

[Le point sur...] L'impact prépondérant du droit du travail en matière de procédures collectives : le social, axe stratégique majeur de retournement d'une entreprise

N5724BYN



par **Aline Clédats, avocat conseil et Loïc Touranchet, avocat associé, cabinet Actance**, le 16-12-2020

Alors que de nombreuses entreprises ont traversé difficilement l'année 2020 en ayant recours aux dispositifs d'aide de l'Etat (activité partielle, dispositif de report ou d'exonération de charges, prêt garanti par l'Etat...), la crise liée au covid-19 fait craindre une multiplication des procédures collectives en 2021.

Une entreprise est en état de cessation des paiements lorsqu'elle est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible. La déclaration de cessation des paiements (« DCP ») doit être déposée au Tribunal de commerce dans un délai maximum de 45 jours suivant la date de cessation des paiements.

Le jugement dit « d'ouverture » du Tribunal de commerce va entraîner le placement de l'entreprise en procédure de redressement judiciaire (RJ) ou de liquidation judiciaire (LJ).

A ce stade, seront désignés les organes de la procédure, et notamment l'administrateur judiciaire (dont le contour de la mission est fixé par le jugement d'ouverture) et le mandataire judiciaire (qui est le représentant des créanciers et également le liquidateur de l'entreprise dans le cadre d'une liquidation judiciaire).

A compter du jugement d'ouverture, s'ouvre une période d'observation (PO) d'une durée de 6 mois, pouvant être renouvelée dans la limite de 18 mois.

En lien avec la Direction de l'entreprise, l'administrateur judiciaire ou le mandataire liquidateur va rechercher les solutions permettant le maintien d'un maximum d'emplois tout en ayant pour objectif la poursuite de l'exploitation de l'entreprise (*via* un plan de redressement ou un plan de cession) et le désintéressement des créanciers.

1 - Quel est le rôle des représentants du personnel dans le cadre d'une procédure collective ?

a - Le rôle du CSE

Le comité social et économique (CSE) intervient d'abord en amont de la DCP : il doit être informé et consulté sur le projet de demande d'ouverture d'une procédure de RJ ou de LJ (C. trav., art. L. 2312-8 [N° Lexbase : L8460LGG](#) et L. 2312-53 [N° Lexbase : L0960LTQ](#)).

Il est également consulté durant la procédure collective, essentiellement sur le plan de cession ou le plan de redressement envisagé et les conséquences sociales pour les salariés de l'entreprise (C. trav., art. L. 2312-53 ; C. com., art. L. 631-19 [N° Lexbase : L885613E](#) et L. 642-5 [N° Lexbase : L8236LQ4](#)).

b - Les représentants du personnel spécifiques dans le cadre de la procédure collective

Les représentants du CSE à la procédure collective. Avant le dépôt de la DCP, les représentants du CSE doivent désigner leurs représentants dans le cadre de la procédure collective, qui seront auditionnés par le Tribunal de commerce lors des étapes majeures de la procédure (C. com., art. L. 621-1 [N° Lexbase : L2762LBW](#) et R. 621-2 [N° Lexbase : L1783LWX](#)).

En particulier, le Tribunal de commerce saisi de la DCP statue sur l'ouverture de la procédure (jugement d'ouverture) après avoir entendu en audience, notamment, les représentants du CSE.

Le représentant des salariés. Par ailleurs, dans les 10 jours du jugement d'ouverture, le CSE désigne également un représentant des salariés, chargé de participer aux relevés des créances salariales. En pratique, certains Tribunaux de commerce demandent que la désignation soit effectuée en amont de la DCP, quitte à réitérer la désignation post-ouverture (C. com., art. L. 621-4 et R. 621-4 [N° Lexbase : L610213E](#)).

2 - Quels sont les aménagements de procédure prévus en cas de PSE ?

La procédure collective s'accompagne le plus souvent d'une réduction des effectifs prévue dans le plan de redressement ou le plan de cession de l'entreprise.

