LE DROIT DE LA FAILLITE A L'HEURE DE LA RÉFORME : SOLUTIONS INDUSTRIELLES ET NÉGOCIATION (1)

par

Brigitte BEZIAN et Eric TEYNIER *

Cet article se propose de mettre en parallèle les résultats d'une étude portant sur « la fonction du droit des procédures collectives dans la gestion de l'emploi » (1) et les dispositions du projet de loi, portant réforme du droit de la faillite, actuellement discuté au Parlement, mais non encore adopté. L'originalité de cette recherche a consisté à tirer des conclusions juridiques, relatives à la loi de 1967 et aux pratiques judiciaires et sociales qu'elle a générées, à partir de monographies d'entreprises appartenant à trois secteurs dont la restructuration s'opère par la voie judiciaire (imprimerie, textile, aviation civile de troisième niveau)

Plus de 95 % des entreprises soumises à une procédure collective ne se redressent pas, du moins selon les modalités que réglemente le code du commerce. Ce seul constat suffirait à rendre urgente et légitime une réforme en profondeur d'un droit des faillites que sa date de conception (1967) ne dispose pas à répondre efficacement aux difficultés actuelles des entreprises et à la crise de l'emploi.

Nombreux furent pourtant les efforts tendant, par la réorganisation des procédures, à prévenir et à mieux traiter les effets de la crise économique sur l'entreprise. Mais de projets non inscrits à l'ordre du jour en projets en instance d'adoption, la question des faillites n'a toujours pas reçu de la loi son indispensable révision. C'est au législateur de 1984 qu'échoit la tâche de sanctionner une partie des travaux et réflexions, dont les premiers ont près de dix ans, et d'imprimer sa propre marque.

Ainsi le projet de réforme relatif au règlement judiciaire s'insère-t-il dans un cadre législatif plus vaste, réglementant à la fois la prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises (loi du 1er mars 1984), la dissociation des fonctions des organes de la procédure, et une réforme attendue des tribunaux de commerce.

Les priorités des rédacteurs du projet sont inscrites à l'article 1er de celui-ci ; il s'agit de permettre le redressement de l'entreprise, la maintien de l'emploi et l'apurement du passif. De l'avis des « réformateurs », la réalisation de l'objectif de redressement des entreprises défaillantes passe par l'unification des procédures collectives. Il est vrai que la pratique judiciaire a rendu artificielle la séparation du droit de la faillite en trois procédures, en opérant un relâchement des critères censés distinguer celles-ci. On sait par exemple que le bénéfice de la procédure de suspension provisoire des poursuites est accordé à des entreprises bien souvent en situation de cessation des paiements. Il est également acquis qu'une perversion des règles de la loi de 1967 a fait du régime de liquidation des biens, le paradoxal mais utile mode de sauvetage de l'entreprise, quand le règlement judiciaire, dont c'est la fonction, n'y parvient que trop rarement (voir infra sur la cession à forfait).

* Chercheurs à l'IRERP de l'Université Paris X - Nanterre, et chargés de travaux dirigés à l'Université Paris X - Nanterre.

(1) Cette étude a été réalisée pour le Service des études et de la statistique du ministère du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle.

RAPPEL DES TERMES JURIDIQUES

– **Suspension provisoire des poursuites** (S.P.P.), procédure réglementée par l'ordonnance du 23 septembre 1967 applicable aux entreprises se trouvant dans une situation difficile mais non irrémédiablement compromise et qui ne sont donc pas en état de cessation des paiements (auquel cas l'entreprise relèverait des régimes de R.J. ou de L.B.). Son but est de « permettre à une entreprise en difficulté d'obtenir des remises ou délais tels qu'elle puisse surmonter une crise provisoire et poursuivre son activité après réorganisation » (Traité de Droit commercial - Ripert et Roblot LGDJ 1976, p. 903).

– **Règlement judiciaire** (R.J.), procédure ayant pour but le rétablissement de l'entreprise par la réalisation d'un concordat.

– **Concordat,** plan de paiements échelonnés des dettes du débiteur.

– **Liquidation des biens** (L.B.), procédure ayant pour objet la disparition juridique de l'entreprise et la répartition entre ses créanciers du produit de la liquidation. Le tribunal la prononce s'il lui apparaît que le débiteur n'est pas en mesure de proposer un concordat sérieux.

Tirant sur ces points la leçon de pratiques, parfois à la lisière des normes, que notre étude a tenté de mettre à jour, le projet de loi institue une procédure unique (I) couvrant le champ des procédures mises sur pied par la loi de 1967, (SPP, RJ, LB) (voir encadré sur le rappel des termes juridiques) et empruntant beaucoup dans son esprit mais aussi dans ses règles de fonctionnement au régime de SPP. Mais une seconde réalité se dégage de l'analyse de l'actuel droit des procédure collectives : son goût du secret et de l'exclusion des salariés de son domaine d'intervention. Il est appréhendé comme un véritable outil de gestion des coûts sociaux du fait d'une présence édulcorée du droit de travail à l'intérieur de la réglementation commerciale (modalités de licenciement facilitées, effet pervers de l'AGS (2), consultation problématique des représentants des salariés). C'est avec cette logique que désire rompre le projet de loi relatif au règlement judiciaire (3) qui affiche l'ambition politique de concilier efficacité économique et extension des droits des travailleurs.

I. L'UNIFICATION DES PROCEDURES

1 — Ouverture et première phase des procédures collectives

Sous l'empire de la loi de 1967, le tribunal constatant l'état de cessation des paiements de l'entreprise « défaillante, doit prononcer le règlement judiciaire » s'il lui apparaît que le débiteur est en mesure de proposer un concordat sérieux et, dans le cas contraire, la liquidation de biens (article 7). Est en mesure de proposer un concordat sérieux l'entreprise capable de se redresser. La notion de concordat, convention entre le débiteur et ses créanciers pour le règlement des dettes de celui-ci, et critère de l'option entre règlement judiciaire et liquidation des biens, cache en fait le recours à une analyse purement économique. Se pose alors le problème des moyens dont dispose le tribunal pour apprécier la possibilité d'un redressement. Son pouvoir de magistrature économique trouve une assise légale dans l'article 9 du décret du 22 décembre 1967 qui lui permet de commettre un juge chargé de dresser rapport de la situation économique du débiteur. Un arrêt de la Cour de cassation (Cass. com. 26 mars1979, Bull. civ. IV p. 87) estime d'ailleurs que le tribunal peut souverainement décider de surseoir à statuer jusqu'à remise du rapport. Mais la décision de recourir à l'expertise relevant de l'appréciation souveraine du juge, il est fréquent de voir le tribunal exercer le choix du régime de traitement de l'entreprise d'après les enseignements dégagés des seuls documents présentés par le débiteur, et donc sans s'être lui-même livré à une recherche de diagnostic susceptible de confirmer l'aptitude au redressement de l'entreprise.

En outre, l'abandon par la Cour de cassation de la notion de concordat sérieux à l'appréciation des juges de fond renforce le caractère discrétionnaire de l'option entre RJ et LB. Ceux-ci usent en effet de leur pouvoir souverain d'appréciation en considérant qu'un débiteur est ou non en mesure de proposer un concordat sérieux. Dans la pratique, la décision de règlement judiciaire revêt un caractère de plus en plus conservatoire. Tant que paraît exister un espoir de redressement, et parce que la loi n'autorise une conversion de la décision judiciaire que dans le sens du règlement judiciaire vers la liquidation des biens, les juridictions consulaires sont attentives à ne rien décider qui soit irréversible, dans l'attente de données plus complètes sur la situation économique de la société. La période de continuation d'exploitation de l'entreprise sous tutelle va permettre de dégager ces éléments. Les modalités de poursuite de l'activité sont actuellement régies par des techniques juridiques différentes selon le régime de traitement de l'entreprise (RJ ou LB).

• En cas de règlement judiciaire, la décision autorisant la continuation de l'exploitation suit normalement de près le jugement déclaratif. Cela ne résulte pourtant pas d'une exigence légale. Comme l'a rappelé la Cour de Poitiers (4) dans un arrêt du 24 juin 1981, la loi du 13 juillet 1967 n'a pas expressément conditionné l'octroi du règlement judiciaire à la possibilité de la continuation d'activité, l'article 7 subordonnant seulement celui-ci à la présentation d'un concordat sérieux. Mais en fait, la présentation des offres concordataires s'effectue le plus souvent en période de continuation d'exploitation. Celle-ci est donc considérée comme étant la règle en matière de règlement judiciaire. Les conditions de son autorisa-

(2) AGS : Assurance Garantie des Salaires.

(3) Intitulé provisoire du projet de loi. Un amendement a en effet été adopté par le Sénat tendant à substituer au terme Règlement judiciaire celui de redressement judiciaire.

(4) Poitiers, 24 juin 1981, D. 1982, I.R. 402, observations A. Honorat.

tion renforcent cette impression. La loi n'a, par exemple, pas fixé de durée maximale à ce type d'autorisations. La période de trois mois au plus pour laquelle le juge commissaire peut donner son accord, peut être prolongée par une nouvelle période, sans limites légales que le tribunal, cette fois (article 24 de la loi), détermine et éventuellement renouvelle.

Quant aux critères juridiques de l'autorisation, la loi est d'une grande discrétion, se contentant de suggérer que la continuation d'activité doit entrer en concordance avec l'intérêt des créanciers. Mais à côté du rappel des impératifs de conformité de la demande à l'intérêt des créanciers, les attendus de certaines décisions font apparaître de nouveaux critères d'appréciation, non spécifiés dans les textes, l'intérêt public et l'intérêt social, même si, pour ce qui concerne ce dernier, la décision de continuation d'exploitation s'accompagne fréquemment de mesures de compressions d'effectifs.

• L'intérêt des créanciers et l'intérêt public sont précisément ceux que le juge doit évaluer et respecter avant de prendre une décision de continuation d'exploitation lorsque l'entreprise est soumise au régime de liquidation des biens. L'autorisation de continuation d'exploitation y est d'application restrictive ; ainsi la simple mention des intérêts susvisés n'est pas suffisante ; encore faut-il que leurs exigences apparaissent impérieuses (art. 25). De plus l'autorisation ne peut être décernée que pour les besoins de la liquidation ; et si le tribunal peut la renouveler plusieurs fois, la durée totale des autorisations successives ne peut excéder un an après le prononcé de la liquidation des biens, sauf si le tribunal justifie le dépassement par le caractère exceptionnel du cas, et pour cause grave. Ainsi, si on se borne à une analyse des domaines d'intervention respectifs des articles 24 et 25 de la loi de 1967, on ne peut nier que la continuation de l'activité d'une entreprise défaillante suit un régime juridique différent selon que celle-ci relève de l'une ou l'autre procédure (LB., .RJ). L'observation de la pratique judiciaire conduit à relativiser le poids des distinctions légales.

Le critère de durée ne suffit plus à faire ressortir le particularisme des deux régimes. Si l'on en croit M. E. Bertrand (5) : « toutes les affaires récentes, à l'exception de l'affaire Lip, ont permis la continuation de l'exploitation jusqu'à ce que soit trouvée une solution de survie de l'entreprise... : affaires Boussac, Terrin, Manufrance, ainsi que d'autres d'importance régionale ou locale soulevant un intérêt social ».

Il est certain que le caractère flou des notions « cause grave » et « cas exceptionnels », souverainement appréciées par les juges de fond, facilite l'extension du délai d'un an des continuations d'exploitation des entreprises en liquidation de biens. On assiste ainsi à une homogénéisation des deux régimes sur le plan de la continuation d'activité.

De plus, le critère tiré des finalités différentes assignées par la loi de 1967 aux continuations d'activité visées par les articles 24 et 25 n'est pas non plus distinctif de deux régimes de traitement. La continuation d'exploitation de l'entreprise en règlement judiciaire s'opère effectivement dans la perspective d'un redressement de celle-ci. La poursuite de l'activité, en ce qu'elle produit ou non des résultats économiques favorables, est le moment, mieux que celui du jugement déclaratif, où s'apprécient ses chances de présenter un concordat sérieux. Cette période agit ainsi à la fois comme période d'observation, par les organes de la procédure, de l'état économique et financier de l'entreprise, et comme temps de recherche de solutions de redressement.

On constate d'ailleurs que la poursuite d'exploitation en règlement judiciaire est souvent accordée de manière restrictive lorsque les projets industriels (redressement interne, intervention d'un tiers, rapprochement avec un concurrent) se profilent à terme sans pouvoir être rapidement mis en œuvre.

Ce souci de ne pas réduire le gage des créanciers est sans doute également ce qui justifie le caractère exceptionnel de la continuation d'exploitation en liquidation des biens qui, rappelons-le, ne s'effectue que pour les besoins de la liquidation.

La plupart des autorisations accordées au cours de ce régime satisfont à ce dernier critère. Les petites unités et/ou celles insusceptibles de reprises voient le plus souvent leur continuation d'activité dirigée effectivement vers la liquidation. Les autorisations permettent ainsi la terminaison des fabrications en cours, l'exécution de la plus grande partie des commandes en carnet, une meilleure négociation et commercialisation des stocks de matières premières et de produits finis.

Mais la continuation de l'exploitation peut être également la condition du sauvetage de l'entreprise, plus précisément d'une partie de ses actifs (6). La préservation de l'outil de production et son exploitation permettent en effet aux organes de la procédure (syndic, juges) de rechercher malgré le prononcé de la liquidation des biens, des solutions de sauvegarde de tout ou partie de l'unité productive.

Ainsi que le souligne un syndic dans l'une de nos monographies (7), « il est manifestement de l'intérêt de la masse (des créanciers) que les préavis soient travaillés (effectués) afin de conserver à l'entreprise débitrice ses chances de trouver un partenaire susceptible d'être intéressé par ses activités ». Ne pas utiliser en l'espèce les termes de continuation d'exploitation est alors un moyen de masquer que celle-ci ne s'effectue pas toujours pour les seuls besoins de la liquidation.

---

(5) E. Bertrand, « La défaillance des entreprises », ministère de la Justice, service de coordination de la recherche, Documentation française, p. 179.

(6) Cf. infra sur la cession à forfait.

(7) Voir monographie de notre étude « La fonction du droit des procédures collectives dans la gestion de l'emploi », p. 81.

En définitive, la continuation d'exploitation, tant sous régime de règlement judiciaire qu'en procédure de liquidation des biens, s'analyse en une décision conservatoire. En cas de règlement judiciaire, elle permet une observation des résultats économiques, susceptible de modifier la décision initiale dans le sens d'une conversion de RJ en LB, ou bien elle constitue la condition d'une intervention extérieure.

En cas de liquidation des biens, il s'agit, dans le même esprit, de « maintenir les valeurs d'actifs en vue de leur réalisation éventuelle » (8).

Tous régimes confondus, le fait que la décision de continuation de l'exploitation soit devenue, plus que le choix entre RJ et LB, la décision fondamentale de la première phase des procédures collectives, constitue le signe que l'ordre procédural adopté par le législateur de 1967 (jugement déclaratif puis continuation d'exploitation) souffre d'une profonde inadéquation aux réalités économiques nouvelles.

C'est donc logiquement à une inversion dans le déroulement de la procédure que procèdent les concepteurs de la réforme du traitement des entreprises en difficulté. Dorénavant, le tribunal qui constate la cessation des paiements ne prononce pas immédiatement le régime de traitement, mais ouvre une période d'observation de 3 mois pouvant exceptionnellement atteindre un an (article 8 du projet de loi) et caractérisée par une suspension des poursuites individuelles. Remédiant aux inconvénients de la situation actuelle, qui voit le plus souvent les juridictions consulaires opter entre les procédures avant qu'un bilan sérieux de l'entreprise ait pu avoir lieu, cette phase d'observation est marquée par l'établissement d'un bilan économique et social de l'entreprise, et de propositions tendant à son redressement ou à sa liquidation, en l'absence d'une autre solution. Il est à noter que l'activité de l'entreprise se poursuit au cours de la période d'observation sans qu'il soit, comme auparavant, nécessaire d'obtenir selon les cas une ordonnance du juge-commissaire (RJ) ou un jugement de tribunal (LB) (9). La formalisation de la procédure s'accompagne d'une profonde réforme des organes chargés de la mettre en œuvre. Deux nouvelles fonctions apparaissent sur la dépouille de l'actuel syndic (10) : le représentant des créanciers, ayant pour tâche de recevoir et de vérifier les créances, ainsi que de négocier avec les créanciers le règlement du passif ; l'administrateur judiciaire, chargé selon les cas de surveiller les opérations de gestion, d'assister le débiteur ou d'administrer l'entreprise à la place des organes sociaux (11) ; le chef d'entreprise n'est donc plus automatiquement dessaisi ; le degré du dessaisissement sera fonction des pouvoirs conférés à l'administrateur par le tribunal.

Mais cet administrateur aura par priorité la responsabilité de dresser le diagnostic économique et social (qui doit préciser l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'unité de production) et de projeter, avec le concours du débiteur, le plan de redressement. Ce plan comporte, outre les modalités de règlement du passif, un volet économique et financier déterminant l'activité suivie et ses modalités d'exercice en fonction des moyens de financement disponibles, ainsi qu'un volet social prévoyant le niveau et les perspectives d'emploi et les conditions sociales de la poursuite d'activité. Le plan est orienté vers la continuation de l'entreprise, ou vers sa cession totale ou partielle.

Il convient de remarquer que là où la pratique actuelle de recherche de solutions industrielles fait la part belle au secret et à l'informel, le projet de loi organise au contraire la concertation entre l'administrateur et les partenaires de l'entreprise (salariés, créanciers, banquiers, fournisseurs, etc.). Ceux-ci sont tenus informés de l'avancement de ses travaux, ainsi que de l'état des négociations avec d'éventuels repreneurs. Concernant les repreneurs, les rédacteurs du projet entendent combler une des plus substantielles lacunes de la loi de 1967. Ces textes n'ont en effet pas envisagé l'acquisition d'une entreprise par un tiers, si ce n'est par la voie de la prise de contrôle dans le cadre d'un règlement judiciaire, qui s'est vite révélée de peu d'intérêt pour qui est soucieux de n'acquérir que l'actif d'une société défaillante. Il en résulte sur le plan procédural une absence de statut pour ce nouveau type de repreneur ; cette situation est d'ailleurs loin de lui être préjudiciable. Elle lui permet de s'avancer masqué derrière le syndic, de différer suivant ses intérêts le moment de son intervention, et de dicter à l'organe de la procédure les conditions financières et sociales préalables au rachat.

C'est désormais au cours de la phase d'observation que le candidat à la reprise dévoilera bien plus que les linéaments de ses desseins. Les offres de rachat de tout ou partie de l'entreprise seront reçues par l'administrateur et vaudront plan de redressement si elles sont agréées, ce qui implique qu'elles doivent égale-

(8) E. Alfandari in Revue française de Comptabilité, juillet-août 1981, p. 348.

(9) L'activité de l'entreprise étant en principe maintenue, reste que ne doivent pas être ignorées les contraintes liées à son financement. Le législateur entend ainsi faciliter l'arrivée de concours extérieurs si souvent nécessaires à une continuation effective de l'exploitation, mais dont on sait qu'ils sont peu aisés à obtenir en raison de l'état de défaillance de l'entreprise. Est institué à cet effet un privilège nouveau au profit de l'établissement de crédit qui aura contribué. par des prêts, au financement de la poursuite d'activité au cours de la période d'observation. Ce privilège « n'est primé que par les créances de salaires et par les frais de justice ». L'Assemblée nationale l'a étendu « aux crédits de certains fournisseurs » (Rapport n° 332 de la Commission des lois du Sénat, p. 34).

(10) Une dissociation des fonctions assumées jusqu'ici par le syndic est apparue indispensable aux rédacteurs du projet de loi qui voient en lui le représentant d'intérêts divergents, voire contradictoires. Le syndic représente en effet les créanciers constitués en une masse, mais il représente ou assiste également le débiteur, personne physique ou morale. Il peut de plus être conduit, au cours d'une même procédure, à administrer le patrimoine du débiteur, puis à le liquider. Le projet sépare les fonctions de gestion et celles de liquidation qui seront exercées par des auxiliaires de justice différents.

(11) L'administrateur a sur ce point les mêmes pouvoirs que le curateur de l'actuelle suspension provisoire des poursuites.

ment comporter un volet économique, social, et de règlement du passif. Mieux, elles lieront leurs auteurs jusqu'à la décision du tribunal arrêtant le plan définitif. Cette décision marque le début de la deuxième phase de la procédure (12).

2) Les solutions des procédures collectives

Une fois achevée la période d'observation, le tribunal statue donc sur le plan de l'administrateur sans être lié par celui-ci (article 61 du projet de loi). Il peut en effet, au vu des résultats de l'expertise-diagnostic et des offres reçues, opter pour une solution différente de celle proposée par l'administrateur dans son rapport. On mesure l'ampleur des pouvoirs de magistrature économique et sociale dévolus au juge consulaire chargé, en arrêtant le plan, de donner force obligatoire aux engagements souscrits par le débiteur ou le repreneur. Les solutions prévues par le plan de redressement sont au nombre de deux :

- la continuation de l'entreprise assortie ou non d'une cession partielle ;
- la cession de l'entreprise.

• La continuation de l'entreprise est « une technique déjà connue mais revitalisée » (13). Le tribunal la décide, s'il existe une possibilité **sérieuse** de redressement et de règlement du passif. Le terme sérieux fait irrésistiblement penser au concordat sérieux de l'article 7 de la loi de 1967 ainsi qu'au plan sérieux de l'article 28 de l'ordonnance de 1967 sur la suspension provisoire des poursuites. Ce plan de redressement, qui accompagne les modalités d'apurement du passif, prévoit, s'il est besoin, des adaptations de la structure sociale de l'entreprise (article 72 du projet de loi). Les juridictions consulaires pourront subordonner l'adoption du plan à un changement des dirigeants, un transfert des droits sociaux ou une augmentation du capital susceptible d'introduire un repreneur dans la société. Ici se dégage la supériorité des mécanismes de contrainte judiciaire adoptés par le projet sur l'ancien concordat de la loi de 1967. On passe en effet d'un apurement financier à un plan qui est susceptible d'imposer également des obligations tenant à la forme juridique de la société, ainsi que des engagements d'ordre social (les conditions sociales envisagées pour la poursuite de l'activité).

Ainsi le plan rend-il transparents les résultats de la négociation industrielle. L'apurement du passif n'est plus la seule manifestation du redressement dont la règle de droit se préoccupe expressément.

Les conditions essentielles, financières, économiques, sociales, de la continuation de l'entreprise tirent désormais leur force obligatoire de leur inscription dans le plan. Économiquement, cette continuation peut d'ailleurs être facilitée par l'abandon de certains éléments d'exploitation non rentables qui seront liquidés, ou par la cession de certaines branches d'activité. Les modalités de réalisation de ces cessions partielles d'actif obéissent aux règles gouvernant la cession d'entreprise, seconde forme de redressement envisagée par le plan.

• La cession totale ou partielle de l'entreprise constitue l'innovation fondamentale du projet de loi ; elle devient solution autonome de la procédure. Cette promotion est commandée par l'évolution des conditions de la reprise industrielle. La cession de tout ou partie des actifs d'une entreprise défaillante recueille en effet aujourd'hui les faveurs d'un nombre toujours plus grand de praticiens du droit de la faillite. Or le système juridique issu de la loi de 1967 ne l'organise pas. La pratique judiciaire s'est chargée de lui trouver une place au prix d'un détournement de la règle juridique.

