Université de Lille 2 DROIT ET SANTÉ

Master 2 DROIT PRIVÉ APPROFONDI

Parcours Droit social

MÉMOIRE DE RECHERCHE

LES DÉROGATIONS AU LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE DANS L'ENTREPRISE EN PROCÉDURE COLLECTIVE

Présenté par : Nicolas BRANLY

Sous la direction du : Pr François Dumont

Année universitaire 2016-2017

Je tiens à remercier en premier lieu Monsieur le Professeur François Dumont pour avoir accepté de diriger ce mémoire ainsi que pour sa disponibilité et ses précieux conseils.

Je souhaite par ailleurs remercier l'ensemble des enseignants du parcours droit social pour la qualité de leurs enseignements.

SOMMAIRE

Partie I : L'accélération du licenciement pour motif économique dans l'entreprise en procédure collective

Chapitre I : Le contrôle restreint du motif économique

Chapitre II : L'allègement de la procédure de licenciement pour motif économique

Partie II : Le maintien d'une protection a minima du salarié licencié pour motif économique dans le cadre d'une procédure collective

Chapitre I : L'accompagnement fragilisé du salarié menacé de licenciement

Chapitre II : La protection post-contractuelle du salarié licencié

ABRÉVIATIONS

Act. proc. coll.	Lettre d'actualité des procédures collectives et civiles
Art.	Article
AGS	Association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés
Al.	Alinéa
ANI	Accord national interprofessionnel
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. Ch. mixte	Bulletin de la chambre mixte de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin civil
CA	Cour d'appel
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CEDH	Convention européenne des droits de l'Homme
C. trav.	Code du travail
CE	Conseil d'État
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
D.	Recueil Dalloz
Dir.	Sous la direction
Direccte	Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi.
DC	Décision du Conseil constitutionnel
Dr. soc.	Revue de Droit social
Infra.	Ci-dessous
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JCP	La semaine juridique édition générale
JCP E	La semaine juridique édition entreprise et affaires
JOAN	Journal officiel de l'Assemblée nationale
LPA	Les Petites Affiches

Mél.	Mélanges
p.	Page
PSE	Plan de sauvegarde de l'emploi
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
Rev. soc.	Revue des sociétés Dalloz
RDT	Revue de droit du travail
Rép. Trav.	Répertoire de droit du Travail Dalloz
RJC	Revue de jurisprudence commerciale
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RPC	Revue des procédures collectives
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
Sem. So. Lamy	Semaine sociale Lamy
Supra.	Ci-dessus
t.	Tome
T. com.	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance

« Les meilleurs ennemis. Ainsi pourrait-on qualifier le droit du travail et le droit des entreprises en difficulté. Pareille qualification invite à mesurer les changements profonds sinon même les rejets dont le droit du travail est l'objet lorsqu'il rencontre le droit des entreprises en difficulté. »[1]

Si ces deux matières ont toutes les deux vocation à régir la vie de l'entreprise, leur application simultanée s'avère toutefois conflictuelle eu égard aux finalités antagonistes qu'elles poursuivent.

Compte tenu de la diversité des réalités économiques qu'elle couvre, la notion d'entreprise peut faire l'objet d'une multitude de définitions. Pour rester dans une hypothèse travailliste, retenons qu'il peut s'agir de la « réunion, sous l'autorité de l'employeur ou de ses préposés, de travailleurs salariés poursuivant sous une forme juridique variable une activité commune, cadre dans lequel le droit du travail contemporain a organisé la collectivité du personnel et aménagé ses rapports avec le chef d'entreprise ».[2]

De son côté, le droit du travail est traditionnellement défini comme étant la « branche du droit social constituée par l'ensemble des règles applicables aux relations du travail subordonné ».[3]
A la lecture de cette définition, la subordination apparaît comme étant la notion au cœur de cette matière.
Le lien de subordination est avec la prestation de travail et la rémunération l'un des trois critères permettant de caractériser l'existence d'un contrat de travail. Il a pour principale conséquence de placer l'employeur dans une position de force vis-à-vis du salarié, rendant impossible l'application du droit commun des contrats qui repose quant à lui sur l'idée d'une égalité stricte entre les cocontractants.
Historiquement, le droit du travail s'est donc construit avec la volonté de remédier à ce déséquilibre contractuel en accordant au salarié une protection juridique de nature à contrebalancer les pouvoirs de l'employeur. Toutes les grandes lois du droit du travail sont d'ailleurs imprégnées de cette intention. Sans être exhaustif, citons la loi de 1841 qui interdit le travail des enfants de moins de huit ans[4], la loi Waldeck-Rousseau de 1884 qui autorise les syndicats professionnels[5], la loi de 1898

1 L.DRIGUEZ, « Retour sur la théorie de l'employeur seul juge à partir du droit des procédures collectives, RDT, 2016, p.88
2 G. CORNU, *Vocabulaire juridique,* PUF, 11è éd. 2016, p.409
3 Ibid.
4 Loi du 22 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers
5 Loi du 21 mars 1864 relative à la création des syndicats professionnels

relative aux accidents du travail[6], les accords de Matignon de 1936 ou, plus proches de nous, les lois Auroux de 1982 qui sont à l'origine de nombreuses avancées sociales majeures.
Les crises économiques, la concurrence internationale, le chômage de masse ont toutefois effrité cette vision traditionnelle du droit du travail. Si la finalité principale reste la protection du salarié, celle-ci passé désormais en priorité par le développement puis la préservation de l'emploi.

Dans cette optique, le législateur s'est efforcé d'introduire en droit du travail français la notion de flexibilité.
Pour évoquer les instruments les plus récents, citons d'abord l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 ainsi que la loi du 14 juin 2013[7] qui ont créé les accords collectifs de maintien de l'emploi à durée déterminée. Lorsque l'employeur fait face à de « graves difficultés économiques conjoncturelles »[8], un accord d'entreprise peut prévoir l'aménagement du temps de travail et de la rémunération en contrepartie de l'engagement par l'employeur de maintenir les contrats de travail tout au long de la durée de validité de l'accord.
Une étape supplémentaire a été franchie par l'intermédiaire des accords de préservation ou de développement de l'emploi. Il s'agit d'accords signés au niveau de l'entreprise qui permettent de déroger au contrat de travail « en vue de la préservation ou du développement de l'emploi »[9] quand bien même il n'existe aucune difficulté économique.

Malgré ces évolutions notables qui érigent le droit du travail en véritable outil de régulation économique, cette matière demeure pour les salariés un rempart contre le rouleau compresseur que représente pour eux la procédure collective.
Cette expression regroupe aujourd'hui « toute procédure dans laquelle le règlement des dettes et la liquidation éventuelle des biens du débiteur ne sont pas abandonnés à l'initiative individuelle de chaque créancier, mais organisés de manière à ce que tous les créanciers puissent faire valoir leurs droits ».[10]
L'évolution des termes utilisés pour désigner le droit des procédures collectives traduit une transformation substantielle des objectifs poursuivis par cette matière. Pendant longtemps, l'expression consacrée était celle de droit des faillites. L'objectif était de sanctionner les mauvais commerçants, c'est-à-dire ceux qui n'étaient plus en mesure de payer leurs dettes, puis de permettre aux cocontractants d'obtenir le règlement de leurs créances afin d'éviter des défaillances en cascade.

6 Loi du 9 avril 1898 sur les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail
7 Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi
8 C. trav., art. L5125-1
9 C.trav., art. L2254-2
10 G. CORNU, *Vocabulaire juridique,* PUF, 11è éd. 2016, p.192

Sans doute trop manichéenne, cette vision traditionnelle de la matière a progressivement été adoucie par le législateur.

A partir de la réforme de 1967[11], le sort de l'entreprise devient un enjeu du droit des procédures collectives. De nombreux mécanismes sont ainsi créés pour permettre d'agir rapidement et de sauver les entreprises qui peuvent encore l'être[12]. Depuis cette date, tous les textes qui ont réformé la matière sont allés dans le même sens en poussant à chaque fois la logique un peu plus loin.
La loi de 1984[13] réaffirme la volonté d'agir en prévention des difficultés en créant notamment une procédure de règlement amiable. Il s'agit pour le débiteur qui ne se trouve pas encore en cessation des paiements de solliciter les débiteurs pour obtenir des délais de paiement ou des remises de dettes.
Ensuite, l'article premier de la loi de 1985[14] est venue nous donner de manière explicite les finalités de la procédure collective, à savoir « la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif ». Pour la première fois, les salariés sont expressément l'objet de l'attention du droit des procédures collectives. À cette période, « On assiste à une véritable compénétration du droit des affaires et du droit du travail, par laquelle les salariés se voient véritablement reconnus en tant que partenaires de l'entreprise, intéressés au premier chef par les difficultés qu'elle rencontre »[15].

La dernière loi majeure qui a modifié substantiellement le droit des procédures collectives date de 2005[16]. À travers cette loi, le législateur réaffirme sa volonté d'agir de manière préventive et afin d'augmenter son efficacité, la procédure de règlement amiable devient la procédure de conciliation.
Dans le même temps, une nouvelle procédure collective est apparue, il s'agit de la procédure de sauvegarde. Là encore, l'objectif est d'inciter le débiteur à agir avant qu'il ne soit en cessation des paiements. Pour cela, le législateur a créé différents mécanismes d'incitation. À titre d'illustration, il est prévu que « les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie » peuvent bénéficier de l'arrêt du cours des intérêts.[17] Or, il se trouve que dans la plupart des cas, ces personne physiques sont en réalité les chefs d'entreprise

11 Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes
12 Création de la suspension provisoire des poursuites, du règlement judiciaire ou encore du concordat
13 Loi n° 84-148 du 1 mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises
14 Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises
15 H.BLAISE, « La sauvegarde des intérêts des salariés dans les entreprises en difficulté », *Dr. soc.*, 1986, p. 449.
16 Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises
17 C. com., art. L622-28, al. 1er

eux-mêmes. En leur accordant le bénéfice de cette règle classique du droit des procédures collectives, on les incite à recourir à la procédure de sauvegarde.
Finalement, force est de constater que le droit des procédures collectives tel qu'on le connaît aujourd'hui ne s'apparente plus à une sanction mais plutôt à une faveur accordée au débiteur. Par conséquent, bien que le sort de l'emploi soit une question qui occupe de plus en plus de place dans le droit des entreprises en difficulté, les salariés restent confrontés à l'objectif devenu prioritaire qui est le sauvetage de l'entreprise. Or, cette finalité se traduit de facto par une diminution des droits des salariés.

Concrètement, cela se manifeste par la possibilité pour le débiteur qui emploie des salariés de déroger aux règles du droit du travail. Par définition, déroger revient à « écarter l'application d'une règle dans un cas particulier »[18], ce qui traduit effectivement l'idée d'une application concurrentielle de ces deux matières. L'enjeu est alors de déterminer l'ampleur des dérogations apportées par les procédures collectives au droit du travail.

Il convient tout d'abord de préciser que notre étude ne portera pas sur l'ensemble des mécanismes destinés à traiter les difficultés économiques des entreprises. Lorsqu'une personne morale fait l'objet d'une procédure préventive comme le mandat ad hoc[19] ou la procédure de conciliation[20], le droit du travail continue de s'appliquer sans aménagement particulier. Notre analyse envisagera exclusivement le traitement judiciaire des difficultés économiques des entreprises. Cela revient à distinguer trois hypothèses.

La première et la plus récente est la sauvegarde judiciaire qui est régie par les articles L620-1 à L628-10 du Code de commerce. Elle peut être ouverte « sur demande d'un débiteur [...] qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter ».[21]
Puisqu'elle est particulièrement adaptée aux entreprises dont la survie n'est pas menacée à court terme, le droit commun du travail reste, au moins en théorie, largement appliqué.

La deuxième procédure collective qui nous intéressera dans le cadre de notre étude est la procédure de redressement dont les dispositions applicables se trouvent aux articles L631-1 à L632-4 du Code de commerce. Elle est ouverte « à tout débiteur […] qui, dans l'impossibilité de faire face au passif

18 G. CORNU, *Vocabulaire juridique,* PUF, 11è éd. 2016, p.192
19 C. com, art. L611-3
20 C. com, art. L611-4
21 L620-1, alinéa 1er Ccom.

exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements ».[22] Même si les difficultés sont à ce stade beaucoup plus sérieuses, l'existence de l'entreprise n'est pas encore irrémédiablement compromise.

Enfin, notre étude nous amènera à évoquer la liquidation judiciaire régie par les articles L640-1 à L644-6. Elle est ouverte « à tout débiteur […] en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible »[23] et a vocation « à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens »[24].

Précisons également que l'ouverture d'une procédure collective n'a pas d'incidence sur toute la relation de travail. A titre d'illustration, il n'est pas imaginable qu'un employeur puisse restreindre les garanties offertes au salarié en matière de santé et sécurité au travail en raison des difficultés économiques auxquelles il est confronté. Seules sont permises les dérogations qui permettent à l'entreprise de faire des économies structurelles et d'apurer son passif. L'un des moyens privilégiés par le débiteur pour atteindre cette difficulté est de diminuer la masse salariale de l'entreprise.

Cet objectif peut se traduire dans un premier temps par la modification des contrats de travail, en particulier lorsqu'il s'agit de diminuer la durée du travail et la rémunération. Cette opération juridique se trouve toutefois confrontée à certaines exigences du droit civil, notamment la force obligatoire des contrats qui pose le principe selon lequel « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits »[25]. Cette disposition rend le contrat intangible, c'est-à-dire qu'il « ne peut être modifié ni révisé en dehors d'un commun accord »[26].
Toutefois, le sauvetage de l'entreprise permet de justifier une nouvelle atteinte aux principes essentiels du droit civil et du droit du travail. Le législateur considère que le salarié, dans sa dimension purement individuelle, n'a pas toujours conscience des difficultés de l'entreprise et des conséquences que pourrait avoir son refus de modifier le contrat de travail. Comme s'interrogeait Jean Monnet, « des mesures si simples, prises plus tôt, eussent-elles évité la grande crise ? Poser cette question, c'est ignorer que les hommes n'acceptent le changement que dans la nécessité et ils ne voient la nécessité que dans la crise »[27]. C'est la raison pour laquelle différents instruments juridiques permettent de déroger à la force obligatoire du contrat lorsqu'il est possible, à terme,

22 C. com., art. L631-1
23 C. com., art. L640-1
24 C. com., art. L640-1, al.2
25 C. civ., art. 1103
26 G. CORNU, *Vocabulaire juridique,* PUF, 11è éd. 2016, p.560
27 J.MONNET, *Mémoires*, Fayard, 1976

d'assurer la pérennité des emplois et de l'entreprise.

La première exception à l'intangibilité du contrat nous vient du droit des obligations lui-même. La Cour de cassation a pendant de très longues années refusé que le juge puisse s'immiscer dans le contrat en corrigeant le déséquilibre provoqué par les circonstances[28]. La réforme du droit des obligations de 2016[29] renverse cette position et consacre la révision pour imprévision lorsque « un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque ».[30]

La principale difficulté réside dans l'interprétation de la notion d'imprévisibilité. En retenant une conception subjective et pessimiste, le pire est toujours possible et chaque entreprise peut un jour ou l'autre faire l'objet d'une procédure collective. En revanche, si l'on adopte une vision plus objective, l'ouverture de la procédure collective peut constituer un changement de circonstances imprévisible si, au moment de la conclusion du contrat de travail, l'entreprise était en bonne santé économique.

Si ces conditions sont réunies, s'ouvre alors une phase facultative de renégociation du contrat durant laquelle les contractants doivent continuer d'exécuter leurs obligations.

En l'absence d'accord entre les cocontractants, l'une des parties peut saisir le juge pour demander la révision ou la résiliation judiciaire du contrat.

Ce nouveau texte pourrait permettre à un employeur mis en procédure collective de demander la révision du contrat de travail, notamment sur les points relatifs à la rémunération ou à la durée du travail. Par ailleurs, conformément à ce que propose déjà une partie de la doctrine[31], et en opposition totale au droit positif[32], ce texte redonnerait également à l'employeur la possibilité de demander la résiliation judiciaire du contrat de travail. Cela constituerait un gain de temps considérable pour l'employeur qui n'aurait plus à respecter les contraintes du droit du licenciement pour motif économique[33].

Il est assez peu probable que les juridictions sociales s'approprient ce texte civiliste compte tenu des bouleversements qu'il introduirait dans le droit du travail. Toutefois, puisque la réforme du droit des obligations est relativement récente, aucune décision contraire ne permet pour l'instant d'exclure

28 Cass. civ., 6 mars 1876, Canal de Craponne. H.Capitant, F.Terré, Y.Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t.2, 11e éd., *Dalloz*, n°163

29 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

30 C. civ., art. 1195

31 Art. L24-2 de la Proposition de Code du travail sous l'égide du Groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT)

32 Ch.mixte, 21 juin 1974, Bull. ch.mixte n°3 pour les salariés protégés puis Soc. 9 mars 1999, Grignon. *Dr. soc*. 1999., 527 pour tous les salariés

33 Précisons sur ce point que le GR-PACT soumet la demande de résiliation judiciaire de l'employeur au respect préalable de la procédure de licenciement

cette possibilité.

En ce qui concerne les modifications propres au contrat de travail, plusieurs possibilités sont également envisageables en cas de difficultés économiques. Outre les mécanismes énoncés précédemment, citons également la modification du contrat de travail pour motif économique. Lorsque l'employeur fait face à des difficultés économiques, à des mutations technologiques, à une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ou encore à une cessation d'activité, il peut proposer au salarié la modification d'un élément essentiel du contrat de travail par lettre recommandée avec avis de réception.[34].

Bien que ce mécanisme ne soit pas propre aux entreprises en procédure collective, une telle proposition peut être faite lors de l'ouverture d'une sauvegarde judiciaire, au cours de la période d'observation ou encore lors de l'arrêté du plan de redressement. Au stade de la liquidation judiciaire, le maintien de l'emploi n'est plus une priorité et les contrats de travail n'ont plus vocation à être modifiés. Pourtant, l'article L1222-6 du Code du travail envisage tout de même cette hypothèse.