Cette réduction d'effectifs est facilitée par une procédure accélérée et allégée de consultation du CSE en cas de plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) au sein de l'entreprise en RJ ou en LJ (C. trav., art. L. 1233-58 [N° Lexbase : L2833LT4](#)) :

- **une réunion du CSE est juridiquement obligatoire** alors que pour une entreprise *in bonis*, l'article L. 1233-30 du Code du travail [N° Lexbase : L8096LGX](#) prévoit la tenue de deux réunions minimum, espacées d'au moins 15 jours ;
- **aucun délai de consultation impératif du CSE** n'est prévu par le Code du travail, alors que pour une entreprise *in bonis*, le délai de consultation maximum est de 2, 3 ou 4 mois en fonction du nombre de licenciements envisagés ;
- **un délai réduit de validation ou d'homologation de la DIRECCTE de 8 jours en RJ et 4 jours en LJ**, au lieu de 21 jours en cas de document unilatéral et de 15 jours en cas d'accord majoritaire dans une entreprise *in bonis* ;
- **en cas de refus de la DIRECCTE** : la procédure de deuxième demande à la DIRECCTE est encadrée par des délais courts (consultation du CSE dans un délai de trois jours et instruction de la DIRECCTE dans un délai de trois jours) ;
- **l'obligation de revitalisation des bassins d'emploi n'est pas applicable** dans les entreprises en RJ ou LJ (C. trav., art. L. 1233-84 [N° Lexbase : L1283H9E](#)).

Focus : en cas de liquidation judiciaire, la procédure est encadrée par des délais particulièrement courts (C. com., art. L. 641-4 [N° Lexbase : L7328IZG](#) ; C. trav., art. L. 3253-8 [N° Lexbase : L7959LGU](#)) :

- 12 jours de procédure maximum de consultation du CSE à compter du jugement d'ouverture de la LJ ;
- 4 jours de validation ou homologation par la DIRECCTE ;
- délai maximal de 21 jours pour licencier à compter du jugement d'ouverture pour bénéficier de la prise en charge par l'AGS.

Il faut souligner que ces aménagements ne dispensent pas de respecter certaines règles de droit commun qui sont maintenues :

- l'obligation de mettre en place un PSE par accord collectif et/ou par décision unilatérale soumis à la validation ou à l'homologation de la DIRECCTE ;
- la possibilité pour le CSE de recourir à un expert sur les domaines économique et comptable ainsi que sur la santé, sécurité et conditions de travail (ce qui, en pratique, conduit à prévoir au moins deux réunions du CSE) ;
- l'application des critères d'ordre de licenciement par catégories professionnelles ;
- l'obligation de recherche de reclassement interne ;
- l'application des règles de procédure liées au statut protecteur des salariés protégés ;
- le versement des indemnités de rupture du contrat de travail (avec le bénéfice de la garantie de l'AGS - cf. point 4, ci-après).

3 - Quelles sont les mesures sociales d'accompagnement prévues par le PSE ?

Quel que soit l'effectif de l'entreprise et du groupe, les salariés visés par les ruptures de contrat se verront proposer **le contrat de sécurisation professionnelle (CSP)** et non le congé de reclassement (qui est obligatoire dans les entreprises *in bonis* lorsque l'entreprise ou le groupe auquel elle appartient compte plus de 1 000 salariés).

Concernant l'appréciation de la proportionnalité du PSE par rapport aux moyens de l'entreprise et du groupe, une autre spécificité est prévue par le Code du travail : le contrôle de la DIRECCTE pour homologuer ou valider le PSE ne porte **que sur les moyens de l'entreprise (et non ceux du groupe)** ; même si, pour établir le PSE, l'administrateur, le liquidateur ou l'employeur selon les cas, doit rechercher les moyens du groupe auquel l'employeur appartient.

4 - Quelles sont les créances garanties par l'AGS ?

a - Le principe de la garantie de paiement des salaires par l'AGS

L'AGS (association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés) est un fonds de solidarité interentreprises, alimenté par une cotisation patronale obligatoire payée par toutes les entreprises.

