

FOCUS - Document 7 de 24

Revue des procédures collectives n° 5, **Septembre 2011**, entretien 3

## Les procédures collectives et les droits des salariés

### Sommaire

La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 a laissé de côté les aspects sociaux des procédures collectives dans l'attente d'une réforme du droit du travail de plus grande ampleur. L'absence d'un droit du travail spécial des procédures collectives est source de nombreuses difficultés. L'**AGS**, institution française de garantie des salaires, est particulièrement touchée par l'inadaptation du droit du travail aux procédures collectives. Par ailleurs, les procédures transnationales risquent également de remettre en cause l'équilibre et la pérennité de notre système d'indemnisation des salariés en raison des risques de *forum shopping*. Maîtres Marc Sénéchal, mandataire judiciaire, Henri Chriqui, administrateur judiciaire, Arnaud Clerc, avocat à Paris, ont accepté d'évoquer ces questions avec Monsieur Thierry Méteyé, directeur de la délégation **AGS**-Unédic, le 6 juillet dernier, lors d'une table ronde animée par le Professeur Michel Menjuq.



On sait que le pilier du traitement social de l'entreprise en difficulté repose sur l'**AGS**. Cette idée, qui était à l'origine une idée française, a été ensuite reprise sur le plan européen pour être étendue à l'ensemble des pays membres et peut-être considérée comme un vecteur de paix sociale. On peut considérer qu'elle favorise aussi le redressement des

entreprises. En quoi l'**AGS** est-elle vecteur de paix sociale et en quoi favorise-t-elle le redressement des entreprises ?

Ce sont les mandataires de justice qui sont à même d'apprécier à quel point l'intervention de l'**AGS** est importante pour assurer la paix sociale. Il est vrai que dès qu'une procédure est ouverte, l'**AGS** est souvent sollicitée pour des créances antérieures comme le dernier mois de salaire ou les deux derniers mois de salaires s'ils ne sont pas payés et c'est là sa première intervention.

Peut-on rappeler quelle est la couverture assurée par l'**AGS** ?

La couverture est vaste. Ce sont déjà toutes les créances antérieures exigibles - cela peut remonter jusqu'à 5 ans puisque s'applique la prescription en matière salariale - et les créances nées après le jugement, les indemnités de rupture suite au licenciement, indemnités de licenciement, compensatrices de préavis, de congés payés, les primes exigibles, la participation, l'intéressement, toutes sortes de créances qui peuvent être dues dans le cadre de l'exécution du contrat de travail. Bien sûr il y a des plafonds de prise en charge. Aujourd'hui le plafond approche 70 000 euros, toutes créances confondues.

Est-ce un plafond brut ?

C'est un plafond brut qui comprend aussi évidemment la part des cotisations puisque l'**AGS** prend en charge aussi le précompte salarial sur ces créances qui représente à peu près entre 10 et 12 % des avances qui sont effectuées. Sur 2009 les avances ont dépassé les 2 milliards d'euros dont 10 % étaient consacrés à payer les charges sociales au profit des caisses de la sécurité sociale, de l'Assédic, et des régimes de retraite complémentaire.

L'**AGS** est sans aucun doute un facteur de paix sociale. Il faut rappeler que sa création remonte à l'affaire Lipp, donc à 1973. La première question que nous posent les salariés quand il y a un redressement judiciaire, c'est « comment vais-je être payé de mes salaires ? ». On leur explique que l'**AGS** prend en charge les 60 derniers jours de salaires, les congés payés... Le salarié a besoin d'être rassuré immédiatement, dès l'ouverture de la procédure, et de savoir qu'il va pouvoir percevoir les salaires impayés à la date du redressement judiciaire. C'est donc forcément un vecteur de paix sociale. Avec la crise que nous connaissons aujourd'hui, s'il n'y avait pas l'**AGS**, je crois que la situation serait ingérable au sein des entreprises en difficulté.

Ce que je voudrais ajouter sur l'**AGS**, c'est que malheureusement dans sa terminologie, il y a le mot « assurance » et c'est une source de confusion. L'**AGS** a été mise en place par les pères fondateurs de l'assurance chômage et ils ont repris le même nom alors que c'est d'abord un système de solidarité des entreprises et pas du tout une compagnie d'assurance comme on le pense trop aujourd'hui et c'est malheureusement ce qu'on entend : « c'est une assurance : qu'elle paye ! ».

L'**AGS** est aujourd'hui perçue comme une assurance alors qu'elle repose sur un mécanisme de solidarité (Thierry Méteyé).

Est-ce que, depuis l'origine de la création de l'**AGS**, on constate une extension de la couverture ?

Très largement. Le cas des congés payés est très significatif. Les congés payés sont dus au moment où le salarié les prend. Or la jurisprudence les fait prendre en charge par la garantie dès l'ouverture de la procédure. Il se crée une exigibilité sur les congés payés acquis, par le fait de l'ouverture d'une procédure collective. Dès lors, s'ils sont pris après le jugement d'ouverture, dans le cadre d'une période d'observation, c'est l'**AGS** qui les prend en charge. À la limite on pourrait l'expliquer économiquement : cela favorise le redressement de l'entreprise. Mais de la même manière, en matière de dommages-intérêts, la garantie s'est très largement étendue dans tous les domaines à partir d'une notion très simple : le critère retenu par la Cour de cassation n'est plus la nature salariale de la créance mais son rattachement au contrat de travail. On voit donc l'élargissement considérable effectué par la chambre sociale de la Cour de cassation de

la créance due en exécution du contrat de travail.

Les propos liminaires faisaient référence au fait que le système de garantie des salaires est une création française qui a été étendue aux autres pays européens. Aujourd'hui quand on est membre de l'Union européenne, on se doit de mettre en place un mécanisme de garantie des créances salariales. Ce que l'on note, c'est que tant pour la diversité dans la nature des créances que pour le montant des créances couvertes, il n'y a pas d'équivalent à la garantie française sur le territoire européen, notamment pour des pays similaires comme la Grande-Bretagne, l'Allemagne ou l'Espagne qui ont à la fois un montant de couverture beaucoup plus faible et un périmètre de prise en charge beaucoup plus restreint. En Grande-Bretagne, par exemple, le superprivilège est limité à 800 livres ce qui équivaut à 1000 euros pour les créances antérieures au jugement d'ouverture et en Allemagne on ne peut prendre en charge des créances de salaires échues depuis plus de 3 mois. On voit que s'il y a des mécanismes de couverture dans l'Union européenne, on s'aperçoit également que la France reste le pays qui offre la plus grande protection alors même qu'elle a divisé par deux ses plafonds en 2003 puisqu'elle est passée du plafond 13 au plafond 6. Malgré cela, nous demeurons les champions incontestés sur le territoire de l'Union européenne.

Donc apparemment l'approche des autres pays de l'Union européenne n'est pas exactement la même.

Revenons quelques instants sur la prise en charge des droits des salariés à l'époque où il n'y avait pas de fonds de garantie. En cas de règlement judiciaire, il fallait indemniser les salariés sur la trésorerie disponible de l'entreprise. Il en résultait que très souvent l'entreprise n'avait pas les fonds suffisants pour poursuivre son exploitation. Elle ne pouvait à la fois assumer l'exploitation et payer les arriérés de salaires, congés payés et autres. En cas de liquidation judiciaire, il fallait commencer par réaliser les actifs pour indemniser les salariés. En attendant la réalisation des actifs, les salariés étaient impatients. L'**AGS** est venue au secours des entreprises et a permis par là même le redressement d'entreprises qui n'auraient pas été sauvées auparavant.

On a parlé effectivement de la paix sociale. Ainsi sur 2010, l'intervention de l'**AGS** représente deux milliards d'euros. Ce qu'il faut savoir aussi, c'est comment le système fonctionne. Là aussi il diffère considérablement des systèmes étrangers. C'est le seul système qui fonctionne comme association de droit privé ce qui lui donne une certaine souplesse. Aujourd'hui dans les cinq jours de la réception du relevé de créances établi par le mandataire judiciaire les fonds sont débloqués, les salariés n'attendent pas six mois. La réalité aujourd'hui, c'est la rapidité d'intervention. Lorsqu'un « gros » dossier tombe, impliquant des centaines ou des milliers de salariés, nous sommes contactés et nous pouvons déjà préparer une solution. Le jour où la procédure est ouverte les salaires peuvent être assurés d'être payés le lendemain. Cela ne se voit pas dans beaucoup de pays. Ces dernières années malgré la crise, nous constatons qu'il n'y a guère eu d'articles de presse négatifs envers l'**AGS**. Les conflits sont nés d'autres choses que de l'intervention de l'**AGS**.

