On se bornera à observer, la remarque réunit les deux dernières critiques, le code du travail édicte une règle claire : « *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. 321-4-1, dernier al.).

Que faut-il entendre par l'EMPLOI des salariés dont l'employeur fait l'objet d'une procédure collective ?

La procédure de sauvegarde et le redressement judiciaire parlent de l'emploi. Selon l'article L. 620-1 du code de commerce, la première « *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.* » Pour l'article L. 631-1 du même code, le redressement judiciaire « *est destiné à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.* » Dans le premier cas, la priorité est donnée à la réorganisation de l'entreprise, qui n'a pas cessé ses paiements mais dont on peut craindre qu'elle arrive à cette extrémité. La réorganisation est le gage du maintien de l'activité économique et de la préservation de l'emploi. Dans le second cas, il n'est plus question de réorganisation de l'entreprise qui a cessé ses paiements –encore que le plan qui sera adopté à l'issue de la période d'observation pourra la réorganiser (cession partielle ou totale)- mais de préserver une activité économique et l'emploi.

La liquidation judiciaire est plus lourde de conséquences. Elle « *est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens* » (art. L. 640-1 c. com.). L'emploi ne se retrouve que d'une manière indirecte, à propos de la cession de l'entreprise en liquidation judiciaire. Celle-ci peut être totale ou partielle et « *a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de*

<sup>3</sup> Rapport n° 3651 <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-info/i3651.asp>

<sup>4</sup> V. Yves Chagny, Aperçu général de la place des salariés dans les procédures collectives, in « Les salariés et la défaillance d'entreprise », sous la direction d'Antoine Lyon-Caen et Quentin Urban, Dalloz, *Thèmes & Commentaires – Actes, Paris-2007* (spécialement p. 17 et 18).

*tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif* » (art. L. 642-1 c. com.).

Les finalités assignées par la loi à chacune des procédures, ne permettent pas d'affirmer que l'emploi dont il est question doit s'entendre de « l'occupation globale de la main d'œuvre salariée »<sup>5</sup> par les entreprises qui en font l'objet. Il s'agit beaucoup plus certainement des postes de travail occupés par les salariés des entreprises et du sort de leurs contrats de travail. C'est dans ce sens que sera entendu le mot EMPLOI dans cet exposé.

De ce point de vue, la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises n'a pas apporté de changements notables à la procédure de redressement judiciaire. On peut considérer qu'elle a plutôt clarifié les dispositions relatives à la liquidation judiciaire, que le législateur de 1985, convaincu que les entreprises seraient toutes –ou presque- redressées, avait quelque peu bâclées. Enfin, la loi de 2005 a institué une nouvelle procédure, la sauvegarde, vers laquelle se déplacent aujourd'hui tous les espoirs –les illusions ?- de sauvetage.

Quel effet l'ouverture d'une procédure collective produit-elle sur les contrats de travail des salariés de l'entreprise qui en fait l'objet ?

L'article 1134 du code civil énonce : « *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 de fait, l'évanouissement ou la révocation des contrats. Appliqué aux procédures collectives, le principe signifie que ni la liquidation judiciaire ni le redressement judiciaire ni *a fortiori* la sauvegarde ne mettent fin aux contrats passés par le débiteur.

En écho, l'article L. 622-13, alinéa 5, du code de commerce donne à la règle du code civil une force particulière dans les procédures collectives :

« ***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*** ».

Par un jeu de renvois successifs, la règle s'applique au redressement et à la liquidation judiciaires.

Les articles L. 622-13 et suivants, L. 631-14 et L. 641-10 du code de commerce organisent pour chacune des procédures le principe de la continuation des contrats en cours.

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<sup>6</sup>, soulignant que le redressement judiciaire –il en serait de même de la liquidation judiciaire et de la sauvegarde- n'est pas un cas de force majeure justifiant la rupture anticipée des contrats à durée déterminée.<sup>7</sup>

Au demeurant, le maintien des relations contractuelles nouées par l'entreprise est nécessaire à la pérennité de son activité. En effet, ni la sauvegarde ni le redressement judiciaire n'en entraînent la cessation. Et même la liquidation

<sup>5</sup> VOCABULAIRE JURIDIQUE, sous la direction de GERARD CORNU, PUF.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> Cass. soc. 5 oct. 1999 : B. n° 367.

judiciaire peut se conclure par la reprise de tout ou partie des biens et droits de l'entreprise par un cessionnaire et, par voie de conséquence, de son activité.

Les salariés doivent continuer d'exécuter leur tâche. Leur salaire doit leur être versé intégralement. Si les difficultés de l'employeur, avant l'ouverture de la procédure collective, sont telles qu'il ne peut plus payer tout ou partie de la rémunération de ses salariés, ceux-ci seront fondés à prendre acte de la rupture des relations de travail du fait de son manquement à l'une des obligations les plus fortes du contrat de travail. Cette rupture s'analyse comme un licenciement sans cause<sup>8</sup>.

L'indifférence des procédures collectives sur les contrats de travail est relative. Le code de commerce institue, en effet, dans leur cadre des règles spécifiques de rupture des relations de travail pour motif économique (I). Il adapte aux situations résultant de ces procédures les dispositions du code du travail relatives à la pérennité des contrats de travail en cas de transferts d'entreprises (II). Ainsi et comme par une gradation des difficultés, l'exposé ira de ce qui est connu depuis 1985, le redressement judiciaire, pour arriver à l'inconnu encore peu exploré, la procédure de sauvegarde, en passant par un chemin emprunté depuis 1985 mais redessiné en 2005, la liquidation judiciaire. C'est la raison pour laquelle le sort de l'emploi des salariés « ordinaires » dans la procédure de sauvegarde sera abordé en dernier lieu (III).

## I. Les licenciements pour motif économique du redressement et de la liquidation judiciaires

Des licenciements économiques peuvent être prononcés pendant la période d'observation du redressement judiciaire et en application soit du plan de redressement de l'entreprise, soit du plan de cession du redressement et de la liquidation judiciaires, soit, enfin, du jugement de liquidation judiciaire lui-même. Les moments des licenciements économiques sont donc multiples (A). Ils présentent, outre leurs règles spécifiques, plusieurs traits communs (B).

Au préalable, quelques observations sur les licenciements non économiques paraissent nécessaires.

Dans tous les cas, les licenciements pour motif personnel, disciplinaire ou professionnel, restent soumis au du code du travail dont il y a lieu d'appliquer les règles de forme et de fond des ruptures des contrats de travail. Qui, alors, dans l'entreprise en redressement ou en liquidation judiciaire, de l'administrateur, du liquidateur ou du chef d'entreprise, selon le cas, est investi du pouvoir de direction ? La réponse varie selon la procédure en cause.