La mission principale de l'AGS consiste à soutenir financièrement les entreprises dans les procédures collectives en avançant les

fonds nécessaires au paiement des créances salariales. L'AGS n'intervient qu'à titre subsidiaire, c'est-à-dire lorsque les créances des salariés ne peuvent être payées en tout ou partie sur les fonds disponibles de l'entreprise.

Le mandataire établit les relevés de créances résultant des contrats de travail et les soumet au représentant des salariés. La prise en charge par l'AGS des salaires dus aux salariés avant l'ouverture de la procédure suppose donc qu'un représentant des salariés soit rapidement désigné.

Il est important de noter que les salariés bénéficient d'un privilège de paiement par rapport aux autres créanciers de la société, qui leur permet de se faire régler avant eux des sommes qui leur sont dues.

Focus : afin d'accélérer la prise en charge des créances salariales, l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-1443 du 25 novembre 2020, portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises aux conséquences de l'épidémie de covid-19 (**N° Lexbase : L7764LY9**) reprend une mesure prévue par l'ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020 (art. 1er, I, 2° **N° Lexbase : L5884LWT**) : dès qu'ils sont établis par le mandataire judiciaire, les relevés de créances salariales sont transmis, sous sa seule signature, à l'AGS, l'avis du représentant des salariés et le visa du juge-commissaire devant être rendus ultérieurement. L'alinéa 2 de l'article 2 de l'ordonnance précise que, « lorsque l'exemplaire n'est pas conforme au relevé sur lequel est apposé le visa du juge-commissaire, le mandataire judiciaire transmet sans délai ce dernier » à l'AGS.

Ces dispositions s'appliquent jusqu'au 31 décembre 2021, y compris aux procédures en cours.

b - Quelles sont les sommes couvertes par l'AGS ?

L'article L. 3253-8 du Code du travail (**N° Lexbase : L7959LGU**) précise, sous certaines conditions notamment de délai, les créances garanties par l'AGS en cas de procédure collective en distinguant :

- i. **les sommes dues aux salariés à la date du jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire :** la garantie concerne les sommes dues aux salariés en exécution du contrat de travail ou au titre de ruptures du contrat de travail, intervenues antérieurement à la date du jugement d'ouverture de la procédure de RJ ou de LJ.

Il en est par exemple ainsi des indemnités de congés payés au titre des jours acquis antérieurement au jugement d'ouverture (Cass. soc., 21 novembre 1989, n° 88-11.556, publié **N° Lexbase : A4777CIR**).

Focus : les salaires dus aux salariés après le jugement d'ouverture (c'est-à-dire pendant la période d'observation) sont pris en charge par la société elle-même.

- ii. **les créances résultant de la rupture du contrat de travail notifiée après le jugement d'ouverture**, qui est conditionnée au respect de certains délais en matière de rupture du contrat de travail.

Ne sont garanties par l'AGS que les créances résultant de la rupture du contrat de travail (date de notification du licenciement ou de la proposition du CSP) intervenant :

- pendant la période d'observation ;
- dans le mois suivant le jugement qui arrête le plan de redressement ou de cession ;
- dans les 15 jours, ou 21 jours lorsqu'un PSE est élaboré, suivant le jugement de liquidation ;
- pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation judiciaire et dans les 15 jours, ou 21 jours lorsqu'un PSE est élaboré, suivant la fin de ce maintien de l'activité.

- iii. les mesures d'accompagnement résultant d'un PSE validé ou homologué dans les conditions prévues à l'article L. 1233-58 avant ou après l'ouverture du RJ ou de la LJ ;

Focus : en application de l'article L. 3253-13 du Code du travail (**N° Lexbase : L0710IXL**), l'AGS ne couvre pas les sommes « qui concourent à l'indemnisation du préjudice causé par la rupture du contrat de travail dans le cadre d'un licenciement pour motif économique, en application d'un accord d'entreprise ou d'établissement ou de groupe, d'un accord collectif validé ou d'une décision unilatérale de l'employeur homologuée conformément à l'article L. 1233-57-3, lorsque l'accord a été conclu et déposé ou la décision notifiée moins de dix-huit mois avant la date du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, ou l'accord conclu ou la décision notifiée postérieurement à l'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire ».