Quand il n'y a plus rien et que tout est perdu la seule chose qui rassure les salariés c'est qu'on leur dit : « ne vous inquiétez pas, il y a l'**AGS** ». C'est ce qui fait que rien n'explose. Quand ils sont consultés les élus du personnels disent attendez, il y a l'**AGS**. Quand les usines ferment rapidement, on leur dit dans une semaine vous aurez l'argent sur votre compte car il y a l'**AGS**. C'est vrai que psychologiquement, l'idée qu'il y a une « assurance » présente un aspect très négatif car les salariés considèrent que des cotisations ont été réglées et qu'ils ont droit en conséquence à leur assurance, sans qu'il puisse y avoir de discussion, alors que nous sommes dans un système de solidarité. L'**AGS** est le sauveur ultime qui vient régler les salaires, les congés... C'est un facteur de calme. Elle permet aux administrateurs et mandataires judiciaires de travailler plus sereinement. Cela leur permet de dire aux salariés : « continuez de travailler car vous serez réglés » et cela peut être le début du sauvetage de l'entreprise.

Les salariés peuvent continuer à travailler en sachant qu'ils seront payés et cela peut être le début du sauvetage de l'entreprise (Arnaud Clerc).

L'idée de cotisation est d'autant plus perverse qu'il faut bien savoir que ce ne sont que des cotisations employeurs et l'on a parfois l'impression qu'il est difficile de faire comprendre cela même à des juges du tribunal de commerce, à des conseillers prud'homaux employeurs qui n'ont pas toujours le sentiment que c'est l'argent de l'entreprise. C'est un peu leur argent à la limite qui est en jeu.

Alors, est-ce que l'**AGS** est en équilibre ? Il y a des cotisations pour financer l'**AGS**, il y a des sommes qui sortent pour financer les différentes sommes couvertes, quel est le taux de récupération ?

Toutes créances confondues, on est à 36%, c'est-à-dire qu'aujourd'hui le financement se réalise approximativement à 64 % sur les cotisations encaissées et 36 % sur les récupérations.

Et si l'on fait la distinction entre superprivilège, privilège et chirographaire ?

On est sur des taux bien différents : le superprivilège est remboursé à 54 %, toutes procédures confondues, le privilège à 13 % et le chirographaire à 4 %. Nous verrons l'importance que cela a, tout à l'heure, quand nous évoquerons les contentieux. Il faut savoir que seulement 50 % des avances sont superprivilégiées

Et les cotisations payées permettent de payer les 64 % manquant ?

Cela rejoint ce que je disais tout à l'heure sur la souplesse de cette organisation et de cette association, purement patronale, qui décide elle-même de fixer le taux des cotisations. Quand les choses vont mal, elle peut décider d'augmenter la cotisation et dès que la situation se rétablit, elle l'abaisse. Ce sont des choix politiques et économiques. Il est assez rare aujourd'hui de voir un organisme social qui fait varier le taux de cotisation selon la conjoncture économique.

Toute l'année dernière il était à 0,40 % ce qui représentait 1,7 milliard d'euros. En avril 2011, il est redescendu à compter du 1er avril 2011, à 0,30 %.

Ce n'est donc pas du tout un mécanisme d'assurance car il ne repose ni sur une appréciation d'un risque statistique au regard duquel un assureur classique calculerait une prime, ni même sur des versements de cotisation qui seraient assimilés à des primes que l'on verserait à fonds perdus pour reprendre la terminologie du droit des assurances selon lequel, une fois que l'on a payé sa prime, de deux choses l'une, soit le risque se réalise et l'on retire le montant de sa couverture, soit le risque ne se réalise pas et les fonds sont définitivement acquis à l'assureur.

L'**AGS** intervient même si l'employeur n'a pas payé ses cotisations.

On voit bien que c'est un mécanisme de solidarité qui n'a rien à voir avec un mécanisme d'assurance au sens classique du terme.

On a vu que les indemnités de licenciement étaient couvertes, alors que pensez-vous de l'évolution de la jurisprudence qui vise à remettre plus facilement en cause les licenciements économiques et le plan de sauvegarde de l'emploi pour favoriser l'attribution des dommages et intérêts aux salariés.

C'est catastrophique pour les finances de l'**AGS** car on a l'impression que l'analyse faite par la chambre sociale est une analyse plus fondée sur le dogme que sur l'analyse juridique. Le salarié est considéré comme une victime sociale, une victime de l'entreprise. Il existe un fonds alimenté par les patrons donc les patrons doivent payer. Je pense que c'est complètement contre productif pour l'emploi. Cela n'incite pas le salarié à rechercher un emploi. Le salarié est en fait déresponsabilisé moyennant une contrepartie financière. Aujourd'hui on remet toujours en question les reclassements, les efforts ne sont jamais suffisants. On trouve toujours un motif, souvent le non respect d'un formalisme excessif, pour remettre en cause les démarches de l'administrateur. Il faut toujours avancer plus d'argent. Certains salariés ont un raisonnement simpliste quand ils ont perdu leur emploi : que fait le patron ? Le salarié doit aussi faire des efforts pour

rechercher un emploi. Souvent l'administrateur judiciaire est confronté à des salariés qui finalement préfèrent être licenciés.

La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation est totalement contreproductive (Thierry Méteyé).

Nous faisons déjà un travail important de communication, à notre niveau et à travers nos instances, mais peut-être faudrait-il, une fois par an, organiser une journée destinée à tous les acteurs judiciaires de ces procédures.

Nous avons eu l'occasion, il y a quelques années, de faire une conférence avec Thierry Méteyé à des conseillers prud'hommes, et les participants avaient beaucoup apprécié qu'on leur fasse mieux connaître les problématiques de l'entreprise en difficulté.

D'une certaine manière, l'**AGS** est victime de son succès. Il y a une victime qui doit être indemnisée. Pour le juge, il semble qu'il n'y a pas de fatalité économique donc quelqu'un doit nécessairement dédommager la victime. Quand on est en liquidation, c'est forcément l'**AGS** qui doit payer. En matière de sanction, les juges font parfois une différence entre les grosses et les petites sociétés *in bonis*. Entre une société de 600 personnes et une PME de 10 personnes, le juge fera une distinction et la sanction financière sera différente car il tiendra compte du fait que la petite PME n'a pas les mêmes moyens que la grosse société. Avec l'**AGS**, on a parfois l'impression que le juge peut infliger des dommages-intérêts importants car c'est l'**AGS** qui paie. Peu importe la taille de l'entreprise. Il y a une victime qu'il faut indemniser, c'est l'**AGS** qui paie et l'**AGS** a de l'argent. Le juge pourrait se dire que c'est un mécanisme de solidarité et qu'il est le gardien des deniers qui appartiennent à tous. Il s'ajoute que dès lors que le juge indemnise tout ce qui se rattache au contrat, cela fait des sommes beaucoup plus importantes.

Peut-on dire qu'il existe un droit à l'indemnisation pour perte d'emploi et que l'**AGS** joue le rôle de fonds de garantie ?

L'évolution actuelle de la jurisprudence vise à remettre en cause soit le motif économique soit la procédure de licenciement diligentée par les administrateurs judiciaires ou par les mandataires judiciaires. Le problème c'est que l'on n'a pas un droit du travail adapté aux procédures collectives et qu'il est facile de remettre en cause la validité des licenciements. C'est donc un enjeu majeur que de parvenir à adapter le droit du travail aux contraintes de la procédure collective.

Il faudrait donc un droit du travail spécial.

Oui mais aujourd'hui il n'existe pas, on doit donc appliquer le droit commun.

Il est normal que le non respect de la procédure débouche sur des dommages-intérêts mais en pratique, on met en oeuvre des plans sociaux parfaitement réguliers auxquels les salariés n'ont rien à redire. Ils perçoivent leurs indemnités dans le cadre de ce plan de sauvegarde de l'emploi puis, après avoir touché l'intégralité des sommes qui leur sont dues, assignent juste avant l'expiration du délai de prescription pour voir annuler ce plan dont ils ont bénéficié et à l'égard duquel ils n'ont rien eu à redire pendant 5 ans. Ils viennent alors demander au conseil des prud'hommes une seconde indemnisation alors qu'ils ont déjà été indemnisés de leur préjudice. On le voit dans des dossiers très médiatiques et c'est une réelle dérive.