À compter de la réception de la lettre recommandée, le salarié de l'entreprise en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire dispose de quinze jours pour faire connaître sa décision, ce délai étant porté à un mois pour le salarié de l'entreprise in bonis[35]. À défaut de réponse, le salarié est réputé avoir accepté la modification du contrat de travail[36]. Si le salarié refuse la modification, l'employeur n'a pas d'autres choix que de poursuivre l'exécution du contrat dans les conditions antérieures ou bien d'engager une procédure de licenciement pour motif économique. Cette menace de licenciement qui plane sur le salarié nous laisse penser que la modification du contrat de travail pour motif économique est une contrainte imposée au salarié plus qu'un réel choix de sa part, même si son consentement est requis. Le salarié préférera généralement accepter une modification de son contrat de travail à laquelle il n'adhère pas plutôt que de perdre son poste.

Précisons enfin que depuis 2005[37], lorsqu'une modification du contrat de travail pour motif économique est proposée puis refusée par au moins dix salariés, l'employeur est contraint d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi[38].

Une dernière solution peut être retenue par l'employeur de l'entreprise en difficulté avant de procéder aux licenciements, il s'agit du recours à l'activité partielle. Elle peut notamment être

34 Article L1222-6, alinéa 1er, du Code du travail
35 Article L1222-6, alinéa 2, du Code du travail
36 Article L1222-6, alinéa 3, du Code du travail
37 Loi du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale. Toujours mettre numéro de loi et référence JO
38 L1233-25

justifiée par « la conjoncture économique », « la transformation, restructuration ou modernisation de l'entreprise » ou « toute autre circonstance de caractère exceptionnel »[39] et se traduire par « la réduction de l'horaire de travail pratiqué dans l'établissement ou partie d'établissement en deçà de la durée légale de travail »[40].

La procédure collective n'étant pas expressément envisagée, il est légitime de s'interroger sur la possibilité de recourir à l'activité partielle dans cette hypothèse. L'administration s'est saisie de cette question et considère que les entreprises ayant des difficultés structurelles ne peuvent pas avoir recours au chômage partiel puisque celui-ci « ne peut être considéré comme une mesure conservatoire prise dans l'attente de très probables licenciements »[41]. Cela exclut par nature les entreprises en liquidation judiciaire dans lesquelles le sort de la relation de travail est particulièrement compromis. La position de l'administration est beaucoup plus nuancée concernant les entreprises en redressement judiciaire puisqu'elle considère que ces dernières doivent pouvoir bénéficier du recours à l'activité partielle dès lors que leur reprise est envisageable[42].

S'agissant de la procédure, l'employeur doit consulter le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel avant d'adresser une demande d'autorisation d'activité partielle au préfet du département dans lequel se trouve l'établissement[43]. Celui-ci dispose d'un délai de quinze jours à compter de la réception de la demande d'autorisation pour rendre sa décision[44], l'absence de réponse valant acceptation[45].

S'agissant des effets de l'activité partielle, elle entraîne la réduction temporaire de la durée du travail et, par conséquent, de la rémunération. La jurisprudence avait d'abord admis que le salarié puisse s'opposer au recours au chômage partiel. Le fait pour l'employeur de passer outre le consentement du salarié s'analysait alors en une « modification unilatérale substantielle du travail rendant l'employeur responsable de la rupture »[46]. Aujourd'hui, le chômage partiel ne constitue plus une modification du contrat de travail, si bien que le consentement du salarié n'est plus exigé et que le refus de se soumettre à ses nouveaux horaires est de nature à justifier un licenciement pour faute grave[47].

39 C.trav., art. R5122-1, 1°, 4° et 5°.
40 C. trav., art. L5122-1, I.
41 Instruction DGEFP n°2008/19 du 25 novembre 2008 relative au chômage partiel et à la prévention des licenciements, fiche n°1
42 Ibid.
43 C.trav., art. R5122-2
44 C.trav., art. R5122-4, al. 1er
45 C.trav., art. R5122-4, alinéa 3
46 Cass. soc., 5 juillet 1989, Bull. civ. 1989, V, n°505
47 Cass. soc., 2 février 1999, Bull. civ. 1999, V, n°47

Précisons toutefois que le salarié n'est pas privé de toute rémunération puisqu'il est indemnisé par son employeur à hauteur de 70% de la rémunération brute perdue[48]. De son côté, l'employeur perçoit une allocation d'activité partielle de la part de l'État et de l'assurance chômage dont le taux horaire s'élève à 7,74€ s'il emploie moins de deux cent cinquante salariés et à 7,23€ s'il emploie plus de deux cent cinquante salariés[49].

Lorsque ces différents traitements préventifs ne sont pas suffisants pour sauver l'entreprise, la diminution de la masse salariale va devoir se traduire par une baisse des effectifs. Il est important de préciser sur ce point que l'ouverture d'une procédure collective n'entraîne pas en-elle même la rupture des contrats de travail, peu importe qu'il s'agisse d'une procédure de sauvegarde[50], d'un redressement judiciaire[51] ou même d'une liquidation judiciaire[52].
Ces mêmes dispositions précisent que l'administrateur et le liquidateur peuvent par exception demander au juge-commissaire de prononcer la résiliation des contrats lorsque cela est nécessaire à la sauvegarde de l'entreprise ou aux opérations de liquidation. Cette faculté est toutefois exclue pour les contrats de travail qui bénéficient donc de manière absolue du principe de continuation des contrats.

Pour contourner cette règle ainsi que les dispositions du droit du licenciement, certains employeurs ont tenté d'assimiler l'ouverture d'une procédure collective à un cas de force majeure justifiant la rupture du contrat de travail. La jurisprudence a expressément rejeté cette hypothèse en affirmant que « la mise en redressement judiciaire du club ne constituait pas en soi un cas de force majeure »[53].

Au final, seuls les contrats de travail conclus pendant la période suspecte, c'est-à-dire entre la date de cessation des paiements et celle du jugement d'ouverture de la procédure collective, peuvent être annulés par la simple ouverture de la procédure collective. Toutefois, cette nullité est particulièrement encadrée puisqu'elle ne concerne que les contrats dans lesquels « les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie »[54]. Selon la Cour de cassation, cette condition est remplie et le contrat peut être annulé dès lors que la rémunération perçue par le salarié est

48 C. trav., R5122-18
49 C. trav., D5122-13
50 C. com., L622-13, I
51 C. com., L631-14, al. 1er
52 C. com., L641-11-1, I
53 Cass. soc., 6 mai 1998, n°96-40.867. F. Derrida, « La mise en redressement judiciaire ne constitue pas en soi un cas de force majeure », *D*. 2000, p. 5.
54 C. com., art. L632-1, I, 2°

disproportionnée par rapport au travail accompli[55].
Outre cette hypothèse très spécifique, l'ouverture de la procédure collective n'entraîne aucune rupture de plein droit du contrat de travail et il appartiendra donc à l'une des deux parties de prendre l'initiative de rompre la relation contractuelle. Cela ne signifie pas pour autant que le droit de la rupture du contrat de travail est indifférent à l'existence de la procédure collective. Là encore, il convient d'apporter un certain nombre de précisions puisque tous les modes de rupture ne sont pas concernés de la même façon.

S'agissant de la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié ou d'un commun accord, il n'existe pas en matière de procédure collective des dispositions qui dérogent explicitement aux règles de droit commun. Il serait d'ailleurs étonnant que des difficultés propres à l'entreprise élargissent ou restreignent l'aptitude du salarié à rompre son contrat de travail. Toutefois, dans ces hypothèses, la situation particulière de l'employeur peut avoir des conséquences indirectes sur le contentieux relatif à la rupture du contrat à l'initiative du salarié.

Concernant la prise d'acte par exemple, la Cour de cassation reconnaît de façon constante que le non-paiement des salaires constitue pour l'employeur in bonis un manquement à ses obligations empêchant la poursuite du contrat de travail[56]. Lorsque ce comportement est reproché à une entreprise en difficulté, la jurisprudence fait preuve de beaucoup plus de subtilité.
L'ouverture d'une procédure collective n'empêche pas par principe le salarié de prendre acte de la rupture du contrat de travail pour non-paiement des salaires. Il a été décidé que ce comportement est d'une gravité suffisante pour justifier la prise d'acte qui produit alors les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.[57] Précisons toutefois que dans cette espèce la prise d'acte est intervenue le même jour que le jugement d'ouverture du redressement judiciaire, ce qui signifie que l'employeur avait commis le manquement à son obligation contractuelle antérieurement à sa mise en procédure collective.
Dans un autre arrêt, la Cour de cassation a adopté une position beaucoup plus protectrice des intérêts de l'entreprise en difficulté[58]. En l'espèce, une entreprise qui ne paie plus ses salariés depuis le 30 mars 2003 est mise en procédure collective le 7 avril 2003. Faute d'obtenir le paiement de leur rémunération, plusieurs salariés décident finalement de prendre acte de la rupture de leur contrat de travail en mai 2003. Selon la Haute Cour, le non-paiement des salaires pour la période comprise

55 Cass. soc., 21 novembre 2000, n°98-42.014
56 Cass. soc., 30 avril 2014, n°12-21.041
57 Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-41.456
58 Cass. soc., 14 oct. 2009, n° 08-40.723

entre le jugement d'ouverture et la prise d'acte s'explique par l'existence même de la procédure collective. Par conséquent, il ne s'agit pas d'un manquement de l'employeur de nature à justifier la prise d'acte. Seul le non-paiement intervenu entre le 30 mars 2003 et le jour de l'ouverture de la procédure collective le 7 avril 2003 constitue une carence fautive de l'employeur. Néanmoins, dans ce cas précis, la prise d'acte n'est pas justifiée dans la mesure où la garantie des créances salariales a été mise en œuvre.

Finalement, cette décision fait apparaître une summa divisio entre, d'une part, le non-paiement des salaires lorsque l'entreprise n'est pas encore en procédure collective et, d'autre part, le non-paiement des salaires postérieurement au jugement d'ouverture. Dans la première hypothèse, il s'agit d'un manquement de nature à justifier la prise d'acte du salarié, à condition toutefois que l'employeur n'ait pas mis en œuvre la garantie des créances salariales. Dans la seconde hypothèse en revanche, la prise d'acte produira nécessairement les effets d'une démission. Cet arrêt démontre que le juge social sait se montrer particulièrement bienveillant à l'égard de l'entreprise en procédure collective.

En ce qui concerne la résiliation judiciaire, le salarié peut également y avoir recours à tout moment, sans que la procédure collective ne constitue un quelconque obstacle. En revanche, dans cette hypothèse, son efficacité semble être remise en cause par un arrêt rendu par la Cour de cassation[59].

En l'espèce, une entreprise est mise successivement en redressement puis en liquidation judiciaire. Afin de satisfaire aux exigences de l'article L3253-8 du Code du travail et de pouvoir bénéficier du régime de garantie des salaires, un salarié de l'entreprise sollicite son licenciement pour motif économique auprès du liquidateur, en vain. Il décide alors de saisir le juge prud'homal afin d'obtenir la résiliation judiciaire de son contrat de travail ainsi que le paiement des indemnités de rupture et des dommages-intérêts par l'association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés (AGS). La demande de résiliation judiciaire est accueillie favorablement, ce qui signifie que l'absence de licenciement pour motif économique prononcé dans le délai imparti par l'article L3253-8 du Code du travail constitue, selon la formule utilisée par la jurisprudence, « un manquement rendant impossible la poursuite du contrat de travail »[60]. L'absence de rupture du contrat de travail prononcée par le liquidateur justifie donc la rupture prononcée par le juge à l'initiative du salarié.

Toutefois, l'efficacité de la résiliation judiciaire est ici remise en cause dans la mesure où le salarié ne peut pas bénéficier de la garantie de l'AGS. Pour justifier sa décision, la Cour de cassation fait une application stricte de l'article L3253-8 du Code du travail et relève que « le contrat de travail n'avait pas été rompu par le liquidateur judiciaire dans le délai de quinze jours

59 Cass. soc., 25 avril 2007, n°04-47.848

60 Cass.soc., 26 mars 2014, n°12-21372. Note F.GÉA, Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire : vers une déconstruction de la jurisprudence ?, *Sem. soc. Lamy,* 2014, n°162

du jugement de liquidation judiciaire »[61]. Le salarié pourra demander l'inscription de ses créances au passif de l'entreprise mais en cas d'insuffisance d'actif, et en l'absence de la garantie de l'AGS, il n'obtiendra jamais le paiement de ses indemnités de ruptures et de ses dommages-intérêts. C'est la raison pour laquelle la résiliation judiciaire s'avère particulièrement dangereuse pour le salarié de l'entreprise en procédure collective. Par conséquent, lorsque le liquidateur ne procède pas aux licenciements dans les délais imposés par le régime de l'AGS, la seule solution viable qui s'offre au salarié n'est pas la résiliation judiciaire du contrat de travail mais plutôt la recherche de la responsabilité civile du liquidateur fondée sur l'article 1240 nouveau du Code civil[62].

Les modes alternatifs de rupture du contrat de travail pratiqués dans l'entreprise en procédure collective étant largement fidèles au régime de droit commun, seul le droit du licenciement semble connaître des dispositions véritablement dérogatoires. De manière traditionnelle, le licenciement est défini comme étant un « acte par lequel l'employeur rompt unilatéralement le contrat de travail et congédie un ou plusieurs salariés »[63]. Cette définition illustre le fait que l'employeur dispose du monopole de l'initiative de ce mode de rupture du contrat de travail. Sans remettre totalement en cause ce principe traditionnel, le législateur et la jurisprudence ont apporté un certain nombre de précisions quant à l'auteur de l'initiative du licenciement dans l'entreprise en procédure collective.

Dans le cadre de la procédure de sauvegarde, les difficultés sont quasiment inexistantes puisque « l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant »[64]. Il est donc le seul à pouvoir prononcer les licenciements des salariés. Précisons tout de même que le débiteur qui emploie au moins vingt salariés ou réalise un chiffre d'affaires hors taxes au moins égal à 3 000 000€ a l'obligation de nommer un administrateur judiciaire[65]. Cette disposition n'est pas de nature à remettre en cause le monopole dont dispose le débiteur pour licencier les salariés puisque l'administrateur judiciaire qui intervient dans une procédure de sauvegarde se contente exclusivement de surveiller ou d'assister le débiteur dans sa gestion de l'entreprise[66], sans pouvoir s'y substituer.

Les choses sont un peu plus complexes pour le débiteur de l'entreprise en redressement judiciaire. Si la désignation d'un administrateur obéit aux mêmes conditions que celles prévues pour la

61 Cass. soc., 25 avril 2007, n°04-47.848
62 Cass. com., 6 juillet 1993, n°91-14.707
63 G. CORNU, *Vocabulaire juridique,* PUF, 11è éd. 2016
64 C. com., art. L622-1
65 C. com., art. L621-4, al.4, et R621-11, al.1er
66 C. com., art. L622-1, II

procédure de sauvegarde[67], les missions qui lui sont confiées sont beaucoup plus importantes. En premier lieu, plusieurs dispositions légales confèrent à l'administrateur des pouvoirs spécifiques dans la gestion de l'entreprise. À titre d'illustration, lorsque toutes les conditions sont remplies, c'est à l'administrateur que l'article L631-17 du Code de commerce confie le pouvoir de prononcer les licenciements pour motif économique. Le débiteur de l'entreprise en redressement judiciaire perd donc l'initiative du licenciement pour motif économique.

En revanche, aucune disposition légale n'empêche a priori le débiteur de prononcer un licenciement pour motif personnel. Il convient toutefois d'être prudent puisque le tribunal peut décider, au cas par car, d'accorder aux administrateurs judiciaires d'autres missions en plus de celles prévues par la loi[68]. Ils peuvent notamment être amenés à « assister le débiteur pour tous les actes relatifs à la gestion ou certains d'entre eux »[69]. Dans cette hypothèse, le chef d'entreprise a besoin de l'assistance de l'administrateur pour prononcer un licenciement pour motif personnel. Toutefois, la jurisprudence considère que le manquement à cette exigence rend seulement le licenciement inopposable à la procédure collective sans qu'il ne soit frappé de nullité ou privé de ses effets entre les parties[70].

En outre, les administrateurs judiciaires peuvent également être amenés à accomplir une véritable mission de représentation en assurant « seuls, entièrement ou en partie, l'administration de l'entreprise »[71] . Dans ce cas, le débiteur perd également toute possibilité de prononcer un licenciement pour motif personnel.

Enfin, la question de l'initiateur du licenciement dans l'entreprise en liquidation judiciaire est beaucoup plus simple à régler puisque l'ouverture de cette procédure collective « emporte de plein droit dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens »[72]. À ce stade, le liquidateur est donc le seul à pouvoir prononcer le licenciement des salariés.

La sanction posée par la jurisprudence en cas de violation de cette règle est une nouvelle fois décevante, même s'il existe en l'espèce un désaccord entre la chambre commerciale et la chambre sociale de la Cour de cassation. La première considère que « les actes juridiques accomplis par le débiteur en liquidation judiciaire, dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens, ne

67 C.com., art. L631-9, I
68 C.com., art. L631-12, al. 1er
69 C.com., art. L631-12, al.2
70 Cass. soc., 23 mai 2007, n°05-42.490
71 C.com., art. L631-12, al.2
72 C.com., art. L641-9, I, al.1er,

sont pas frappés de nullité, mais simplement d'inopposabilité à la procédure collective »[73]. Selon la chambre commerciale, le licenciement prononcé par l'employeur dessaisi est donc sans conséquence sur le salarié. La chambre sociale a de son côté une vision un peu différente puisqu'elle estime que le licenciement prononcé par le débiteur au détriment de l'administrateur entraîne l'irrégularité de la rupture[74].

Finalement, les dérogations qui touchent l'initiative du licenciement dans l'entreprise en procédure collective s'apparentent davantage à des restrictions apportées au débiteur dans l'administration de son entreprise qu'à des mesures de protection accordées aux salariés. Quoi qu'il en soit, ce sont les seules qui concernent l'ensemble des licenciements prononcés par l'entreprise en procédure collective. Pour le reste, il convient de suivre la distinction opérée par le droit positif entre, d'un côté, les licenciements pour motif personnel et, de l'autre, les licenciements pour motif économique.

La première hypothèse concerne les licenciements pour un motif inhérent à la personne du salarié. En l'espèce, il peut être légitime de se demander si l'existence d'une procédure collective influence l'appréciation de la faute du salarié. On pourrait par exemple imaginer que le juge prud'homal, sensible aux difficultés de l'entreprise, qualifie de faute un comportement qui ne le serait pas nécessairement dans une entreprise in bonis. Cette solution éviterait aux entreprises, en particulier les plus petites, de devoir payer des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse alors que le sort de l'entreprise et donc des autres emplois est déjà menacé. Il s'agirait finalement de sacrifier un salarié au profit de la survie de l'entreprise et de la sauvegarde des autres emplois.

L'existence d'un régime de garantie des salaires ne remet pas en cause cet argument. Lorsque l'AGS paie les créances salariales, elle se trouve subrogée dans les droits des salariés et peut demander à l'entreprise en procédure collective le remboursement des sommes versées[75]. Les indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse restent donc inscrites au passif de l'entreprise.

Malgré ces considérations, il n'existe à notre connaissance aucun jugement ni arrêt permettant de démontrer une modification de l'appréciation de la faute par le juge prud'homal dans les entreprises en difficulté. Au contraire, la Cour de cassation n'hésite pas à affirmer l'indépendance du licenciement pour motif personnel par rapport aux règles de la procédure collective en affirmant qu'une clause de garantie d'emploi prévue par un plan de cession ne fait pas obstacle à la possibilité pour l'employeur de prononcer un licenciement disciplinaire[76]. Cette indifférence du licenciement disciplinaire à l'égard de la procédure collective est parfaitement résumée par la doctrine qui

73 Cass. com., 23 mai 1995, n°93-16.930
74 Cass. soc., 11 juin 2008, Bull.civ., V, n°131
75 C.trav., art. L3253-16
76 Cass. soc., 16 mai 2007, n° 06-40.496

considère que « l'indiscipline du salarié, son insubordination, ses insuffisances professionnelles, ses maladresses ou négligences, son inaptitude physique sont des motifs individuels de licenciement, inhérents à sa personne et sans rapport avec la procédure collective de l'employeur. Ils n'exercent aucune influence juridique sur elle. Ils restent soumis au Code de travail, à la seule différence qu'à la personne « habituelle » de l'employeur est substitué le plus souvent, *es qualités*, un mandataire de justice, administrateur ou liquidateur, qui remplit cet office. »[77]
Sans surprise, les licenciements pour motif personnel non disciplinaire ne semblent pas non plus influencés par les difficultés de l'entreprise.

À l'inverse, le licenciement pour motif économique est incontestablement le mode de rupture du contrat de travail le plus impacté par le droit des procédures collectives et c'est la raison pour laquelle nous avons décidé d'y consacrer nos développements.
« Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques […], à des mutations technologiques, à une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité, à la cessation d'activité de l'entreprise. »[78]
L'ouverture d'une procédure collective étant liée aux difficultés économiques de l'entreprise, il est parfaitement logique que le licenciement pour motif économique soit le mode de rupture privilégié par l'employeur pour réduire l'effectif de son entreprise. Il est tout aussi naturel que le législateur ait créé un certain nombre de dispositions qui permettent d'adapter le droit du licenciement pour motif économique aux exigences de la procédure collective.

L'enjeu est alors de déterminer la nature et l'ampleur de ce régime dérogatoire, sujet sur lequel les auteurs sont particulièrement divisés.
La majorité de la doctrine affairiste considère que les dérogations existantes ne sont pas suffisantes et que le droit du travail constitue toujours un obstacle à l'efficacité de la procédure collective. Ainsi, ces auteurs estiment que « notre droit du travail ubuesque reste le maillon faible du dispositif du traitement des difficultés des entreprises »[79] et que « c'est en réformant le Code du travail que la véritable réforme des procédures collectives aura lieu, un jour peut être »[80]. Cette vision nous

77 Y.CHAGNY, « Engagements sociaux du cessionnaire d'une entreprise en redressement judiciaire : de l'inefficacité à l'inutilité des engagements en matière de licenciement pour motif personnel », *Rev. trav.* 2007. 457
78 C.trav., art. L1233-3 A
79 F.-X. LUCAS, Rapport d'activité AGS 2007
80 P.M. LE CORRE, « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », *Cah. dr. aff. spé.*, 22 septembre

semble trop caricaturale puisque les entorses faites aux règles de droit commun du licenciement pour motif économique sont a priori suffisamment importantes pour permettre à la procédure collective d'atteindre ses objectifs, à savoir le sauvetage ou la liquidation de l'entreprise.

À l'inverse, une partie de la doctrine travailliste considère que ces dérogations sont excessives et que « le droit du travail s'arrête là où intervient le droit de la faillite »[81]. Là encore, cette position nous paraît difficilement soutenable puisqu'elle semble donner trop d'importance aux dérogations que connaît le droit des licenciements pour motif économique dans l'entreprise en difficulté. Comme le souligne un auteur, « si quelques dispositions dérogatoires figurent dans les Codes du travail et de commerce, elles ne forment pas, loin s'en faut, un corpus écartant en totalité le droit ordinaire. Autrement dit, des règles spécifiques se substituent certes à des règles classiques, mais seulement à certaines d'entre elles. Le domaine des premières ne couvrant pas intégralement celui des secondes »[82].

Qu'elles soient insuffisantes ou excessives, il n'en demeure pas moins que ces dérogations touchent directement les intérêts du salarié de l'entreprise en difficulté.

La procédure collective constitue t-elle un obstacle à la protection du salarié dans le droit du licenciement pour motif économique ? L'exigence de célérité à laquelle font face les entreprises en difficulté rend certes indispensable l'accélération des licenciements pour motif économique (Partie I) mais le droit du travail ne s'efface jamais totalement et permet aux salariés concernés de bénéficier d'une protection a minima (Partie II).

Partie I : L'accélération du licenciement pour motif économique dans l'entreprise en procédure collective

Comme n'importe quel licenciement, le licenciement pour motif économique doit être justifié par une cause réelle et sérieuse. Cette exigence n'est pas propre au droit du travail français[83] puisqu'elle connaît également un écho supra-législatif à travers l'article 4 de la Convention n°158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) ou l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de

2005, n° 74.

81 F.VASQUEZ, « La dimension européenne des restructurations », *Droit social,* 2006, 260

82 D. JACOTOT, « Droit social et droit des entreprises en difficulté. La rupture du contrat de travail », in *Entreprises en difficulté*, dir. Ph. Roussel Galle, Lexis Nexis 2012.

83 C.trav., art. L1233-2, al.2

l'Union européenne.

Sans être totalement écartée, cette obligation est atténuée dans l'entreprise en procédure collective en raison du contrôle restreint opéré par le juge sur le motif économique (Chapitre I).

Le même constat peut être fait à propos des règles procédurales. L'impératif de célérité de la procédure de collective impose au législateur et au juge de prévoir une procédure allégée, tant au niveau individuel que collectif (Chapitre II).

Chapitre I : Le contrôle restreint du motif économique

Le contrôle opéré par le juge sur le motif économique du licenciement est le fruit d'une lente évolution. Pendant de nombreuses années, l'employeur était totalement libre de se séparer de ses salariés sans que le juge ne puisse s'immiscer dans la gestion de ses effectifs.

Pour tenter d'endiguer les ruptures injustifiées, le législateur décide de transposer en droit du travail la théorie civiliste de l'abus de droit. Après avoir mentionné expressément le motif allégué par l'auteur de la rupture, le juge peut condamner ce dernier à des dommages-intérêts s'il s'avère que la résiliation était abusive. La lecture faite par la Cour de cassation privait toutefois ce texte de toute efficacité et l'employeur conservait une liberté très importante pour licencier ses salariés.

La vraie réforme intervient finalement avec la loi du 13 juillet 1973[84] qui soumet le licenciement, qu'il soit prononcé pour motif personnel ou économique, à l'existence d'une cause réelle et sérieuse. En ce qui concerne les licenciements pour motif économique, le législateur va plus loin puisqu'il contraint l'employeur à recueillir une autorisation administrative préalable, non seulement dans l'entreprise in bonis[85] mais aussi dans l'entreprise en procédure collective[86]. Cette exigence est supprimée quelques années plus tard pour les entreprises in bonis[87] mais reste applicable à l'heure actuelle aux entreprises en difficulté (Section I). Précisons toutefois que cette autorisation ne relève pas de la compétence du juge prud'homal mais de celle du juge de la procédure collective. Cette spécificité est d'autant plus surprenante que les recours offerts aux salariés pour contester le motif économique du licenciement sont particulièrement restreints (Section II).

84 Loi n°73-680 du 13 juillet 1973 portant modification du Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée

85 Loi n° 75-5 du 3 janvier 1975 relative aux licenciements pour cause économiques

86 Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, op.cit.

87 Loi n° 86-797 du 3 juillet 1986 relative à la suppression de l'autorisation administrative de licenciement

Section I : L'autorisation préalable de licenciement pour motif économique

L'autorisation préalable de licenciement permet de contrôler a priori l'existence du motif économique. L'intensité du contrôle dépend de la procédure collective dont il est question et du stade dans lequel se trouve cette dernière. Afin de rendre compte le plus fidèlement possible du droit positif, nous nous intéresserons à l'autorisation préalable de licenciement rendue successivement lors de la période d'observation du redressement judiciaire (§I), à l'occasion d'un plan de redressement ou de cession (§II) et suite au prononcé de la liquidation judiciaire (§III).

§I – L'autorisation préalable de licenciement prononcée par le juge-commissaire lors de la période d'observation du redressement judiciaire

Le licenciement pour motif économique prononcé au stade de la période d'observation du redressement judiciaire exige de façon obligatoire l'autorisation du juge-commissaire. Si cette dernière s'avère relativement facile à obtenir en pratique (A), sa portée est par ailleurs limitée (B).

A – La pratique bienveillante du juge-commissaire dans l'autorisation des licenciements pour motif économique

L'exigence d'une autorisation préalable de licenciement dans l'entreprise en redressement judiciaire est posée par l'article L631-17 qui dispose que « lorsque des licenciements pour motif économique présentent un caractère urgent, inévitable et indispensable pendant la période d'observation, l'administrateur peut être autorisé par le juge-commissaire à procéder à ces licenciements ».
L'exigence d'une autorisation préalable rend de prime abord le licenciement pour motif économique plus encadré dans l'entreprise en difficulté que dans l'entreprise in bonis. Les salariés seraient mieux protégés puisque aucun licenciement ne pourrait être prononcé à leur égard sans le contrôle a priori du juge-commissaire. Cette première impression est renforcée par la triple condition posée par le Code de commerce, à savoir que le licenciement doit être urgent, inévitable et indispensable. Même si ces critères souffrent d'une certaine forme de redondance, ils semblent plus difficiles à réunir que les difficultés économiques, les mutations technologiques, la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ou la cessation d'activité de l'entreprise requis dans

l'entreprise in bonis[88].

Cette idée est toutefois contraire à la logique même de la procédure collective. Il serait en effet paradoxal qu'un employeur qui ne se trouve pas en cessation des paiements puisse licencier plus facilement qu'une entreprise dont la survie dépend en partie de la réduction de ses effectifs. Dans cette optique, le juge-commissaire n'hésite pas à se montrer bienveillant à l'égard des entreprises en procédure collective qui souhaitent licencier un salarié pour motif économique. Notamment, à la lecture de différentes ordonnances, on remarque qu'il n'effectue en pratique qu'un contrôle très sommaire du motif économique. Plus précisément, rares sont les hypothèses dans lesquelles le juge-commissaire illustre le caractère urgent, inévitable et indispensable du licenciement autorisé, si bien que l'ouverture du redressement judiciaire semble à elle seule pouvoir justifier le licenciement pour motif économique en l'absence de toute autre considération. Force est de constater que cette pratique est très éloignée de la lettre de l'article L631-17 du Code de commerce qui pose des conditions beaucoup plus strictes.

Par ailleurs, le juge-commissaire semble également posséder un périmètre d'appréciation des difficultés économiques différent de celui retenu par la jurisprudence sociale.
Dans le cadre des licenciements pour motif économique, lorsque l'employeur est une société qui fait partie d'un groupe, « les difficultés économiques doivent être appréciées au regard du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise concernée »[89]. De son côté, le juge de la procédure a beaucoup moins de considération pour le groupe. Ainsi, en ce qui concerne l'évaluation des difficultés de nature à justifier l'ouverture d'une procédure collective, « la situation de la société débitrice doit être appréciée en elle-même, sans que soient prises en compte les capacités financières du groupe auquel elle appartient »[90]. Il n'est pas question en l'espèce du champ d'appréciation des difficultés du licenciement pour motif économique mais cette décision permet tout de même de démontrer que l'appréciation de la notion de « difficultés » opérée par le juge de la procédure est beaucoup plus restreinte que celle faite par le juge prud'homal. Par analogie, même si aucune disposition ou aucun arrêt ne permet à l'heure actuelle de l'affirmer avec certitude, il est légitime de penser que cette même restriction est également appliquée par le juge de la procédure lorsqu'il s'agit d'apprécier les difficultés économiques justifiant un licenciement.
Par conséquent, lorsqu'une société en procédure collective fait partie d'un groupe, les difficultés économiques justifiant le licenciement ne pourront être appréciées qu'au niveau de l'entreprise

88 C.trav., art. L1233-3
89 Cass. soc. 5 avril 1995, TRW REPA, n°93-43.866, Bull.civ. V, n°123.
90 Cass. com., 26 juin 2007, n°06-20.820

concernée et non pas au niveau du secteur d'activité du groupe, contrairement aux entreprises in bonis. En toute logique, il sera donc plus facile pour l'entreprise en procédure collective de licencier des salariés pour motif économique.

Le dernier motif qui explique la mansuétude du juge de la procédure réside dans la nature même de la période d'observation du redressement judiciaire. En théorie, la période d'observation est une période durant laquelle les différents acteurs de la procédure réalisent une sorte d'évaluation de la santé financière de l'entreprise pour trouver les solutions les plus adéquates à son redressement. Toutefois, contrairement à ce que son nom pourrait laisser croire, il ne s'agit pas d'une période d'attente ou de passivité. Comme le soulignent les juges du fond, « c'est une illusion de penser qu'en période d'observation, on ne devrait qu'observer et rechercher des solutions de redressement sans jamais prendre aucune décision drastique en matière de gestion, alors qu'il convient de préparer les conditions du redressement »[91]. L'idée sous-jacente est donc de préparer le plus tôt possible le plan de redressement qui a, dans la plupart des cas, vocation à être adopté à l'issue de la période d'observation. Pour cela, le débiteur et l'administrateur n'hésitent pas à solliciter rapidement l'autorisation du juge-commissaire pour procéder à certains licenciements. Le fait de prendre des mesures radicales dès la période d'observation facilite nécessairement l'exécution du futur plan de redressement et augmentera son efficacité. C'est la raison pour laquelle le juge-commissaire se montre relativement conciliant lorsqu'il s'agit d'accorder une autorisation de licenciement dès la période d'observation.

Cette vision pragmatique présente toutefois l'inconvénient majeur d'ignorer les hypothèses, rares mais existantes, dans lesquelles la période d'observation ne débouche pas sur un plan de redressement. Aux termes de l'article L631-16 du Code de commerce, « s'il apparaît, au cours de la période d'observation, que le débiteur dispose des sommes suffisantes pour désintéresser les créanciers et acquitter les frais et les dettes afférents à la procédure, le tribunal peut mettre fin à celle-ci ». Lorsqu'un tel scénario se produit, il est difficile de soutenir que les licenciements étaient urgents, inévitables et indispensables. La diminution des effectifs a certes pu jouer un rôle important dans le redressement de l'entreprise, mais celui-ci peut également s'expliquer par d'autres facteurs comme, par exemple, une augmentation des commandes. Dans ce cas, l'autorisation de licencier délivrée par le juge-commissaire peut sembler trop précipitée.

91 T. com. Paris, 14 janvier 1988

Le juge-commissaire apparaît comme étant la pierre angulaire de la période d'observation du redressement judiciaire et les licenciements n'y font pas exception. Toutefois, l'importance de l'autorisation qu'il accorde doit être relativisée pour plusieurs raisons.

B - La portée limitée de l'autorisation du juge-commissaire

Deux arguments permettent d'atténuer le rôle de l'autorisation rendue par le juge-commissaire. Outre le fait que son absence soit sanctionnée de manière relativement décevante pour les salariés licenciés (1), l'ordonnance ne permet pas à elle seule d'acter la rupture du contrat de travail et requiert pour cela l'intervention de l'administrateur (2).

1 – La sanction du défaut d'autorisation du juge-commissaire

Pour être pleinement efficace, toute norme doit pouvoir être assortie d'une sanction lorsqu'elle est enfreinte. Il s'agit d'ailleurs du critère déterminant pour distinguer la norme morale de la norme juridique. Dès lors, il est surprenant de constater que l'article L631-17 ne prévoit aucune sanction pour l'administrateur qui prononcerait un licenciement pour motif économique en l'absence de l'autorisation du juge-commissaire. La question est d'autant plus légitime qu'en droit du travail, le licenciement peut être nul, abusif ou simplement irrégulier selon la règle transgressée.

La jurisprudence s'est bien évidemment saisie de la question. Dans une affaire assez originale, le juge-commissaire avait autorisé le licenciement pour motif économique de salariés à condition que ces derniers acceptent expressément la rupture de leur contrat de travail. Les administrateurs judiciaires ont finalement ignoré cette condition puisqu'il ont licencié un salarié qui avait refusé la rupture de son contrat. Selon la Cour de cassation, « le juge-commissaire, à défaut de l'acceptation du salarié, n'avait pas autorisé son licenciement ». En l'espèce, le licenciement a donc été prononcé en l'absence d'autorisation du juge-commissaire. S'agissant de la sanction, la Cour de cassation considère que c'est à bon droit que la Cour d'appel a accordé au salarié une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse[92]. Par ailleurs, la jurisprudence retient la même solution lorsque l'autorisation de licencier du juge-commissaire est annulée[93].
Précisons enfin que le défaut d'autorisation s'apprécie au moment où la lettre de licenciement est adressée au salarié. Cela signifie a contrario que l'administrateur peut parfaitement entamer la

92 Cass. soc., 30 mai 1990, Bull.civ. V n° 258
93 Cass. soc., 24 juin 2008, Bull.civ. V n°139

procédure de licenciement et procéder à l'entretien préalable avant que le juge-commissaire ne délivre son ordonnance[94].

Les salariés auraient pu espérer que l'absence d'autorisation du juge-commissaire entraîne la nullité du licenciement et donc l'obligation pour l'entreprise en procédure collective de les réintégrer. C'est d'ailleurs la solution traditionnellement retenue lorsqu'un salarié protégé est licencié sans l'autorisation de l'inspecteur du travail[95]. Le législateur et la jurisprudence auraient pu faire le choix d'appliquer cette sanction à toutes les hypothèses dans lesquelles une autorisation préalable est érigée en condition de validité du licenciement mais fait défaut, conformément à la position que défendait une partie de la doctrine commercialiste[96].
Toutefois, il semble relativement opportun de cantonner la sanction de la nullité aux seuls licenciements discriminatoires. C'est la raison pour laquelle la position adoptée par la jurisprudence nous semble relativement équilibrée.

Au-delà de la question de sa sanction, les effets attachés à l'autorisation judiciaire de licenciement sont également limités en ce qu'elle ne permet pas de constater de manière autonome la rupture du contrat de travail.

2 – L'individualisation des licenciements pour motif économique par l'administrateur judiciaire

L'autorisation délivrée par le juge-commissaire ne constitue pas en elle-même l'acte de licenciement des salariés concernés. Cette vision est parfaitement logique dans la mesure où le juge ne peut pas s'ériger en dirigeant de l'entreprise. Cette ordonnance s'apparente seulement à une autorisation collective de licenciement qui devra être mise en œuvre de manière individuelle par l'administrateur. À ce propos, l'article R631-26 dispose que « L'ordonnance rendue par le juge-commissaire en application de l'article L631-17 indique le nombre des salariés dont le licenciement est autorisé ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées ». En revanche, le juge-commissaire ne doit pas mentionner de façon individuelle les salariés concernés par cette autorisation[97]. Cette mission incombe à l'administrateur qui devra agir dans le respect des dispositions fixées par l'ordonnance.

94 Cass. soc., 18 juin 1997, Bull.civ. V, n°226
95 Cass. soc., 3 juin 1948, Bull. civ. IV, n° 557, JCP 1948, II, p. 4462 ou plus récemment Soc., 13 décembre 1994, Bull. civ. V, n° 341
96 F. Derrida, P.Godé, J.-P. Sortais. *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3e éd., 1991, n°493, p.366
97 Cass. soc., 18 juin 1997, Bull.civ. V, n°226, op.cit.

Reste alors précisément à évoquer l'hypothèse dans laquelle l'administrateur dépasserait les dispositions du juge-commissaire. C'est le cas notamment lorsque les licenciements prononcés sont plus nombreux que ceux qui ont été initialement autorisés. À notre connaissance, la jurisprudence n'a jamais envisagé cette situation. En toute logique, la nature de la sanction devrait être la même que lorsque l'autorisation fait défaut. Autrement dit, le licenciement devrait être dépourvu de cause réelle et sérieuse. Il est toutefois difficile de déterminer quels seraient concrètement les licenciements affectés par cette sanction. Deux solutions peuvent être retenues. Dans le premier cas, il est possible de ne sanctionner que les licenciements prononcés au-delà du quota autorisé par le juge-commissaire. Par exemple, si l'employeur procède à douze licenciements alors que l'ordonnance n'en autorisait que dix, seuls deux licenciements pourraient être sanctionnés. Toutefois, cette solution n'est pas satisfaisante lorsque tous les licenciements sont notifiés le même jour puisque, dans cette hypothèse, il est impossible de déterminer les deux licenciements qui dépassent le quota autorisé et qui sont donc dépourvus de cause réelle et sérieuse. À l'inverse, le juge pourrait sanctionner l'ensemble des licenciements mais cette solution semble excessive dans la mesure où elle ignore les licenciements autorisés par le juge-commissaire. Pour reprendre notre exemple précédent, il serait particulièrement inéquitable de sanctionner les douze licenciements alors que seuls deux d'entre eux excèdent les dispositions de l'ordonnance.

§II – L'autorisation préalable de licenciement prononcée par le juge-commissaire à l'occasion d'un plan de redressement ou de cession

Le sort des contrats de travail reste une préoccupation majeure lors de l'adoption d'un plan de redressement ou de cession. À cet égard, le premier alinéa de l'article L631-19 applicable au redressement judiciaire renvoie à l'article L626-2 dont l'alinéa 4 dispose expressément que le projet de plan « expose et justifie le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite d'activité ». En ce qui concerne la cession, elle « a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés »[98]. Dans cette optique, « le tribunal retient l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé »[99].

Ces formules bienveillantes sont une nouvelle fois remises en cause par le pragmatisme du tribunal de la procédure (A) qui permet, dans l'hypothèse spécifique de la cession d'entreprise, de déroger à la réglementation relative au transfert d'entreprise (B).

98 C.com., art. L642-1, al.1er
99 C.com., art. L642-5, al.1er

A – L'appréciation pragmatique du motif économique opérée par le tribunal de la procédure

Comme pour la période d'observation, l'adoption d'un plan de redressement ou de cession est marquée par la volonté de sauver l'entreprise en difficulté. La plupart des développements relatifs à la période d'observation vont donc se retrouver ici. Précisons au préalable qu'aucun texte ne reprend l'exigence selon laquelle les licenciements doivent présenter un caractère « urgent, inévitable et indispensable ». A priori, il sera donc plus aisé de licencier des salariés à l'occasion de l'adoption d'un plan de redressement ou de cession.

Seules les conditions énumérées à l'article L1233-3 devront finalement être réunies pour justifier le licenciement. Là encore, le tribunal de la procédure se montre relativement conciliant dans l'application de ce texte. S'agissant du motif économique, celui-ci ne pose pas véritablement de problème puisqu'il est relativement aisé de démontrer que l'entreprise qui fait l'objet d'un plan de redressement ou de cession présente des difficultés économiques. En revanche, les conséquences matérielles sur l'emploi ou le contrat de travail sont beaucoup moins évidentes à caractériser. Le tribunal de la procédure doit donc vérifier que les difficultés économiques ont bien débouché sur une suppression ou transformation d'emploi ou sur une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail. Or, en pratique, les jugements qui arrêtent le plan de redressement ou de cession ne font quasiment jamais apparaître ces conséquences matérielles.

Pour le reste, l'autorisation incluse dans le plan de redressement ou de cession est relativement identique à celle du juge-commissaire. Puisque le jugement doit se limiter à un aspect collectif[100], la liste précisant l'identité précise des salariés licenciés est dépourvue d'effet[101]. Il revient donc à l'administrateur judiciaire de licencier de manière effective et individuelle les salariés dans un délai d'un mois à compter de la publication du jugement[102]. Ce délai est calqué sur les exigences prévues par l'AGS. En effet, sont garanties « « les créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenant dans le mois suivant le jugement qui arrête le plan de sauvegarde, de redressement ou de cession »[103].

La sanction des licenciements prononcés en l'absence d'autorisation du tribunal de la procédure est également calquée sur le régime applicable lors de la période d'observation. Pour cause, il a été jugé

100 C.com., art. 631-36, al.4, et R642-3, al.2.
101 Cass. soc., 26 juin 1991, Bull.civ. V, n°328
102 C.com., art. L631-19, III, al. 2 et L642-5, al.5.
103 C.trav., art. L3253-8, 2°, b)

que les licenciements non prévus par le plan de redressement sont sans cause réelle et sérieuse[104].

S'agissant du plan de cession, précisons qu'il peut faire l'objet d'une résolution lorsque le cessionnaire ne respecte pas ses engagements[105]. Il est alors intéressant de déterminer quelles seront les conséquences de cette résolution sur le sort des licenciements prononcés sur le fondement du plan de cession. Le Code de commerce règle en partie cette question puisqu'il est prévu que «le tribunal peut prononcer la résolution ou la résiliation des actes passés en exécution du plan résolu »[106]. Toutefois, comme le précise le texte, il ne s'agit là que d'une simple faculté offerte au juge de la procédure. S'agissant des licenciements, la Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer que « le tribunal qui prononce la résolution du plan de cession a le pouvoir de limiter les effets de cette résolution, en maintenant des actes accomplis en exécution du plan »[107]. En l'espèce, tous les actes passés par les administrateurs judiciaires avaient été maintenus et les licenciements prononcés par leurs soins restaient donc parfaitement valables.
En pratique, on peut penser que les juges utiliseront fréquemment leur faculté de maintenir les actes accomplis en exécution du plan de cession pour refuser la réintégration des salariés licenciés. Il serait d'ailleurs paradoxal que la résolution du plan entraîne la disparition rétroactive des licenciements subséquents alors que ceux prononcés en l'absence totale d'autorisation judiciaire sont seulement dépourvus de cause réelle et sérieuse.

Les licenciements prononcés dans le cadre d'un plan de cession présentent une autre particularité dans la mesure où ils dérogent totalement à un principe essentiel du droit du travail, celui du maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise.

B – Les dérogations aux dispositions relatives au transfert d'entreprise dans le cadre de la cession d'entreprise

Le principe est posé part l'article L1224-1 du Code du travail qui dispose que « lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

104 Cass. soc., 12 décembre 2001, Bull.civ. V, n°382
105 C.com., art. L642-11, al. 2
106 C.com., art. L642-11, al. 3
107 Cass. soc., 9 juillet 2008, Bull.civ. V, n°156

Ce principe qui est parmi les plus anciens du droit du travail trouve également son fondement dans la directive européenne du 14 février 1977[108], modifiée par une directive du 29 juin 1998[109], elle-même révisée par une directive du 12 mars 2001[110].

Selon ces dispositions, le changement d'employeur n'emporte aucune conséquence sur le contrat de travail des salariés et la relation de travail doit donc être exécutée dans les mêmes conditions. L'existence d'un plan de cession judiciaire ne suffit pas à remettre en cause ce principe. En effet, la Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer que « La cession, même partielle, par décision du tribunal de commerce, d'une entreprise en redressement judiciaire entraîne le transfert d'une entité économique autonome, dont l'activité est poursuivie par le cessionnaire »[111].

Toutefois, un plan de cession peut autoriser les licenciements pour motif économique, peu importe que l'entreprise soit en sauvegarde judiciaire[112], en redressement[113] ou en liquidation[114]. Dans ce cas, l'article L1224-1 du Code du travail se trouve exclu et le cessionnaire n'a pas à poursuivre le contrat de travail des salariés dont le licenciement a été autorisé.

L'appréciation des motifs économiques est encore plus assouplie dans le cadre des liquidations judiciaires. En effet, dans cette procédure collective, le sauvetage de l'entreprise n'est plus une priorité et il est seulement question de liquider l'actif afin d'en apurer le passif. L'autorisation de licencier les salariés découle naturellement du jugement qui ouvre la liquidation judiciaire.

§III – L'autorisation préalable de licenciement contenue dans le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire

La liquidation judiciaire peut être ouverte à l'égard de tout débiteur « en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible ». Dès lors que ces deux conditions sont réunies, la liquidation peut être prononcée pour mettre fin à une procédure de sauvegarde ou de

108 Directive 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements

109 Directive 98/50/CE du Conseil du 29 juin 1998 modifiant la directive 77/187/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements

110 Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements

111 Cass. soc., 13 janvier 1999, RJS n°161

112 Article L626-1, alinéa 3, du Code de commerce

113 Article L631-19, III, alinéa 2, du Code de commerce

114 Article L642-5, alinéa 4, du Code de commerce

redressement[115]. Elle peut également être ouverte de façon spontanée, en l'absence de toute autre procédure antérieure.

Comme la procédure de sauvegarde ou de redressement, l'ouverture d'une liquidation judiciaire n'est pas de nature, en tant que telle, à entraîner la rupture des contrats de travail[116]. Il appartiendra pour cela au liquidateur de mettre en œuvre la procédure des licenciements.

Notons toutefois que les licenciements prononcés dans le cadre de cette procédure sont beaucoup plus faciles à mettre en œuvre puisque le liquidateur n'a pas besoin d'obtenir l'autorisation expresse du tribunal de la procédure collective. Certains auteurs défendent toutefois l'idée que cette autorisation découlerait du jugement d'ouverture de la liquidation. L'article L641-4 du Code de commerce prévoit d'ailleurs que les licenciements sont prononcés « en application de la décision ouvrant ou prononçant la liquidation ».

Au stade de la liquidation judiciaire, le contrôle du respect de l'article L1233-3 du Code du travail devient inutile. Une entreprise qui fait l'objet d'une telle procédure connaît nécessairement des difficultés économiques et fait bien l'objet d'une cessation d'activité. Or, ces deux motifs économiques se retrouvent dans le texte et sont de nature à justifier les licenciements. De la même manière, puisque la liquidation met fin à toute l'activité de l'entreprise, il en résulte naturellement la suppression de tous les emplois. La condition relative à la conséquence matérielle exigée par le texte est donc également remplie. En résumé, force est de constater que la liquidation judiciaire fait présumer de manière irréfragable la validité des licenciements prononcés pour motif économique.

Puisque la rupture n'est pas automatique, le liquidateur doit prononcer les licenciements dans un délai de quinze jours à compter du jugement qui prononce l'ouverture de la liquidation judiciaire. Une nouvelle fois, ce délai s'explique par les exigences de l'AGS.

Précisons toutefois que tous ces développements ne s'appliquent que dans l'hypothèse où la liquidation n'est accompagnée d'aucune poursuite d'activité.

Les licenciements qui interviennent dans le cadre d'une liquidation judiciaire avec poursuite d'activité doivent respecter les dispositions applicables aux licenciements prononcés en période d'observation. En particulier, dans cette hypothèse, le liquidateur doit obtenir l'autorisation préalable du juge-commissaire[117].

115 C.com., art. L631-15, II
116 Cass. soc., 22 mai 2007, n°05-44.591
117 C.com., art. L641-10, al.3

Le juge-commissaire et le tribunal de la procédure occupent une place prépondérante dans les licenciements pour motif économique prononcés au sein l'entreprise en procédure collective. Pour cause, ce sont eux qui, de manière expresse ou tacite, autorisent les licenciements pour motif économique. Leur rôle est d'autant plus important que les recours juridictionnels contre les décisions qu'ils rendent sont relativement restreints pour le salarié. Le juge-commissaire et le tribunal de la procédure disposent donc d'une sorte de monopole sur l'appréciation du motif économique du licenciement.

Section II : La limitation des recours juridictionnels ouverts au salarié dans l'entreprise en procédure collective

Le juge prud'homal dispose par principe d'une compétence ratione materiae qui porte notamment sur l'ensemble des litiges relatifs au contrat de travail[118]. Il devrait donc être compétent s'agissant des différends relatifs aux licenciements pour motif économique, y compris lorsqu'ils sont prononcés au sein d'une entreprise en procédure collective. Pourtant, force de constater que sa place en la matière est relativement restreinte (§I). Le salarié, qui ne peut pas agir auprès du tribunal de la procédure (§II), est donc particulièrement démuni.

§I – L'exclusion de principe du juge prud'homal dans la contestation du licenciement pour motif économique

Les décisions rendues par le tribunal de commerce ou le tribunal de grande instance au cours de la procédure collective acquiert autorité de la chose jugée. Cela explique pourquoi le conseil de prud'hommes ne peut pas en théorie intervenir sur les litiges relatifs aux licenciements dans la procédure collective (A).
En réalité, seuls les licenciements prononcés à l'occasion de la sauvegarde judiciaire relèvent, au moins en théorie, du droit commun. Si ce constat nous semble erroné, il permet en tout cas au juge prud'homal de reprendre la place qui est traditionnellement la sienne (B).

A – L'autorité de la chose jugée attachée aux décisions du tribunal de la procédure

L'autorité de la chose jugée empêche le juge prud'homal de réitérer le contrôle qui a déjà été opéré par le tribunal de la procédure. Or, il s'avère que le contrôle que celui-ci effectue à l'occasion

118 C.trav., L1411-1 s.

de l'autorisation du licenciement porte essentiellement sur le motif économique. Sur ce point, le Conseil de prud'hommes ne peut donc pas empiéter sur les pouvoirs du juge de la procédure (1). En revanche, rien ne l'interdit de statuer sur les autres points de contestation du licenciement (2).

1 – L'incompétence du juge prud'homal dans le contrôle du motif économique

Le juge prud'homal est tout d'abord incompétent pour remettre en cause l'autorisation de licenciement accordée par le juge-commissaire lors de la période d'observation du redressement. En effet, les ordonnances du juge-commissaire peuvent seulement être contestées par voie d'opposition « devant le tribunal dans les dix jours de la communication ou de la notification »[119]. Par ailleurs, même si aucune disposition ne le prévoit expressément, il est tout à fait possible d'interjeter appel contre la décision du tribunal statuant sur la validité des ordonnances du juge-commissaire.
Dans certaines hypothèses, l'ordonnance du juge-commissaire peut être contestée directement devant la cour d'appel, sans passer au préalable par le tribunal de la procédure. Toutefois, cela ne concerne pas les ordonnances autorisant les licenciements pour motif économique.
Si elle ne fait l'objet d'aucun recours devant la cour d'appel, la décision du juge-commissaire obtient l'autorité de la chose jugée et le conseil de prud'hommes ne pourra pas affirmer que le licenciement prononcé à ce stade ne présentait pas un caractère urgent, inévitable et indispensable. Cela reviendrait à considérer que les licenciements ne devaient pas être autorisés et donc, in fine, à contredire la portée de la décision rendue par le juge-commissaire.
Pour résumer cette situation, la jurisprudence souligne que « lorsque l'ordonnance du juge-commissaire est devenue définitive, le caractère économique du motif de licenciement ne peut plus être contesté »[120].

A fortiori, le juge prud'homal ne peut pas non plus contester l'appréciation du motif économique des licenciements prononcés à l'occasion de l'adoption d'un plan redressement ou de cession. Rappelons qu'à ce stade, l'autorisation de licencier se trouve au sein du jugement arrêtant le plan. Or, il est évident que la cour d'appel est seule compétente pour connaître des recours formés contre les jugements rendus par le tribunal de la procédure.
Enfin, le juge social n'a pas davantage la possibilité de remettre en cause le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire quand bien même c'est lui qui autorise de manière tacite les licenciements pour motif économique prononcés à ce stade. Là encore, seul un recours devant la cour d'appel est

119 C.com., art.R621-21, al.4, du Code de commerce
120 Cass. soc., 9 juillet 1996, RJS n°912, note. P.PETEL, *JCP G,* 1997, I, 4004, n°9

possible.

L'impossibilité pour le juge prud'homal de contrôler la cause économique de licenciement dans les entreprises en procédure collective connaît toutefois une exception notable. Malgré l'autorité de la chose jugée attachée à la décision du juge-commissaire ou du tribunal de la procédure, la juridiction prud'homale pourra décider de contredire une autorisation de licenciement obtenue par fraude.
Reste à déterminer ce que recouvre cette notion lorsqu'elle est appliquée dans le droit des licenciements. Cette mission est d'autant plus difficile que la jurisprudence en la matière est très rare. Une décision rendue par la Cour de cassation permet tout de même de nous éclairer sur ce point. Ainsi, il a été jugé qu'une ordonnance du juge-commissaire est obtenue par fraude dès lors que le salarié concerné est remplacé immédiatement après son licenciement. Dans une telle situation, la juridiction prud'homale peut, sans méconnaître l'autorité de chose jugée par le juge-commissaire, considérer que le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse[121].

S'il ne fait aucun doute que le juge prud'homal est, en dehors de l'hypothèse de la fraude, privé de la faculté d'apprécier le motif économique du licenciement, il ne se trouve pas pour autant exclu de l'ensemble des litiges nés à l'occasion d'un licenciement pour motif économiques prononcé dans une entreprise en procédure collective. Il dispose en la matière d'une compétence subsidiaire.

2 – La compétence subsidiaire du juge prud'homal

Le domaine de compétence octroyé au juge prud'homal est défini de façon relativement claire par la jurisprudence. Selon la Cour de cassation, l'autorité de la chose jugée conférée aux autorisations délivrées par le juge-commissaire ou le tribunal de la procédure « n'interdit pas à la juridiction prud'homale, seule compétente pour connaître des différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail, de statuer sur les demandes des salariés licenciés au regard de leur situation individuelle »[122]. Si cette définition semble a priori relativement restreinte, la chambre sociale lui a donné un contenu de plus en plus important au fil de ses décisions.
Certains arrêts semblent relativement logiques compte tenu du cas d'espèce. Par exemple, il ne fait aucun doute qu'un licenciement potentiellement discriminatoire relève d'une situation individuelle. Dès lors, il n'est pas étonnant que le salarié puisse le contester devant la juridiction prud'homale,

121 Cass. soc., 27 octobre 1998, Bull.civ., V, n°452, note. F. DERRIDA, « Preuve du licenciement économique obtenu par fraude », *D.*, 2000, p.7
122 Cass. soc., 3 mars 1998, Bull.civ., V, n°112

quand bien même ce licenciement serait prévu par un plan de cession[123]. De la même manière, puisque le pouvoir de licencier individuellement les salariés appartient à l'administrateur et non pas au juge-commissaire ou au juge de la procédure, le contrôle de la motivation des lettres de licenciement relève également de la compétence de la juridiction prud'homale[124].

En revanche, d'autres arrêts donnent compétence au juge social dans des litiges qui semblent pourtant dépasser la simple situation individuelle du salarié. En guise d'illustration, le conseil de prud'hommes est compétent pour trancher les litiges relatifs à l'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur[125] alors même que celle-ci concerne tous les salariés licenciés.
La même remarque peut être faite s'agissant des conflits relatifs aux critères définis pour déterminer l'ordre des licenciements. Ces critères ne régissent pas une situation individuelle mais la Cour de cassation reconnaît pourtant en l'espèce la compétence du juge prud'homal[126].

Compte tenu de ces différentes décisions, le critère de la situation individuelle pour justifier la compétence de la juridiction prud'homale ne nous semble pas opportun.
Pour y remédier, on pourrait notamment considérer que le juge social est compétent pour statuer sur tous les litiges intéressant le contrat de travail, en dehors de ceux pour lesquels le Code de commerce prévoit expressément qu'ils relèvent de la mission du juge-commissaire ou du tribunal de la procédure. Toutefois, ce critère doit également être écarté car la Cour de cassation donne parfois compétence à la juridiction prud'homale dans des domaines qui relèvent pourtant, en vertu du Code de commerce, de la compétence du juge commercial.
Selon l'article L631-17, alinéa 2, du Code du travail, « préalablement à la saisine du juge-commissaire, l'administrateur […] joint, à l'appui de la demande qu'il adresse au juge-commissaire, l'avis recueilli et les justifications de ses diligences en vue de faciliter l'indemnisation et le reclassement des salariés ». Ce texte prévoit que l'administrateur a l'obligation d'intégrer au sein de la demande préalable de licenciement adressée au juge-commissaire les mesures mises en œuvre pour permettre aux salariés d'être reclassés. On en déduit que si ces mesures sont inexistantes ou insuffisantes, le juge-commissaire pourra refuser la demande d'autorisation des licenciements. Par conséquent, ce texte donne compétence au juge-commissaire pour contrôler a priori l'obligation de reclassement qui pèse sur l'entreprise en difficulté. L'autorité de la chose jugée attachée à l'ordonnance du juge-commissaire devrait en principe empêcher la juridiction prud'homale de

123 Cass. soc., 12 février 1992, Bull.civ., V, n°85
124 Cass. soc., 21 février 1996, n°93-41.310
125 Cass. soc., 10 mai 1999, Bull.civ., V, n°204
126 Cass. soc., 8 avril 1992, Bull.civ., V, n°260

recontrôler, cette fois a posteriori, l'exécution de cette obligation de reclassement. Pourtant, dans un arrêt qui marque une nouvelle étape dans l'extension des pouvoirs du juge prud'homal, il a été jugé que « l'autorité de l'ordonnance du juge-commissaire ne saurait s'étendre à la question relative à la situation individuelle du salarié au regard de l'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur »[127].

En restreignant de manière considérable la portée de l'autorité de la chose jugée, cette décision instaure une véritable concurrence de juridiction entre les juges de la procédure et le juge social. Surtout, elle laisse à penser que la juridiction prud'homale pourra un jour retrouver la possibilité de contrôler le motif économique des licenciements prononcés au sein d'une entreprise en procédure collective. Cela reviendrait d'ailleurs à faire une lecture beaucoup plus fidèle de l'article L1411-1 du Code de travail.

Quoiqu'il en soit, on peut se réjouir que la compétence de la juridiction prud'homale ne cesse de s'accroître. Il s'agit en effet du juge naturel des salariés et, partant, celui-ci saura se montrer beaucoup plus protecteur de leurs intérêts que le juge-commissaire ou le juge de la procédure qui sont quant à eux davantage concentrés sur le sauvetage l'entreprise et qui ne possèdent pas toujours les compétences techniques ni le temps pour s'attarder sur les enjeux sociaux des procédures collectives.

Le conseil de prud'hommes a également vocation à intervenir dans les litiges portant sur les licenciements prononcés à l'occasion de la sauvegarde judiciaire puisque ce pan relève en théorie du droit commun des licenciements. Nous verrons toutefois que cette analyse est très largement contestable.

B – Le postulat erroné de l'application du droit commun des licenciements pour motif économique dans l'entreprise en sauvegarde judiciaire

Par définition, la sauvegarde judiciaire a vocation à être ouverte « sur demande d'un débiteur [...] qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter »[128]. Puisque de telles difficultés existent, rien n'empêche a priori l'employeur de procéder à des licenciements pour motif économique lors de la sauvegarde judiciaire.

Si le législateur a refusé d'appliquer un régime spécial aux licenciements prononcés dans l'entreprise en sauvegarde judiciaire (1), il n'en demeure pas moins que plusieurs dérogations existent en la

127 Cass.soc., 12 janvier 1999, Bull.civ., V, n°11
128 Article L620-1, alinéa 1er, du Code de commerce

matière (2).

1 – L'exclusion législative des règles spéciales de licenciement dans l'entreprise en sauvegarde judiciaire

Lorsqu'elle fut instituée en 2005, deux courants se sont opposés pour savoir si les licenciements prononcés à l'occasion d'une sauvegarde judiciaire devaient ou non bénéficier d'un régime exorbitant du droit commun.

Les partisans de l'adoption de règles spéciales partaient du constat selon lequel les chefs d'entreprise ne demandaient l'ouverture d'une procédure collective que lorsque la situation économique de l'entreprise était particulièrement grave, c'est-à-dire à l'occasion de la cessation des paiements. La création d'une procédure de sauvegarde avait justement pour objectif de remédier à ce problème. Le but était de prévoir des mesures suffisamment incitatives pour que le chef d'entreprise puisse avoir le réflexe de demander l'ouverture d'une procédure collective avant d'être en cessation des paiements. Or, comme le soulignait un député au moment des débats parlementaires, le choix de ne pas créer un droit spécial des licenciements dans l'entreprise en sauvegarde pourrait « inciter des chefs d'entreprise rationnels, conscients de la nécessité de procéder rapidement à une réduction de la masse salariale pour préserver le cœur de l'entreprise, à ne pas demander l'ouverture d'une sauvegarde, mais à attendre le redressement judiciaire, et donc la cessation des paiements, à rebours de l'objectif du projet de loi »[129].

À l'inverse, d'autres parlementaires ne souhaitaient pas accorder un régime dérogatoire aux licenciements prononcés à l'occasion de la sauvegarde judiciaire. Selon eux, ces règles spéciales pourrait être instrumentalisées par les chefs d'entreprise pour contourner le droit commun du licenciement. Concrètement, le législateur craignait que les chefs d'entreprise demandent l'ouverture d'une procédure de sauvegarde dans le seul but de procéder plus facilement à une réduction de la masse salariale, en particulier dans des hypothèses où les difficultés ne seraient que conjoncturelles.

C'est finalement cette vision qui a été retenue et à l'heure actuelle seules les entreprises en redressement ou en liquidation, c'est-à-dire celles qui sont en cessation des paiements, peuvent se prévaloir d'un régime dérogeant au droit commun des licenciements pour motif économique.

Puisque les licenciements prononcés dans l'entreprise en sauvegarde judiciaire relèvent pleinement du droit commun, le juge prud'homal est le seul à pouvoir statuer sur les litiges qui naissent à cette occasion.

129 X. DE ROUX, Rapport n°2095 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, 2005

Malgré le choix opéré par le législateur, il semble illusoire de penser que le droit commun des licenciements est parfaitement appliqué dans l'entreprise en sauvegarde judiciaire. « Sous l'apparence d'une procédure commerciale à droit du travail constant, la procédure de sauvegarde recèle de potentiels aménagements au droit du licenciement »[130].

2 – Les aménagements au droit commun des licenciements dans l'entreprise en sauvegarde judiciaire

Comme nous venons de le dire, aucune disposition légale ne prévoit expressément l'application de règles dérogatoires pour les licenciements prononcés lors de la sauvegarde judiciaire. Ces aménagements résultent plutôt de certaines confusions qui sont entretenues tant par les textes que par la jurisprudence.

En premier lieu, rappelons que « cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise »[131]. Le lien avec le droit des licenciements est évident puisque la réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l´entreprise a été consacrée comme étant une cause économique de licenciement, d'abord par la jurisprudence[132] puis par la loi[133].

Par conséquent, puisque la procédure de sauvegarde entraîne une réorganisation de l'entreprise, elle constitue nécessairement une cause économique de licenciement. L'employeur n'aura plus qu'à démontrer les conséquences matérielles de cette réorganisation sur l'emploi ou le contrat de travail.

Une autre confusion lexicale existe entre le licenciement pour motif économique et la procédure de sauvegarde. En effet, comme nous l'avons déjà souligné, cette procédure collective peut être ouverte à l'égard du débiteur qui « sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter »[134]. Or, la notion de « difficultés économiques » est également une cause économique de licenciement[135].

Les difficultés qui justifient l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne sont pas toujours de nature économique. Même lorsqu'elles le sont, le juge social n'est pas lié par l'appréciation faite par le juge de la procédure puisqu'ils statuent sur deux choses différentes, respectivement la validité du licenciement pour l'un et l'ouverture de la procédure de la sauvegarde pour l'autre. Le juge social

130 S. VERNAC, « Le droit du licenciement dans la procédure de sauvegarde », *RDT* 2007, p.434.
131 C.com., art. L620-1, alinéa 1er
132 Cass. soc., 5 avril 1995, Bull.civ., V, n°123, note. M.KELLER, « Une délocalisation industrielle peut-elle constituer une cause économique réelle et sérieuse pour procéder à un licenciement économique ? », *Dalloz*, 1995, p.503
133 C.trav., art. L1233-3, 3° dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels
134 C.com., art.L620-1
135 C.trav., art. L1233-3, 1°

pourra donc retenir que les difficultés économique de l'entreprise ne sont pas de nature à justifier un licenciement, quand bien même elles permettraient l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Néanmoins, « on voit mal comment le juge du conseil de prud'hommes pourrait invalider la cause du licenciement économique après que le Tribunal de commerce ou le tribunal de grande instance ait entériné des perspectives d'emploi allant dans le sens d'une diminution des effectifs, après qu'il ait finalement anticipé, en raison de la réorganisation, des suppression d'emplois »[136].
Ces confusions textuelles nous donnent finalement l'impression que l'ouverture d'une sauvegarde judiciaire constitue en tant que telle une cause économique de licenciement, à l'instar de la liquidation judiciaire.

La place qu'occupe le juge prud'homal dans les litiges relatifs aux licenciements pour motif économique n'est pas que théorique. En effet, lorsque le juge social n'est pas compétent, le salarié est en principe privé de la possibilité d'exercer un recours contre le motif économique de son licenciement.

§II – L'impossibilité pour les salariés d'agir à l'encontre des décisions du juge-commissaire ou du tribunal de la procédure

Nous avons vu précédemment que les décisions rendues par le juge-commissaire ou par le tribunal de la procédure concernant le motif économique du licenciement ne pouvaient pas, en dehors de l'hypothèse de la fraude, être remises en cause par le Conseil de prud'hommes. Seul une action fondée sur les voies de recours traditionnelles permet donc de contester ces décisions. Pourtant, les droits des salariés s'avèrent en la matière particulièrement précaires.
S'agissant tout d'abord de l'opposition formée contre l'ordonnance du juge-commissaire auprès du tribunal de la procédure, rappelons qu'elle est enfermée dans un délai de dix jours à compter de la communication ou de la notification de l'ordonnance[137]. En plus d'être communiquée aux mandataires de justice, elle est également notifiée « aux parties et aux personnes dont les droits et obligations sont affectés »[138]. Puisque l'ordonnance du juge-commissaire ne mentionne pas l'identité précise des salariés dont le licenciement est autorisé, ces derniers ne sont jamais directement affectés dans leurs droits et obligations par l'ordonnance du juge-commissaire. Par conséquent, le greffe n'a pas à la notifier aux salariés de l'entreprise[139]. Dans ces conditions, le salarié ne peut pas

136 R. VATINET, « Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP S* 2005, n° 1230.
137 C.com., art. R621-21, al.4
138 C.com., art. R621-21, al.3
139 Cass.soc., 5 mars 1997, n°95-41.230

avoir connaissance de l'ordonnance ni y former opposition.

Le Code de commerce précise néanmoins que « l'ordonnance est notifiée au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel ou, le cas échéant, au représentant des salariés »[140]. Toutefois, même dans cette hypothèse, l'exercice d'un recours semble compliqué dans la mesure où le délai pour agir n'est que de dix jours, compte tenu de l'exigence de célérité de la procédure collective.

Plus grave encore, certains auteurs considèrent que les salariés sont par nature exclus de l'instance ouverte devant la juridiction commerciale. Selon eux, « le droit des procédures collectives […] ne fait pas des salariés et de leurs représentants des « parties », au sens du Code de procédure civile, qui attache cette qualité au fait de faire valoir des prétentions selon l'article 4 du Code de procédure civile »[141].

Si les salariés ne sont pas des parties au procès, il leur sera également impossible d'exercer un recours devant la Cour d'appel à l'encontre des jugements rendus par le tribunal de la procédure. C'est d'ailleurs ce que semble confirmer l'article L661-1, I, 2°, 5° et 6° s'agissant des recours formés contre les décisions qui ouvrent une liquidation judiciaire ou qui arrêtent un plan de redressement. Les instances représentatives du personnel pourront toutefois agir contre ces différentes décisions.

En revanche, ni les salariés ni les instances représentatives du personnel ne peuvent former de recours à l'encontre du jugement arrêtant un plan de cession de l'entreprise[142].