- iv. les sommes dues, lorsque le tribunal prononce la LJ, dans la limite d'un montant maximal correspondant à un mois et demi de travail :

- au cours de la période d'observation ;
- au cours des quinze jours, ou vingt et un jours lorsqu'un plan de sauvegarde de l'emploi est élaboré, suivant le jugement de liquidation ;
- au cours du mois suivant le jugement de liquidation pour les représentants des salariés prévus par les articles L. 621-4 et L. 631-9 du Code de commerce ;
- pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation et au cours des quinze jours, ou vingt et un jours lorsqu'un plan de sauvegarde de l'emploi est élaboré, suivant la fin de ce maintien de l'activité.

Ces sommes sont couvertes dans la limite de trois fois le plafond mensuel de la Sécurité sociale (PMSS) pour un mois et demi de salaire dû, et de deux fois ce plafond pour un mois de salaire dû (C. trav., art. D. 3253-2).

Focus : la Chambre sociale de la Cour de cassation a récemment confirmé que les dispositions légales relatives à la garantie de l'AGS « excluent pour le salarié le droit d'agir directement » contre cette institution « et lui permettent seulement de demander que les créances litigieuses soient inscrites sur le relevé dressé par le mandataire judiciaire » afin d'entraîner l'obligation pour cette institution de verser, selon la procédure légale, les sommes litigieuses entre les mains de celui-ci (Cass. soc., 18 novembre 2020, n°19-15.795, F-P+B [N° Lexbase : A5005371](#)).

5 - Quel est le plafond de la garantie AGS ?

Le plafond maximum de la garantie est fixé à 6 fois le plafond mensuel retenu pour le paiement des cotisations d'assurance chômage, soit **82 272 euros en 2020** (C. trav., art. D. 3253-5 [N° Lexbase : L4410IAL](#)).

Ce plafond est réduit en fonction de la date de conclusion du contrat de travail dont résulte la créance :

- 5 fois lorsque le contrat a été conclu moins de deux ans et plus de 6 mois avant la date du jugement d'ouverture de la procédure collective ;
- 4 fois lorsque le contrat a été conclu moins de 6 mois avant cette date.

Il faut tenir compte du fait que ce plafond réglementaire s'apprécie toutes créances confondues(notamment, sans que cette liste ne soit exhaustive : les créances antérieures au jugement d'ouverture, l'indemnité de licenciement, le solde de tout compte et notamment l'indemnité compensatrice de préavis).

Soulignons également que les charges sociales et le prélèvement à la source de l'impôt sur le revenu s'imputent sur ce plafond. Sur ce point, l'article L. 3253-8 du Code du travail mentionne expressément, *in fine*, que la garantie des sommes et créances mentionnées au 1°, au 2° et au 5° inclut « les cotisations et contributions sociales et salariales d'origine légale, ou d'origine conventionnelle imposée par la loi, ainsi que la retenue à la source prévue à l'article 204 A du Code général des impôts ».

6 - Quelles sont les issues possibles d'une procédure de redressement judiciaire ?

L'objectif du redressement judiciaire est de faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre le redressement de l'activité économique puis sa relance, seuls gages de sa pérennité et du maintien à terme de l'emploi, ainsi que l'apurement progressif du passif.

Le redressement judiciaire peut avoir trois issues :

- L'arrêté d'un plan de redressement qui comporte nécessairement trois volets : (i) un volet économique, (ii) un volet financier et (iii) un volet social, ce dernier exposant les perspectives d'emploi et les conditions sociales envisagées pour la poursuite de l'activité. Ce plan doit, par ailleurs, pour pouvoir être adopté par le Tribunal, permettre de décrire l'avenir de l'entreprise soumise à la procédure.