En effet, la cession de l'entreprise n'est pas autorisée en cours de règlement judiciaire, régime normal de redressement ; le débiteur ne peut en principe aliéner ses biens meubles et immeubles pendant la procédure, agirait-il en accord avec le syndic.

Cette interdiction est commandée par la finalité du règlement judiciaire : poursuivre la continuation de l'exploitation de l'entreprise en vue de l'obtention puis de l'exécution d'un concordat.

Le principe souffre pourtant une exception, tirée de l'alinéa 2 de l'article 14 de la loi de 1967. Aux termes de cette disposition, le débiteur assisté du syndic, ou celui-ci sur autorisation du juge-commissaire si le débiteur s'y refuse, peut procéder à des actes nécessaires à la sauvegarde du patrimoine. La loi énumère de façon d'ailleurs non limitative cette catégorie

---

(12) Le processus qui a été exposé constitue la procédure de droit commun. Le projet prévoit l'application aux entreprises employant au plus 20 salariés (le seuil a été porté à 50 par l'Assemblée nationale) et dont le chiffre d'affaires hors taxes est inférieur à un montant, pour l'instant, fixé à 10 millions de francs, d'une procédure simplifiée. Elle concernera donc plus de 90 % des entreprises défaillantes. Le tribunal aura néanmoins la faculté de soumettre les sociétés au régime normal, s'il lui apparaît que le redressement de l'entreprise s'en trouvera ainsi favorisé.

La simplification de la procédure résulte en premier lieu d'une réduction de la durée de la phase d'observation. Celle-ci débute par une enquête sur la situation économique et sociale de l'entreprise, d'une durée de 15 jours renouvelable une fois, menée par le juge-commissaire, assisté ou non d'un expert. Au vu du rapport d'enquête, le tribunal permet l'élaboration d'un plan de redressement, ou décide au contraire la liquidation de l'entreprise. Dans la première hypothèse, l'activité est poursuivie pour une période de deux mois, exceptionnellement allongée d'un mois, au terme de laquelle le tribunal statue sur le plan. La durée maximale de cette procédure est donc de quatre mois, le tribunal pouvant à tout moment ordonner la liquidation.

Mais simplifiée, la procédure l'est également au regard du nombre de personnes appelées à y intervenir, et de la détermination de leurs responsabilités. Si, comme dans la procédure ordinaire, le représentant des créanciers et celui des salariés sont nommés dès l'ouverture de la procédure, la désignation d'un administrateur est par contre facultative. C'est donc en principe le chef d'entreprise qui continue l'exploitation au cours de la période d'enquête et d'élaboration du plan. De même, a-t-il compétence, en l'absence de nomination d'un administrateur, pour préparer le plan de redressement soumis au tribunal.

La participation plus active du débiteur au sauvetage de l'entreprise a pour corollaire l'accroissement des pouvoirs du juge-commissaire. Etablissant déjà le bilan économique et social de l'entreprise, ce magistrat a également pour mission de soumettre au tribunal le plan projeté par le débiteur, et de donner son avis sur le projet.

(13) Le projet de loi sur le RJ des entreprises en difficulté. DD.1984 - p. 18 - MM. Gavalda, Patin et Stoufflet.

d'opérations. Sont ainsi qualifiés d'actes nécessaires à la sauvegarde du patrimoine, les ventes de biens meubles et immeubles portant sur des objets soumis à dépérissement prochain ou à dépréciation imminente, ou dispendieux à conserver. Les immeubles à l'entretien onéreux, le matériel en voie d'obsolescence ou non affecté à la continuation de l'activité, correspondent sans doute à la qualification donnée par l'article 14. Mais la jurisprudence paraît retenir une conception des biens susceptibles de répondre aux caractères définis à l'alinéa 2.

La Cour de cassation a ainsi décidé que l'article 14 pouvait s'appliquer aux cessions de fonds de commerce pendant la phase préparatoire du règlement judiciaire, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la poursuite de l'exploitation a été ou non autorisée (14). Il suffit de convaincre le juge-commissaire que le fonds est soumis à dépérissement prochain. L'article 14, ouvrant la voie à la vente d'éléments d'actifs importants de l'entreprise,favorise ainsi les phénomènes d'intégration économique, ce qui ne va pas sans quelque transformation du contenu des notions juridiques. Témoin cet extrait d'une requête d'un syndic dans une de nos monographies : « on peut toutefois retenir que l'échec de la négociation prévue avec la SARL X mettrait en péril l'ensemble des actifs des sociétés du groupe » (15).

En poussant le raisonnement jusqu'à son terme, il devient possible de céder sur le fondement de l'article 14 la totalité de l'actif d'une entreprise qui aura été jugée inapte à se redresser seule, au motif que l'échec des tentatives de reprise promettrait ses actifs à un dépérissement rapide. Une telle interprétation de la loi s'apparente à un détournement de l'interdiction de la cession d'entreprise en règlement judiciaire.

Ce procédé intellectuel, caractérisé par une approche économique des notions juridiques, est semble-t-il à l'honneur chez les praticiens de la reprise des actifs d'entreprises en difficulté.

• Il apparaît également à l'œuvre dans les tentatives qui sont menées de redéfinir la cession à forfait, autre mode de réalisation des actifs d'une entreprise défaillante, mais uniquement prévu en cours de procédure de liquidation des biens. L'élargissement tenté du domaine de la cession à forfait fait que celle-ci est aujourd'hui parfois synonyme de sauvetage de l'entreprise, du moins de certains de ses actifs. Cette évolution, qui aboutit paradoxalement à transformer le régime de LB en mode de redressement économique, s'explique par une subversion de la règle de l'article 88 de la loi de 1967.

Conçue à l'origine comme une technique de réalisation des actifs résiduaires du débiteur, la cession à forfait porte aujourd'hui sur tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier. Mais l'opération doit répondre à certains critères, pour se distinguer d'une vente amiable, interdite lorsque dans la vente sont inclus des biens de nature immobilière. C'est ainsi que le traité à forfait se caractérise par un aléa pour l'acheteur et par l'exclusion de toute garantie en faveur de celui-ci. L'aléa résulte d'une incertitude sur la consistance matérielle ou la valeur des biens cédés, cette incertitude trouvant sa source uniquement dans la nature ou l'état des droits et des biens cédés (16). C'est donc bien à une définition juridique qu'obéit la notion d'aléa, ce qui justifie par ailleurs que le prix de la cession soit bien souvent inférieur à la valeur du bien vendu.

Pourtant, un nombre croissant de décisions judiciaires consacrent une conception ouvertement économique de la notion d'aléa, à seule fin de légitimer la cession de véritables ensembles industriels.

Telle juridiction entrevoit l'aléa dans l'imposition au repreneur – bénéficiaire de la cession de l'entreprise au prix de 1 franc – d'obligations tenant au maintien d'un effectif minimum, à la préférence donnée aux créanciers fournisseurs à prix et services égaux.

Tel tribunal dégage l'aléa de l'engagement du repreneur de maintenir l'activité et le niveau d'emploi ; telle cour d'appel découvre l'aléa dans le caractère hasardeux d'une reprise sur un marché difficile et après l'échec d'une précédente tentative.

De pareilles acceptions de l'aléa servent à déguiser de véritables ventes amiables.

L'accession de la protection de l'emploi au rang de priorité des procédures de faillite explique peut-être que ce ne soit plus uniquement dans l'objet de la cession que réside son caractère aléatoire. Il est vrai que des opérations à des prix dérisoires ont parfois été autorisées parce qu'un tribunal aura fait prévaloir la question sociale sur toute autre. En particulier depuis la loi de 1981 portant extension des pouvoirs du ministère public au cours des procédures collectives, on constate une intégration plus forte de la variable emploi dans les décisions de cession à forfait : « le cessionnaire offre les meilleures garanties pour une reprise d'activité et le réemploi d'une cinquantaine de salariés », ou « ne peut sauver les emplois prévus » (17). Le tribunal de commerce du Puy (18) dont la décision fut réformée en appel, autorisait même une opération ne présentant aucun intérêt pour les créanciers de l'entreprise, au seul motif qu'elle assurait la reprise de 150 salariés et la survie de l'entreprise. Il existe néanmoins un obstacle important, à la libre réalisation des biens du débiteur ; il tient à l'interdiction de la cession à forfait dans le cadre du règlement judiciaire. Ce principe a été rappelé par la Cour de cassation. La pratique judiciaire n'est pas toujours en concordance avec les solutions de la Cour suprême. Le tribunal de commerce de Troyes, dans le ressort duquel ont plus particulièrement conduit nos investigations, autorisait ainsi par jugement du 19 juillet

(14) Cass. com. 21 décembre 1971, D.1972, 423.