Dans la liquidation judiciaire, qui dessaisit le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens (art. L.641-9 c. com.), le pouvoir de direction passe au liquidateur. Il est vrai que le temps de sa gestion est bref et qu'il aura sans

---

<sup>8</sup> Il faut rappeler l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 20 juin 2006, qui décide « que des difficultés financières ne peuvent justifier le manquement à l'obligation de payer les salaires et qu'il appartient à l'employeur qui ne peut, en raison de telles difficultés, assurer la pérennité du travail et le règlement des salaires, soit de licencier le salarié pour ce motif économique, soit de se déclarer en état de cessation des paiements » (B. n° 217 ; *Droit Social* 2006, n° 11 nov., p. 1051, obs. C. Radé ; *La Semaine juridique*, éd. Sociale 2006, p. 1920, commentaire P. Morvan).

doute rarement l'occasion d'exercer le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise ou de rompre des contrats de travail en raison de l'insuffisance professionnelle de salariés.

Dans le redressement judiciaire, l'administration de l'entreprise reste assurée par son dirigeant pendant la période d'observation (art. L. 622-1 c. com.). Lorsqu'un administrateur est désigné, sa mission est de surveiller le chef d'entreprise. Elle peut être aussi de l'assister, le tribunal ayant la possibilité de préciser l'étendue de la mission d'assistance, alors à géométrie variable selon les affaires ou selon les moments d'une même procédure. Dans le cas d'assistance, le chef d'entreprise ne peut accomplir seul que les actes de gestion courante exclus de la mission de l'administrateur. La rupture d'un contrat de travail n'est pas un acte de gestion courante. Le chef d'entreprise, assisté d'un administrateur, qui licencierait seul un salarié verrait sa décision inopposable à la procédure de redressement judiciaire. Le licenciement resterait néanmoins valable entre les parties<sup>9</sup>.

Dans le redressement judiciaire sans administrateur, qui ne peut concerner que les petites entreprises, l'activité est poursuivie par le débiteur. C'est lui qui peut mettre en œuvre les licenciements.

Le jugement qui prononce le redressement judiciaire ouvre une période d'observation d'une durée maximale de six mois, qui peut être renouvelée une fois par décision motivée à la demande de l'administrateur, du débiteur ou du ministère public. Exceptionnellement, elle peut être prolongée pour une nouvelle période maximale de six mois à la demande du procureur de la République<sup>10</sup>. La loi n'édicte aucune sanction à l'inobservation du délai. A l'issue de la période d'observation, le tribunal arrête soit un plan de redressement, soit un plan de cession. Il peut également prononcer la liquidation judiciaire<sup>11</sup>.

Sous l'empire de la loi de 1985, le plan de redressement organisait « *soit la continuation de l'entreprise, soit sa cession, soit sa continuation assortie d'une cession partielle* » (61/L. 621-62). Il portait « *sur l'avenir de l'activité, les modalités du maintien et du financement de l'entreprise, du règlement du passif né antérieurement au jugement d'ouverture ainsi que, s'il y a lieu, les garanties fournies pour en assurer l'exécution* » (même texte).

Aujourd'hui, ce n'est que lorsque le débiteur est personnellement dans l'impossibilité d'assurer lui-même le redressement de l'entreprise que la cession totale ou partielle de l'entreprise peut être organisée et adoptée (art. L. 631-22 c. com.). Lorsqu'il peut assurer lui-même le redressement de l'entreprise, le tribunal adopte un plan de redressement.

Enfin, la liquidation judiciaire est ouverte ou prononcée lorsque le redressement est « *manifestement impossible* » (art. L. 640-1 c. com.).

---

<sup>9</sup> Soc. 23 mai 2007, pourvoi n° 05-42.490 : «... Si, lorsque le jugement de redressement judiciaire a confié à un administrateur la mission d'assistance générale du débiteur pour tous les actes de gestion, le licenciement d'un salarié pour faute grave, qui ne constitue pas un acte de gestion courante, doit être prononcé avec le concours de l'administrateur, l'acte passé par le débiteur seul n'est pas frappé de nullité mais simplement d'inopposabilité à la procédure collective et conserve tous ses effets entre les parties. »

<sup>10</sup> Art. L. 631-7 c. com., qui renvoie à l'art. L. 621-3.

<sup>11</sup> Art. L. 621-62 c. com.

Des licenciements pour motif économique peuvent être prononcés dans chacun de ces cadres : pendant la période d'observation du redressement judiciaire ; en application du jugement qui, mettant fin à la période d'observation, arrête soit le plan de redressement soit le plan de cession partielle ou totale de l'entreprise en redressement judiciaire ; en application soit du jugement de liquidation judiciaire soit du jugement qui arrête le plan de cession partielle ou totale de l'entreprise en liquidation judiciaire.

## A. Les moments des licenciements pour motif économique

### 1. Les licenciements pour motif économique de la période d'observation du redressement judiciaire

Ils sont prévus par l'article L. 631-17 du code de commerce :

**« 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. »**

L'administrateur saisit le juge-commissaire d'une demande. Il peut le faire à tout moment de la période d'observation. Rien ne s'oppose à ce qu'il y ait plusieurs « vagues » de licenciements économiques au cours de cette période. Au préalable, il aura obligatoirement consulté le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel dans les conditions prévues à l'article L. 321-9 du code de travail<sup>12</sup> et informé l'autorité administrative compétente mentionnée à l'article L. 321-8<sup>13</sup> du même code. Il joindra à l'appui de la demande l'avis recueilli et les justifications de ses diligences en vue de faciliter l'indemnisation et le reclassement des salariés (même texte).

La procédure devant le juge-commissaire n'est pas contradictoire. Les représentants des salariés ne sont ni convoqués ni appelés, pas plus d'ailleurs que d'autres parties.

