

1 La place de l'AGS dans les procédures collectives

Quelques questions à...

Thierry MÉTEYÉ,
Directeur de la Délégation AGS

Après deux ans et demi d'application de la loi de sauvegarde, il est possible de mettre en lumière quelques uns de ses effets sur le rôle de l'AGS. Encore plus qu'avant, l'AGS apparaît comme un acteur majeur des procédures collectives et comme un partenaire privilégié de l'entreprise et des organes de la procédure dans la recherche de solutions pour les entreprises en difficulté. Son domaine d'intervention s'est élargi non seulement en raison des innovations de la loi de 2005 (création de la nouvelle procédure de sauvegarde et extension des bénéficiaires des procédures) mais aussi en raison de ses interventions en dehors du territoire national. Enfin, la jurisprudence de la Cour de cassation tend également à accroître les créances prises en charge par l'AGS ce qui ne va pas sans poser certains problèmes.

RPC : Quels ont été les impacts les plus significatifs de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises sur l'AGS, et notamment en 2006 et 2007 ?

T. Méteyé : L'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005 a entraîné pour l'AGS comme innovation majeure, l'élargissement de son champ de garantie aux créances de rupture résultant de l'ouverture des procédures de sauvegarde.

L'AGS participe de ce fait au développement des dispositifs de traitement préventif des difficultés des entreprises. Depuis le 1^{er} janvier 2006, l'AGS gère un outil de suivi très complet de la situation des procédures de sauvegarde ouvertes par l'ensemble des juridictions françaises. L'intérêt consiste à avoir une vision exhaustive de ce type de procédures, depuis leur ouverture jusqu'à leur issue finale (c'est-à-dire soit l'arrêt d'un plan de sauvegarde, soit une clôture de procédure, soit une conversion de la procédure en redressement ou liquidation judiciaire).

Des enseignements très utiles peuvent ainsi être tirés de l'exploitation des données existantes.

En 2006, première année d'application de la loi de sauvegarde des entreprises, l'AGS était intervenue dans 190 affaires sur les 506 procédures de sauvegarde recensées et en 2007 dans 159 affaires sur les 519 comptabilisées. Pour 2008, l'AGS est intervenue dans 40 procédures sur les 385 qui ont été ouvertes au 8 septembre 2008.

Pour 2007, il apparaît que le recours à la garantie se situe plutôt pendant la période d'observation de la procédure de sauvegarde ou après que la procédure de sauvegarde a été convertie en redressement ou liquidation judiciaire. Le pourcentage est de 30 % dans chacune de ces hypothèses.

À l'inverse, l'AGS est très peu sollicitée après l'arrêt d'un plan de sauvegarde : seulement 2 % des cas. Ces résultats démontrent que les entreprises ayant bénéficié d'une procédure de sauvegarde engagent très rapidement les mesures de restructuration sociale, rendues nécessaires par les difficultés rencontrées.

Le facteur d'anticipation procuré par la procédure de sauvegarde correspond bien aux besoins de l'entreprise.

Une tendance identique avait été globalement observée pour 2006.

Les procédures de sauvegarde ouvertes en 2006 se sont terminées par l'arrêt d'un plan de sauvegarde pour 50,3 % d'entre elles, avec un délai d'établissement du plan de plus d'un an en moyenne.

En contrepartie, 35 % des procédures de sauvegarde ont échoué, en étant converties en redressement et liquidation judiciaire.

Compte tenu du délai d'établissement du plan ou de la conversion, les affaires ouvertes en 2007 se trouvent toujours

majoritairement en période d'observation. Toutefois, 100 procédures ont déjà abouti à un plan de sauvegarde (19,2 %).

Lorsqu'on considère la date de création des entreprises mises en procédure de sauvegarde, il en ressort qu'en 2007 les interventions de l'AGS ont eu lieu dans près de 50 % des cas, dans des entreprises ayant plus de 10 ans d'ancienneté.

Les avances effectuées par l'AGS en procédure de sauvegarde restent limitées et cette situation est cohérente avec les caractéristiques propres de la sauvegarde. Celle-ci renforce la règle de subsidiarité pour le recours aux avances de l'AGS. Les organes de la procédure doivent justifier systématiquement l'insuffisance des fonds disponibles.

À propos du remboursement des avances effectuées par l'AGS, les sommes récupérées dans les procédures de sauvegarde ouvertes en 2006, au 30 mars 2008 donnent un taux de récupération de 27 %, supérieur de 6 points au taux de récupération de l'ensemble des affaires ouvertes en 2006. La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises impose un remboursement immédiat des sommes avancées en procédure de sauvegarde. Cette obligation tient effectivement compte de la particularité des entreprises en procédure de sauvegarde, lesquelles demeurent *in bonis*.

Les avances de l'AGS sont donc immédiatement exigibles et doivent être payées sans délai. En cas d'impossibilité de remboursement global immédiat, l'AGS accepte d'étudier les modalités d'un règlement échelonné sous forme d'échéancier, dans le cadre des discussions à mener avec le chef d'entreprise et l'administrateur judiciaire ou à défaut le mandataire judiciaire.

À ce stade d'application de la loi, l'AGS apporte son soutien résolu au succès de la procédure de sauvegarde afin de faciliter le redressement des entreprises grâce à l'anticipation des difficultés.

La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 a également étendu le champ de garantie de l'AGS aux employeurs personnes physiques exerçant une activité indépendante ou libérale : 101 entreprises de ce type ont sollicité l'intervention de l'AGS en 2007.

RPC : Comment l'activité de l'AGS a-t-elle évolué au cours de l'année 2007 et quels sont les événements majeurs à retenir ?

T. Méteyé : Le nombre des interventions AGS est demeuré stable, malgré l'augmentation des défaillances d'entreprises (données BODACC). Il s'établit en dessous de 20 000 affaires pour la deuxième année consécutive (cf. Rapport d'activité 2007 de la Délégation AGS publié en juin 2008 et accessible sur www.ags-garantie-salaires.org).

Le nombre d'affaires de plus de 100 salariés a fortement diminué (105 affaires, soit - 38,6 % par rapport à 2006), alors que les petites entreprises de moins de 10 salariés étaient plus largement représentées qu'en 2006.

Les affaires ouvertes en 2007 portent pour 59 % d'entre elles sur des liquidations judiciaires d'office, pour 40 % sur des redressements judiciaires et 1 % sur des procédures de sauvegarde.

Au 31 mars 2008, l'évolution des stades de la procédure collective par année de jugement d'ouverture (situation au 31 mars 2008) montre que deux ans après leur ouverture, deux tiers des procédures de redressement judiciaire sont converties en liquidation judiciaire et que sur les 26 % des procédures ayant abouti à un plan de redressement, 29 % ont échoué. Ces proportions étaient équivalentes à celles observées les années passées.

Parmi les affaires ouvertes en liquidation judiciaire en 2005, plus de la moitié étaient clôturées au 31 mars 2008. Le pourcentage de clôture, deux ans après l'ouverture de la procédure, est passé de 51 % pour les liquidations ouvertes en 2004, à 53 % pour celles ouvertes en 2005.

Les entreprises de moins de 10 salariés ont représenté en 2007, 83 % des affaires ouvertes.

Comme les années précédentes, les interventions de l'AGS ont concerné majoritairement des entreprises ayant moins de 5 ans d'existence.

L'AGS demande systématiquement au tribunal sa nomination en qualité de contrôleur dans les procédures collectives touchant des entreprises ayant des impacts économiques, sociaux et financiers importants.

En 2007, l'AGS a ainsi été nommée contrôleur dans 126 affaires contre 153 en 2006. Cette évolution est liée à la diminution du nombre d'affaires de plus de 100 salariés.

En tant que contrôleur, l'AGS entend assister les organes de la procédure dans le domaine social et de l'emploi et permettre aux créanciers d'être désintéressés au mieux en s'assurant de la pérennité de la solution envisagée.

En 2007, le montant des avances effectuées par l'AGS s'est élevé à 1,4 milliard €, soit une baisse de 4 % par rapport à 2006, mais il convient de noter que le montant moyen avancé pour chaque salarié est en augmentation.

Le nombre de bénéficiaires de la garantie AGS (208 233) est également en diminution de 5,7 % pour la quatrième année consécutive et le montant des récupérations s'est maintenu à un niveau élevé.

Le taux moyen de récupération pour toutes les affaires ouvertes depuis le 1^{er} janvier 1986 jusqu'au 31 décembre 2007 a poursuivi sa progression pour la quatrième année consécutive et s'est établi 36,7 %.

RPC : Quelles sont les conséquences pour l'AGS de l'augmentation continue des contentieux collectifs en matière prud'homale ?

T. Méteyé : Le problème actuel le plus préoccupant pour l'AGS est la charge financière que constituent les dommages et intérêts alloués dans le cadre de licenciements économiques au titre de l'insuffisance des mesures de reclassement ou du plan de sauvegarde de l'emploi.

À ce titre, le mandataire judiciaire est soumis à l'obligation d'apporter la preuve qu'il a déployé des efforts réels et significatifs pour proposer des mesures de reclassement aux salariés concernés.

Or, la simple application des dispositifs légaux ou conventionnels (ASFNE, cellule de reclassement, CRP, CTP, etc...) ne suffit pas à caractériser un effort de reclassement susceptible d'être pris en considération.

La jurisprudence exige la mise en œuvre de moyens susceptibles de réduire les licenciements ou adopte une solution indemnitaire au problème de la perte d'emploi. La Cour de cassation a, par exemple, jugé (*Cass. soc.*, 14 févr. 2007, n° 05-45.887, 06-40.122, 06-40.127 : *JurisData* n° 2007-037375) que la dispense d'activité favorisant la recherche d'emploi est une mesure de reclassement.

L'employeur doit exécuter loyalement son obligation de reclassement à travers des mesures concrètes, précises et personnal-

sées qui doivent être recherchées dans l'entreprise et le groupe dont elle relève.

Les contentieux générés par cette question sont des contentieux de masse de plusieurs centaines de salariés par dossier. En conséquence, ils se traduisent par l'octroi de dommages-intérêts importants, de l'ordre de plusieurs millions € par dossier, supportés *in fine* par l'AGS.

Face à ce risque, la Cour de cassation a néanmoins adopté une position moins sévère en décidant que les mesures prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi devaient s'apprécier selon les moyens dont dispose l'entreprise pour maintenir les emplois ou faciliter le reclassement des salariés (*Cass. soc.*, 6 mars 2007, n° 05-40.156 : *JurisData* n° 2007-037846. - *Cass. soc.*, 3 mai 2007, n° 05-45.990 à 05-46.015, 05-46.026 : *JurisData* n° 2007-038734. - *Cass. soc.*, 23 oct. 2007, n° 06-45.289 : *JurisData* n° 2007-041021).

Cette jurisprudence a des conséquences importantes sur l'intervention de l'AGS en présence d'une entreprise exsangue, déclarée en liquidation judiciaire, dont la situation économique et financière est catastrophique et qui appartient à un groupe dont toutes les autres sociétés sont en liquidation judiciaire.

La position de la Cour de cassation est donc de considérer que le plan de sauvegarde de l'emploi est conforme à l'article L. 1233-61 du Code du travail dès lors qu'il comporte des mesures précises et concrètes pour faciliter le reclassement du personnel en rapport avec les moyens du groupe.

Face à la multiplication des contentieux de masse, l'AGS doit être considérée comme un véritable acteur de la procédure collective. À ce titre, l'AGS est intéressée de connaître dès l'origine la problématique sociale d'une entreprise en difficulté, pour être en mesure d'appréhender les risques, de les quantifier et de dégager des solutions alternatives aux contentieux.

Dans ce contexte, les liens de confiance réciproque entre l'AGS et les mandataires de justice sont essentiels. Cette coopération conditionne la limitation des contentieux de masse.

RPC : Comment se traduit pour l'AGS le recours à ses interventions en dehors du territoire national au sein de l'Union européenne, et quelles initiatives sont prises pour promouvoir une coopération entre les différents Fonds de garantie des salaires ?

T. Méteyé : Aujourd'hui, l'ouverture des frontières au sein de l'Union européenne nécessite la mise en place de dispositifs communautaires pour tenir compte de la multiplication des lieux d'implantation des unités de production dépendant de la même société.

Dans cet environnement, le projet de loi relatif à la mise en œuvre des dispositions communautaires concernant la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur a été soumis au Parlement au deuxième semestre 2007. Ce vecteur législatif devait permettre la transposition en droit français de la directive 2002/74/CE du Parlement européen et du conseil, du 23 septembre 2002, modifiant la directive 80/987/CEE du conseil concernant le rapprochement des législations des États membres.

Le projet de loi a été adopté en première lecture le 17 octobre 2007 par le Sénat pour devenir la loi n° 2008-89 du 30 janvier 2008, articles 11 et 12, publiée au Journal Officiel du 31 janvier 2008.

La loi a introduit six articles supplémentaires dans le Code du travail numérotés de L. 3253-18-1 à L. 3253-18-9. Ces articles définissent les modalités de l'intervention de l'AGS pour le règlement des créances impayées, lorsque l'employeur se trouve en état d'insolvabilité.

L'AGS a mis en place une organisation interne pour gérer ces dossiers dans le cadre de l'application de cette nouvelle réglementation européenne en matière de faillite.

Depuis 2003, l'intervention de l'AGS a principalement été sollicitée pour des entreprises implantées dans des pays frontaliers, en Belgique (24 affaires), en Allemagne (23 affaires) et au Royaume Uni (17 affaires).

Parallèlement à ces évolutions réglementaires, une action est conduite pour nouer des échanges entre l'AGS et ses homologues implantés dans les différents États de l'Union européenne. Des contacts ont déjà été pris avec les Fonds de garantie belge,

britannique et autrichien et des projets sont en cours de concrétisation avec les Fonds espagnol et allemand.

Il s'agit de connaître les spécificités des différents Fonds de garantie et de faciliter la coopération conformément aux articles 8 et 8 bis du Règlement européen du 29 mai 2000. Ces rencontres devraient déboucher vers l'organisation d'une rencontre internationale rassemblant des représentants de tous les Fonds de garantie des salaires, vraisemblablement à la fin de l'année 2009.

RPC : Quelle est l'incidence sur la garantie de l'AGS de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation ?

T. Méteyé : La revue des décisions les plus significatives rendues en 2007, confirme une forte propension à mettre en jeu la garantie de l'AGS. À cet effet, les textes de référence sont interprétés de telle sorte que les conditions de prise en charge de créances discutables soient réunies.

Dans cet esprit et parmi les nouveautés recensées, l'analyse faite du dispositif de désendettement des rapatriés installés dans une profession non salariée, est édifiante. La Haute-juridiction n'a ainsi pas vu d'objection à la mise en œuvre de la garantie de l'AGS, en dépit de l'existence d'une suspension des poursuites à l'égard du débiteur (*Cass. soc.*, 31 janv. 2007, n° 04-48.312).

Dans cette même tendance jurisprudentielle, l'année 2007 maintient une conception contestable du sort de la contrepartie financière de la clause de non concurrence. En effet, la Cour de cassation considère que ce type de créance résulte de la rupture du contrat de travail et naît au moment de celle-ci. Il s'ensuit que l'AGS est tenue de garantir le paiement des mensualités de la contrepartie financière, y compris celles échues postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective.

Ce raisonnement méconnaît l'économie de l'obligation de non-concurrence qui est à exécution successive (*cf. Arrêt de rejet Cass. soc.*, 21 févr. 2007, n° 04-46.875).

D'une manière générale, en présence d'une procédure collective, l'AGS subit de plein fouet le durcissement des obligations mises à la charge de l'employeur, dans sa relation avec ses salariés. L'AGS va ainsi devoir supporter rétroactivement la réparation financière des griefs de toute nature, reprochés par le salarié à son employeur, pendant la durée de l'exécution du contrat de travail.

Une illustration de cette évolution est apportée par la solution du cas du salarié ayant négligé de prendre ses congés dans le délai

légal de deux mois. Il incombe désormais à l'employeur de demander au salarié de prendre ses repos compensateurs dans le délai d'un an maximum. En l'absence de cette information, la Cour de cassation estime que le salarié a nécessairement subi un préjudice, ouvrant droit à des dommages-intérêts (*Cass. soc.*, 9 mai 2007, n° 05-46.029 à 05-46.041 : *JurisData* n° 2007-038810).

Il en est de même de l'autorisation du cumul entre plusieurs indemnités. Dans le cas de l'indemnité forfaitaire allouée pour travail dissimulé, elle peut dorénavant se cumuler avec pratiquement toutes les indemnités de rupture, à l'exception des indemnités de licenciement.

Un palier a toutefois été franchi avec le traitement du sort des apprentis dont le contrat d'apprentissage a été prématurément rompu.

Par une interprétation abusive des textes, la chambre sociale décide d'accorder systématiquement à l'apprenti la totalité des salaires restant dus jusqu'à la fin théorique du contrat d'apprentissage, en se référant à la rupture des contrats à durée déterminée. Une telle solution ne peut se concevoir que dans la perspective d'un recours à la garantie de l'AGS pour les sommes allouées.

Il est critiquable qu'il ne soit exigé aucune recherche préalable pour déterminer l'étendue du préjudice effectivement subi par l'apprenti. À cet égard, il reste des juridictions du fond pour résister à cette jurisprudence relative à la rupture des contrats d'apprentissage, en mettant l'accent sur l'évaluation du préjudice subi.

Nonobstant ces observations objectives, la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence par un arrêt du 22 mars 2007 approuvant une position de la cour d'appel de Chambéry.

Lorsqu'on aborde la question des dommages-intérêts opposables à l'AGS, il en ressort que la jurisprudence va bien au-delà de la notion de créance résultant de l'exécution du contrat de travail, puisqu'aujourd'hui la prise en charge s'étend même aux dommages-intérêts en réparation du préjudice moral ou pour harcèlement sexuel.

En définitive, l'existence de l'AGS ne cesse de produire des effets pervers en laissant supposer que la solidarité des entreprises a vocation à prendre en charge tous les types de créances.

Mots-Clés : AGS - Loi de sauvegarde

5529 029 431 FOS Paris

Daniel Gouadain
Jean-Luc Mondon

FACILITEZ-VOUS LA HAUTE VOLTIGE FISCALE

Fiscalité des créations, restructurations et liquidations d'entreprises
par D. Gouadain et J.-L. Mondon (1^{re} éd., 48 €)

Disponible chez votre libraire habituel, dans les librairies Litec
(26 rue Soufflot et 27 place Dauphine à Paris) et sur <http://boutique.lexisnexis.fr>

LexisNexis®
Litec


LexisNexis®