(15) Voir monographie de notre étude déjà citée p. 9 et suiv. et conclusion p. 320.

(16) Note Derrida sous Cass. com. 6 janvier 1982, D.1982, 109, qui donne quelques exemples concrets : « objets, immeubles en cours de construction, matériels disparates, lots de marchandises dépareillés, biens dont la propriété est contestée ».

(17) Cour d'appel de Poitiers, 18 février 1983, D.1983, 404 note Jeantin - Cour d'appel de Paris, 26 juillet 1983, D.1983, I.R. 435.

(18) Trib. com. Le Puy, 21 mai 1982, D.1983, I.R. p. 6, infirmé par Riom, 9 juillet 1982, D.1983, I.R. 433.

1982 (inédit) la cession à forfait d'un immeuble dépendant de l'actif d'une société en règlement judiciaire. Une procédure de LB n'était pourtant pas envisagée. L'aurait-elle été, la solution serait restée inchangée. Ce même tribunal viole la loi en autorisant la vente à forfait du fonds de commerce d'une entreprise en règlement judiciaire (jugement du 19 octobre 1979) qui se retrouvait peu de temps après la cession en régime de liquidation des biens. Peu importait cette conversion ultérieure puisqu'au moment de la vente, le débiteur était encore soumis à la procédure de règlement judiciaire.

Ces pratiques n'ont désormais plus lieu d'être. Consacrant la cession d'entreprise en tant que mode de règlement spécifique des difficultés des entreprises, le projet de loi l'enserre dans un réseau de contraintes, de façon à éviter les reprises sauvages à vil prix et sans garantie d'emploi pour les salariés.

C'est ainsi que le tribunal prendra sa décision au vu du rapport de l'administrateur qui énumère, rappelons-le, les offres d'acquisition reçues. Ces offres, portant sur un ou plusieurs ensembles d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activité (article 82 du projet de loi), devront en particulier mentionner les conditions du maintien d'un certain niveau d'emploi dans l'activité reprise. Signe qu'est reconnu le caractère fréquemment salvateur de la cession partielle ou totale d'actifs pour nombre d'emplois attachés à l'ensemble industriel transféré, cette obligation de nature sociale ne guide pas à titre exclusif le choix du tribunal. Celui-ci, arbitre des différents intérêts, retiendra l'offre qui présente certes les meilleures garanties pour l'emploi, mais qui assure également au mieux le paiement des créanciers. Preuve supplémentaire que la volonté du législateur n'est pas de faire du sacrifice des créanciers la condition de l'efficacité économique de la nouvelle institution, une disposition du projet interdit toute modification du plan de cession dans le sens d'une réduction du prix de celle-ci (19).

En définitive, l'encadrement strict de la procédure réalisé par la loi traduit la volonté du législateur de « réjudiciariser » la question des faillites. Il est en effet incontestable que la pratique actuelle donne au tribunal un simple rôle d'enregistrement de décisions prises ailleurs et par d'autres que le juge.

La loi nouvelle organise au contraire « propositions et négociations sous l'égide du tribunal ». Au sein de celui-ci, le juge-commissaire, délégué par le tribunal et donc d'un accès plus facile pour les parties voit ses attributions renforcées et devient avec l'administrateur le pivot de la procédure, ainsi que l'affirme l'exposé des motifs du projet de loi. Celui-ci investit le juge-commissaire d'une mission : veiller au déroulement rapide de la procédure ; cette tâche lui était déjà impartie par le législateur de 1967. De plus, il détient à l'heure actuelle des pouvoirs importants concernant le destin économique des entreprises sous tutelle. Il autorise ainsi la continuation d'exploitation d'une entreprise en règlement judiciaire. De même, les pratiques judiciaires ont fait de ce magistrat l'organe d'autorisation de cessions d'actifs en règlement judiciaire (voir supra les développements sur l'article 14 de la loi de 1967). Mais l'innovation du projet réside dans la charge qui est confiée au juge-commissaire de veiller à la protection des intérêts en présence. C'est essentiellement au cours de la période d'observation que cette compétence nouvelle trouve à s'exercer.

Pour ne citer que quelques exemples, indiquons que le juge-commissaire surveille l'élaboration des propositions de règlement du passif (article 24 du projet de loi), peut demander le remplacement de l'administrateur, de l'expert ou du représentant des créanciers (article 11 du projet de loi), peut ordonner des mesures conservatoires (inventaire des biens de l'entreprise, remise à l'administrateur des lettres adressées au débiteur : articles 27 et 29 du projet de loi), autoriser les licenciements au cours de la période d'observation (article 44 du projet de loi).

Par-dessus tout, il est titulaire d'un droit de communication relatif à tout renseignement utile sur la situation du débiteur, qu'il exerce auprès des personnes « attachées » à l'entreprise (personnel, représentants de celui-ci, commissaire aux comptes), d'organismes publics, de sécurité sociale ou d'établissements bancaires, sans que puissent lui être opposées les règles du secret professionnel (article 18). Ainsi, seul le juge-commissaire peut-il entrer en possession de données indispensables à l'administrateur, pour que celui-ci prépare un rapport fiable parce qu'appuyé sur des investigations sérieuses (20).

Quant à la procédure de liquidation des biens, conçue par les rédacteurs du projet comme la solution ultime, elle retrouve les finalités qui lui étaient traditionnellement assignées par la loi : l'organisation de la disparition juridique de l'entreprise et la réalisation au profit de ses créanciers des actifs de celle-ci.

Et si le projet envisage la possibilité de ventes d'unités de production au cours de la procédure de LB, c'est à la condition que tant les offres que les modalités de la cession obéissent aux règles de la cession d'entreprise, prévue dans le cadre du redressement de celle-ci (cf. supra ; article 156 du projet de loi). La porte est ainsi condamnée pour ceux qui n'auraient pas manqué, en l'absence d'une telle disposition, d'user du régime de LB à des fins de restructuration, le plus souvent au détriment des créanciers de l'entreprise, et en négation des droits des salariés en matière d'emploi.

---

(19) Cette prohibition concerne les seules demandes de révision du prix de cession de l'entreprise. Le projet prévoit par contre la possibilité de toute autre modification substantielle du plan (par exemple, une modification des engagements relatifs au maintien de l'emploi). C'est le tribunal qui, sur demande du chef d'entreprise, est habilité à autoriser cette modification du plan antérieurement admis par lui.

(20) La Commission des lois du Sénat a souhaité amender ce dernier article, et propose que le juge-commissaire délègue à l'administrateur le soin de procéder à ces investigations.

II. UN RENFORCEMENT DU DROIT DU TRAVAIL

L'étude du droit de la faillite conduit à une réflexion d'un autre ordre : les salariés disposent-ils de droits tendant à protéger leurs intérêts ? Dans l'affirmative, ont-ils un statut et quel est-il ? La loi de 1967 contient certaines règles spécifiques dont les bénéficiaires se trouvent être les salariés. Mais ces règles ont comme particularité de ne leur conférer qu'un statut de créanciers privilégiés. Aucun autre intérêt ou droit – par exemple l'emploi – ne leur est reconnu.