---

<sup>12</sup> « En cas de redressement ou de liquidation judiciaires, l'administrateur ou, à défaut, l'employeur ou le liquidateur, suivant le 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, à l'exception du deuxième alinéa, L. 422-1, cinquième et sixième alinéas et L. 432-1, deuxième alinéa. »

<sup>13</sup> « En cas de redressement ou de liquidation judiciaires, l'administrateur ou, à défaut, l'employeur ou le liquidateur suivant le 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, L. 622-4, L. 641-5, L. 641-10 du code de commerce. » Les deux premiers articles de l'ancien code de commerce cités par ce texte du code du travail ont été abrogés par la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises ! Les trois autres n'ont rien à voir avec la question de l'information de l'autorité administrative ! Si on veut avoir une idée exacte de la règle, il faut se référer au texte de l'article L. 321-8 du code du travail dans sa rédaction résultant de la loi du 25 janvier 1985, qui renvoyait aux conditions prévues par les articles 45, 63, 148-3, 148-4 et 153 de ladite loi de 1985. Ainsi étaient visés les licenciements pour motif économique de la période d'observation du redressement judiciaire (art. 45), du plan de redressement par continuation ou cession totale ou partielle (art. 63) et de la liquidation judiciaire (les 3 derniers articles). Si le texte actuel devait être mis à jour, il faudrait qu'il renvoie aux conditions prévues par les articles L. 631-17, L. 631-19, L. 641-4 et L. 642-5 du code de commerce. L'article L. 321-8 du code du travail est inapplicable. Le futur article L. 1233-60 du code du travail ne corrige pas la rédaction du texte.

L'urgent, l'inévitable, l'indispensable sont des conditions cumulatives laissées à l'appréciation du juge-commissaire. La jurisprudence à leur propos est quasi-inexistante. On ignore à peu près tout de l'idée que les juges-commissaires s'en font, en particulier au regard de l'objectif de la procédure de redressement judiciaire de maintien des emplois.

L'ordonnance du juge-commissaire n'est pas susceptible d'appel<sup>14</sup>.

En vertu de l'article R. 631-26 du code de commerce<sup>15</sup>, elle 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.

L'application de ce texte, relatif à cette ordonnance particulière du juge-commissaire, doit, semble-t-il, se combiner avec celle de l'article R. 621-21 (art. 67 du décr. du 28 déc. 2005 codifié), de portée générale. Selon ce second texte, en effet, d'une part, les ordonnances du juge-commissaire doivent être immédiatement déposées au greffe qui les communique aux mandataires de justice et les notifie aux parties et « *aux personnes dont les droits et obligations sont affectés* ». D'autre part, elles peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal dans les dix jours de leur communication ou notification<sup>16</sup>.

Les droits des salariés dont le licenciement est autorisé sont, sans contestation possible, affectés par l'ordonnance du juge-commissaire. Si, comme il sera vu par la suite, l'ordonnance ne peut désigner nominativement les salariés dont elle autorise le licenciement, en sorte qu'aucun ne peut la déférer au tribunal par une action personnelle, ceux qui les représentent dans l'entreprise et auxquels elle est notifiée (comité d'entreprise ou délégués du personnel ou représentant des salariés) seraient recevables à exercer le recours.

Les licenciements sont prononcés par l'administrateur, qui doit respecter les exigences de forme des articles L. 122-14 et L. 122-14-1 du code du travail, sous réserve des aménagements prévus par ces textes en cas de licenciement collectif économique concernant au moins dix salariés dans une même période trente jours.

Aucun délai ne lui est imparti pour licencier. Les licenciements ayant été autorisés en raison, en particulier, de leur urgence, il doit certainement le faire à bref délai, sans négligence.

## 2. Les licenciements pour motif économique du plan de redressement

On sait que lorsque le débiteur peut assurer lui-même le redressement de l'entreprise, le tribunal arrête le plan de redressement.

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. S'il prévoit des licenciements économiques, il rappelle les mesures déjà

<sup>14</sup> Sous réserve de l'appel-nullité.

<sup>15</sup> Le décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005, pris pour l'application de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, qui a été complété et modifié par le décret n° 2006-1709 du 23 décembre 2006, a été codifié en même temps que toutes dispositions de nature réglementaire du code de commerce par le décret n° 2007-431 du 25 mars 2007. Dans ces conditions, l'article R. 631-26, cité ci-dessus, correspond à l'ancien art. 194 du décret du 28 décembre 2006. Il reprend l'ancien article 63 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985, qui est resté applicable jusqu'au 31 décembre 2005.

<sup>16</sup> Le ministère public peut également saisir le tribunal par requête motivée dans les dix jours de la communication qui lui est faite de l'ordonnance.

intervenues et définit les actions à entreprendre en vue de faciliter le reclassement et l'indemnisation des salariés dont l'emploi est menacé (art. L.626-2 c. com., auquel renvoie l'art. L. 631-19). Il désigne les personnes qui seront tenues de l'exécuter, mentionne l'ensemble des engagements qui ont été souscrits par elles et qui sont nécessaires au redressement de l'entreprise. Il expose et justifie également le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite d'activité (art. L. 626-10 c. com.). Les personnes qui l'exécuteront ne peuvent pas se voir imposer des charges autres que les engagements souscrits par elles au cours de sa préparation (même texte). Le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions applicables à tous (art. L. 626-11 c. com.).

Le code de commerce fixe des règles analogues à celles de la période d'observation. [Article L. 631-19 code de commerce § 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 prévus 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. »**

En vertu de l'article R. 631-36 du code de commerce, l'administrateur ou le débiteur produit au tribunal le procès-verbal des délibérations des institutions représentatives du personnel et la copie de la lettre d'information à l'autorité administrative compétente.

Le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel, sont convoqués à l'audience du tribunal par le greffier (art. R. 526-17 c. com. auquel renvoie l'art. R. 631-35), qui leur notifie ensuite le jugement arrêtant ou rejetant le plan dans les huit jours de sa date (art. R. 626-21 sur renvoi de R. 631-35).

Le représentant du personnel habilité à cette fin peut interjeter appel du jugement qui arrête le plan de redressement ou le modifie (art. L. 661-1-2° c. com.).

Les licenciements doivent intervenir dans le délai d'un mois après le jugement (alinéa 2 du II de l'art. L 631-19). Mais « *la méconnaissance par l'administrateur judiciaire du délai prévu par le texte précité pour notifier aux salariés concernés la rupture de leur contrat de travail constitue une irrégularité de forme du licenciement de nature à causer un préjudice aux intéressés qui peuvent en demander réparation* »<sup>17</sup>. Il ne s'agit pas d'une irrégularité de fond privant le licenciement de cause.

Les licenciements interviennent sur simple notification de l'administrateur, qui n'est pas tenu de respecter les formes des articles L. 122-14 et L. 122-14-1 du code du travail.

### **3. Les licenciements pour motif économique des plans de cession du redressement et de la liquidation judiciaires**

A la fin de la période d'observation, outre un plan de redressement, le tribunal peut arrêter un plan de cession totale ou partielle lorsque le débiteur n'est pas en mesure d'assurer personnellement le redressement de l'entreprise (art. 631-22 c. com.). On parlera alors de [cession-redressement](#). L'administrateur reste en fonction pour passer les actes nécessaires à la réalisation de la cession et le

---

<sup>17</sup> Soc. 10 juill. 2002 : B. n° 242 ; - voir soc. 5 oct. 1997 : B. n° 357

mandataire judiciaire (nouveau titre de l'ancien représentant des créanciers) exerce les missions dévolues au liquidateur.

La cession de l'entreprise peut également intervenir dans la procédure de liquidation judiciaire, qu'elle soit ouverte sans période d'observation ou prononcée au cours ou au terme de la période d'observation du redressement judiciaire. Elle 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** » (art. L. 642-1 c. com.). On parlera cette fois de **cession-liquidation**. Le tribunal aura au préalable autorisé la poursuite de l'activité de l'entreprise (art. L. 642-2).

Le § II de l'article L. 631-16 du code de commerce s'applique également à la **cession-liquidation**.

Les licenciements de la **cession-liquidation** sont prévus par l'**alinéa 3 de l'article L. 642-5 du code de commerce**, rédigé dans les mêmes termes que l'article L 631-16 :

**« 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 prévus 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... »**

Un ou plusieurs plans de cession peuvent être arrêtés par le tribunal –un plan par cession partielle- qui peuvent prévoir des licenciements pour motif économique.

Les représentants du personnel n'ont pas le pouvoir de faire appel du jugement qui arrête la cession du redressement ou de la liquidation judiciaire.

Dans ces deux cessions, les licenciements doivent intervenir dans le délai d'un mois du jugement, sur simple notification de l'administrateur (al. 2 du II de l'art. L. 631-19) ou du liquidateur (dernière phrase de l'al. 3 de l'art. L 642-5). Le dépassement du délai affecterait le licenciement d'un vice de forme mais ne le priverait pas de cause.

#### **4. Les licenciements pour motif économique en application du jugement de liquidation judiciaire**

Lorsque le redressement est manifestement impossible, le tribunal peut prononcer la liquidation judiciaire de l'entreprise au cours de la période d'observation ou à la fin de celle-ci (art. L. 631-22 c. com.). La liquidation judiciaire peut également être ouverte sans période d'observation, lorsque le débiteur est en état de cessation des paiements et que son redressement est manifestement impossible (art. L. 640-1 c. com.).

Dans le cadre de l'**ouverture de la liquidation judiciaire sans période d'observation ou de son prononcé au cours de la période d'observation de la sauvegarde ou du redressement judiciaire**, le tribunal statue après avoir entendu ou dûment convoqué, outre le débiteur, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel (art. L. 621-1 auquel renvoie l'art. L. 641-1). Ils ne peuvent pas faire appel des décisions statuant sur l'ouverture de la liquidation mais le peuvent de celles statuant sur la liquidation, en particulier sur son prononcé pendant la période d'observation du redressement judiciaire (art. L. 661-1-2°).

Le liquidateur procède au licenciement des salariés de l'entreprise en application du jugement de liquidation lui-même (dernier alinéa de l'art. L. 641-4 c.

com.). Ces licenciements sont soumis aux dispositions des articles L. 321-8 et L. 321-6 du code de commerce, comme il a été vu à l'occasion des autres licenciements économiques des procédures collectives.

La rupture des contrats de travail doit alors intervenir dans les quinze jours du jugement de liquidation ou pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le tribunal, afin que les indemnités de rupture dues aux salariés soient garanties par l'AGS (2° de l'art. L. 143-11-1 c. trav.). La liquidation judiciaire étant destinée, notamment, à mettre fin à l'activité de l'entreprise (art. L. 640-1 c. com.), il s'ensuit que tous ses salariés doivent être licenciés.

## **B. Règles communes aux licenciements pour motif économique du redressement et de la liquidation judiciaires**

Outre leurs règles propres précédemment rappelées, les licenciements pour motif économique des procédures collectives sont soumis à des dispositions qui leur sont communes.

**La première de ces dispositions communes**, qui ne concerne cependant pas les licenciements prononcés par le liquidateur en application du jugement de liquidation, est la limitation de l'office du juge de la procédure collective par la loi.

Citons les textes.

Pour les licenciements autorisés par le juge-commissaire pendant la période d'observation du redressement judiciaire, le **premier alinéa de l'article R. 631-26 du code de commerce**, qui reproduit les dispositions de l'ancien article 63 du décret du 27 décembre 1985, dispose :

**« L'ordonnance rendue par le juge-commissaire en application de l'article L. 631-17 indique le nombre des salariés dont le licenciement est autorisé ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées. »**

Dans les mêmes termes, le **dernier alinéa de l'article R. 631-36** est relatif aux licenciements pour motif économique du plan de redressement et du plan de cession du redressement :

**« Le jugement arrêtant le plan indique le nombre des salariés dont le licenciement est autorisé ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées. »**

Enfin, toujours de la même manière, l'**alinéa 2 de l'article R. 642-3 du code de commerce** prévoit, à propos des licenciements pour motif économique prévus par le plan de cession de la liquidation judiciaire que :

**« Le jugement arrêtant le plan indique le nombre de salariés dont le licenciement est autorisé ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées. »**

La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation s'est construite d'abord sur le fondement du texte relatif aux licenciements de la période d'observation. Cette jurisprudence dénie toute autorité aux énonciations des ordonnances qui excèdent le pouvoir du juge-commissaire.

Ainsi :

**« ... L'ordonnance rendue par le juge-commissaire... pour autoriser l'administrateur à procéder aux licenciements pour motif économique qui présentent un caractère urgent, inévitable et indispensable pendant la période d'observation, indique le nombre des salariés dont le licenciement est autorisé ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées ; ... une liste nominative des salariés licenciés,**

**qui n'a pas à être dressée par le juge-commissaire, est dépourvue d'effet** »<sup>18</sup>. Il appartient, en effet, « à l'administrateur judiciaire, sous le contrôle du juge prud'homal, de désigner les salariés à licencier »<sup>19</sup>.

Et encore :

***« ...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 ; ... il en résulte que l'autorité de l'ordonnance du juge-commissaire n'est attachée, par l'effet de l'article 63 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985 qui en précise le contenu, outre l'indication du nombre des salariés dont le licenciement est autorisé ainsi que des activités professionnelles concernées, qu'à l'existence d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification du contrat de travail consécutive à des difficultés économiques, à une mutation technologique ou à une réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ; ... par contre, cette autorité ne saurait s'étendre à la question de la situation individuelle des salariés au regard de l'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur et qui relève de la compétence du juge prud'homal »***<sup>20</sup>.