C'est d'autant plus pervers que, dans le cadre des licenciements économiques avec un plan de sauvegarde de l'emploi, la jurisprudence est excessivement stricte et formelle. Le juge doit appliquer exactement la jurisprudence des sociétés *in bonis* qui ont de l'argent et qui ont du temps à des sociétés en liquidation avec un mandataire qui n'a pas le temps, qui n'a pas suffisamment de moyens. Ainsi les mandataires engagent leur responsabilité et ont énormément de difficultés à

gérer l'opération. Effectivement la procédure n'est peut-être pas toujours parfaite dans ces conditions particulières mais ne faudrait-il pas faire des règles spécifiques pour les licenciements économiques dans le cadre d'une procédure collective ?

Le juge doit appliquer le droit commun des licenciements alors qu'il est inadapté aux entreprises en difficulté (Arnaud Clerc).

C'est un point essentiel. Il faut savoir que tant dans la loi de 1967 que dans la loi de 1985, il y a toujours eu des systèmes dérogatoires pour les licenciements. En 2005, il a été question d'aménager un volet social spécifique aux entreprises en difficulté mais le législateur voulait que cela s'inscrive dans le cadre d'une réforme du droit du travail beaucoup plus importante et cela a finalement été laissé de côté. Aujourd'hui on continue d'appliquer un droit du travail qui n'est plus du tout adapté à la situation d'urgence des entreprises en difficulté. Les professionnels sont donc toujours demandeurs d'une vraie réforme !

Pour revenir au licenciement économique, on a vu la jurisprudence se bâtir toujours dans la même direction : toujours contester la validité de l'acte. Cela a commencé par la lettre de licenciement. Il manquait toujours une mention. C'est d'autant plus choquant que c'est la jurisprudence qui fixait elle-même les obligations parfois en sanctionnant rétroactivement l'absence de mentions que la lettre aurait dû comprendre. Les professionnels se sont adaptés, en améliorant la lettre de licenciement qui comporte parfois jusqu'à 4 pages. Puis la jurisprudence s'est attaquée aux reclassements avec notamment le problème des reclassements à l'étranger. Les juges reprochent que l'on n'ait pas fait la proposition de reclassement à l'étranger même si l'on sait pertinemment que c'est totalement irréaliste. Malgré cela on est quand même condamné.

Puis un guide de restructuration a été établi par le Conseil national pour bien fixer tout ce qui doit être fait dans le cadre du reclassement.

Ce qui se développe aujourd'hui c'est la notion de co-employeur. La responsabilité de la société mère est engagée avec des incidences qui peuvent être assez graves en matière commerciale.

Il est étonnant que ces jurisprudences soient fixées uniquement par la chambre sociale de la Cour de cassation sans aucune concertation avec la chambre commerciale. Il faudrait au moins avoir des chambres mixtes sur ces sujets.

C'est d'autant plus intéressant que dans certains des dossiers sur les coemployeurs le mandataire avait correctement construit un plan de sauvegarde de sorte que les salariés n'avaient pas nécessairement d'arguments pour attaquer le licenciement imposé à la société en liquidation. La société était effectivement en difficulté mais le plan avait été fait, de l'argent avait été trouvé pour faire ce plan, des solutions de reclassement. Les salariés ont alors fait appel à la notion de coemployeur pour obtenir quelque chose. Ils ont invoqué le fait que la société mère était tellement intégrée dans la filiale qu'elle était devenue le coemployeur. C'est un problème car la chambre commerciale n'adopte pas du tout le même point de vue. Dès lors le mandataire ne peut pas aller rechercher la société mère sur le fondement de la confusion de patrimoines qui n'est pas caractérisée au regard du droit commercial. La chambre sociale donne donc une vision de la confusion, la chambre commerciale en donne une autre, la chambre sociale ayant une vision beaucoup plus large de la notion de confusion afin de pouvoir caractériser le coemploi.

Les salariés sont satisfaits de l'**AGS** qui a déjà réglé, dans le cadre de la liquidation de la filiale, différentes sommes mais, en même temps, ils demandent des condamnations tant à la société mère qu'à la filiale liquidée et donc à l'**AGS** qui paye à nouveau, étant solidairement condamnée dans la cause.

La chambre sociale de la Cour de cassation retient une notion beaucoup plus large de la confusion de patrimoines afin de pouvoir caractériser le coemploi (Arnaud Clerc).

Si on regarde les choses de plus près, enlevez l'**AGS** dans les procédures judiciaires, et le contentieux diminuera très sensiblement. Il y a beaucoup de contentieux car toute décision est déclarée opposable à l'**AGS**, organisme solvable.

On peut imaginer que dans des situations extrêmes la notion de coemploi soit justifiée. En effet, il a pu arriver que des entreprises, souvent de taille importante, aient identifié un risque social dont notre droit du travail favorise la réalisation. Pour le limiter, l'entreprise crée alors une filiale, lui transfère les salariés concernés et subvient totalement aux besoins financiers de cette nouvelle structure par des apports en compte courant par exemple. Parfois même la matière première est livrée à la filiale par la mère qui en reste propriétaire par le biais d'une clause de réserve de propriété, de la même manière que cette dernière demeure propriétaire des machines qui transforment cette matière première. Les produits qui sortent des chaînes appartiennent à la maison mère de sorte que la filiale n'offre qu'un service de transformation. Il arrive que, à la suite de la perte d'un marché par exemple, cette filiale rencontre plus tard des problèmes de trésorerie que la mère ne peut ou ne souhaite plus résoudre. L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la fille n'a en principe pas d'influence sur la mère. Pourtant, On peut toutefois, dans ce genre d'hypothèses extrêmes, envisager dans des conditions strictes que l'on puisse aller chercher une partie de ce financement dans les actifs de la maison mère en passant par la théorie du coemploi

Le problème est que l'on déploie de plus en plus souvent cet argument du coemploi dans les groupes, sans pour autant que des conditions strictes soient réunies, ce qui rend notre système juridique instable pour les investisseurs

Pour revenir enfin sur la problématique majeure de l'adaptation du droit du travail aux procédures collectives, j'aimerais donner un exemple basique des contraintes auxquelles les administrateurs judiciaires et les mandataires judiciaires français sont soumis. Prenons l'hypothèse d'une grande entreprise qui tombe en redressement judiciaire. Elle emploie 5000 personnes. L'administrateur judiciaire parvient à obtenir un plan de cession qui prévoit que, sur les 5000 salariés, 2000 sont repris et les 3000 autres sont licenciés dans le cadre d'un PSE. L'administrateur judiciaire a 30 jours pour mettre en place ce PSE là où une société *in bonis* disposerait de 3 à 4 mois minimum. Ces 30 jours sont liés à la couverture **AGS**. Si l'on ne respecte pas ce délai, la couverture saute. C'est encore pire en liquidation judiciaire car, dans ce cas, le liquidateur dispose de 15 jours seulement pour mettre en place ce PSE pour les 5000 personnes. C'est absolument incompatible avec les contraintes procédurales qui sont les nôtres.

Sur l'indemnité « supra légale » en particulier, on constate de plus en plus que, en dehors de la couverture **AGS**, les salariés qu'il y ait un PSE ou non, demandent une indemnité complémentaire. Si c'est une filiale d'un grand groupe on peut imaginer que, même s'il n'y a pas de confusion de patrimoines, le groupe affecte une somme qui va permettre de mieux indemniser les salariés. Mais en cas de plan de cession par exemple, cela pose un réel problème si cette indemnité supra légale est accordée et payée aux salariés au détriment du remboursement à l'**AGS** de tout ou partie du superprivilège.

Il y a eu des décisions de justice mentionnant que des réalisations d'actif doivent servir à payer des indemnités supra légales. Lorsque dans des dossiers souvent importants, il y a des décisions de cette nature et que nous sommes contrôleurs - cette ordonnance nous est donc notifiée -, l'**AGS** fait systématiquement opposition. En effet sur ce point, on ne peut pas accepter d'une manière expresse que des fonds qui devraient être affectés au remboursement du superprivilège soient affectés au paiement d'une indemnité supra légale.

Malgré la pression très forte exercée, les mandataires de justice résistent. C'est une contagion des sociétés *in bonis* : pour faire adopter le plan social, les sociétés acceptent de payer des sommes très importantes.

Nous avons atteint des sommes importantes ces dernières années. Lorsqu'une société est *in bonis*, c'est l'argent de l'entreprise, elle n'a pas de comptes à rendre mais dans le cadre des procédures collectives, le problème est tout autre.

Ce sont des problématiques de compartiments qui sont étanches. Parfois, ce sont les repreneurs en plan de cession et non le groupe qui abondent à cette indemnité supra légale. Comme son nom l'indique, l'indemnité est « supra légale » c'est-à-dire au dessus de la loi. C'est au dessus de la loi de tous et c'est au dessus de la loi des parties.

Quel est le fondement juridique de cette indemnité ?

Il n'y a aucun fondement juridique si ce n'est, par principe, d'allouer des indemnités auxquelles le salarié ne peut prétendre ni au titre du contrat ni au titre de la loi. Ce financement peut être trouvé soit au sein du groupe s'il est en relativement bonne santé, soit chez le repreneur si celui-ci souhaite conserver une forme d'homogénéité dans le corps social qu'il vient d'intégrer et, en guise de geste de bonne volonté, abonde spontanément à une enveloppe qui va servir à indemniser les personnes licenciées. Juridiquement, il n'y a pas de fondement et techniquement, pour les mandataires de justice, c'est extrêmement compliqué car nous sommes maîtres et donc responsables du patrimoine du débiteur en liquidation judiciaire ou en redressement judiciaire qui vient de faire l'objet d'un plan de cession. Par définition les sommes qui entrent sur le compte Caisse des Dépôts et Consignations doivent être réparties entre tous les créanciers dans l'ordre des privilèges au premier rang desquels nous trouvons le superprivilège de l'**AGS**. Il faut donc trouver un artifice juridique qui fasse que ces sommes soient allouées par un autre biais que par le patrimoine de l'employeur alors que celui qui est débiteur de cette somme c'est l'employeur en liquidation judiciaire.

Nous rappelons régulièrement aux salariés à ce propos que l'**AGS** n'est pas un créancier, qu'elle fait une avance des fonds et que cette avance doit être remboursée par priorité.

Les salariés ne considèrent-ils pas que l'**AGS** leur donne de l'argent tout simplement et que ce n'est pas une avance ?

On en revient à ce dont je parlais tout à l'heure quand j'évoquais l'importance de la communication.

Quel artifice juridique utilise-t-on pour cette indemnité supra légale ?

Pour terminer mon propos, on voit donc bien que ces indemnités supra légales qui sont allouées par des repreneurs viennent en déduction de l'enveloppe globale qui aurait pu être allouée pour payer les créanciers. C'est imparable.

La deuxième chose c'est que, en plan de cession, il y a une autre particularité : dans l'hypothèse où des salariés protégés ne sont pas repris, nous devons passer par l'autorisation préalable de l'inspection du travail. Si cette autorisation est refusée, par l'effet automatique de l'article L. 1224-1 du Code du travail, ces salariés sont automatiquement transférés au repreneur. Ce dernier identifie généralement ce risque en amont de son offre et l'intègre dans son analyse financière en l'imputant sur l'enveloppe globale qu'il pourrait allouer à l'opération de rachat. La part du prix payée pour le désintéressement des créanciers devient ridiculement faible, car les ressources financières de l'acquéreur sont mobilisées pour le règlement d'une supra légale aux salariés non repris et pour constituer une enveloppe virtuelle de réserve destinée à financer le licenciement dans le cadre d'une société *in bonis* de salariés protégés pour lesquels l'inspection du travail a refusé l'autorisation préalable de licenciement et qui seraient par cet effet automatiquement transférés au repreneur.

Enfin, s'agissant de l'artifice juridique, il consiste généralement à passer par un compte séquestre ouvert par celui chargé de mettre en place le plan de sauvegarde de l'emploi et qui distribue les fonds aux salariés en dehors d'un cadre juridique légal.

La « supra légale » n'a aucun fondement juridique et a souvent pour conséquence de diminuer le prix de cession et donc le désintéressement des créanciers (Marc Sénéchal).

Pour poursuivre sur ce que dit Marc, c'est à juste titre qu'un candidat repreneur veut avoir l'assurance de pouvoir



exploiter dans de bonnes conditions l'entreprise qu'il reprend. Dès lors on constate que le prix de cession qu'il propose est souvent amputé de telles allocations afin de lui permettre de faire face à tous les risques sociaux qu'il a identifiés et quantifiés.

Par définition, ils provisionnent ce risque là et en tiennent compte dans l'enveloppe qu'ils affectent.

Donc sur ce plan là, il y aurait peut-être une réflexion à mener. Personnellement, je serais favorable à la constitution d'un fonds de formation permettant aux salariés licenciés de retrouver plus facilement un emploi.

Oui, mais le problème c'est que les salariés, parfois, n'en veulent pas. L'existence de la supra légale, c'est la preuve que ce que nous dit le juge de la Cour de cassation sur ce que doit être un PSE, sur l'obligation de reclassement des salariés n'est pas toujours réaliste. Même si l'employeur arrive avec un PSE parfait avec un énorme budget de reclassement, la mobilité etc., vous avez des élus qui vous disent : tout ça c'est très bien, cela représente 100 000 euros, donnez nous plutôt 100 000 euros en supra légale, c'est beaucoup plus intéressant que vos formations.

Ce n'est pas systématique, mais j'ai déjà eu des dossiers où l'employeur vous téléphone en vous disant, ils ne veulent pas cela, ils veulent un chèque.

En tant que praticien, je ne peux pas accorder une indemnité qui s'imputerait directement sur le prix de cession en sachant que les fonds disponibles doivent être répartis dans l'ordre des privilèges fixé par la loi. C'est la position que je défends dans les comités d'entreprise.

Les salariés ne pensent pas qu'ils puissent retrouver un emploi grâce à la formation. Or, il faut montrer que cela fonctionne. C'est peut-être cette disposition la plus importante pour retrouver un emploi, mais les salariés préfèrent une indemnité financière plutôt que quoi que ce soit d'autre.

C'est malheureusement largement encouragé par la jurisprudence qui ne se mobilise pas assez pour l'emploi dans ces dossiers de procédures collectives. Manifestement elle a tiré un trait sur l'emploi. Ce qu'il faut favoriser c'est le chèque au bout du compte. L'exemple type c'est quand même Moulinex. Il y avait plus de 3000 salariés, l'État s'est mobilisé quand Moulinex a déposé son bilan. On a créé une structure spécifique, une cellule, en détachant un haut fonctionnaire du ministère du travail qui est allé sur place pour coordonner l'action de tous les partenaires, les Assedic, l'ANPE, les collectivités, etc. Tout le monde s'est mobilisé pour reclasser les gens s'agissant d'une région difficile et il y a eu énormément d'argent. L'État a mis plus de 40 millions d'euros pour le reclassement des salariés. Mais des contentieux ont été engagés contestant les mesures et parce qu'il n'y avait pas eu parallèlement consultation de la commission territoriale de l'emploi. Les salariés relevaient de la convention collective de la métallurgie qui prévoyait cette obligation et elle n'a pas été remplie. Cela n'a pas été fait pour une raison simple : il y avait une structure spécifique qui se mobilisait pour reclasser ces gens. Cela n'aurait servi à rien. On est dans le formalisme pur. L'AGS a été condamnée et recondamnée. Pour l'AGS dans ce dossier les avances approchent les 100 millions d'euros.

Le dernier motif après avoir épuisé tout cela, c'est de dire chez Moulinex, il y avait de l'amiante. Ce que je veux faire ressortir par là c'est que l'on est dans un système qui est devenu pervers. On n'est plus dans le souci de retrouver un emploi. Ce que veulent les gens c'est avoir de l'argent en pensant qu'avec de l'argent, ils s'en sortiront mieux, alors qu'il y a des formations professionnelles, des reconversions qui sont proposées, des emplois à plus de 20 km mais on ne veut pas bouger.

On est dans un système qui est devenu pervers car on n'est plus dans le souci de retrouver un emploi : les gens préfèrent recevoir de l'argent (Thierry Méteyé).

D'où ma question : qu'est ce que peut être aujourd'hui un plan de sauvegarde de l'emploi équilibré qui prendrait en compte les droits de chacun. Est-ce qu'il existe des pistes intéressantes pour les salariés autres que l'indemnisation ? Apparemment à vous écouter, la réponse est plutôt négative.

L'idée du fonds pour la formation, c'est une bonne idée.

Mais les salariés sont-ils intéressés ?

Non, non.

Il faudrait une solution radicale pour les motiver : revoir le plafond global de garantie qui est aujourd'hui à 70 000 euros. Il serait justifié de le diviser par 2, ne serait-ce qu'avec l'objectif d'harmoniser la garantie dans l'UE. Quand il y aura moins d'argent à récupérer, les gens iront plus rapidement chercher du travail. C'est cela le problème. IL y a quelques années, le chômage fonctionnait avec un système de dégressivité. Au début les gens touchaient l'intégralité de leur allocation, 6 mois après elle commençait à baisser et on arrivait rapidement à un niveau où la recherche devenait plus effective et la majorité retrouvait du travail.

Il faut sortir de cette logique d'indemnisation pour que les salariés qui ont perdu leur emploi puissent s'intéresser à autre chose qu'à l'indemnisation. Quelles sont les pistes ?

Vous connaissez tous le proverbe chinois qui dit qu'« au lieu de donner du poisson à quelqu'un qui a faim, il faut plutôt lui apprendre à pêcher ». On en est là. On pourrait très bien imaginer, dans le cadre d'une restructuration, avoir recours à ce type de fonds dédié à la formation pour permettre au salarié de retrouver plus rapidement un emploi. C'est une position qui me paraîtrait légitime et défendable même si cela ne correspond pas à l'état d'esprit actuel de certains salariés.

On pourrait éventuellement réfléchir à une procédure de licenciement économique spécifique pour les procédures collectives. Pour montrer comme le système est pervers, parfois, c'est la mère qui accepte de participer financièrement à la supra légale. Par la suite, les salariés viennent dire qu'il y a coemploi puisque la société mère est intervenue pour donner de l'argent. Le salarié a son indemnité supra légale grâce à la mère et le salarié dit : mais vous aussi, dans ces conditions, vous êtes mon employeur !

C'est pour cela qu'on passe par ce compte séquestre car aucun des pourvoyeurs de ces primes supra légales, qu'ils soient maison mère ou repreneur ne prendra le risque d'avoir un lien financier direct entre leur patrimoine personnel et le salarié. On passe donc par cette sorte de sas qui fait un écran de fumée entre le salarié revendiquant et le payeur. Il faut sans doute diminuer l'indemnisation par deux ou par trois car plus on va diminuer l'indemnisation possible, moins il y aura d'abus. C'est pareil avec l'assurance maladie. L'idée n'est pas de dire que ceux qui ont un accident du travail ou qui ont un véritable problème ne doivent pas bénéficier de la solidarité nationale, mais leur situation se trouve fragilisée en raison d'une autre réalité, l'existence d'un nombre certain d'arrêts de travail parfaitement injustifiés. C'est pareil avec les plafonds : si on les diminuait drastiquement, ce serait sans doute différent.

Cette attitude n'est évidemment pas générale mais certains ont aussi compris que l'**AGS** pouvait indemniser jusqu'à hauteur de 60 000 euros et tentent d'en profiter. Ce n'est pas toujours facile d'identifier les fraudeurs sauf dans les cas caricaturaux par exemple : ces personnes sont employées par une société qui est une coquille vide, qui n'a pas vraiment d'activité avec un chiffre d'affaires très limité, qui dépose le bilan en liquidation judiciaire. Le liquidateur s'aperçoit qu'il existe des retards de salaires de 6 ou 8 mois, ce que personne autour de cette table n'accepterait car personne ne peut vivre avec un tel impayé. Il s'aperçoit également que les contrats de travail sont totalement disproportionnés au regard des compétences déployées. J'ai vu des faux chefs de chantier à plus de 10000 euros par mois avec 6 mois de préavis par exemple Heureusement les plafonds ont été diminués. Même si on invoque la fraude, comme il y a un traitement de masse et qu'en cas de recours prud'homal on est quasi certain de perdre, finalement il y a un système qui s'est ainsi autoalimenté et a perduré.

Au départ, après l'affaire *Lipp*, ce qui était important, c'était que les salariés puissent bénéficier du plafond 4, c'est-à-dire les 60 derniers jours de travail, les congés payés et le préavis. Cela paraissait légitime et raisonnable, et tout à fait acceptable au regard de ce qui se faisait dans d'autres pays d'Europe. Il n'y avait pas la surenchère d'aujourd'hui.

C'est d'ailleurs l'occasion de comparer la France aux autres pays, de faire un peu de *Benchmarking*.

Évidemment, il y a une dégradation de l'attractivité de notre pays. Les entreprises qui embauchent vérifient avant de s'installer dans un pays, quelle loi leur sera appliquée en cas de difficulté, que ce soit en droit social, en droit fiscal ou en droit des procédures collectives et évidemment la jurisprudence débordante de la chambre sociale de la Cour de cassation les dissuade de s'installer sur notre territoire.

La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation porte atteinte à l'attractivité de notre pays pour les entreprises (Marc Sénéchal).

Absolument, notre droit social est devenu très dissuasif d'autant plus qu'il est devenu très difficile à maîtriser en fin de compte. Sur des PSE qui ont été mis en place, qui ont même été acceptés par le comité d'entreprise, les salariés, auxquels tout le monde a souscrit, la loi prévoit un an de délai pour éventuellement le contester. C'est ce qui arrive.

Mais je n'ai pas eu de réponse, que serait un PSE équilibré aujourd'hui ?

Un plan qui répond aux dispositions de la loi. En soi, la loi n'est pas mauvaise pour les sociétés *in bonis* puisqu'on dit aux sociétés, vous devez avoir réfléchi en amont à l'adaptabilité de vos salariés parce que plus vous respectez cette obligation de formation, d'adaptation, moins vous aurez de gens à licencier. Il faut que votre PSE aille dans ce sens là, la formation. Il doit aider les salariés à être « employables ». En cela le PSE dans une société *in bonis* est assez bien construit. Mais le PSE idéal dans le cadre d'une liquidation ou d'un redressement est encore à créer car les contraintes qui sont données ne permettent pas ou très difficilement de réussir ces PSE là.

C'est d'abord un PSE qui est opposable aux salariés eux-mêmes. Or toutes les remises en cause soit du motif économique soit de la procédure elle-même ne vont pas dans ce sens. Le premier réflexe d'un juriste est de savoir s'il est opposable aux salariés qui en ont bénéficié. Et la plupart du temps, on s'aperçoit qu'il n'est pas opposable car il est mis unilatéralement en place par l'employeur et ultérieurement il est remis en cause par ceux qui ne sont pas parties à la convention qui est conclue entre l'employeur et ceux qui en bénéficient.

Le seul moyen est de transformer le PSE en accord syndical s'il y a un délégué syndical et s'il le veut bien.

On arriverait presque à dire qu'il faudrait en plus une ratification personnelle de chaque salarié. Et encore est-ce que cela suffirait à protéger le système ?

La difficulté c'est que c'est un accord collectif. Dans un souci d'articulation du droit social et du droit de l'entreprise en difficulté, il faudrait peut-être mettre au point un PSE qui soit opposable à tous et qui ne puisse être remis en cause par certains salariés dès lors qu'il a été négocié et accepté par les représentants du personnel. Ce qui se passe aujourd'hui c'est qu'une fois qu'on a négocié un PSE certains salariés considèrent que c'est un premier point acquis mais que rien ne les empêche de réclamer individuellement une indemnité supplémentaire. Il faut souligner que certains avocats poussent dans ce sens.

Il faudrait mettre au point un PSE opposable à tous qui ne puisse être remis en cause par certains salariés (Henri Chiqui).

Le PSE est discuté négocié avec des élus or ces élus n'ont aucun pouvoir pour créer un contrat avec les salariés. Le seul moyen de le faire c'est de passer éventuellement par des délégués syndicaux. Mais, même quand on arrive à avoir un PSE signé par un délégué syndical et opposable à tous, se pose la question de savoir si l'on a bien appliqué les règles. On ne conteste plus ce qu'il y a écrit dans le plan mais la manière dont cela a été appliqué à l'égard du salarié. C'est assez rare d'avoir des accords sur des PSE dans le cadre des procédures collectives. Vous pouvez avoir un comité d'entreprise qui vous donne un avis favorable à l'unanimité mais le juge peut parfaitement sanctionner ce plan. On a l'impression qu'on a négocié quelque chose mais que ce n'est finalement qu'un engagement unilatéral de l'employeur.

Dans un dossier médiatique, le PSE avait été mis en place à l'époque où la société était encore *in bonis* et c'était sans doute l'un des PSE des plus fournis que la France ait eu à connaître, négocié après une lutte syndicale acharnée. Le PSE n'a pas pu aller jusqu'à son terme car avant son exécution complète, tous les salariés qui avaient été intégralement remplis de leurs droits - en touchant parfois plus de 5 années de salaires ont saisi le conseil des prud'hommes pour demander des indemnités supplémentaires au motif que le motif économique n'était pas préexistant à la mise en place du plan de sauvegarde de l'emploi. Il est fort à parier que devant le conseil des prud'hommes l'employeur perdra pour la raison simple qu'il doit payer puisqu'il est employeur.

Évidemment, d'ailleurs depuis il est tombé en liquidation judiciaire ce qui fait que toute condamnation éventuelle à des dommages et intérêts sera supportée par l'**AGS**.

Est-ce que, à moyen terme, il ne faudrait pas dire que si la société est *in bonis* lors de l'adoption du PSE, les plafonds de l'**AGS** seraient réduits si la société se retrouvait en procédure collective. Est-ce qu'on ne pourrait pas prévoir une réduction lorsqu'il y a eu PSE et indemnisation importante des salariés ?

C'est ce que l'on va s'efforcer de faire valoir devant la juridiction.

Encore une fois, l'idée de départ est de rendre ce PSE opposable à ceux qui ont perçu les sommes en exécution de ce plan.

La difficulté c'est qu'aujourd'hui c'est devenu un « sport national » pour quelques avocats très médiatiques et sachant exploiter la compassion qui peut légitimement résulter de certaines situations.

Dans un dossier de 550 salariés un avocat local a quasiment fait de la publicité sur le tarif qu'il appliquerait sur les dommages-intérêts récupérés qui pourraient être alloués aux salariés. Le pourcentage sur les sommes récupérées se pratique un peu partout. C'est moralement choquant.

Cette question des honoraires est cruciale car ils sont au résultat et donc très élevés. Sur 70 000 euros cela fait souvent bien plus de 7 000 euros de gain potentiel par salarié pour l'avocat. Il demande de verser les sommes sur son compte CARPA et ne souhaite pas que nous les adressions directement aux salariés car il prélève directement ses honoraires

Pour ma part, j'établis le chèque au nom du salarié et je l'envoie à l'avocat.

Il y a eu un accord cadre entre le Conseil national (CNAJMJ) et le barreau là-dessus où à certaines conditions on peut être autorisé à libeller le chèque à l'ordre de la CARPA.

De manière générale, je fais libeller le chèque à l'ordre du bénéficiaire, c'est-à-dire le salarié.

Il y a quand même une grande complaisance de la jurisprudence. Une entreprise a connu deux plans de cession et en est au troisième d'ailleurs en liquidation. Aujourd'hui l'entreprise et l'**AGS** ont été assignés, et condamnés sur le premier plan de cession en considérant que le PSE de l'époque - cela remonte à plus de dix ans - était insuffisant.

Sur le fondement de la jurisprudence actuelle ! On utilise la jurisprudence actuelle pour dire qu'il y a dix ans le PSE n'était pas conforme aux obligations actuelles ! Or la jurisprudence de la chambre sociale sur le plan de sauvegarde de

l'emploi a largement évolué.

On a beaucoup parlé, depuis le début, de l'indemnisation des salariés. Je crois qu'il y a un autre sujet important qui est celui de savoir comment on peut limiter aujourd'hui les licenciements. Comment sauvegarder les emplois ? J'ouvre le débat là-dessus.

Précisément est-ce que pour sauvegarder les emplois, il ne faudrait pas intervenir plus précocement et est-ce que l'**AGS** pourrait voir sa mission modifiée pour intervenir préventivement dans le cadre d'une restructuration en mandat *ad hoc* ou en conciliation.

C'est une question qui est assez cruciale aujourd'hui. Cela fait des années qu'on le dit. Il se trouve que le sujet est d'autant plus d'actualité au regard de toute cette jurisprudence que l'on vient d'évoquer car en termes de chiffres, on tourne autour de 200 millions pour des avances de dommages-intérêts chirographaires. Cela veut dire que leur remboursement tourne entre 1 et 4 % et encore bien souvent il n'y a rien. Si ces 200 millions doivent être dépensés, pourquoi n'en reverrait-on pas les modalités. Intervenir plus en amont pour sauvegarder une entreprise qui commence à avoir des difficultés, cela peut passer par la conciliation avec une intervention de l'**AGS**. Mais cela s'avère assez compliqué car on pourrait se faire taxer de concurrence déloyale vis-à-vis d'une banque car après tout cela reviendrait à prêter de l'argent, sans intérêt, à mettre de l'argent à disposition de l'entreprise « en difficulté », même si la motivation s'avère positive pour la sauvegarde des emplois. C'est quand même ce que fait l'**AGS** actuellement dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire.

Je confirme que cela fait des années que nous y réfléchissons. L'**AGS** pourrait intervenir dans le cadre de la prévention et plus précisément, d'une conciliation avec un protocole susceptible d'être homologué, cette procédure étant la plus encadrée judiciairement. Dans ce cas là, si l'**AGS** intervenait en amont, il faudrait qu'elle puisse bénéficier du privilège de la *new money* en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Aujourd'hui, une bonne conciliation c'est un bon équilibre entre la contribution financière de l'actionnaire une intervention éventuelle d'un investisseur, un effort des organismes publics (Trésor public, Urssaf et autres caisses) et des partenaires bancaires de l'entreprise. C'est dans un tel cadre que l'intervention de l'**AGS** pourrait être envisagée afin de fournir l'avance nécessaire à la restructuration sociale. Dès lors, deux hypothèses sont possibles : soit l'entreprise est définitivement sauvée et l'**AGS** sera non seulement intégralement remboursée mais aura contribué à éviter un dépôt de bilan et une prise en charge postérieure plus conséquente, le cas échéant, au titre du paiement des salaires et indemnités, soit nonobstant la contribution de tous les acteurs, l'entreprise fera néanmoins l'objet d'une procédure collective et dans ce cas, l'**AGS** bénéficiera, outre le superprivilège, du privilège de la *new money* pour le surplus des sommes avancées au cours de la conciliation. Il faudrait que la réforme du droit du travail prévoie, dans un tel contexte, un système dérogatoire en matière de licenciements dès lors qu'il y a conciliation assortie d'un jugement d'homologation.

Cela ne peut se faire que si ce qui serait mis dans la conciliation serait économisé ailleurs. Il n'est pas question pour l'**AGS** que ce soit une charge supplémentaire.

Par la prévention on pourra éviter un certain nombre de redressements et de liquidations.

La réussite d'une procédure n'a jamais gêné les conseils de prud'hommes pour condamner l'**AGS**.

Ce qu'on peut affirmer c'est que ce type de procédure aujourd'hui, bien menée, avec un équilibre entre les différents acteurs, permet de sauver 70 % des entreprises.

Que faudrait-il faire pour que l'**AGS** puisse intervenir dans un tel cadre. Que faudrait-il modifier ?

Il faudrait modifier la loi, les conditions d'intervention de l'**AGS**.

Ce qu'il faudrait presque convenir c'est que l'argent que l'**AGS** a mis dans le cadre de la prévention soit précompté sur ce qu'elle devrait mettre plus tard si la société est en liquidation et que l'**AGS** est appelée en garantie. Elle ne doit pas avoir

à payer deux fois.

On peut envisager un périmètre élargi d'intervention de l'**AGS** mais je tempère cela par une remarque : toute avance fait par l'**AGS** doit trouver une assiette pour pouvoir être recouvrée. Or, actuellement les taux de recouvrement dont Thierry Métey a parlé précédemment risquent de baisser car il n'y a plus d'actif dans les procédures collectives. C'est un mouvement de fond qui balaye notre matière on peut accorder toute sorte de privilège à l'**AGS**, un privilège général, mobilier, immobilier, de procédure... il n'en demeure pas moins que tout superprivilège quel qu'il soit, pour être efficace et mériter son titre, doit trouver une assiette. Or, aujourd'hui, il ne trouve plus d'assiette. Cela a commencé dans les années 80 avec le développement de la propriété réservée mais ce mouvement s'est considérablement aggravé avec des lois récentes que sont la fiducie (qui est une délocalisation d'un actif dans le patrimoine d'un tiers), et la loi du 4 août 2008 qui accorde un droit de rétention fictif à tous les gages sans dépossession. Cela veut dire que les actifs ne pourront plus être cédés dans le cadre des plans de cession à des repreneurs sans que les créanciers rétenteurs donnent préalablement leur accord, ce qu'ils vont évidemment monnayer au détriment de tous les autres créanciers. Il y a également le problème du crédit-bail qui est beaucoup plus un mode de financement qu'un bail évidemment. C'est un artifice juridique.

Les taux de recouvrement de l'**AGS** risquent de baisser car l'assiette des privilèges tend à se restreindre (Marc Sénéchal).

On ne peut qu'être d'accord avec ce constat. On peut se demander si le qualificatif de collectif convient encore à ces procédures. La meilleure façon de préserver les actifs et les intérêts de chacun aujourd'hui c'est encore la procédure de mandat *ad hoc* ou de conciliation.

Je suis parfaitement d'accord. La seule chose c'est qu'il faut bien comprendre qu'au sein de la pénurie, il y a différentes catégories de créanciers : il y a des créanciers qui financent le débiteur par l'application d'un mécanisme de solidarité nationale (l'**AGS** notamment) et il y a d'autres créanciers qui poursuivent un intérêt purement individuel, les établissements financiers par exemple et qui, obtiennent des pouvoirs publics de faire voter des lois qui leur permettent de s'extraire de la discipline collective. On ne peut pas à la fois préserver les mécanismes de solidarité nationale tout en faisant la part belle à des intérêts lobbyistes particuliers. Il faut choisir. Je ne porte aucun jugement de valeur mais que l'on ne s'étonne pas si les taux de recouvrement ayant considérablement diminués, les plafonds sont revus à la baisse dans un avenir relativement proche. Sans actif dans les procédures collectives et sans réelle discipline collective applicable à tous les créanciers sans exception, le financement de l'**AGS** reposera à terme uniquement sur les cotisations des employeurs encore en vie.

Dès lors, on peut se poser la question de savoir s'il ne serait pas opportun, dans le cadre d'une réforme de la loi, de prévoir une suspension des poursuites à l'égard de tous les créanciers, même ceux titulaires d'un droit de rétention ou qui bénéficient d'une clause de réserve de propriété, au moins pendant la procédure ce qui se fait d'ailleurs avec la fiducie puisque la fiducie n'a d'effet que lorsqu'on aboutit à un plan de cession ou à une liquidation. Si cette réforme prospérait, l'entreprise garderait tous ses actifs pour mettre en place un plan de redressement.

On pourrait envisager une suspension des poursuites à l'égard de tous les créanciers y compris les titulaires d'une sûreté propriété (Henri Chriqui).

Cela a été mis en place *in extremis* par l'ordonnance du 18 décembre 2008 essentiellement dans deux cas : pour la fiducie à condition qu'elle s'accompagne d'une convention de mise à disposition et pour les droits de rétention fictifs de l'article 2286, 4°, du Code civil qui sont inopposables pendant la période d'observation. Il n'en demeure pas moins que

cela ne résout pas la problématique de la liquidation judiciaire qui est une procédure qui devrait avoir vocation à réaliser les actifs du débiteur en vue de désintéresser, à mon avis prioritairement, ceux qui mettent en oeuvre des mécanismes de solidarité nationale.

C'est un choix politique : ou l'on veut favoriser l'intérêt général et on en revient à la procédure collective en gelant les intérêts des créanciers individuels pendant la procédure ou l'on veut favoriser les créanciers individuels et, dans ce cas, le sauvetage de l'entreprise devient plus délicat.

On ne ménagera pas les deux.

C'est en effet difficile.

Et en plus ce sont des mouvements de fond qui mettent du temps. Il n'y a évidemment pas de statistiques immédiates. Entre le moment où la loi est votée et le moment où elle va produire ses effets dans le cadre de procédures collectives, où les rétenteurs vont récupérer à leur bénéfice exclusif le produit des réalisations d'actifs, il va se passer quelques années avant de pouvoir mesurer l'impact sur les récupérations de l'**AGS**. Ce sont des effets à moyen terme. Une fois que ce constat sera fait ce sera trop tard. On en viendra alors probablement, par un effet de balancier inverse, à supprimer purement et simplement l'efficacité du droit de rétention en redressement et liquidation judiciaires. Pourquoi favoriser le droit de rétention du créancier antérieur au détriment du privilège général du créancier qui finance la période d'observation ? Ce n'est pas légitime. On privilégie les établissements de crédit alors que ne sont pas eux qui financent les entreprises françaises. Les fournisseurs sont totalement sacrifiés dans le cadre des procédures collectives alors que le crédit fournisseur est aujourd'hui bien plus important que le crédit bancaire pour le financement des entreprises françaises.

Faut-il intégrer le volet social dans une réflexion sur la prévention ?

La question qui se pose en matière de prévention, c'est de déterminer à quel stade de la procédure il faut associer complètement les salariés car il ne faudrait pas que la prévention déclenche une procédure d'alerte.

D'un autre côté, il faut informer les comités d'entreprise suffisamment en amont sinon on encourt le risque de délit d'entrave.

Dans la prévention, il y a un volet économique fondamental, un volet financier, il faut donc qu'aujourd'hui, le volet social soit mieux pris en compte. Comment limiter les licenciements, indemniser au mieux les salariés qui doivent partir avec le concours de l'**AGS** ? Si l'on veut agir encore plus efficacement en prévention, il faut mieux intégrer le volet social.

Il va falloir être très attentif : à quel moment cette conciliation doit-elle intervenir ? Il va se poser la même question qu'avec la procédure de sauvegarde. Si l'entreprise est *in bonis*, est-ce que par le biais de la sauvegarde, il y a un moyen de faire financer par l'**AGS** une restructuration sociale ? Il faut éviter cet écueil.

L'**AGS** ne devrait intervenir que dans le cadre d'une conciliation suivie d'un protocole qui sera soumis à l'homologation du tribunal.

C'est là où intervient aussi peut-être le rôle des élus et des syndicats.

La discussion serait alors menée avec les partenaires sociaux et sous le contrôle du tribunal.

Sans oublier une chose c'est que l'intervention de l'**AGS** est toujours une intervention à titre subsidiaire c'est à dire que l'entreprise n'ait pas de fonds disponibles pour réaliser son opération.

Dans le cadre d'une procédure de conciliation il faut aussi penser au traitement réservé à tous les créanciers qui ne sont

pas parties aux accords de conciliation homologués ou non. L'anticipation des difficultés pour réagir le plus possible en amont peut aussi se traduire par un effet pervers : contrairement à ce que l'on pense, lorsque la conciliation est homologuée elle a des effets *erga omnes* et notamment à l'égard de tous les créanciers qui ne sont pas parties à l'accord de conciliation par l'effet du gel à la date d'homologation du report de la date de cessation des paiements. Il y a donc une quasi obligation de résultat car si elle échoue, ceux qui n'auront pas été parties à l'accord ne pourront pas remettre en cause des actes qui auront été passés dans le cadre de cette conciliation. Il faudrait donc peut-être que soit présent à l'audience d'homologation un représentant des créanciers qui n'ont pas été parties à l'accord pour que leur intérêt à un moment ou à un autre soit défendu, pour expliquer en quoi les décisions prises ont des conséquences dans le temps en cas de déconfiture de l'entreprise ultérieurement. On peut imaginer qu'un créancier qui n'est d'ailleurs pas forcément un créancier stratégique profite de la conciliation pour monnayer en contre partie d'un apport de trésorerie nouvelle une garantie très efficace qui aura vocation à le soustraire à la discipline collective en cas de procédure collective. Si cet accord est homologué, plus personne ne pourra venir remettre cela en cause. Il faut des garanties pour les créanciers non parties à la conciliation.

Toutes les garanties prises à ce niveau là sont les bienvenues. C'est vrai que l'accord va concerner les principaux créanciers. On n'imagine pas d'y associer tous les créanciers mais s'il y a un garde-fou à mettre pourquoi pas ?

L'idée est que dans cette période tendue, il peut y avoir des ruptures d'égalité qui sont irréversibles. Ce sont des choses à encadrer.

Il y a quand même le contrôle du tribunal. L'homologation n'est pas un simple constat. C'est vraiment l'examen d'une situation dans son ensemble. Pour obtenir l'homologation du protocole par le tribunal, il faut justifier que les intérêts de tous les créanciers sont sauvegardés. La prévention aujourd'hui va au-delà du simple moratoire obtenu des principaux créanciers.