En outre, l'absence d'un dispositif juridique organisant la présence des salariés aux stades décisifs de la procédure a conduit la pratique soit à rechercher dans le droit commun du travail les règles ouvrant ce droit, soit à recourir à des procédés « en marge de la loi ». En effet on observe que si les salariés ne sont jamais associés à la décision économique ou du moins informés de celle-ci, en revanche ils sont souvent consultés sur les mesures sociales envisagées. Dans ce cas, la consultation conduit à la conclusion d'un « protocole de reprise » entre le repreneur et les salariés de l'entreprise cédée qui consiste à obtenir de ces derniers la réduction de leurs avantages acquis. La contribution des salariés au sauvetage de leur emploi passe donc par la dévalorisation de leurs droits que l'on tente de renforcer par ces accords dont la qualification juridique ne paraît pas aisée (21).

Ainsi, au-delà de l'analyse de la règle de droit elle-même, déjà riche d'enseignements, l'étude des pratiques juridiques créées à l'ombre des normes légales est riche d'enseignements (22). L'observation met en évidence la dévalorisation des droits des travailleurs qui se caractérise tant par une interprétation restrictive de l'application du droit commun du travail que par l'éviction des salariés du pouvoir des décisions due à l'effet pervers de certaines dispositions législatives protectrices des intérêts des travailleurs qui poussent au dépôt de bilan et au licenciement.

Le projet de loi relatif au règlement judiciaire a pour mérite d'organiser la présence des salariés à la table des négociations. En effet, le volet social du projet de loi se caractérise par un renforcement du droit du travail au sein même du droit des procédures collectives et s'articule autour de deux idées : la prise en considération de l'emploi (23) et l'extension du droit d'information et de consultation des institutions représentatives. Le projet de loi intègre dans la négociation ceux, repreneurs et salariés, qui en étaient exclus, leur conférant droits et obligations. C'est d'ailleurs sur le terrain de la promotion des droits des salariés que la réforme tranche le plus nettement d'avec la situation issue de la loi de 1967. Les salariés acquièrent ainsi un statut procédural qui leur était dénié (24) et voient leurs garanties renforcées en matière d'emploi et de salaires (25).

1. Droit d'intervention des institutions représentatives dans le cadre des procédures collectives

Un statut procédural

La pratique révèle que c'est le plus souvent par des voies « originales » – presse locale, rumeurs – que les salariés apprennent la mise sous tutelle judiciaire de leur entreprise (24). Lorsque le comité d'entreprise est informé de l'intention du chef d'entreprise de déposer le bilan, les renseignements fournis à cette occasion permettent rarement d'émettre une opinion sérieuse sur la situation de l'entreprise. En revanche, aucune consultation ni information n'a lieu sur les étapes suivantes de la procédure (autorisation de continuer l'exploitation, concordat, proposition de redressement, conversion de règlement judiciaire en liquidation de biens). La présence des salariés au sein des organes de gestion ou de surveillance – lorsque ceux-ci existent – ne paraît pas donner de meilleures garanties (25). Les salariés ne sont ainsi avertis de l'issue des tractations qu'une fois les choix économiques effectués (identité du repreneur, plan de redressement) et ne participent à aucun moment à la négociation industrielle. La loi de 1967 ne comporte aucune disposition organisant l'information et la consultation des institutions représentatives. Il ne convient pourtant pas de déduire du silence de la loi commerciale une inapplicabilité à la matière des textes ressortissant à une autre branche du droit, en l'espèce, le droit du travail. L'absence de spécification contraire milite de façon certaine en faveur de l'affirmation de la compétence du comité, et les termes de la loi sont assez généraux pour permettre une interprétation large de son domaine d'application.

Lorsque l'article L 432-4-c ancien du Code du Travail dispose que : « Obligatoirement informés et consultés sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, et notamment sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs... », on peut affirmer que le comité d'entreprise doit être consulté sur les différentes étapes de la procédure collective, celles-ci constituant autant de questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et plus particulièrement la nature et le niveau

(21) Voir notre étude pp. 355 et 356.

(22) Voir l'ensemble de nos monographies.

(23) M. Jeantin. Aspects du droit social de l'avant-projet de loi relatif au traitement des difficultés des entreprises n° 78 - p. 465.

(24) Voir nos monographies.

(25) Selon l'article L.432-4-d ancien du Code du travail, le comité d'entreprise peut déléguer deux de ses membres pour assister, avec voix consultative, à toutes les séances du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. La présence des représentants du personnel auxdits conseils devrait permettre une meilleure information sur les difficultés économiques de l'entreprise. L'exemple de nos monographies démontre qu'il n'existe en réalité aucune différence entre les deux types d'entreprises.

d'emploi. Ainsi, dans le cas d'une suspension provisoire des poursuites, le comité devrait être consulté préalablement à la saisine du tribunal et à l'établissement du plan de redressement et d'apurement du passif. L'entreprise défaillante est-elle en règlement judiciaire ou en liquidation des biens ? Les pouvoirs de l'institution représentative couvrent alors un champ tel qu'aucune décision économique ne devrait pouvoir en théorie y être soustraite. Ils imposent de la même manière l'information et la consultation du comité avant la demande d'autorisation de continuation de l'exploitation visée par les articles 24 et 25 de la loi de 1967, d'autant que l'obtention de celle-ci est subordonnée dans le cadre du régime de la liquidation des biens, du moins aux exigences de « l'intérêt public », et plus fréquemment de « l'intérêt social ». La demande de renouvellement ou de retrait de l'autorisation doit, pour les mêmes raisons, obéir à une solution identique. Mais le comité d'entreprise ne saurait voir son domaine d'intervention restreint aux seules décisions qui jalonnent le déroulement des procédures. La consultation s'impose également à l'égard des décisions prises dans la perspective d'une clôture de l'instance, et devrait intervenir avant la mise en location-gérance ou la cession de fonds de commerce, procédés riches de conséquences sur l'emploi. Il en est encore ainsi des propositions concordataires et de l'homologation du concordat dans la mesure où de la décision du tribunal dépend le sort de la continuation d'activité de l'entreprise.

La jurisprudence ne s'est pourtant pas ralliée à cette conception. L'hésitation sur la compétence du comité pouvait provenir de ce que, au cours de la discussion de la loi du 3 janvier 1975 sur les licenciements pour motifs économiques, un amendement prévoyant la consultation des représentants du personnel en cas de dépôt de bilan avait été repoussé par le Parlement. En outre l'article 10 de l'avenant du 21 novembre 1974 à l'accord interprofessionnel sur la sécurité de l'emploi de février 1969 prescrit une simple information du comité d'entreprise dès le dépôt de bilan, ce qui permettait de conclure à l'incompétence du comité d'entreprise. La cour d'appel de Rennes (26) n'en a pas moins estimé, dans un arrêt du 15 avril 1981, que le comité d'entreprise devait être consulté avant la déclaration d'état de cessation des paiements.

Une autre question soulevée par certaines juridictions aurait pu limiter encore les fonctions de l'institution : le comité d'entreprise ne cesse-t-il pas d'exister dès le jugement déclaratif de liquidation des biens ou dès le jugement de conversion de règlement judiciaire en liquidation des biens ? Le licenciement de tout le personnel ne marque-t-il pas le terme de la survie du comité d'entreprise ? Une réponse positive aurait entraîné l'impossibilité de le consulter. C'est à propos de litiges touchant à la protection des représentants du personnel contre les licenciements que la chambre criminelle de la Cour de cassation (27) a eu l'occasion de se prononcer. Les articles L.420-22 et L.436-1 du Code du travail soumettant à l'assentiment du comité les licenciements des représentants du personnel, la Cour suprême s'est en effet prononcé pour le maintien de la protection des représentants jusqu'à la disparition définitive de l'entreprise et tant qu'une incertitude subsiste sur le sort de celle-ci. La protection des représentants consistant dans l'examen par le comité d'entreprise des mesures de licenciements projetées à leur encontre, les décisions de la Cour de cassation postulent donc également le maintien de l'existence de l'institution jusqu'à la fermeture totale de l'entreprise. Ainsi que le soulève un auteur : « ce n'est que lorsqu'il est acquis que l'entreprise ne revivra pas en tant qu'unité économique et que les éléments matériels qui la composent seront dispersés après la réalisation de l'actif, que la cessation d'appartenance du personnel pourra être considérée comme définitive et que le rôle du comité d'entreprise dans ses attributions économiques se trouvera terminé » (28). L'intervention du comité d'entreprise reste donc, dans le système actuel, dépendante de la décision des tribunaux.

Le projet de loi rompt avec ce processus. Il reconnaît au comité, dans le cadre même de la loi, le droit d'être consulté et informé sur les actes de la procédure et les décisions économiques envisagées. Mais le texte va au-delà puisqu'il étend ce droit aux délégués du personnel en l'absence de comité d'entreprise.

Le texte contient par ailleurs une innovation : l'article 10 du projet dispose en effet que le juge « invite le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel ou à défaut de ceux-ci, les salariés, à désigner au sein de l'entreprise un représentant des salariés ». Le rôle de ce dernier est certes limité au contrôle du relevé des créances résultant du contrat de travail. Mais cette institution prend une dimension particulière dans le cadre de la procédure simplifiée (29). Il est en effet spécifié que dans les entreprises de moins de 10 salariés – où la représentation du personnel n'est pas légalement assurée – le représentant des salariés jouera le rôle dévolu aux institutions représentatives auprès de l'administration et du tribunal. Par le biais de cette nouvelle institution, le projet traduit le souci du législateur qu'un droit de représentation soit assuré au personnel d'une entreprise en difficulté en l'absence d'organes traditionnels ; il exprime en outre une tendance à conférer à ce nouveau représentant les attributs de la représentation élue mais sans pour autant l'assortir de la protection légale spécifique.

L'obligation d'être entendu par l'instance judiciaire

La loi du 13 juillet 1967 et l'ordonnance du 23 septembre 1967, sans prévoir expressément l'obligation pour le tribunal d'entendre le comité d'entreprise avant de prendre une décision, n'interdisent pas au juge de l'interroger. L'article 9 du décret du 22 décembre 1967 permet en effet de faire rechercher auprès du comité d'entreprise des renseignements sur la situation de l'entreprise. De même, le juge-commis-

(26) Voir notre étude p. 347.

(27) Cass. Crim. 3 mai 1979, D.79, IR p. 526.

(28) Saramito, Droit ouvrier 1974, p. 512.

(29) Voir note 12.

saire, dans le cadre de sa mission de surveillance et d'accélération de la procédure peut, conformément à l'article 15 du même décret, recueillir l'avis des travailleurs préalablement à chaque étape judiciaire. Enfin, le tribunal peut là encore, lorsqu'il donne ou retire l'autorisation de continuation d'exploitation de l'entreprise, entendre les créanciers qui en feraient la demande, et au rang desquels sont susceptibles de figurer les salariés. Mais l'intervention du comité d'entreprise demeure soumise au bon vouloir des organes de la faillite, les dispositions concernées n'instituant qu'une faculté.

Le projet de loi relatif au règlement judiciaire des entreprises en difficulté prévoit, au contraire du texte en vigueur, une obligation à la charge du tribunal. Celui-ci devra entendre le comité d'entreprise, ou à défaut les délégués du personnel, « avant de statuer sur l'ouverture de la procédure » (article 6 du projet de loi), sur une demande « subordonnant l'adoption du plan de redressement de l'entreprise au remplacement de dirigeants » (article 23 du projet de loi) ou « s'il décide de prononcer la liquidation ou la cession totale ou partielle de l'entreprise » (article 35 du projet de loi). Mais le tribunal devra entendre également les institutions représentatives avant d'arrêter le plan de redressement (article 61 du projet de loi) et avant d'autoriser l'aliénation ou la location-gérance lorsque le prix de cession n'est pas intégralement payé.

Lorsqu'une « modification substantielle du plan sera décidée », le tribunal statuera après avoir entendu les parties intéressées. Le texte ne vise pas expressément les institutions représentatives mais on peut concevoir, sans risque de le dénaturer, que le comité d'entreprise, ou à défaut les délégués du personnel, constituent au premier chef des « parties intéressées ».

La loi de 1967 n'offre pas davantage aux salariés de droit d'action parallèlement aux institutions de la procédure ni de recours contre les décisions du tribunal, et la jurisprudence ne comble pas réellement ce vide. Elle admet la recevabilité de l'intervention du comité au cours d'une instance lorsqu'il est débattu du sort de l'entreprise (règlement judiciaire ou liquidation des biens), mais déclare la demande irrecevable chaque fois qu'elle trouve dans le dispositif législatif un texte donnant compétence à un organe spécifique de la faillite, quel que soit l'intérêt du comité d'entreprise (30). Les tribunaux font ainsi prédominer les institutions commerciales (syndic, juge-commissaire) sur les institutions représentatives des travailleurs. En revanche, les juges commençaient à reconnaître aux salariés et aux organisations syndicales le droit de former opposition (31) dans le but d'obtenir la rétractation d'un jugement leur portant préjudice (32).

Le projet de loi met fin à certaines de ces ambiguïtés en introduisant des dispositions accordant au comité d'entreprise ou aux délégués du personnel le droit d'interjeter appel ou de former un pourvoi en cassation contre les décisions prononçant la liquidation, « arrêtant, rejetant ou modifiant le plan de continuation de l'entreprise » (articles 172 et 178 du projet de loi) alors même qu'ils ne sont pas parties en première instance. L'aspect novateur de cette disposition apparemment dérogatoire aux principes fondamentaux de la procédure civile, exprime le souci de renforcer le contrôle des salariés tout au long de l'instance.

Mais l'élaboration d'un statut procédural resterait purement formel si le législateur n'imposait pas la prise en compte de certains intérêts. C'est le mérite du nouveau texte, qui assigne à la loi un objet supplémentaire : le maintien de l'emploi.

2. Renforcement des garanties en matière d'emploi et de salaire

Le droit de la faillite de 1967 présente comme particularité de simplifier certaines dispositions du droit commun du travail pour répondre à la rapidité nécessaire au redressement d'une entreprise en difficulté. Ainsi, le syndic est dispensé de l'autorisation administrative obligatoire pour procéder à tout licenciement économique dans une entreprise hors faillite ; un simple avis suffit. Sans en déduire qu'il était de pratique courante qu'un bilan fût déposé dans le but d'échapper au contrôle de l'administration, et ainsi de contourner l'obstacle d'un éventuel refus, on a pu observer que l'effet de cette disposition constituait un élément déterminant dans le choix opéré. Dans le cadre du régime de l'Assurance Garantie des Salaires (A.G.S.), c'est l'une des conditions d'application de la protection qui précipite le déclenchement de la procédure collective. En effet, l'AGS garantit seulement la créance salariale née avant la date du jugement déclaratif. En conséquence, tous les contrats de travail qui se poursuivent après la date du jugement ne peuvent en principe être couverts par la garantie. Le syndic est donc tenté de licencier la plus grande partie du personnel immédiatement après le jugement pour obtenir la garantie, malgré la nécessité, dans la majorité des cas, de prolonger l'activité des salariés (33). Cette mesure présente en outre l'intérêt de déplacer le coût des licenciements sur l'institution pour libérer – provisoirement – l'entreprise de la charge financière de cette opération. De surcroît, les salariés eux-mêmes ont intérêt à pousser au dépôt du bilan pour bénéficier de la protection.

Ces quelques exemples contribuent à éclairer la fonction du droit des procédures collectives dans la gestion de l'emploi. Ils permettent d'avancer que le droit de la faillite comporte, dans son dispositif, les instruments de la dévalorisation des droits des travailleurs et de leur éviction, et conduisent à développer des stratégies d'élimination de la force de travail.

---

(30) Paris, 15 juin 1977, D.77, IR p. 378. Cassé partiellement par la Cour. 6 février 1980, D.81, IR p. 1, qui énonce néanmoins que les C.E. peuvent ester en justice *dans la mesure nécessaire à leurs fonctions.*

(31) Voir notre étude pp. 351 et 352.

(32) Art. 105 du décret du 22 décembre 1967.

(33) Le syndic peut avoir recours au préavis travaillé et, dans certains cas, il est contraint de demander au tribunal de commerce la prolongation des préavis. Voir Trib. Comm. Troyes, 1er février 1982.

Le législateur organise, dans le projet de loi, une certaine protection de l'emploi et améliore considérablement le système de la garantie de salaires.

La protection de l'emploi

C'est dans le droit commun du travail qu'il faut rechercher les instruments nécessaires à la protection de l'emploi. Mais la complexité de leur interprétation limite considérablement leur portée. Il en est ainsi de l'article L 122-12 du code du travail qui, malgré ses dispositions, n'empêche nullement les licenciements en cas de cession d'entreprises en difficulté.

Il en est de même de l'intervention du comité d'entreprise à qui l'on refuse le droit de demander au juge des référés commercial la désignation d'un mandataire de justice chargé de réunir et de communiquer à l'institution représentative du personnel divers documents utiles à la recherche d'une solution favorable au maintien de l'emploi (34).

Le juge des référés civil refuse également de statuer lorsqu'il lui est demandé d'ordonner une mesure d'instruction visant à établir les circonstances des licenciements du personnel d'une société en règlement judiciaire (35), alors que cette juridiction est compétente pour assurer l'information et la consultation du comité d'entreprise. La querelle juridique portant sur la compétence des tribunaux prive le comité de toute action tendant à obtenir d'une juridiction des renseignements utiles sur des questions intéressant l'emploi.

Le projet de loi innove en la matière. Il renforce le rôle des institutions représentatives en intégrant dans le droit de la faillite des dispositions spécifiques qui organisent le contrôle des salariés sur l'emploi. Ceux-ci seront préalablement informés et consultés sur toutes les décisions importantes fixées au cours de la procédure, en particulier « lorsque des licenciements économiques seront décidés pendant la période d'observation » (article 63 du projet de loi) ou dans le cadre du plan d'entreprise. Dans ce dernier cas, le législateur impose au juge commercial de vérifier le respect de cette disposition légale avant d'arrêter le plan. Ce contrôle judiciaire a priori – qui précède la décision économique – renforce l'efficacité du rôle des organes de représentation ; il a pour effet de supprimer les actions en justice pour délit d'entrave, dont les sanctions pénales ne conduisent jamais à assurer le respect de la consultation de l'institution considérée. Sans aller jusqu'à sanctionner par la nullité la décision qui n'aurait pas satisfait à l'obligation légale, le législateur pallie malgré tout les conséquences d'un système juridique peu approprié à la fonction des institutions représentatives du personnel. Mais le texte dépasse largement la seule volonté d'organiser l'expression des travailleurs, et l'élaboration d'un tel statut ne serait que pure forme si d'autres mesures ne venaient le compléter. Ainsi, au-delà du contrôle exercé par les salariés, la loi elle-même garantit l'emploi qui devient un élément légal de la réflexion économique.

A ce titre, des renseignements précieux sur l'emploi – son niveau et ses perspectives – devront figurer dans le bilan de l'entreprise. Le législateur impose tant à l'administrateur qu'au juge et au « repreneur » de prendre en considération l'emploi dans leurs propositions.

Par exemple, l'administrateur judiciaire, chargé d'établir le bilan de l'entreprise, devra préciser et justifier dans le projet de plan le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite de l'activité. En outre, lorsque des licenciements seront prévus, il devra mentionner les mesures déjà intervenues et les actions à entreprendre par les organismes compétents en vue de faciliter le reclassement et l'indemnisation des salariés dont l'emploi est menacé de suppression. De la même manière, le repreneur éventuel devra proposer, qu'il s'agisse d'une cession totale ou partielle, des offres précises qui indiqueront obligatoirement les perspectives et le niveau de l'emploi justifiés par l'activité considérée. Le juge commercial sera, lui aussi, contraint d'orienter ses choix sur les offres qui présenteront les meilleures garanties pour un emploi durable. Il pourra ainsi autoriser la conclusion d'un contrat de location-gérance au profit de la personne qui aura présenté l'offre d'acquisition la plus intéressante pour le maintien des emplois.

En outre, le texte limite considérablement la pratique des licenciements immédiats. Cependant, le facteur emploi doit s'insérer dans un contexte économique destiné à revaloriser l'entreprise, et l'originalité de ce dispositif résulte donc principalement de l'idée de concilier des garanties d'emploi avec les mesures qu'implique le redressement d'une entreprise en difficulté ; celles-ci peuvent éventuellement consister en des réductions d'effectifs. Ainsi il ne sera pas interdit de licencier pendant la période d'observation. Le juge-commissaire pourra autoriser les licenciements, mais à la condition qu'ils soient « urgents, inévitables et indispensables » (article 44 du projet de loi) à la poursuite de l'exploitation. Cette disposition oblige donc le juge consulaire à rechercher d'autres mesures, moins graves telles que la réduction du temps de travail ou le chômage partiel, avant d'autoriser tout licenciement.

Ces mesures pourront d'ailleurs être prises directement par l'administrateur judiciaire pendant la période d'observation comme solution immédiate. En conférant à l'administrateur le pouvoir d'arrêter « temporairement l'activité de tout ou partie d'un établissement ou de réduire l'horaire de travail habituellement pratiqué dans un établissement en deçà de la durée légale ou conventionnelle du travail » (article 45 du projet de loi), le législateur incite à opter pour des solutions provisoires moins irrémédiables pour les salariés.

Il est à remarquer que c'est le juge commercial et non l'administration qui autorise les licenciements. Ce choix répond à la volonté de « rejudiciariser » la faillite et de centraliser ainsi les décisions en un même lieu.

---

(34) Cass. comm. 12 février 1980, D.81, p. 1 - Note Derrida.

(35) Cass. 2me Civ., 21 avril 1982, Bull. II, n° 64.

Le juge commercial ayant en main tous les documents concernant l'entreprise en difficulté sera plus à même de juger de la nécessité d'autoriser ou non des réductions d'effectifs.

Soucieux de pallier les incohérences que la pratique a révélées, le législateur organise un véritable « droit à l'emploi » (36). Mais il ne privilégie pas pour autant celui-ci, marquant ainsi l'originalité du texte qui résulte de l'ambition de concilier des intérêts apparemment opposés.

La protection de la créance salariale

Le régime juridique de la protection de la créance salariale – la loi du 27 décembre 1973 complétée par la loi du 27 décembre 1975 – créant une institution chargée de garantir le paiement des salaires en cas d'insolvabilité de l'employeur dans la limite d'un plafond, a constitué une innovation capitale dans le système de garantie dont bénéficient les salariés. Il réalise un progrès décisif dans la voie « d'une sorte de sécurité sociale des salariés contre le risque économique de la faillite » (37). Mais la complexité de son mécanisme a favorisé certaines pratiques qui avaient pour principal effet de précipiter l'exclusion des salariés. En particulier, le syndic – comme les salariés – avait intérêt à licencier la plus grande partie du personnel sitôt le jugement déclaratif prononcé afin de permettre la garantie. Rien n'empêchait par la suite les salariés d'être réembauchés par le « repreneur » à qui on offrait ainsi la faculté de reprendre « sélectivement » le personnel. Le projet de loi réduit considérablement la complexité du mécanisme en supprimant toute référence à la date de jugement déclaratif. Il étend la protection de la garantie « aux sommes dues au cours de la période d'observation ». En outre, à l'issue de cette période, l'A.G.S. prend en charge « les créances résultant des licenciements prononcés, soit dans le mois qui suit le jugement qui arrête le plan, soit dans les quinze jours qui suivent le jugement de liquidation, soit pendant le maintien provisoire de l'activité autorisée par le jugement » (article L.143-11-1 du projet de loi).

Par ailleurs, toute contestation portant sur l'existence ou la nature de la créance salariale est du ressort du conseil des prud'hommes.

Si le texte se montre éminemment protecteur – l'extension considérable de la couverture de la garantie le prouve – il n'en demeure pas moins que le salarié reste un simple créancier à l'égard de cette institution.

---

(36) M. Jeantin, art. cit.

(37) Derrida, Vers la sécurité sociale des salariés, D.S.1974, Chr. p. 119.