Les questions, qui, au sens de cette jurisprudence, relèvent de **la situation individuelle des salariés**, sur lesquelles l'ordonnance du juge-commissaire ne saurait se prononcer valablement et que le conseil de prud'hommes est seul compétent pour trancher, sont notamment celles du respect du statut protecteur des institutions représentatives du personnel et du représentant des salariés ; de la régularité de la procédure d'information et consultation de la représentation du personnel ; de la régularité et de la réalité du plan social que chaque salarié peut soumettre à la juridiction prud'homale pour la connaissance de sa situation individuelle ; de la régularité de la procédure de licenciement (existence et motivation de la lettre de licenciement) ; du respect de l'obligation de reclassement ; de l'ordre des licenciements...

Le conseil de prud'hommes est seul compétent pour connaître de la situation individuelle des salariés licenciés par l'administrateur :

***« ...il résulte des dispositions de l'article L. 511-1, alinéa 3, du code du travail et de l'article 45 de la loi du 25 janvier 1985 que le conseil de prud'hommes demeure compétent pour statuer, dans le cadre de l'ordonnance rendue par le juge-commissaire tel qu'il est délimité par l'article 63 du décret du 27 décembre 1985 et au regard de la situation individuelle des salariés licenciés, sur les demandes formées par ces derniers contre leur employeur »***<sup>21</sup>.

La jurisprudence a bien évidemment donné la même interprétation au texte relatif au licenciement du plan du redressement judiciaire, rédigé de la même manière :

***« ...l'autorité du jugement arrêtant un plan de cession qui prévoit des licenciements pour motif économique n'est attachée par l'effet de l'article 64 du décret du 27 décembre 1985 qu'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 la compétitivité de l'entreprise et ne saurait s'étendre à la question de la situation individuelle des salariés au regard de l'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur »***<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Soc. 5 oct. 2004 : B. n° 244 - 27 oct. 1998 : B. n° 462.

<sup>19</sup> Soc. 18 juin 1997 : B. n° 226.

<sup>20</sup> Soc. 3 mars 1998 : B. n° 112 ; - 12 janv. 1999 : B. n° 11 ; - 8 juin 1999 : B. n° 268.

<sup>21</sup> Soc. 3 oct. 1989 : B. n° 559 ; - 6 mars 1990 : B. n° 92

<sup>22</sup> Soc. 10 mai 1999 : B. n° 204.

Dès lors, aujourd'hui, les mots étant les mêmes et leur sens inchangé dans les textes en vigueur depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2005 ont et auront nécessairement la même interprétation jurisprudentielle.

La deuxième règle commune est que tous les licenciements autorisés par la juridiction de la procédure collective pendant la période d'observation du redressement judiciaire, par le plan de redressement ou de cession et dans le cadre de la liquidation judiciaire, sont des licenciements pour motif économique par nature, par détermination de la loi. Les salariés licenciés ne peuvent pas remettre en discussion la cause économique objective de la rupture, induite par l'autorité absolue de la décision judiciaire qui les autorise :

**« lorsque l'ordonnance du juge-commissaire est devenue définitive, le caractère économique du motif de licenciement ne peut plus être contesté »<sup>23</sup>.**

Il découle de la nature économique non discutable des licenciements autorisés par le juridiction compétente que les salariés ne peuvent pas, non plus, s'emparer des véritables causes de la cessation des paiements de l'employeur, qui peut être fautive (incompétence, erreurs graves de gestion, légèreté blâmable, malhonnêteté...), pour contester la rupture de leur contrat de travail devant le conseil de prud'hommes.

Enfin, dernière règle commune, si les licenciements des procédures de redressement et de liquidation judiciaires interviennent sur simple notification du mandataire de justice –administrateur ou liquidateur- ou de l'employeur lui-même dans le redressement judiciaire sans administrateur, encore faut-il dans tous les cas que la lettre de licenciement réponde aux exigences de l'article L. 122-14-2 du code du travail et qu'elle énonce le motif de la rupture. Il a été jugé, dans le cadre de ces procédures collectives, qu'elle doit faire référence de manière précise à l'ordonnance du juge-commissaire ou au jugement du tribunal autorisant les licenciements :

**« ...lorsque l'administrateur procède au licenciement d'un salarié d'une entreprise en redressement judiciaire, en application de l'ordonnance du juge-commissaire autorisant des licenciements économiques présentant un caractère urgent, inévitable et indispensable et fixant le nombre des licenciements ainsi que les activités et les catégories professionnelles concernées, la lettre de licenciement que l'administrateur est tenu d'adresser au salarié doit comporter le visa de cette ordonnance »<sup>24</sup>.**

La référence précise à la décision de justice est nécessaire et suffisante. Il faut y voir une autre conséquence de l'autorité absolue qui lui est attachée.

## II. Le maintien des contrats de travail des salariés de l'entreprise en redressement ou liquidation judiciaire

Il peut paraître paradoxal d'aborder l'indifférence des procédures collectives sur les contrats de travail après avoir traité des atteintes qu'elle subit. La méthode a cependant paru permettre une meilleure compréhension de la mise en œuvre du maintien des contrats. L'indifférence est en effet relative. La place et l'importance

<sup>23</sup> Soc. 9 juill. 1996 : B. n° 268 ; 2 déc. 1998, pourvoi n° 96-41.826 ; - 26 juin 2001, pourvoi n° 96-41.826.

<sup>24</sup> Ass. plén. 24 janv. 2003 : B. n° 1. – Soc. 5 mai 1998 : B. n° 217 ; - 5 oct. 1999 : B. n° 367 ; - 10 juill. 2002 : B. n° 242 ; - 19 mars 2003 : B. n° 104 ; - 2 mars 2004 : B. n° 66 et 67.

des licenciements économiques dans l'ensemble du dispositif législatif des procédures collectives sont considérables. Il peut paraître préférable de se pencher, d'abord, sur les ruptures pour prendre, ensuite, la véritable mesure de la pérennité de certaines relations de travail. D'une part, seuls les salariés présents dans l'entreprise bénéficient du maintien de leurs contrats de travail. D'autre part, les licenciements autorisés par le juge de la procédure sont les seuls qui évincent l'application de la règle d'ordre public de [l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail](#) en cas de cession totale ou partielle de l'entreprise. L'adaptation de ce texte –futur article L. 1224-1- à la cession de l'entreprise en difficulté sera la matière de cette deuxième partie.

## **1. La poursuite des contrats de travail avec le cessionnaire d'une entité économique autonome**

Un premier rappel, celui de l'article mythique :

**« S'il (Lorsque) survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par... 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, alinéa 2, du c. trav.).**

Un second rappel, celui de la directive n° 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements. Notre article L. 122-12, alinéa 2, doit être interprété à la lumière de cette norme européenne.

## **2. Les cessions totales ou partielles du redressement et de la liquidation judiciaires**

[Dans le redressement judiciaire](#), à l'issue de la période d'observation, le tribunal, s'il ne prononce pas la liquidation judiciaire de l'entreprise, en arrête le plan, qui peut être de redressement ou de cession totale ou partielle si le débiteur est dans l'impossibilité d'assurer lui-même le redressement. En cas de redressement, aucune modification dans la situation juridique de l'employeur ne survient, aucun transfert n'est décidé, les salariés présents dans l'entreprise et dont le licenciement n'est pas autorisé par le jugement qui arrête le plan restent au service du même employeur.

[Dans la liquidation judiciaire](#), lorsque la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable, le tribunal peut autoriser le maintien de son activité pour permettre l'élaboration d'un plan. Ce plan peut prévoir le licenciement économique des salariés qui sont restés au service de l'entreprise pendant le maintien de l'activité. Seuls les salariés dont les contrats de travail n'auront pas été rompus passeront de plein droit au service du repreneur.

La [cession-redressement](#) et la [cession-liquidation](#) sont régies par les mêmes textes.

En effet, en vertu de l'article L. 631-22 du code de commerce, relatif à la cession-redressement, les dispositions de la cession-liquidation lui sont applicables. Dès lors, [l'article L. 642-1](#) régit les deux cessions. Selon son alinéa 1<sup>er</sup>, **« la cession de l'entreprise a pour objet 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 »** (art. L. 642-1, al. 1<sup>er</sup>, c. com.). Elle peut être

totale ou partielle et, « *dans ce dernier cas, elle porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités.* »

Cette définition des éléments d'exploitation est la reprise de l'article L. 621-83 *ancien* du code de commerce (art. 81 de la loi du 25 janvier 1985) relatif à la cession-redressement.

### **3. Ensemble d'éléments d'exploitation et entité économique autonome de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail**

Le texte de 1985 étant conservé dans sa rédaction pour les nouvelles cessions-redressements et cessions-liquidations, son interprétation restera nécessairement la même. Elle a été dégagée par un arrêt du 6 juillet 1999 :

*« la cession de l'entreprise en redressement judiciaire arrêtée par le tribunal de la procédure, laquelle cession, lorsqu'elle est partielle, ne peut être ordonnée que si elle porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation sur la composition desquels le tribunal doit statuer et qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités, a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome et de tout ou partie des emplois qui y sont attachés ; ... il en résulte que la cession entraîne de plein droit le transfert d'une entité économique autonome conservant son identité et par voie de conséquence la poursuite, avec le cessionnaire, des contrats de travail des salariés qui ne sont pas licenciés en exécution du plan de redressement »<sup>25</sup>.*

L'ensemble d'éléments d'exploitation du code de commerce est, par nature ou par détermination de la loi, une entité économique autonome. Il en résulte, d'une part, que le juge prud'homal, d'une part, n'a pas à rechercher les éléments constitutifs de l'entité économique autonome et, d'autre part, qu'il ne peut pas décider que l'opération n'a pas entraîné de transfert d'une entreprise au sens de l'article L.122-12, alinéa 2, du code du travail.

### **4. Le transfert et les contrats de travail des salariés non licenciés**

L'unification des régimes des cessions réalisée par la loi de 2005 emporte deux conséquences.

En premier lieu, la cession globale « *des unités de production composées en tout ou en partie de l'actif mobilier ou immobilier* » du débiteur en liquidation judiciaire, prévue par l'article 155 de la loi du 25 janvier 1985, codifiée à l'article L. 622-17 *ancien* du code de commerce, a vécu. Elle ne peut survivre qu'à titre résiduel, dans le cadre de plus en plus réduit des liquidations judiciaires ouvertes ou prononcées avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005.

En second lieu et par voie de conséquence, le juge-commissaire a perdu toute compétence en matière de cession d'entreprise en difficulté. C'est lui, en effet, qui, sous l'empire de la loi de 1985, autorisait par ordonnance la cession globale des unités de production. Désormais, c'est, dans tous les cas, le tribunal qui prononce la cession, qu'elle soit totale ou partielle, et, pour ce faire, qui « *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 meilleurs garanties d'exécution* » (art. L. 642-5 c. com.).

<sup>25</sup> Soc. 6 juill. 1999 : B. n° 232 ; - 25 avr. 2001, n° 98-45.892 ; - 10 juill. 2001 : B. n° 254.

Pour le code de commerce, la cession s'opère à compter du jour de la passation par le mandataire de justice habilité des actes emportant transfert des biens et droits du débiteur au profit du cessionnaire<sup>26</sup>. Mais, le transfert des contrats de travail des salariés qui passent au service du cessionnaire peut se réaliser à un autre moment. Le transfert d'une entité économique est une question de pur fait qui peut être sans rapport avec la passation des actes nécessités par le jugement de cession. S'il apparaît que tel est le cas, le juge prud'homal devra rechercher le moment auquel le cessionnaire a effectivement pris possession des biens et droits compris dans la cession et entrepris de poursuivre l'activité du cédant ou de reprendre une activité<sup>27</sup>.

Tous les salariés affectés à l'entité cédée passent au service du cessionnaire et rien qu'eux. Si, comme le permet l'article L. 642-5 du code de commerce, le tribunal peut arrêter un ou plusieurs plans de cession partielle, ce qui suppose la division de l'entreprise du débiteur en plusieurs unités de production cédées à des repreneurs différents, les contrats de travail des salariés affectés à chacune des entités transférées seront poursuivis par chacun de leurs cessionnaires.

### **5. Une limitation au transfert au cessionnaire des droits nés des contrats de travail qu'il poursuit**

Selon l'article L. 122-12-1, alinéa 1er, du code du travail, ***à 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 de liquidation judiciaires, ou d'une substitution d'employeurs intervenue sans qu'il y ait eu de convention entre ceux-ci, le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, des obligations qui incombent à l'ancien employeur à la date de cette modification***.

En vertu de l'alinéa 2 de ce texte : **« 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. »**

Ainsi, le cessionnaire n'est pas tenu de payer aux salariés repris les créances salariales de toutes natures antérieures au transfert<sup>28</sup>.

### **III. Le sort des salariés « ordinaires » dans la procédure de sauvegarde.**

La procédure de sauvegarde donne son nom à la loi du 26 juillet 2005 qui l'a instituée. Sa fonction est de tenter de résoudre les difficultés des entreprises avant la cessation des paiements. C'est une procédure d'anticipation, qui place le débiteur sous la protection du juge. Par la plupart de ses traits, elle ressemble à s'y méprendre au redressement judiciaire.

<sup>26</sup> Cass. com. 9 juin 1992 : B. n° 232 ; - 26 janv. 1993 : B. n° 30 ; - 6 déc. 1994 : B. n° 369 ; - 5 déc. 1995 : B. n° 279.

<sup>27</sup> Soc. 26 nov. 1996 : B. n° 402 ; - 8 juin 1999 : B. n° 264.

<sup>28</sup> Soc. 19 févr. 1992 : B. n° 93 ; - 22 avr. 1992 : B. n° 291 ; 1er juill. 1992 : B. n° 432 ; - 14 mai 1997 : B. n° 171 ; - 9 oct. 2001 : B. n° 302 ; - 2 févr. 2006 : B. n° 54 ; - 7 nov. 2006 : B. n° 324.

Au regard de la situation des salariés « ordinaires » de l'entreprise sous sauvegarde, quelques unes de ses caractéristiques propres fourniront les thèmes de trois séries d'observations.

### 1. La sauvegarde est-elle une procédure d'insolvabilité ?

La réponse de la loi est négative.

L'employeur sous sauvegarde n'a pas cessé ses paiements. Néanmoins, le jugement d'ouverture de cette procédure produit sur les créances les mêmes effets que le redressement ou la liquidation judiciaire. Elles sont gelées. D'une part, le jugement d'ouverture emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement (art. L. 622-7 et L. 622-17 c. com.). D'autre part, pour les créances qui lui sont postérieures, seules celles qui sont nées régulièrement pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle, sont payées à leur échéance. Les créances résultant du contrat de travail entrent assurément dans le champ de ces prévisions.

Les créances salariales postérieures à l'ouverture de la sauvegarde sont payées à l'échéance. À défaut, elles le sont par privilège avant toutes les autres créances, les privilèges et superprivilèges des salariés trouvant leurs rangs habituels. Elles ne sont pas garanties par l'AGS.

L'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 20 juin 2006, déjà cité, prend ici une importance particulière. Rappelons qu'il a été jugé à cette occasion que les difficultés financières de l'employeur ne peuvent justifier son manquement à ses obligations de payer les salaires et d'assurer la pérennité du travail. Il lui appartient, s'il est dans l'impossibilité de le faire pour ces raisons, soit de licencier les salariés pour ce motif économique, soit de se déclarer en état de cessation des paiements<sup>29</sup>.

Mais quelles conséquences faut-il attacher à l'inscription, à la demande de la France, de la sauvegarde sur la liste des procédures d'insolvabilité figurant aux annexes A, B et C du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, en vertu d'un second règlement<sup>30</sup> ? Pour le § 1 de l'article 1<sup>er</sup> du règlement de 2000, les procédures collectives fondées sur l'insolvabilité du débiteur sont celles qui entraînent le dessaisissement partiel ou total de ce débiteur et la désignation d'un syndic. La sauvegarde produit ces effets. Par ailleurs, pour son article 2, ces procédures sont celles qui figurent à l'annexe, comme tel est désormais le cas de la sauvegarde.

L'inscription de la sauvegarde sur cette liste ne produit-elle d'effets que dans le cadre limité des règles de conflits de juridictions et de lois énoncés par le règlement européen ou donne-t-elle une autre signification, une autre nature à cette procédure nouvelle ?

En outre –en marge du sujet de cet exposé- l'inscription de la sauvegarde sur la liste européenne des procédures d'insolvabilité telles qu'elles sont définies par le règlement du 29 mai 2000 est susceptible de poser l'autre question de la compatibilité de notre droit interne, qui exclut en ce domaine la garantie des créances résultant du contrat de travail, avec la directive 80/987/CEE du 20

<sup>29</sup> *Supra*, note 8, sous le § 12.

<sup>30</sup> Règlement (CE) n° 694/2006 du 27 avril 2006.

octobre 1980 « [relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur](#) ».

L'article 1<sup>er</sup> de la directive énonce qu'elle s'applique aux créances des travailleurs salariés résultant des 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](#) ». Le texte auquel il est ainsi renvoyé indique : « [Aux fins de la présente directive, un employeur est considéré comme se trouvant en état d'insolvabilité lorsqu'a été demandée l'ouverture d'une procédure collective fondée sur l'insolvabilité de l'employeur, prévue par les dispositions législatives, réglementaires et administratives d'un Etat membre qui entraîne le dessaisissement partiel ou total de cet employeur ainsi que la désignation d'un syndic, ou une personne exerçant une fonction similaire...](#) »

Il y a identité de définition de l'insolvabilité entre les deux normes européennes que sont le règlement de 2000 et la directive de 1980. Celle-ci ne doit-elle pas s'interpréter à la lumière de celui-là ? Le juge français, saisi de la contestation d'un refus de garantie de créances salariales, aura sans doute à prendre parti sur une question qui nécessitera vraisemblablement un renvoi préjudiciel à la Cour de justice des Communautés européennes.

## **2. Les licenciements pour motif économique de la procédure de sauvegarde**

Le législateur de 2005 a dit peu de choses des licenciements pour motif économique dans la procédure collective qu'il instituait. Le gouvernement s'est opposé aux amendements qui modifiaient son projet sur ce point. Les amendements ont été retirés. Il a été déclaré que le droit commun du code du travail serait applicable aux licenciements pour motif économique de la sauvegarde<sup>31</sup>.

[Pour la période d'observation](#) de la sauvegarde dont la durée est la même que celle du redressement judiciaire (6 mois, le cas échéant prolongée une fois), la loi de 2005 est muette. Quel en sera leur motif économique pertinent ? L'ouverture de la procédure de sauvegarde peut-elle caractériser en soi un motif économique ?

L'application du droit commun renvoi à l'article L. 321-1 du code du travail :

« [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, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques.](#) »

On sait que la jurisprudence fait entrer dans la cause économique du licenciement la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité.

Selon l'article L. 620-1 du code de commerce, la sauvegarde « [est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise](#) » notamment afin de permettre la poursuite de l'activité économique. Un plan est arrêté à l'issue de la période

---

<sup>31</sup> 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* - n° 7/8 - juillet-août 2007, p. 434.

d'observation « *lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée* » (art. L. 626-1 c. com.).

La rédaction des textes et le réalisme juridique et économique conduiraient à considérer que l'ouverture de la sauvegarde est le prélude ou le premier acte d'une réorganisation de l'entreprise nécessaire à son existence même, ce qui comprend ou implique sa compétitivité.

Seul, bien évidemment, la juridiction prud'homale serait compétente pour se prononcer dans chaque cas sur le bien fondé de cette cause. L'attitude de l'employeur, intentionnelle ou frauduleuse, ou sa légèreté blâmable serait une première limite à la reconnaissance du motif économique. La perte ou l'amointrissement de son pouvoir de décision, conséquence de l'assistance judiciaire –du portage judiciaire– demandée et obtenue par lui, donnerait sans doute au juge prud'homal, à l'opposé du droit commun, la possibilité de se prononcer sur la pertinence de ses choix de gestion.

L'interrogation est cependant permise sur la possibilité de prononcer des licenciements pour motif économique pendant la période d'observation de la sauvegarde. Le silence de la loi, pour ce qui est de la phase d'observation et la prévision qu'elle fait de licenciements au cours des phases postérieures pourraient être le signe de leur exclusion. En effet, le code de commerce ne prévoit de licenciements pour motif économique qu'à l'occasion du plan de sauvegarde sans cession et du plan cession.

La prévision des licenciements économiques du plan de sauvegarde (sans cession) est allusive ou indirecte, mais certainement suffisante. C'est l'article L. 626-2 du code de commerce, et lui seul, qui énonce que *le projet de plan de sauvegarde* peut prévoir des licenciements pour motif économique. Le code de commerce ne dit pas, ensuite, à la différence de qu'il fait pour le redressement judiciaire, que le tribunal qui arrête ce plan autorise ces licenciements. Ils ne les organise pas et ne donne aucune indication sur l'office du juge et ses limites éventuelles.

Néanmoins, le plan étant adopté par le tribunal 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 nécessairement le caractère économique. Le plan est le dernier acte des mesures nécessaires à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise. En raison de l'autorité qui s'attache à la décision judiciaire qui l'adopte et de sa nature de contrat judiciaire au-delà des termes duquel rien ne doit être imposé à ses partenaires, le juge prud'homal n'aurait pas le pouvoir d'en discuter les dispositions. Dans son exécution, l'employeur serait tenu de respecter le code du travail (information, consultation des institutions représentatives, PSE, reclassement, ordre des licenciements...).

Le plan de sauvegarde comporte, s'il y a lieu, l'adjonction ou *la cession d'une ou plusieurs activités* (art. L. 626-1 c. com.). Les cessions-sauvegardes sont soumises aux dispositions déjà rencontrées des cessions-liquidations et cessions-redressements. Elles remplissent les mêmes conditions et produisent les mêmes effets, l'office du juge de la procédure rencontrant les mêmes limites, ses jugements devant avoir le même contenu que ceux qui arrêtent les plans de cession des autres procédures collectives.

On peut donc considérer –c'est une seconde approche possible– qu'en prévoyant des licenciements économiques seulement à la fin de la procédure de

sauvegarde (plan de sauvegarde, plan de cession), la loi, silencieuse pendant toute la période d'observation, les interdit alors.

La période d'observation est un moment d'analyse, de réflexion, de diagnostic. Les dettes, les garanties et le patrimoine du débiteur sont estimés (art. L. 622-6 c. com.). Le bilan économique et social de l'entreprise qui doit être dressé précise l'origine, l'importance et la nature des difficultés (art. L. 623-1). Le projet de plan qui sera soumis au tribunal devra déterminer les perspectives de redressement en fonction des possibilités et des modalités d'activité, de l'état du marché et des moyens de financement disponibles (art. L. 626-2).

L'activité de l'entreprise se poursuit mais ses dettes sont gelées. Elle subit de multiples examens. Les soins curatifs viendront après. À la différence de la période d'observation du redressement judiciaire, le code de commerce ne prévoit pas, en matière d'emploi, des soins intensifs et n'organise donc pas des licenciements qui paraîtraient urgents, inévitables et indispensables.

La prévision par le 2° de l'article L. 143-11-1 du code du travail de la garantie par l'AGS, au demeurant étranglée par la preuve qui doit être rapportée par l'administrateur de l'impossibilité de payer les sommes, des créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenant pendant la période d'observation de la sauvegarde, fonderait l'opinion opposée. Mais ne faudrait-il pas nuancer cette approche et lui répondre que la loi consacrerait alors l'impossibilité pour un employeur *in bonis* de verser aux salariés licenciés leurs indemnités de rupture dues après une période d'observation pendant laquelle leurs salaires ne sont pas garantis.

### 3. L'adjonction d'activité et la cession-sauvegarde<sup>32</sup>

Le plan de sauvegarde peut comporter l'adjonction d'une ou plusieurs activités. La réorganisation de l'entreprise peut passer par son développement, son extension, l'accroissement de son activité. Il faut alors voir que si une activité ne constitue pas en soi une entité économique autonome dont le transfert entraîne le maintien de plein droit des contrats de travail avec le nouvel employeur, il appartiendra néanmoins au juge prud'homal saisi d'un litige sur l'application, dans ce cas, de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, de rechercher l'existence toujours possible de ladite entité et de tirer les conséquences de ses constatations.

Le plan de sauvegarde peut prévoir des cessions. Elles sont soumises au même régime que les cession-redressement et cession-liquidation.

Il sera observé, d'abord, que la sauvegarde ne semble autoriser que des cessions partielles. La cession totale serait inconcevable eu égard à la finalité de la sauvegarde, qui est la réorganisation de l'entreprise, non sa disparition d'une manière ou d'une autre.

Ensuite, soumise aux mêmes textes que les autres cessions, elle emporte les mêmes conséquences. En particulier, 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.

De ce point de vue –et c'est par là que cet exposé prendra fin– une dernière interrogation se présente à l'esprit.

---

<sup>32</sup> A. Mazeaud, Les cessions d'entreprise ou de partie d'entreprise depuis la loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises, *Droit Social* – n° 1 – janvier 2006 – p. 12.

L'article L. 642-5 du code de commerce, applicable au plan de cession de la sauvegarde, n'entrerait-il pas en contradiction avec l'article 5 de la directive du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises. Le paragraphe 1 de ce texte dispose :

**« 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. »**

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 États membres peuvent adopter des dispositions plus favorables au maintien des contrats de travail. Mais les États membres peuvent-ils adopter des dispositions, qui, moins favorables, écartent l'application de la directive dans le cas d'une procédure collective qui ne répond pas à la définition de son article 5 ?

Il n'apparaît pas, en effet, que la procédure française de sauvegarde soit une procédure d'insolvabilité ouverte en vue de la liquidation des biens du débiteur<sup>33</sup>.

Encore une question à poser à la CJCE !

---

<sup>33</sup> Pas plus d'ailleurs que le redressement judiciaire.