Toutes ces dispositions apportent aux salariés des dérogations plus ou moins importantes au droit à un recours effectif qui découle lui-même du droit à l'accès à la justice. Il s'agit de l'un des droits fondamentaux les plus importants dans la mesure où, sans lui, aucun autre droit ne pourrait être garanti. C'est la raison pour laquelle il est consacré de manière unanime par les textes nationaux et internationaux.

Sur le plan national, le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle du droit à un recours juridictionnel effectif[143], tout comme le Conseil d'État[144].

S'agissant des textes internationaux, l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose que « toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales ». Ce droit est également consacré par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dont l'article 6§1 selon lequel « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement ». Citons enfin l'article 14§1 du Pacte international relatif aux droits

140 Article R631-26, alinéa 2, du Code de commerce

141 J-L. VALLENS, « Les salariés et leurs représentants, acteurs des procédures collectives », in *Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, Dalloz 2007.

142 Article L661-6 du Code de commerce

143 Cons. const., 23 juillet 1999, n°99-416 DC, Loi portant création d'une couverture maladie universelle

144 CE, 22 avril 2005, Magerand

civils et politiques qui prévoit que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent ».

Compte tenu de tous ces textes et de ces différentes décisions, il semble étonnant que les articles du Code de commerce qui font obstacle aux recours des salariés contre les décisions du juge de la procédure n'aient jamais fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité ou d'une condamnation internationale.

La procédure collective répond à des impératifs de célérité et d'efficacité. Cette exigence permet d'expliquer que le motif économique est apprécié de manière beaucoup plus souple que dans les entreprises in bonis. C'est également pour cette raison que les salariés sont parfois privés de la possibilité de contester les décisions des juges de la procédure.
Toutefois, ces différentes dérogations qui concernent les règles de fond ne sauraient être pleinement satisfaisantes si elles n'étaient pas accompagnées d'un aménagement des règles procédurales.

Chapitre II : L'allègement de la procédure de licenciement pour motif économique

Lorsque l'employeur souhaite procéder à des licenciements pour motif économique, il est contrait de respecter une procédure relativement stricte. D'ailleurs, celle-ci est souvent jugée complexe et contraignante pour les employeurs, en particulier pour les entreprises les plus petites.
Il évident que de telles règles seraient contre-productives en cas de procédure collective. L'entreprise en difficulté doit pouvoir agir rapidement pour assurer son redressement et il ne serait pas équitable de faire peser sur elle les mêmes contraintes procédurales que celles qui existent pour l'entreprise in bonis. C'est la raison pour laquelle la procédure collective permet non seulement de diminuer les obligations d'information et de consultation (Section I) mais également d'affaiblir la procédure individuelle de licenciement (Section II).

Section I : La diminution des obligations d'information et de consultation

Bien que l'employeur soit le seul à disposer du pouvoir de licencier ses salariés, il n'en demeure pas moins qu'il doit au préalable informer et consulter un certain nombre d'acteurs. Toutefois, lorsque l'entreprise qui souhaite licencier fait l'objet d'une procédure collective, ces

exigences sont aménagées. Cet assouplissement concerne les informations délivrées aux représentants du personnel (§I) ainsi que celles transmises à l'administration (§II).

§I – L'aménagement de l'obligation d'information et de consultation des représentants du personnel

Pour remplir efficacement leurs missions, les représentants du personnel doivent pouvoir disposer d'un temps suffisant pour étudier les informations transmises par l'employeur et éventuellement lui délivrer un avis. Cela apparaît nécessairement contradictoire avec l'exigence de célérité de la procédure collective et c'est pourquoi les instances représentatives du personnel subissent un recul de leurs prérogatives (A). L'affaiblissement des représentants du personnel est toutefois compensé par l'apparition d'un acteur propre aux procédures collectives, à savoir le représentant des salariés (B).

A – Le recul des prérogatives des instances représentatives du personnel

Le régime de l'information et de la consultation des représentants du personnel en cas de licenciement pour motif économique est prévu à l'article L1233-58 du Code du travail qui opère par un mécanisme relativement complexe de renvois au droit commun.
Précisons au préalable que cette disposition ne vise pas la sauvegarde judiciaire. Cela signifie que les licenciements envisagés au cours de cette procédure collective doivent respecter la procédure d'information et de consultation de droit commun.
En revanche, sont soumis à cette disposition tous les licenciements prononcés au cours de la période d'observation du redressement judiciaire[145] ainsi que ceux prévus par un plan de redressement[146] ou de cession[147]. Les licenciements prononcés à l'occasion de la liquidation judiciaire n'échappent pas non plus aux exigences de l'article L1233-58[148].

D'une manière générale, il faut retenir que l'information et la consultation des représentants du personnel dépendent principalement du nombre de salariés concernés par le licenciement.

S'agissant des licenciements de moins de dix salariés prononcés sur une période de trente jours, le régime est le même que celui prévu pour l'entreprise in bonis. En effet, l'article L1233-58 se

145 C.com.,art. L631-17, al.2
146 C.com., art. L631-19, III
147 C. com., art. L642-5, al. 5
148 C.com, art.L641-4, al.5

contente de renvoyer à l'article L1233-8 qui exige la réunion et la consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Puisque le texte n'évoque pas le nombre de réunions qui sont nécessaires, une seule semble être suffisante.

Concernant les licenciements d'au moins dix salariés, le régime applicable diffère selon la taille de l'entreprise. Lorsque celle-ci emploie moins de cinquante salariés, l'employeur doit, conformément à l'alinéa 1er de l'article L1233-29, réunir et consulter les délégués du personnel. En revanche, l'alinéa 2 qui impose au moins deux réunions est écarté. Par conséquent, l'administrateur et le liquidateur pourront se contenter d'une seule réunion.
La même dérogation est applicable aux entreprises de plus de cinquante salariés puisque le dernier alinéa du I de l'article L1233-30 ne s'applique pas dans l'entreprise en procédure collective. Or, celui-ci exigeait deux réunions du comité d'entreprise espacées d'au moins quinze jours.
Si cette dérogation est compréhensible compte tenu de l'exigence de célérité de la procédure collective, il aurait été plus opportun de se contenter de diminuer les délais entre les deux réunions. La suppression du nombre de consultations fait perdre aux représentants du personnel leur efficacité puisqu'il sera plus compliqué pour eux de proposer des alternatives aux projets envisagés par l'administrateur ou le liquidateur.
Les représentants du salariés peuvent continuer à être réunis deux fois dans une hypothèse bien précise. En effet, l'article L2325-35, 5° précise que le comité d'entreprise peut se faire assister d'un expert-comptable « lorsque la procédure de consultation pour licenciement économique d'au moins dix salariés dans une même période de trente jours, prévue à l'article L1233-30, est mise en œuvre ». La jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer que cette faculté est ouverte aux représentants du personnel de l'entreprise en procédure collective[149]. Or, lorsqu'un expert-comptable est nommé, son rapport ne peut être remis qu'à l'occasion d'une seconde réunion. En pratique, le comité d'entreprise a donc toujours intérêt à demander la nomination d'un expert-comptable afin qu'une seconde réunion puisse être organisée.

En ce qui concerne la sanction, le défaut de consultation des représentants du personnel trouve une réponse identique à celle prévue dans le cadre du droit commun.
Sur le plan pénal, l'article L1238-5 du Code du travail prévoit que l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur qui ne respecte les obligations susmentionnées est passible d'une amende de 3 750€ prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés par l'infraction. Même si cette sanction est consacrée dans un article applicable exclusivement aux entreprises en procédure collective, elle est

149 Cass. soc., 7 juillet 1998, Bull.civ., V, n°371

identique à celle qui existe pour les entreprises de droit commun[150].
À défaut de précision contraire, les salariés de l'entreprise en procédure collective licenciés en violation de l'obligation d'information et de consultation des représentants du personnel doivent également pouvoir saisir le juge prud'homal pour faire reconnaître l'irrégularité de la procédure. Les salariés ont alors droit à une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire brut[151].

S'agissant du contenu de l'information délivrée aux représentants du personnel, il sera également le même que celui que l'on retrouve dans l'entreprise in bonis. Pour cause, l'article L1233-58 du Code du travail se contente de renvoyer aux dispositions du droit commun, c'est-à-dire aux articles L1233-31 à L1233-33 du même Code.
Sans être exhaustif, l'administrateur et le liquidateur devront donc informer les représentants du personnel des raisons du licenciement[152], du nombre envisagé de licenciements[153] et du calendrier prévisionnel des licenciements[154]. Dans les entreprises de moins de cinquante salariés, l'information doit également porter sur les mesures que l'administrateur ou le liquidateur « envisage de mettre en œuvre pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre et pour faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité ».[155]

Dès lors que les représentants du personnel ont été dûment consultés, ils doivent rendre un avis pour transmettre leurs observations à l'administrateur ou au liquidateur. Là encore, l'objectif de célérité de la procédure collective impose que ces délais soient relativement courts.
Lorsque les licenciements sont prévus dans un plan de cession ou de redressement, les avis des représentants du personnel doivent être « rendus au plus tard le jour ouvré avant l'audience du tribunal qui statue sur le plan »[156]. Ce délai est d'interprétation stricte puisqu'il ne peut pas être reporté par l'absence de remise du rapport de l'expert-comptable[157]. Dans l'hypothèse où les licenciements sont consécutifs au prononcé d'une liquidation judiciaire, les avis des représentants du personnel doivent être rendus dans les douze jours qui suivent le jugement d'ouverture. En revanche, si la liquidation est accompagnée d'une autorisation de maintien provisoire de l'activité, ce délai court à compter de l'expiration de cette autorisation[158].

150 C.trav., art. L1238-2
151 C.trav., art. L1235-15
152 C.trav., art. L1233-31, 1°
153 C.trav., art. L1233-31, 2°
154 C.trav., art. L1233-31, 5°
155 C.trav., art. L1233-32, al.1er
156 C.com., art. L631-19, III
157 Art.54 de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, codifié à l'art. L631-19, III du C.com.
158 C.com., art. L641-1, al.5

Les dérogations apportées à l'obligation d'information et de consultation des représentants du personnel dans l'entreprise en procédure collective sont donc cantonnées au nombre de réunions exigées ainsi qu'aux délais dont disposent les instances représentatives du personnel pour rendre leurs différents avis. Ces assouplissements sont très largement contrebalancés par l'apparition du représentant des salariés.

B – L'apparition d'un acteur propre aux procédures collectives : le représentant des salariés

Apparu en 1985, le représentant des salariés traduit la volonté du législateur de l'époque de mettre fin « à l'ostracisme injuste dont étaient frappés les salariés »[159] et de les intégrer à la procédure collective de leur entreprise.

Le représentant doit être désigné parmi les salariés de l'entreprise par le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel. Dans les entreprises de moins de onze salariés, le représentant des salariés est directement désigné par ses semblables.[160] Le débiteur, éventuellement assisté de l'administrateur, doit réunir les électeurs dans les dix jours suivant le jugement d'ouverture de la procédure collective. L'élection se déroule par ailleurs au scrutin uninominal à un tour[161].

Pour être élu, le représentant des salariés doit nécessairement être lui-même salarié au sein de l'entreprise, peu importe qu'il fasse l'objet au moment de son élection d'une procédure de licenciement[162].

Les électeurs, c'est-à-dire les membres du comité d'entreprise, les délégués du personnel ou les salariés, peuvent remplacer librement et à tout moment le représentant des salariés[163].

Une fois élu, le représentant des salariés bénéficie de la même protection contre les licenciements que celle accordée aux membres des instances représentatives du personnel[164]. Autrement dit, lorsque l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur envisage de licencier le représentant des salariés, il doit au préalable obtenir l'avis du comité d'entreprise et l'autorisation de l'inspecteur du travail.

Lorsque le représentant des salariés est valablement licencié, celui-ci ne peut plus se prévaloir de cette qualité après l'expiration du préavis qui met fin au mandat[165].

159 R.BADINTER, « Les ambitions du législateur », in *Les innovations*, t.1, Sirey, 1986, p.3
160 C.com., art. L621-4, al.2
161 C.com., art. R621-14, al.1er
162 Cass. soc., 16 janvier 1991. Bull.civ. V, n°78
163 C.com., art. L621-7, al.7
164 C.com, art. R621-6 et L662-4
165 Cass. soc., 4 juillet 2007, Bull.civ. V, n°115, Dr. soc., 2007, p.1187, note P.-Y. Verkindt

En contrepartie de ces avantages, le représentant des salariés doit respecter une obligation de discrétion[166], à l'instar de celle qui pèse sur les membres du comité d'entreprise et les représentants syndicaux[167].

L'importance du rôle du représentant des salariés dépend principalement de la présence ou non d'instances représentatives du personnel au sein de l'entreprise.
Indépendamment de la taille de l'entreprise et de la nature de la procédure collective, le représentant des salariés doit d'abord vérifier les relevés des créances salariales établis par le mandataire judiciaire[168].
Le représentant des salariés est surtout important en l'absence des instances représentatives du personnel. Dans ce cas, il va tenir le rôle dévolu au comité d'entreprise et aux délégués du personnel. Autrement dit, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur devra exécuter son obligation d'information et de consultation relatif au projet de licenciement pour motif économique auprès de ce représentant des salariés. De la même manière, en l'absence des instances représentatives du personnel, le représentant des salariés pourra exercer les voies de recours qui leur sont réservées[169].

Les représentants du personnel ne sont pas les seuls affectés par l'ouverture d'une procédure collective. En effet, l'administration, qui occupe traditionnellement une place importante dans les licenciements pour motif économique, se trouve privée d'une partie de ses prérogatives dans le cadre de la procédure collective.

§II – La réduction de l'obligation d'information de l'administration

En plus d'obtenir l'autorisation judiciaire et l'avis des représentants du personnel, l'entreprise en difficulté doit également demander l'avis de l'administration préalablement aux licenciements qu'elle entend prononcer.
Pour cela, il faut que l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur délivre un certain nombre d'informations à la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (Direccte) préalablement au licenciement[170]. Cette obligation est valable pour

166 C.com., art. L625-2
167 C.trav., art. L2325-5
168 C.com., art. L625-2
169 C.com., art. L661-1, III
170 C.trav., art. L1233-60

les entreprises en période d'observation[171], pour celles qui font l'objet d'un plan de redressement ou de cession[172] et également pour celles qui sont en liquidation judiciaire[173].
De manière assez paradoxale, remarquons que les licenciements de moins de dix salariés prononcés dans l'entreprise in bonis ne doivent faire l'objet que d'une information a posteriori[174]. Cela signifie que pour les petits licenciements, l'obligation d'information de l'administration qui pèse sur les entreprises en procédure collective est plus contraignante.

S'agissant de leur contenu, les informations à transmettre à l'administration sont les mêmes que celles délivrées aux représentants du personnel[175]. La sanction applicable en cas de défaut d'information de l'autorité administrative est également la même, à savoir une amende de 3 750 euros, prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés par l'infraction[176].

En revanche, aucun texte ne mentionne expressément le délai dont dispose l'administration pour étudier les informations délivrées par l'entreprise en procédure collective et rendre son avis. Compte tenu de l'exigence de célérité de l'entreprise en procédure collective, il est probable que le contrôle de l'administration soit plus rapide et donc, in fine, moins efficace. C'est en cela que l'obligation d'information qui pèse sur l'entreprise en procédure collective se trouve réduite.

Outre les conséquences sur les différentes obligations d'information et de consultation, la procédure individuelle de licenciement se trouve également impactée par l'existence de la procédure collective.

Section II : L'affaiblissement de la procédure individuelle de licenciement pour motif économique

Si l'existence d'une procédure collective impacte les garanties procédurales des salariés ordinaires (§I), elle n'a en revanche pas véritablement d'effet sur la procédure applicable aux salariés protégés (§II).

171 C.com., art. L631-17
172 C.com., art. L642-5, al.5
173 C.com., art. L641-10, al.3
174 C.trav, art. L1233-19
175 C.trav., art. L1233-58, I, 5° qui renvoie à C.trav, art. L1233-48
176 C.trav., art. L1238-5

§I – La remise en cause des garanties procédurales du salarié ordinaire

Que l'entreprise soit placée en procédure collective ou non, les licenciements pour motif économique sont parfois dérogatoires en tant que tels par rapport aux licenciements pour motif personnel. À titre d'illustration, lorsque l'employeur envisage de licencier au moins dix salariés sur une période de trente jours et qu'il existe un comité d'entreprise ou des délégués personnels, il n'est pas tenu d'organiser des entretiens préalables[177].
En revanche, si l'une de ces deux conditions fait défaut, c'est-à-dire si le licenciement concerne moins de dix salariés ou si l'entreprise ne dispose d'aucune instance représentative du personnel, l'entretien préalable doit avoir lieu.
Cette exigence reste parfaitement valable lorsque l'entreprise fait l'objet d'une procédure collective. Toutefois, dans cette hypothèse bien précise, le délai de sept jours entre la date de l'entretien préalable et l'expédition de la lettre de licenciement[178] ne s'applique pas[179]. Autrement dit, le débiteur, l'administrateur ou le liquidateur peuvent envoyer la lettre de licenciement immédiatement après l'entretien préalable.

Par ailleurs, la Cour de cassation a eu l'occasion d'apporter une précision à propos de l'articulation entre les règles de procédure individuelle et l'autorisation judiciaire. Bien que celle-ci doive être obtenue préalablement au licenciement, rien n'empêche l'administrateur de démarrer la procédure et donc de procéder à l'entretien préalable avant d'avoir obtenu l'autorisation du juge-commissaire[180].

Finalement, les dérogations relatives à la procédure individuelle de licenciement pour motif économique concernent essentiellement la lettre de licenciement. C'est elle qui consacre de façon effective la rupture du contrat et, de ce fait, elle doit énoncer avec précision les motifs de licenciement[181]. Appliqué au licenciement pour motif économique, cela signifie que la lettre doit en principe mentionner « à la fois la cause économique qui fonde la décision et sa conséquence précise sur l'emploi ou le contrat de travail du salarié »[182].
Pourtant, sur ce point encore, la jurisprudence se montre beaucoup plus conciliante avec les entreprises en procédure collective. En effet, dès lors que la lettre de licenciement envoyée au cours

177 C.trav., art. L1233-38
178 C.trav., art. L1233-15, al.2
179 C.trav., art. L1233-59
180 Cass. soc., 18 juin 1997, Bull. civ. V, n°226, op.cit.
181 C.trav., art. L1232-6, al.2
182 Cass. soc., 6 juillet 1999, Bull. civ. V, n°328

de la période d'observation du redressement judiciaire vise l'autorisation du juge-commissaire, elle est suffisamment motivée[183]. L'administrateur ne devra pas rappeler la cause économique du licenciement ni sa conséquence sur l'emploi ou le contrat de travail.

Les choses sont légèrement différentes lorsque les licenciements sont prononcés à l'occasion d'un plan de cession ou de redressement. Dans cette hypothèse, la seule référence au jugement arrêtant le plan n'est pas suffisante si celui-ci ne prévoit aucun licenciement. A contrario, si le jugement arrêtant le plan autorise des licenciements, la lettre de licenciement pourra se contenter de le viser[184], en l'absence de toute autre motivation.

S'agissant enfin des licenciements prononcés dans l'entreprise en liquidation judiciaire, les choses sont encore plus simples. En effet, en dehors de l'hypothèse d'un maintien d'activité, nous avons vu que le jugement d'ouverture valait tacitement autorisation de licencier. Dès lors, « la lettre de licenciement pour motif économique émanant du mandataire judiciaire liquidateur est suffisamment motivée dès lors qu'elle vise le jugement de liquidation en application duquel il est procédé au licenciement »[185].

Cette mansuétude dont fait preuve la Cour de cassation est particulièrement regrettable dans la mesure où ni l'ordonnance du juge-commissaire, ni le jugement arrêtant le plan de redressement ou de cession, ni le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire ne sont directement destinés aux salariés. Par conséquent, ces derniers peuvent être licenciés sans connaître le contenu de l'ordonnance ou du jugement visé par la lettre de licenciement et donc, in fine, sans connaître le motif de leur licenciement.
Pour assurer la bonne information des salariés, la lettre de licenciement devrait selon nous nécessairement rappeler la cause économique ainsi que les conséquences matérielles sur l'emploi ou le contrat de travail, comme cela est exigé dans l'entreprise in bonis.

Si le salarié ordinaire est privé d'une partie de ses garanties procédurales, le salarié protégé reste de son côté particulièrement bien protégé, malgré certaines dérogations qu'il convient de relever.

183 Ass. Plén., 24 janvier 2003, Bull. A.P., n°1
184 Cass. soc., 29 mai 2002, n°00-41.975
185 Cass. soc., 2 mars 2004, Bull. civ. V, n°67

§II – Le maintien des garanties procédurales spécifiques au salarié protégé

Le droit du travail accorde à certaines catégories de salariés une protection particulière contre les licenciements. Cela peut se traduire par une procédure plus complexe à mettre en œuvre ou, de façon plus radicale encore, par une interdiction totale de licencier. Ce statut semble contradictoire avec le droit des procédures collectives qui exige de son côté une flexibilité importante en terme de licenciement. L'enjeu est donc de déterminer comment le législateur et la jurisprudence réussissent à concilier ces deux intérêts contradictoires.

Selon une partie de la doctrine, « la procédure applicable aux salariés protégés ne connaît aucun aménagement au sein des entreprises en difficulté ».[186] En réalité, il semble qu'il faille apporter un certain nombre de nuances à ce propos.

S'agissant des titulaires des mandats mentionnés à l'article L2411-1 du Code du travail, leur protection s'applique selon ce même article « y compris lors d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire ». L'existence d'une procédure collective ne dispense donc pas l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur de consulter les représentants du personnel et de demander l'autorisation préalable de licencier à l'inspecteur du travail.

En ce qui concerne les salariées enceintes, qui bénéficient elles aussi d'un statut protecteur, les choses sont encore plus compliquées. En effet, aucun employeur ne peut rompre leur contrat, sauf faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat de travail[187]. Or, la Cour de cassation considère que l'autorisation de licenciement délivrée par le juge-commissaire lors de la période d'observation du redressement judiciaire n'est pas de nature à empêcher le maintien du contrat de travail[188].

En revanche, « la fermeture de l'établissement consécutive à des difficultés économiques » permet quant à elle de caractériser l'impossibilité de maintenir le contrat de travail[189]. La liquidation judiciaire sans maintien de l'activité permet donc, d'une certaine manière, de déroger au statut protection de la femme enceinte. Néanmoins, cette dérogation est particulièrement restreinte puisqu'elle ne s'applique pas à la dernière phrase de l'article L1225-4 du Code du travail. Autrement dit, si la liquidation est de nature à justifier le licenciement d'une salariée enceinte, la rupture qui en découle « ne peut prendre effet ou être signifiée pendant la période de suspension du contrat de

186 A. BOYER, « Un droit social contre-productif dans les entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, 16-17 avril 2010, p. 8.
187 C.trav., art. L1225-4
188 Cass. soc., 28 septembre 2004, n°02-40.055
189 Cass. soc., 4 octobre 1995, n°94-41.162

travail résultant du congé de maternité »[190].
Les mêmes solutions ont été dégagées par la jurisprudence pour les salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle[191].

Dans le cadre des licenciements prononcés dans l'entreprise en procédure collective, le statut protecteur avait pu apparaître contre-productif pour les salariés eux-mêmes. En effet, pour bénéficier du régime de l'AGS, les salariés doivent être licenciés dans des délais particulièrement courts à compter de l'ouverture de la procédure collective[192]. Or, nous venons de voir que la protection attachée aux femmes enceintes et aux salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle empêchait l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur de prononcer leur licenciement. Le risque était donc que ces salariés soient privés du régime de garantie des créances salariales en raison de leur statut protecteur.
Une solution pratique a été trouvée pour éviter cette situation paradoxale. L'article L3253-9 du Code du travail prévoit en effet que « sont également couvertes les créances résultant du licenciement des salariés bénéficiaires d'une protection particulière relative au licenciement dès lors que l'administrateur, l'employeur ou le liquidateur, selon le cas, a manifesté [...] son intention de rompre le contrat de travail ». Il suffit alors d'envoyer au salarié protégé une lettre exprimant l'intention de le licencier à l'issue de sa période de protection pour que celui-ci puisse bénéficier du régime de l'AGS. La Cour de cassation a eu l'occasion de valider cette pratique à l'égard des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle[193].

Le licenciement pour motif économique au sein d'une entreprise en procédure collective obéit donc dans un premier temps à des règles particulièrement dérogatoires qui remettent en cause la protection du salarié, hormis peut-être celle des salariés protégés. Cela est visible tant sur les règles de fond, c'est-à-dire celles relatives au motif du licenciement, que sur les règles procédurales.
Il ressort donc de cette première partie que le droit des affaires possède une longueur d'avance dans le conflit qui l'oppose au droit social.
Pour autant, le droit du travail ne se satisfait pas de ce constat qui l'empêche de respecter sa finalité première, à savoir la protection des salariés. Le législateur et la jurisprudence ont donc mis en place un socle minimal de garanties en faveur des salariés afin qu'ils puissent résister au rouleau compresseur que représente pour eux le droit des procédures collectives.

190 Cass. soc., 19 mars 2008, Bull. civ. V
191 Cass. soc., 15 mars 2005, Bull. civ. V, n°87
192 C. trav., art. L3253-8
193 Cass. soc., 2 octobre 2001, Bull. civ. V, n°295

Ces garanties sont, elles aussi, dérogatoires par rapport au droit commun. Dans certains cas, si la protection accordée aux salariés concernés par le licenciement dans l'entreprise en procédure collective a le mérite d'exister, elle est tout de même moins forte que celle dont bénéficient les salariés de l'entreprise in bonis. À l'inverse, dans d'autres hypothèses, les garanties dérogent in favorem, c'est-à-dire qu'elles sont beaucoup plus fortes que celles accordées aux salariés ordinaires.

Partie II : Le maintien d'une protection a minima du salarié licencié pour motif économique dans le cadre d'une procédure collective

Ce régime de protection a minima n'a pas nécessairement vocation à empêcher le prononcé du licenciement. Dans ce domaine, nous venons de le voir, le droit des procédures collectives impose une flexibilité importante. Le droit du travail privilégie davantage des mesures d'accompagnement des salariés concernés par les licenciements même si, dans ce domaine encore, la protection au sein des entreprises en procédures collectives est moins importante que celle que l'on retrouve dans l'entreprise in bonis (Chapitre I). De façon beaucoup plus originale, le législateur et la jurisprudence accordent également aux salariés de l'entreprise en procédure collective une protection post-contractuelle (Chapitre II).

Chapitre I : L'accompagnement fragilisé du salarié menacé de licenciement

Les mesures d'accompagnement ont traditionnellement vocation à permettre au salarié licencié de retrouver un emploi le plus rapidement possible. En la matière, le législateur a dressé un arsenal juridique relativement important. Il ne s'agit pas d'en faire l'énumération mais plutôt de voir comment ces dispositifs s'adaptent à la procédure collective. Deux d'entre eux semblent impactés, à savoir l'obligation de reclassement (Section I) et la mise en œuvre du plan de sauvegarde de l'emploi (Section II).

Section I : L'obligation de reclassement confrontée à l'exigence de célérité de la procédure collective

L'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur ne saurait se limiter aux seules entreprises in bonis (§I) même si les exigences de la procédure collective emportent nécessairement un certain nombre de conséquences sur cette obligation (§II).

§I – La généralisation de l'obligation de reclassement à tous les licenciements pour motif économique

Nous évoquerons ici exclusivement l'obligation individuelle de reclassement, qui est à distinguer de l'obligation collective, contenue dans le plan de sauvegarde de l'emploi et qui sera étudiée dans les développements suivants. La jurisprudence applique strictement cette distinction puisque, selon elle, « il appartient à l'employeur, même quand un plan de sauvegarde de l'emploi a été établi, de rechercher s'il existe des possibilités de reclassement prévues ou non dans ce plan et de proposer aux salariés dont le licenciement est envisagé des emplois disponibles »[194].

Les fondements de cette obligation de reclassement sont relativement divers. Au niveau légal, l'article L1233-4 dispose que « Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie ».
Cette obligation a par ailleurs acquis une valeur constitutionnelle puisque les Sages considèrent qu'elle découle directement du droit de chacun d'obtenir un emploi[195].

Si elle demeure pour le moment une obligation de moyens, son intensité ne cesse de s'accroître. En effet, la jurisprudence se montre de plus en plus exigeante dans le contrôle de cette obligation.
Ainsi, les offres de reclassement doivent impérativement être écrites et précises[196] sous peine de voir le licenciement être dépourvu de cause réelle et sérieuse[197].
Par ailleurs, l'obligation ne saurait se limiter au seul périmètre de l'entreprise et doit être mise en œuvre au niveau du groupe. Cette notion est difficile à appréhender dans la mesure où sa définition

194 Cass.soc., 14 mars 2012, n°10-26.613
195 Cons. const., 13 janvier 2005, n°2005-509 DC, obs. X.Prétot, *Dr.soc.*, 2005, 375.
196 C.trav., art. L1233-4, al.3
197 Cass. soc., 20 septembre 2006, Bull. civ. V, n°276, RDT, 2006, 315, note P.Waquet

diffère selon que l'on se trouve dans le droit social ou dans le droit commercial. L'obligation de reclassement étant une obligation propre au droit du travail, il est relativement logique que la Cour de cassation retienne en la matière la définition donnée par le droit social. Sous la jurisprudence ancienne, l'employeur devait donc solliciter le reclassement du salarié dans les entreprises dont les activités et l'organisation permettaient la permutation de tout ou partie du personnel[198], peu importe que les entreprises ne forment pas un groupe au sens commercial du terme.

Toutefois, le législateur a pu considérer que cette définition était encore trop restrictive. C'est la raison pour laquelle la loi du 17 janvier 2002[199] a étendu cette obligation de reclassement aux « entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie »[200], sans distinguer celles dans lesquelles la permutation de tout ou partie du personnel est possible ou non.

Enfin, la recherche de reclassement doit également se faire à l'étranger lorsque l'entreprise appartient à un groupe étranger, à condition toutefois que la législation du pays ne fasse pas obstacle à l'embauche de salariés étrangers[201]. La loi du 6 août 2015[202] a apporté une condition supplémentaire puisque les propositions internationales de reclassement doivent être demandées par le salarié[203].

A priori, toutes les conditions sont réunies pour que l'entreprise en procédure collective soit, elle aussi, soumise à cette obligation de reclassement. Pour autant, force est de constater que de nombreuses entorses leur sont permises.

§II – L'allègement de l'obligation de reclassement dans les entreprises en procédure collective

Le premier obstacle à l'exécution effective de l'obligation de reclassement concerne une nouvelle fois le régime de l'AGS. Comme nous l'avons déjà souligné, la garantie des créances salariales exige que les licenciements soient prononcés dans un délai relativement court. Or, pour être pleinement efficace, l'obligation de reclassement nécessite des recherches approfondies, ce qui semble contradictoire avec les exigences de célérité de l'AGS. Ainsi, comme le souligne un praticien, « il est manifestement impossible pour un administrateur ou un liquidateur de procéder sérieusement à des mesures de reclassement dans des délais respectivement de trente ou quinze jours, là où les entreprises in bonis planifient avec l'aide de professionnels spécialisés des mesures

198 Cass. soc., 25 juin 1992, Bull. civ. V, n°420
199 Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale
200 C.trav., art.L1233-4, al.1er
201 Cass. soc., 4 décembre 2007, Bull. civ. V, n°204
202 Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques
203 C.trav, art. L1233-4-1, al. 1er.

de reclassement sur plusieurs mois. »[204]

Compte tenu de ces impératifs, la Cour de cassation se montre particulièrement bienveillante par rapport à la mise en œuvre de l'obligation de reclassement dans les entreprises en procédure collective. C'est ainsi qu'elle a pu décider « qu'en l'état de ces constatations, elle a pu décider qu'en fonction des moyens dont il disposait et du délai qui lui était imparti par l'article L 143-11-1 du Code du travail, le liquidateur n'avait pas manqué à son obligation de reclassement »[205]. Or, cet article est précisément celui qui, sous l'ancienne codification, régissait le régime de l'AGS.

Si cette dérogation est compréhensible et repose sur des considérations pratiques, il n'en demeure pas moins qu'elle s'avère particulièrement défavorable pour les salariés qui font l'objet d'un licenciement pour motif économique dans l'entreprise en procédure collective.

Une question prioritaire de constitutionnalité a finalement été soulevée pour déterminer si cette interprétation jurisprudentielle n'était pas contraire à la Constitution, et plus précisément à l'égalité de traitement entre les citoyens. Dans une décision relativement décevante, la Cour de cassation a refusé de transmettre cette question au Conseil constitutionnel. Pour cause, elle considère que « le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général [...]. Que tel est le cas de la situation de l'employeur en liquidation judiciaire qui est soumis […] à la même obligation de reclassement préalable au licenciement d'un salarié pour motif économique, que celle auquel est tenu un employeur in bonis, tout en l'obligeant à procéder au licenciement du salarié dans un délai de quinze jours de l'ouverture de la liquidation judiciaire, dès lors que cette différence est justifiée par le fait que les sommes dues au titre de la rupture sont prises en charge par un régime d'assurance garantissant les créances salariales contre l'insolvabilité des employeurs et que la réduction de la période couvertes par la garantie satisfait à des raisons d'intérêt général »[206]. Autrement dit, selon cette décision, le salarié ne peut reprocher à une disposition de rompre l'égalité de traitement alors qu'elle a justement pour vocation de le protéger. Les mêmes motifs ont été retenus par la Cour de cassation pour refuser de transmettre une autre question prioritaire de constitutionnalité sur ce sujet[207].

204 P. FROEHLICH, « La mise en œuvre des règles par les mandataires de justice », *Revue Lamy droit des affaires*, octobre 2012, n°75.

205 Cass. soc., 31 octobre 2007, n°06-43.535

206 Cass. soc., 6 octobre 2011, Bull.civ., V, n°229, note F. DUMONT, « Reclassement préalable au licenciement et liquidation judiciaire : QPC non transmise », *JCP S*, 2011, n° 1582.

207 Cass. soc., 19 avril 2013, Bull.civ. V, n°105, note C.RADE, « QPC et licenciements des salariés dont l'entreprise est liquidée : bis repetita ! », *Lexbase hebdo. édition sociale*, 2013, n° 526

De façon plus dérogatoire encore, il exige une hypothèse dans laquelle l'obligation de reclassement se trouve ipso facto supprimée. Par définition, lorsqu'une entreprise est mise en liquidation judiciaire sans maintien provisoire de son activité, tous les emplois sont supprimés et le reclassement au sein de cette entreprise est manifestement impossible. Par conséquent, si l'entreprise ne fait pas partie d'un groupe, l'obligation de reclassement ne pourrait exister que si le liquidateur était tenu de rechercher un poste dans une entité économique totalement dépourvue de lien avec l'entreprise en liquidation. Or, sauf accord de branche contraire, l'employeur et a fortiori le liquidateur ne sont pas débiteurs d'une telle obligation de reclassement externe.
Par conséquent, lorsqu'une entreprise en liquidation judiciaire cesse totalement son activité, qu'elle ne fait partie d'aucun groupe et qu'elle n'est soumise à aucun accord de branche qui impose un reclassement externe, elle se trouve totalement libérée de l'obligation de reclassement.

Outre l'obligation individuelle de reclassement, l'employeur doit également mettre en place des mesures collectives d'accompagnement à travers le plan de sauvegarde de l'emploi. Là encore, si ces dispositions sont de nature à protéger le salarié licencié, l'entreprise en procédure collective fait l'objet d'une réglementation particulière en la matière.