A défaut de plan de redressement et en cas d'offre(s) de reprise présentée(s) par des tiers :

- L'arrêté d'un plan de cession au profit du repreneur le mieux disant choisi par le Tribunal dans le cadre d'offres de reprise en plan de cession. Dans cette hypothèse, les repreneurs potentiels sont libres de choisir les actifs ainsi que le nombre de postes repris. Le Tribunal retiendra l'offre qui permettra dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présentera les meilleures garanties d'exécution.

A défaut de plan de redressement ou d'offre(s) de reprise en plan de cession :

- Le Tribunal pourra convertir la procédure de redressement judiciaire en liquidation judiciaire en vue d'une cession isolée des actifs de la société.

7 - Quels sont les effets d'un plan de cession de l'entreprise ?

Le redressement ou la liquidation peut passer par la cession d'une branche d'activité de l'entreprise. Cette cession doit être autorisée par le Tribunal de commerce qui en définit le périmètre sur la base du rapport présenté par les organes de la procédure.

La cession de l'entreprise prononcée par le Tribunal de commerce dans le cadre d'une procédure de RJ ou de LJ entraîne de plein droit l'application des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail dans le cadre de la cession (Cass. soc., 6 juillet 1999, n° 97-42.231 [N° Lexbase : A6351AGC](#)).

Pour rappel, l'article L. 1224-1 du Code du travail ([N° Lexbase : L0840H9Y](#)) dispose que « lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

La pratique montre que cette cession d'activité est facilitée par rapport au droit commun dans la mesure où le Tribunal de commerce considère que la cession d'une branche d'activité emporte application de l'article L. 1224-1 du Code du travail qui prévoit le transfert automatique des salariés sans qu'il soit procédé au contrôle contraignant de l'existence d'une entité économique autonome dont l'identité est maintenue.

Sur le plan individuel, les contrats de travail des salariés repris seront ainsi transférés à l'identique au repreneur (avec leur ancienneté et leur rémunération). Pour autant, le nouvel employeur n'est pas tenu aux obligations qui incombent au précédent employeur (C. trav., art. L. 1224-2 [N° Lexbase : L0842H93](#)).

Par exception, les salariés dont le licenciement est autorisé par le plan de cession ne sont pas transférés. Il s'agit d'une dérogation à l'application de l'article L. 1224-1. La proportion de salariés repris ou non repris dépend de chaque dossier (étant rappelé que les critères retenus par le Tribunal de commerce pour ordonner un plan de cession sont les suivants : maintien de l'emploi, maintien de l'activité, désintéressement des créanciers).

La détermination des salariés repris ou non repris se fait par application des critères d'ordre des licenciements au sein d'un même bassin d'emploi ou, en cas d'accord collectif, au niveau d'un champ géographique qui peut être plus restreint (par exemple : magasin par magasin).

Le candidat à la reprise ne peut pas choisir nommément les salariés repris : il doit préciser dans son offre le nombre de postes repris par catégories professionnelles. Les salariés repris ou non repris sont déterminés par application des critères d'ordre de licenciement au sein des dites catégories professionnelles (au niveau du périmètre géographique d'application des critères d'ordre, par exemple par bassin d'emploi).

Le droit du travail constitue ainsi une composante essentielle dans la gestion d'une entreprise en situation de redressement ou de liquidation judiciaire : l'enjeu du maintien de l'emploi constitue l'un des points centraux pris en compte par les organes de la procédure et les juridictions pour apprécier la validité des projets d'entreprise.

Le périmètre et les modalités des suppressions d'emplois et du transfert d'activité doivent faire l'objet d'une grande vigilance lors de la mise en œuvre d'une procédure collective.

Dans ce cadre, la question des catégories professionnelles et des critères d'ordre de licenciement (définition des critères et périmètre géographique d'application), qui conduisent à déterminer les salariés repris ou non repris, sont des enjeux majeurs.

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable