

COLLOQUE LOI DE SAUVEGARDE

CNAJMJ - 14 novembre 2006

Avant d'entrer dans le vif du sujet, il ne me paraît jamais inutile de rappeler ce qu'est l'AGS.

L'AGS est un organisme patronal dont le fonctionnement repose sur le principe de la solidarité interprofessionnelle des employeurs.

Ceci pour dire qu'elle n'est pas un banquier ou encore moins un assureur, taillable et corvéable à merci.

Le législateur de 2005, avec un regard nouveau et un réel pragmatisme, instruit des lacunes de la loi du 25 janvier 1985, a bâti le dispositif de la sauvegarde.

L'objectif principal consiste à anticiper l'apparition des difficultés, en vue de permettre l'adoption dans des délais appropriés, de mesures facilitant le redressement durable des entreprises.

Pour l'AGS, associée au déroulement des procédures collectives depuis 1974, la question se posait d'une intervention possible ou non dans la procédure de sauvegarde.

En effet, ce qui est déterminant dans le choix de cette procédure, c'est que le chef d'entreprise n'est pas en cessation des paiements : il est donc susceptible de faire face à ses obligations sociales.

Je ne peux pas ne pas rappeler la crainte majeure exprimée par l'ancien Président du MEDEF, M. Ernest Antoine Sellières, lors des entretiens du Tribunal de Commerce de Paris en date du 21 octobre 2004.

«Le fait que l'AGS sera appelée à intervenir pour des entreprises in bonis facilitera les abus, certains débiteurs y voyant un moyen incontournable de faire financer leurs restructurations».

Alors, qu'en est-il aujourd'hui, 10 mois après l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005.

Sur 374 procédures de sauvegarde ouvertes, l'AGS a été sollicitée dans 49 dossiers dont 28 sont toujours en cours. L'exploitation des jugements ayant ouvert des procédures de sauvegarde depuis le 1^{er} janvier 2006, avec intervention de l'AGS, nous met en présence de petites et moyennes entreprises, à faible effectif, sauf quelques exceptions.

Il s'ensuit que les restructurations se limitent, la plupart du temps, à moins de 10 salariés, Pour les dossiers dans lesquels est intervenue l'AGS, 52 % de l'effectif présent à l'ouverture a fait l'objet d'un licenciement économique.

L'origine des difficultés rencontrées par ces entreprises, varie selon l'activité exercée, mais deux profils se distinguent dans un inventaire des jugements d'ouverture de la sauvegarde.

D'un côté, nous sommes en présence d'entreprises appartenant à des secteurs exposés à la concurrence très vive des pays à faible coût de main d'œuvre, conséquence de la mondialisation des échanges (par ex. l'industrie de la chaussure et le textile).

Dans les autres cas, ces entreprises enregistrent une baisse brutale de chiffre d'affaires à la suite de la perte d'un client important, nécessitant une réorganisation rapide.

La mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi apparaît alors inévitable.

D'une manière générale, les entreprises placées en procédure de sauvegarde restent fragiles et doivent réaliser un équilibre délicat entre l'obligation d'apurer le passif et l'impérieuse nécessité de poursuivre leur développement par l'investissement et la participation aux nouveaux appels d'offres. A cette fin, elles doivent le plus rapidement possible restaurer leur capacité de recourir au crédit tant auprès des banques que des fournisseurs

La Délégation Unédic AGS s'efforce quant à elle, d'intégrer ces différents paramètres lorsqu'elle est conduite à intervenir dans une procédure de sauvegarde et qu'elle devient ainsi créancier titulaire de créances immédiatement exigibles.

I Modalités d'intervention de l'AGS : rappel des grands principes

Dans la loi du 26 juillet 2005, l'instauration de la procédure de sauvegarde a constitué une innovation majeure pour l'AGS et apporté des changements dans son intervention.

1 -1 Les créances garanties / les créances non garanties

Il est indispensable à titre préliminaire, de se reporter à la rédaction de l'article L 620-2 qui permet au tribunal d'encadrer tout recours à cette procédure :

«Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L 620-2 qui justifie de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements ».

Nous sommes bien au cœur du nouveau dispositif de traitement préventif des entreprises. Le dirigeant prend l'initiative de solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde et il anticipe ainsi une aggravation de la situation susceptible de le conduire à un état de cessation des paiements.

Cette spécificité de la procédure de sauvegarde justifie entièrement le **régime dérogatoire** applicable aux créances garanties par l'AGS ainsi qu'aux conditions du recours à la garantie.

Il en résulte que le régime de garantie des salaires ne prend en charge aucune des créances salariales, dues à la date du jugement d'ouverture.

Il ne devrait pas exister de passif salarial à la date du jugement d'ouverture, ou tout du moins, l'entreprise est censée disposer des fonds nécessaires pour y faire face le cas échéant.

L'intervention de l'AGS est en revanche prévue, pour « *les seules créances de rupture* » en raison des licenciements pour motif économique prononcés pendant la période d'observation, dans les 30 jours suivant l'arrêté du plan de sauvegarde.

Cet encadrement des sommes garanties par l'AGS ressort de la nouvelle rédaction de l'article L 143-11-1 2° du code du travail.

Il répond à la nécessité mentionnée dans le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, de mener dans les meilleurs délais la réorganisation de l'entreprise, pour lui permettre de surmonter ses difficultés.

Il est essentiel d'ajouter que le calcul de ces indemnités de rupture s'entend des seules dispositions légales ou des stipulations d'une convention collective. A l'exclusion de toute disposition dérogatoire.

A ce propos, l'AGS, en conformité avec les dispositions du dernier alinéa de l'article L 143-11-3 du code du travail « *...ne couvre pas les sommes qui concourent à l'indemnisation du préjudice causé par la rupture du contrat de travail dans le cadre d'un licenciement pour motif économique, en application d'un accord d'entreprise ou d'établissement ou de groupe ou d'une décision unilatérale de l'employeur, lorsque l'accord a été conclu et déposé et la décision notifiée moins de dix-huit mois avant la date du jugement d'ouverture...* »

Cette limitation s'applique également en procédure de sauvegarde et permet de neutraliser, le cas échéant, l'incidence sur la garantie, de la conclusion d'accords de circonstances.

1-2 Les modalités d'intervention de l'AGS :

A l'instar de la procédure en vigueur dans les redressements et liquidations judiciaires, le recours à la garantie de l'AGS donne lieu à l'établissement préalable par le mandataire judiciaire d'un relevé de créances salariales, visé par le juge-commissaire, conformément aux dispositions de l'article L 143-11-7 du code du travail.

Toutefois, le législateur a voulu renforcer en procédure de sauvegarde, la notion de subsidiarité.

Ainsi la nouvelle rédaction de l'article L 143-11-7 du code du travail prévoit que « *...le mandataire judiciaire justifie (aux institutions mentionnées à l'article L 143-11-4), lors de sa demande que l'insuffisance des fonds disponibles est caractérisée*».

En pratique, le CNAJMJ et la DUA ont établi en commun un document unique et standardisé pour répondre à cette prescription. Il est prévu que cette attestation d'insuffisance des fonds disponibles soit cosignée par le mandataire judiciaire et le dirigeant. Elle est accompagnée d'une situation de trésorerie prévisionnelle.

En cas de contestation de la réalité de l'insuffisance des fonds disponibles par le CGEA territorialement compétent, c'est au juge-commissaire de se prononcer.

A ce jour, aucune contestation d'avance n'a été formulée au titre de la subsidiarité.

1-3 Cas particulier de la conversion de la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire

A tout moment de la période d'observation, le tribunal peut mettre fin à la procédure de sauvegarde lorsqu'il est démontré que l'entreprise se trouve en état de cessation des paiements (L 621-12 ou L 622-10).

La conversion de la procédure de sauvegarde en redressement ou en liquidation judiciaire peut survenir dans deux cas :

- lorsque le débiteur était déjà en cessation des paiements au moment de l'ouverture de la procédure (C. com., art. L 621-12) ;
- ou si cette cessation des paiements apparaît en cours de procédure (C. com., art. L 622-10).

La question qui est alors soulevée, porte sur l'identification des créances garanties en cas de conversion de la procédure de sauvegarde, notamment en redressement judiciaire (à ce jour 33 dossiers de conversion en RJ, dans un délai moyen de 83 jours, allant de 224 jours - *il était temps de s'apercevoir que la cessation des paiements préexistait à l'ouverture de la sauvegarde... par erreur* - à 7 jours).

La détermination des créances garanties découle des règles fixées par les articles L 621-12, al. 1^{er} et L 622-10, al. 4). Elles retiennent d'une part la poursuite de la période initiale d'observation puisqu'il est précisé que le tribunal peut décider d'en modifier la durée. Il en est de même des organes de la procédure, lesquels restent en fonction.

Selon l'article L 143-11-1, al.2, 1^o du code du travail, l'AGS couvre « *les sommes dues aux salariés à la date du jugement d'ouverture de toute procédure de redressement... »* ».

Les termes « *dues aux salariés* », au regard de la garantie de l'AGS, signifient que la créance est due à la date du jugement d'ouverture. Le critère d'identification des créances garanties est bien le fait générateur de la créance et non celui de son exigibilité (JCPE 2005, 639, n^o 13, obs. Philippe PETEL).

Aussi en cas de conversion de la procédure initiale de sauvegarde en redressement judiciaire, les sommes dues antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde sont bien couvertes par l'AGS.

En effet, la conversion d'une procédure de sauvegarde en redressement judiciaire produit les mêmes effets que la conversion d'une procédure collective classique.

La procédure de sauvegarde ayant déjà emporté l'arrêt des poursuites individuelles, l'interdiction des paiements, la vérification des créances, la revendication des meubles.... la jurisprudence et la doctrine ont toujours admis que **la conversion d'une procédure collective n'emportait pas ouverture d'une nouvelle procédure mais poursuite de la procédure initiale selon un autre régime.**

En conséquence, seul le jugement initial permet de distinguer les créances antérieures et postérieures.

En cas de conversion de la procédure initiale de sauvegarde en redressement judiciaire, les créanciers ne déclarent pas une nouvelle fois leurs créances, de même que les propriétaires de meubles sont dispensés de renouveler leur revendication.

Le redressement judiciaire s'inscrit dans la continuité de la procédure initiale de sauvegarde et le refus de garantie de l'AGS est parfaitement fondé vis-à-vis de créances de salaires nées pendant la période d'observation, conformément aux dispositions de l'article L 143-11-1, al. 2, 3° du code du travail.

Pourquoi n'y aurait-il ouverture d'une nouvelle procédure, uniquement pour solliciter une intervention de l'AGS, pour une poursuite d'exploitation abusivement prolongée : cela n'apparaît nulle part dans une intention non écrite du législateur.

L'interprétation de l'AGS est partagée par le Professeur Philippe Petel dont l'article publié dans la Revue de jurisprudence sociale 2006-22 comporte une analyse de cette question particulière.

Selon le professeur Petel, s'agissant des créances autres que les indemnités de rupture (essentiellement les salaires) nées durant la période d'observation de la sauvegarde : *« elles ne sont pas couvertes en cas de redressement judiciaire et ne le sont que dans les conditions restrictives prévues à l'article L 143-11-1, al. 2, 3°) en cas de liquidation judiciaire ».*

Il ajoute : *« étant admis que la conversion d'une procédure de sauvegarde n'emporte pas ouverture d'une nouvelle procédure mais poursuite de la procédure initiale sous un autre régime, on doit, à notre avis, considérer que le jugement d'ouverture permettant d'identifier les créances antérieures couvertes par l'AGS est le jugement d'ouverture de la sauvegarde. »*

Il s'ensuit que *« ...les créances salariales nées durant la période d'observation antérieure à la conversion ne sont donc pas couvertes au titre de l'article L 143-11-1, alinéa 2, 1°. Elles ne sont couvertes que dans les conditions, plus restrictives, pour la LJ.*

II - Remboursement des avances de l'AGS

2 – 1 Quelle est la nature juridique de la créance avancée en procédure de sauvegarde

Dans les conditions exposées précédemment, le CGEA devient « *créancier de la procédure* » (L 622-17) lorsqu'il a avancé :

- des créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenue pendant la période d'observation, y compris pour les salariés auxquels est proposé soit la convention de reclassement personnalisé, soit le contrat de transition professionnelle (L 143-11-1 2° et 2° bis) ;
- il en est de même pour le salaire du délai de réflexion des salariés auxquels sont proposés ces dispositifs.

Cette créance relevant de l'article L 622-17 se distingue d'une part parce qu'elle est née régulièrement après le jugement d'ouverture, mais surtout parce qu'elle est née :

« Pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation ou en contrepartie d'une prestation fournie du débiteur, pour son activité professionnelle, pendant cette période. »

L'AGS « *créancier méritant* » est subrogée dans les droits des salariés pour l'ensemble des créances, lors d'une procédure de sauvegarde (C. travail, art. L 143-11-9, al. 1^{er}, a).

Pour les créances de la période d'observation, s'agissant bien de créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, elles bénéficient du privilège de procédure de l'article L 622-17-1.

En effet, les sommes avancées par le CGEA remplissent les conditions que retient Mme le Professeur Perrochon, pour les besoins du déroulement de la procédure : les avances de l'AGS sont postérieures, régulières et utiles, et l'opération est autorisée par le juge commissaire.

Ce que confirme le Professeur Petel (cf. l'article paru dans la Revue de jurisprudence commerciale) « *...on ne peut manquer de considérer que les licenciements pour motif économique sont des actes utiles au déroulement de la procédure ou de la période d'observation puisque destinés à alléger les effectifs en vue de la sauvegarde de l'entreprise* ».

Il ajoute d'ailleurs que « ...la position consistant à dénier aux créances d'indemnités des salariés licenciés le bénéfice du privilège de procédure serait en contradiction avec les dispositions régissant l'intervention de l'AGS dans la sauvegarde ».

En effet, l'article L 143-11-7, alinéa 7 du Code du travail subordonne toute intervention à l'insuffisance de fonds disponibles, ce qui suppose que les créances couvertes ont, en principe, vocation à être payées par l'employeur placé sous sauvegarde. Or, si elles peuvent être payées par l'employeur, c'est bien qu'elles bénéficient du privilège de procédure, faute de quoi elles seraient soumises à l'interdiction de paiement frappant toutes les autres créances. (C. com, art. 622-7).

L'AGS peut également être « créancier post plan de sauvegarde » pour avoir avancé des créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenue dans le mois de l'arrêté du plan de sauvegarde (L 143-11-1 2°) ;

Par contre, pour ces avances, il n'est plus possible d'invoquer l'existence du privilège de procédure.

L'AGS conserve néanmoins la possibilité d'un recours immédiat contre l'entreprise bénéficiant d'un plan de sauvegarde. Ces créances sont nées à l'encontre d'un débiteur redevenu in bonis et les créances liées aux licenciements prononcés en exécution du plan de sauvegarde, doivent être payées à leur échéance conformément au droit commun.

2 – 2 Quel est le sort des avances consenties pendant la période d'observation de la procédure de sauvegarde

A - Le principe :

Nous avons précisé que l'AGS possède une créance bénéficiant du privilège de procédure de l'article L 622-17 du code de commerce.

A partir de cette situation, le CGEA ayant procédé à l'avance des sommes garanties, et légalement subrogé dans les droits du salarié indemnisé, est en droit de réclamer le remboursement immédiat de sa créance.

En pratique, le CGEA adresse au mandataire judiciaire pour chaque avance effectuée, un état récapitulatif de ses créances, bénéficiant du privilège procédure de l'article L 622-17.

Cette démarche a une double finalité :

Formaliser le décompte précis de la créance de l'AGS ;

Et rappeler au mandataire judiciaire l'exigibilité de la créance et l'inviter à prendre l'attache de l'entreprise et de l'administrateur judiciaire, s'il en a été désigné un, afin qu'ils examinent sans délai les modalités d'apurement de ces créances.

A ce propos, la Délégation Unédic AGS a une approche pragmatique de la situation. Il ne s'agit pas de mettre en péril la trésorerie de l'entreprise, en ponctionnant les sommes disponibles.

Nous avons effectivement conscience que l'entreprise est tenue de respecter certaines contraintes si elle veut réussir sa sortie de la procédure de sauvegarde. Dans ces conditions, elle est tenue de veiller à la poursuite de relations normales avec ses fournisseurs, quant aux modalités de paiement.

De la même façon, l'entreprise doit assurer les conditions de son développement en maintenant un certain volume d'investissement.

Ces paramètres sont bien pris en compte lors des contacts qui sont pris avec la DUA par les entreprises en procédure de sauvegarde ou les mandataires de justice désignés, en vue d'examiner les propositions d'apurement des créances de l'AGS.

B – Au regard du plan de sauvegarde

Bien que les créances de l'AGS ne soient pas incluses dans les prévisions du plan de sauvegarde, l'administrateur judiciaire ne peut pas ignorer leur sort lorsqu'il élabore avec le chef d'entreprise le projet de plan de sauvegarde.

C'est pourquoi, il lui est vivement conseillé de se mettre en rapport, le plus tôt possible avec le CGEA, afin d'indiquer le montant prévisionnel des indemnités de rupture dont la prise en charge sera sollicitée, d'après le nombre de licenciements pour motif économique programmés.

En fonction de cette dette prévisionnelle, l'administrateur judiciaire doit également préciser les modalités envisagées pour son remboursement en sachant qu'il s'agit d'une créance bénéficiant du privilège de procédure de l'article L 622-17.

Bien entendu, la discussion engagée avec la DUA se déroule dans la perspective de la présentation et de l'adoption du plan de sauvegarde. Elle ne pourra accepter des demandes de délais qui réserveraient à sa créance un sort moins favorable qu'à d'autres créanciers.

L'AGS est prête à accepter à titre dérogatoire un paiement échelonné de sa créance, mais la proposition doit respecter le rang de celle-ci. A l'appui de sa démarche, le chef d'entreprise ou l'administrateur judiciaire doit également justifier

sa demande de délais, en produisant des documents comptables et financiers (compte d'exploitation et situation de trésorerie prévisionnels).

C - Sur un plan pratique, les délais acceptés par la Délégation Unédic AGS ne peuvent et ne doivent pas être mentionnés dans le jugement arrêtant le plan de sauvegarde. Il s'agit bien d'accords distincts conclus hors plan, dont la prise d'effet est immédiate, indépendamment des démarches en cours pour l'adoption du plan de sauvegarde.

L'exécution de ces accords s'effectue sous la forme d'échéances mensuelles et ils comportent une clause de déchéance du terme. En cas d'échéance impayée, le CGEA procède alors à la mise en recouvrement de la totalité des sommes restant dues.

A défaut de conclusion d'accords d'échelonnement de la créance de l'AGS, la DUA engage sans délai des assignations en paiement à l'encontre du débiteur en procédure de sauvegarde, après l'avoir préalablement mis en demeure de rembourser sa dette.

Je veux attirer l'attention sur le rôle des mandataires de justice sur le rôle d'anticipation qu'ils doivent exercer. L'entreprise s'expose à des déconvenues sérieuses, si elle ne prend aucune initiative pour régler le plus tôt possible le sort de sa dette vis-à-vis de l'AGS.

Dans ce contexte, le rôle de l'administrateur judiciaire en la matière, dans sa mission d'assistance du chef d'entreprise me paraît particulièrement important.

En conclusion

La procédure de sauvegarde peut être considérée comme un atout dans la recherche des meilleures solutions aux difficultés des entreprises.

Sa mise en œuvre nécessite une adaptation des pratiques suivies jusqu'à présent par les différents acteurs de la procédure (mandataires de justice - dirigeants d'entreprises – conseils de l'entreprise). Pour la DUA, cette nouvelle approche requiert également un apprentissage.

Dans tous les cas, la DUA entend se positionner comme un interlocuteur fiable, réactif et à l'écoute des difficultés rencontrées. L'objectif commun est la réussite de cette nouvelle procédure, qui doit éviter des restructurations trop lourdes et faciliter le redémarrage de l'entreprise sur des bases assainies.

Le préalable au succès de la réforme réside pour nous dans la qualité des échanges qui doivent s'instaurer entre tous les participants et de ce point de vue, la DUA est prête à remplir sa mission de paix sociale dans le souci des intérêts de l'entreprise.

Ce résultat sera d'autant plus facilement atteint que ses interlocuteurs reconnaîtront son rôle de partenaire avec ses obligations mais également ses droits en tant qu'organisme de garantie et de créancier de la procédure.

En définitive, la procédure de sauvegarde aura atteint son objectif si elle parvient à concilier les impératifs de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.