Élargissons un peu le cadre au contexte européen. Est-ce que nos voisins européens partagent les mêmes conceptions - on a déjà laissé entendre que non, tout au moins pas dans les mêmes proportions - ? Par ailleurs, les directives européennes successives ont organisé la répartition des compétences entre les organismes de garantie. Est-ce qu'il y a à cet égard des difficultés persistantes ?

Déjà, il y a des disparités dans les différents régimes européens, systèmes de garantie, et des domaines d'intervention différents.

N'aurait-il pas fallu que la directive aille plus loin ? Faudrait-il que des directives à venir uniformisent une partie du droit des procédures collectives, en prévoyant des plafonds ou au moins des fourchettes de plafonds des différents organismes ?

Le texte prévoit bien la possibilité pour chaque État de mettre des plafonds. L'AGS aimerait bien qu'il y ait une uniformisation. Se fera-t-elle vers le haut ou vers le bas ?

Il y a quelques difficultés. On est dans le cadre d'une procédure transnationale, c'est-à-dire d'une procédure ouverte en Allemagne, en Angleterre ou autre. Chez nous il faut déjà remplir un relevé de créances salariales. Ce n'est pas toujours simple pour le syndic étranger car chez eux c'est plus expéditif. Chez nous il faut que ce soit un relevé qui donne l'identité de la personne et la nature des créances, et que ce soit signé par le juge-commissaire. Ce sont des formalités auxquelles ils ne sont pas forcément habitués. Deuxième point important, lorsqu'il y a des salariés en France, le mandataire étranger va devoir les licencier et là cela devient problématique car si nous avons un mandataire anglais, il peut les licencier par un simple coup de téléphone. Il ne connaît pas forcément les arcanes et toutes les difficultés qu'il y a en France pour licencier dans le cadre des procédures collectives. On est alors tout de suite devant le conseil des prud'hommes et condamné. Dernier point, le système français est un système d'avance contre récupération. Dans les procédures étrangères, il n'est pas forcément question de rembourser les avances et si on les rembourse, c'est très faible voire inexistant car beaucoup de ces pays ne connaissent pas le privilège, le superprivilège et toutes les spécificités



françaises. Voilà pour les difficultés générales que l'on rencontre.

En pratique, dans certains pays, il faut faire une déclaration de créance même quand on est salariés. La Cour de cassation nous dit, il faut que le mandataire étranger écrive au salarié français pour lui rappeler qu'il a deux mois pour déclarer votre créance mais cela ne se fait jamais. Même certaines règles des pays étrangers ne sont pas applicables. Puis parfois on a des difficultés pour savoir quelle procédure collective a été engagée dans le pays européen. On n'a parfois même pas le jugement. Le salarié vient dire, l'entreprise a été liquidée parce que dans telle langue cela veut dire liquider et on vient demander à l'**AGS** d'indemniser. C'est seulement à ce moment que la cour, à raison, demande copie du jugement. Parfois, au bout de deux ans, le salarié ne sait même pas quelle procédure a été engagée, si la société est liquidée...

En Belgique, le système de garantie s'appelle le « Fonds de fermeture des entreprises » mais c'est la fermeture d'une entreprise n'est pas forcément judiciaire. On ne sait pas qui va procéder aux licenciements ni dans quelles conditions.

Il y a deux aspects :

- le droit du travail qui relève de la compétence des États et je ne crois pas que l'on puisse réformer grand-chose à ce niveau-là. Chaque État garde ses prérogatives ;
- l'indemnisation : on peut avoir une influence sur l'indemnisation. Il n'y a pas de privilège spécial en Allemagne. C'est trois mois maximum, en Angleterre, c'est limité à 800 livres, aux États-Unis, dans le cadre du *Chapter eleven*, c'est 4000 dollars.

Le volet social n'est pas un problème dans les procédures étrangères. Le salarié est un cocontractant comme les autres. Quand on parle de *Forum shopping*, il faut voir ce que la France peut représenter par rapport à cela.

Peut-être pourrions-nous dans le cadre de la réforme du règlement européen élaborer des propositions sur le plan de l'indemnisation même si l'on ne peut pas beaucoup bouger les lignes de la procédure de licenciement.

Le volet social n'est pas un problème dans les procédures étrangères. Le salarié est un cocontractant comme les autres (Henri Chriqui).

On voit bien dans le fonctionnement d'une procédure collective en France, l'**AGS** est impliquée car elle accompagne la procédure dans son déroulement. On est vraiment partenaire de cette procédure collective. Il faudrait presque que le droit de l'**AGS** dans le cadre de ces procédures soit détaché du droit du travail et relève du droit des procédures collectives, avec une législation spécifique adaptée aux procédures collectives alors qu'on y applique un droit quasi exclusivement fait pour les entreprises *in bonis*. C'est quelque chose qu'on ne voit pas dans les droits étrangers. On n'est pas à égalité.

On n'est pas à égalité du tout.

S'il y a un droit nationaliste c'est bien le droit des procédures collectives et *a fortiori* le droit du travail. Un pays comme la France n'abandonne pas sa souveraineté nationale comme cela Mais le salut passe sans doute par l'Europe : si l'on n'a pas l'énergie en interne pour faire ces réformes, il faudra peut être qu'elles nous soient imposées par l'Union européenne.

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne issue d'un arrêt du 10 mars 2011 paraît donner au salarié, qui exécute sa prestation dans un pays autre que celui dans lequel se trouve le siège social de son employeur, un choix entre l'institution de garantie du pays où il exécute son travail et celle du pays où se trouve le siège social de son

employeur. Il semble qu'une cour d'appel française ait compris les choses en ce sens en donnant une option au salarié. Est-ce porteur de difficultés ?

En effet une nouvelle difficulté apparaît, c'est l'incertitude jurisprudentielle européenne. La CJUE jusqu'à présent retenait la compétence de l'institution de garantie du siège social de l'employeur mais par cet arrêt du 10 mars 2011, elle remet cela en question. En l'occurrence, elle indique que c'est le système français qui va s'appliquer et non le système belge alors que normalement c'est le système belge qui devait s'appliquer et elle emploie les termes « à titre complémentaire ou substitutif ». Cet arrêt était rendu sous l'empire de la directive de 1980 et sa jurisprudence définissant le régime de garantie applicable comme étant celui du siège social de l'entreprise en procédure collective. Cette position a été revue par la directive de 2002 modifiée en 2008 qui dit expressément que le régime compétent est celui du pays où s'exerce la prestation de travail ce qui paraît assez légitime. Cet arrêt a été rendu sur une question préjudicielle et la Cour de cassation doit se prononcer au mois de septembre et devrait entériner cette position. Mais elle peut se faire influencer par une décision d'appel de la chambre sociale de la cour d'appel de Colmar. Il s'agit d'un salarié travaillant pour une société française en Allemagne, dans un établissement allemand pour lequel il était soumis à la législation allemande et payait ses cotisations sociales en Allemagne. Le salarié a été licencié par le mandataire judiciaire français selon les règles du droit allemand. Le salarié a considéré que son licenciement était irrégulier, sans cause réelle et sérieuse et a obtenu des indemnités. Cette créance n'est pas garantie par le régime allemand. Le salarié a alors demandé que ce soit opposable au système français. La cour de Colmar (9 juin 2011), tout en réaffirmant que le salarié dépend, en application de la directive de 2002, de l'institution de garantie du pays dans lequel la prestation de travail a été exécutée, indique que « toutefois en présence d'un travail effectué dans un autre État membre de l'Union européenne, la garantie peut être écartée... des dispositions légales nationales plus favorables peuvent être invoquées par le salarié à titre complémentaire ou substitutif si l'institution nationale de garantie donne un niveau supérieur de protection à celle qui serait désignée comme compétente par cette directive ».

« Le principe de la compétence de l'organisme de garantie établi dans l'État membre dans lequel le salarié exerce l'essentiel de sa prestation ne s'oppose pas en effet à une telle option ».

On cherche à éviter le *forum shopping* pour les entreprises, mais pour le salarié on vient de l'ouvrir... Le système français étant particulièrement favorable c'est obligatoirement celui qui sera choisi par tous les salariés d'une entreprise française en procédure collective, travaillant dans ses établissements situés dans n'importe quel pays européen !