Section II : La mise en œuvre du plan de sauvegarde de l'emploi à l'épreuve de la procédure collective

Comme pour l'obligation de reclassement, le plan de sauvegarde de l'emploi est adapté aux difficultés de l'entreprise. Sur ce point, la jurisprudence a notamment affirmé que « la pertinence du plan de sauvegarde de l'emploi devant être appréciée en fonction des moyens dont dispose l'entreprise pour maintenir les emplois ou faciliter le reclassement des salariés, la cour d'appel, après avoir constaté que la situation financière et économique de l'entreprise, qui n'appartient à aucun groupe, était catastrophique, a pu décider que le plan de sauvegarde de l'emploi, qui comportait des mesures précises et concrètes pour faciliter le reclassement externe du personnel, éviter ainsi des licenciements et en limiter le nombre, était conforme […] aux articles L 1233-62 et L 1235-10 ».[208]
De manière plus concrète, les dérogations concernent essentiellement le délai dont dispose l'administration du travail pour instruire les demandes de validation ou d'homologation des plans de sauvegarde de l'emploi (§I) ainsi que la nature de la sanction prononcée en cas de défaut de

208 Cass. soc., 11 juin 2008, n° 07-40.403, note P. BAILLY, « Les objectifs du droit des procédures collectives en matière d'emploi », *Revue Lamy droit des affaires*, octobre 2012, n° 75

validation ou d'homologation (§II).

§I – L'aménagement du délai de validation ou d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi

S'agissant de l'aménagement du délai, la logique qui gouverne les textes est toujours la même. Compte tenu des difficultés économiques et des exigences du régime de l'AGS, le licenciement doit intervenir le plus rapidement possible. Pour cela, il ne faut pas que l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur soit bloqué par l'attente de la décision de validation ou d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi.
Contrairement au régime applicable pour les entreprises in bonis, il importe peu que le plan de sauvegarde de l'emploi soit édicté unilatéralement par l'employeur ou inclus dans un accord majoritaire. Pour connaître le délai dont dispose l'administration pour valider ou homologuer le plan de sauvegarde de l'emploi, il faut avant tout déterminer la procédure collective dans laquelle on se trouve.
Ainsi, la Direccte dispose de huit jours pour statuer sur la demande d'homologation ou de validation lorsque l'entreprise est placée en redressement judiciaire ou lorsque le projet de licenciement est inclus dans un plan de sauvegarde ou de cession adopté au cours d'une procédure de sauvegarde. Il est relativement étonnant de voir sur ce point que l'entreprise en sauvegarde judiciaire bénéficie d'un aménagement des délais alors que nous avions vu qu'en principe le droit commun des licenciements devait s'appliquer pour cette procédure collective.
Par ailleurs, le délai est ramené à quatre jours en cas de liquidation judiciaire[209].

Les points de départ à partir desquels courent les différents délais sont également précisés par les mêmes dispositions. Ainsi, dans l'hypothèse d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, le délai court à compter de la dernière consultation du comité d'entreprise. S'agissant des licenciements prononcés dans le cadre d'un plan de sauvegarde, le délai débute à la date de réception de la demande de validation ou d'homologation. De son côté, le Code de commerce retient la même date de départ s'agissant des licenciements contenus au sein d'un plan de cession[210].
Ces textes manquent clairement de cohérence. En effet, lorsqu'un licenciement est prononcé au sein d'un plan de cession qui intervient au cours d'un redressement judiciaire, le Code du travail et le Code de commerce prévoient deux dates différentes pour faire courir le délai.

209 C.trav., art.L1233-58, II, al.4 et III, al.1er
210 C.com., art.L642-5, al.5

Pour finir, aucun texte ne prévoit le délai dont dispose l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur pour faire la demande de validation ou d'homologation. Or, ce délai est très important puisque le temps pris par l'auteur du licenciement pour transmettre sa demande est du temps perdu par l'administration du travail pour étudier le plan de sauvegarde de l'emploi.
Par exemple, si l'administrateur d'une entreprise en redressement transmet la demande de validation ou d'homologation trois jours après la dernière consultation du comité d'entreprise, la Direccte ne disposera plus que de cinq jours pour donner sa réponse. Pour éviter cette situation et ne pas pénaliser encore plus l'efficacité d'un contrôle administratif déjà suffisamment restreint, il aurait été plus judicieux de faire courir tous les délais à partir de la date de réception de la demande comme c'est le cas pour les licenciements prévus dans un plan de sauvegarde ou de cession
Une instruction ministérielle du 19 juillet 2013 a tenté de remédier à la situation en indiquant que « au plus tard au lendemain de la dernière réunion du comité d'entreprise, l'employeur ou l'administrateur transmet sans délai la demande de validation ou d'homologation au DIRECCTE. La demande mentionne la date de la dernière réunion du comité d'entreprise. »[211] Si cette précision est bienvenue, on ne peut que regrette qu'elle n'intervienne que dans le cadre d'une instruction qui, rappelons le, est privée de valeur normative.

Conformément au droit commun, le silence de l'administration vaut validation ou homologation[212]. En revanche, les sanctions attachées au licenciement prononcé en l'absence de validation ou d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi sont différentes de celles qu'on retrouve dans l'entreprise in bonis.

§II – La sanction des licenciements prononcés à défaut de validation ou d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi

Dans l'entreprise in bonis, lorsque des licenciements sont prononcés en l'absence de la validation ou de l'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi, la procédure de licenciement est nulle. La même solution est retenue lorsque la décision de validation ou d'homologation est annulée.[213]
De manière relativement logique, la Cour de cassation en déduit que « la nullité qui affecte le plan social s'étend à tous les actes subséquents et qu'en particulier les licenciements prononcés par l'employeur, qui constituent la suite et la conséquence de la procédure de licenciement collectif [...]

211 Instruction DGEFP/DGT n°2013/13 du 19 juillet 2013, fiche n°4, p.6
212 C.trav., art. L1233-57-4, al.3
213 C.trav., art. L1235-10

sont eux-mêmes nuls »[214].

Dans l'entreprise de droit commun, l'absence et la nullité de la décision de validation ou d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi entraînent par conséquent la nullité des licenciements eux-mêmes, ce qui signifie que les salariés doivent être réintégrés au sein de l'entreprise. Notons par ailleurs que cette solution a été consacrée explicitement par le législateur[215].

Toutefois, les textes excluent cette solution pour les entreprises qui font l'objet d'un redressement ou d'une liquidation[216].

L'origine de cette disposition étant très obscure, il n'est pas certain qu'elle soit issue d'une réelle volonté du législateur. Comme le soulignent certains auteurs, « il n'a jamais été prévu formellement par la loi d'exclure la sanction de la nullité de la procédure de licenciement collectif en raison de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi en cas de procédure collective »[217]. Au départ, le défaut de plan social pour les licenciements prononcés dans l'entreprise en procédure collective était lui aussi sanctionné par la nullité de la procédure. Toutefois, la confusion est née de la loi Aubry du 19 janvier 2000[218] qui a instauré dans le même texte l'obligation pour les employeurs de négocier un accord de réduction du temps de travail avant la mise en place d'un plan social. Cette exigence était toutefois écartée pour les entreprises faisant l'objet d'une procédure collective. Le Conseil constitutionnel a finalement affirmé que cette obligation propre aux entreprises in bonis était contraire à la Constitution[219]. Pour autant, la disposition qui prévoyait l'exclusion de ce principe pour les entreprises en procédure collective n'a pas été censurée. Cette exception aurait continué à exister mais elle se serait alors appliquée au principe selon lequel l'absence de plan social entraînait la nullité de la procédure de licenciement. Dès lors, le défaut de plan social dans une entreprise en procédure collective n'aurait plus été sanctionné par la nullité du licenciement. Fort heureusement, la disposition de la loi Aubry qui avait été censurée par le Conseil constitutionnel a été reprise dans le texte définitif, de sorte que l'exception prévue pour les entreprises en procédure collective ne jouait qu'à l'égard de l'obligation de négocier un accord de réduction du temps de travail avant la mise en place d'un plan social.

La saga législative ne fut pas terminée pour autant. La loi du 18 janvier 2005[220] a définitivement abrogé cette obligation mais en commettant la même erreur que le Conseil constitutionnel, c'est-à-dire en oubliant de supprimer l'exception qui concernait les entreprises en procédure collective. Les

214 Cass.soc., 13 février 1997, Bull. civ. V, n°64
215 C.trav., art. L1230-10 et L1235-11
216 C.trav., art. L1235-10, al.3
217 C. FROUIN, J-Y. FROUIN, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *RJS* 2006, p. 251
218 Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail
219 Cons. const., 13 janvier 2000, n° 99-423 DC, Loi relative à la réduction négociée du temps de travail
220 Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale

craintes exprimées en 2000 après la censure du Conseil constitutionnel se sont finalement vérifiées cinq ans plus tard.
Une question prioritaire de constitutionnalité a été soulevée pour contester l'alinéa 3 de l'actuel article L1235-10 du Code du travail. Sans véritable surprise, cette requête a été rejetée au motif qu'elle n'est contraire à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit[221].

La nullité étant écartée, le législateur devrait prévoir la sanction de substitution lorsque le licenciement dans l'entreprise en procédure collective est prononcée à défaut de validation ou d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi. Pourtant, la loi est muette sur ce point. La jurisprudence est finalement intervenue pour indiquer que « lorsque la nullité des licenciements n'est pas légalement encourue, l'insuffisance du plan social au regard des exigences de l'article L. 321-4-1 du Code du travail prive de cause réelle et sérieuse les licenciements économiques ensuite prononcés »[222]. Si cette sanction a le mérite d'accorder une protection importante aux salariés licenciés, elle n'en demeure pas moins contestable d'un point de vue purement juridique. Pour cause, la Cour de cassation avait eu l'occasion par le passé d'affirmer que « le contrôle du plan social par le juge ne conduit pas celui-ci à se prononcer sur la cause réelle et sérieuse des licenciements économiques »[223]. Selon nous, la nouvelle position de la chambre sociale ne constitue pas un revirement de jurisprudence mais doit seulement s'analyser en une exception propre aux entreprises en difficulté pour pallier l'exclusion de la sanction de nullité.

Les mesures d'accompagnement des salariés licenciés, comme l'obligation de reclassement ou le plan de sauvegarde de l'emploi, doivent nécessairement être mises en œuvre avant le prononcé du licenciement. De plus, si elles s'avèrent protectrices des intérêts des salariés, elles sont tout de même beaucoup moins efficaces lorsque les licenciements ont lieu au sein d'une entreprise en procédure collective.
De manière beaucoup plus originale, des mécanismes de protection apparaissent également au profit du salarié licencié après la rupture du contrat de travail. Autrement dit, le salarié ne pourra bénéficier de ces mesures de protection que lorsqu'il aura été effectivement licencié. Contrairement à tout ce que l'on a pu étudier jusqu'à maintenant, ces dérogations se font dans un sens beaucoup plus favorable pour le salarié licencié par une entreprise en procédure collective.

221 Cons. Const., 28 mars 2013, n°2013-299 QPC
222 Cass. soc., 2 février 2006, Bull. civ. V, n°58, note P. Bailly, La sanction de l'insuffisance d'un PSE dans une procédure collective, *Sem. Soc. Lamy* 2006, n° 1247, p. 5
223 Cass. soc., 12 novembre 1996, Bull. civ. V, n°372

Chapitre II : La protection post-contractuelle du salarié licencié

Plusieurs mécanismes post-contractuels existent en faveur du salarié licencié dans l'entreprise en procédure collective. Elles n'ont pas vocation à empêcher le licenciement mais plutôt à accorder au salarié licencié une couverture essentiellement patrimoniale. Elles ont en tout cas pour origine l'instrumentalisation du droit des procédures collectives opérée par l'employeur (Section I) et son insolvabilité contre laquelle il faut lutter par un mécanisme de garantie des créances salariales (Section II).

Section I : L'action du salarié licencié en raison de l'instrumentalisation du droit des procédures collectives

Certaines sociétés, en particulier lorsqu'elles sont membres d'un groupe, sont tentées d'instrumentaliser le droit des entreprises en difficulté. L'idée est de provoquer volontairement l'ouverture d'une procédure collective pour passer outre les règles relativement contraignantes du droit commun des licenciements. Ce comportement, assimilable à un abus de droit, n'est pas resté sans réponse de la part de la jurisprudence. Le salarié licencié en raison d'une telle instrumentalisation pourra tenter de faire reconnaître une situation de co-emploi (§I) ou agir en responsabilité civile (§II)

§I – L'accroissement de la protection du salarié licencié pour motif économique dans une situation de co-emploi

La consécration de la notion de co-emploi est le fruit d'un long travail jurisprudentiel. Rappelons au préalable que l'article L1233-3, 4°, du Code du travail reconnaît la cessation d'activité de l'entreprise comme étant un motif économique de licenciement. Par principe, puisque le juge ne dispose pas du pouvoir de s'immiscer dans la gestion de l'entreprise, il n'a pas à rechercher la cause de la cessation d'activité[224].

Toutefois, les limites de cette vision apparaissent rapidement. Selon un magistrat, « grande peut-être en effet la tentation pour un groupe de dimension internationale de supprimer des entreprises exerçant leur activité dans un pays où la main-d'œuvre est coûteuse à seule fin de transférer cette

224 Cass. soc., 28 février 2006, Bull. civ., n°89, note P. MORVAN, *JCP S*, 2006, 1474

activité dans un pays où le niveau de vie est moins élevé, alors même que la situation du secteur dans lequel s'exerce l'activité est prospère »[225]. En réalité, cette pratique est relativement simple à mettre en place. La filiale étant souvent dépendante de sa société mère, il suffit pour elle de lui couper son financement. La filiale est alors mise en liquidation judiciaire et le droit commun des licenciements pour motif économique peut être écarté.

Pour mettre fin à de tels agissements, la Cour de cassation s'est rapidement empressée de faire réapparaître une notion ancienne, à savoir le co-emploi. Celui-ci est constitué dès lors qu'apparaît « une confusion d'intérêts, d'activités et de direction »[226] entre la filiale et la société mère. La Cour de cassation est particulièrement vigilante sur l'appréciation de ces trois conditions cumulatives puisqu'il ne faudrait pas sanctionner l'influence normale qu'a une société mère sur sa filiale. C'est ainsi que la chambre sociale considère que cette triple confusion n'est pas caractérisée lorsque la filiale dispose d'une clientèle propre et est autonome dans la gestion de son personnel[227]. En pratique, la Cour de cassation est d'une exigence telle que l'existence d'un co-emploi est somme toute assez rare.

Toutefois, lorsque celui-ci est caractérisé, les conséquences sont relativement lourdes pour la société mère.

Tout d'abord, s'agissant du motif économique, « lorsque le salarié a pour coemployeurs des entités faisant partie d'un même groupe, la cessation d'activité de l'une d'elles ne peut constituer une cause économique de licenciement qu'à la condition d'être justifiée par des difficultés économiques, par une mutation technologique ou par la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe dont elles relèvent »[228]. À défaut, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Là encore, il convient d'être vigilant sur la portée à donner à cette décision. Certains employeurs ont tenté de déposer une question prioritaire de constitutionnalité au motif que l'interprétation faite de l'article L1233-3 dans cet arrêt serait contraire à la liberté d'entreprendre et au principe d'égalité devant la loi. La Cour de cassation a refusé de transmettre la question au Conseil constitutionnel en considérant notamment que « ces décisions ne [privent] pas l'employeur du seul fait de son appartenance à un groupe de sociétés de la possibilité de licencier son personnel pour motif économique lorsqu'il cesse son activité, et ne lui [imposent] pas, pour cette seule raison, de justifier d'une autre cause de licenciement, hors situation de co-emploi »[229]. Autrement dit, l'autonomie de la cessation d'activité comme motif économique n'est nullement remise en cause, y compris pour les

225 P. Bailly, rapport sous Cass. soc., 18 janvier 2011, *SSL*, 2001, n° 1476, p. 6.
226 Cass. soc., 19 juin 2008, n° 07-42.547
227 Cass. soc., 26 juin 2008, n° 07-41.294
228 Cass. soc., 18 janvier 2011, Bull. civ., V, n°23, note P. Morvan, *JCP G*, 2011, 254
229 Cass. soc., 16 nov. 2011, n° 11-40.071, Bull. civ. V, n° 268, note D.Chenu, *JCP S,* 2012, 1028

entreprises qui sont membres d'un groupe de sociétés. Seules celles qui se trouvent dans une situation de co-emploi doivent réunir deux motifs économiques de licenciement.

Par ailleurs, le co-emploi a également l'avantage de faire partager les obligations inhérentes au licenciement pour motif économique entre la filiale et la société mère. Cela est particulièrement intéressant dans la mesure où nous avons vu que la procédure collective avait tendance à alléger les différentes obligations légales de l'entreprise en difficulté. Par exemple, l'entreprise qui s'est vue reconnaître la qualité co-employeur doit, au même titre que l'employeur initial, exécuter son obligation de reclassement[230]. Cela accorde par conséquent une protection beaucoup plus forte pour le salarié de l'entreprise en procédure collective.

Lorsque les conditions du co-emploi ne sont pas réunies, le salarié n'est pas dépourvu pour autant de tout recours post-contractuel. Il peut alors engager la responsabilité civile du tiers responsable du licenciement.

§II – L'engagement de la responsabilité civile du tiers responsable du licenciement

Lorsqu'un salarié est licencié pour motif économique en raison de l'instrumentalisation de la société mère de son employeur, le droit du travail n'est pas le seul fondement possible pour obtenir réparation.
La responsabilité civile peut également être engagée, à condition toutefois de réunir les conditions traditionnelles du droit commun, à savoir l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre ces deux événements.
Par exemple, les salariés licenciés peuvent intenter une action sur le fondement de l'article 1382 ancien du Code civil à l'encontre d'une autre société du groupe, quand bien même celle-ci ne serait pas leur employeur[231]. Puisque aucun contrat ne lie le salarié licencié et la société mère, la nature de la responsabilité est nécessairement délictuelle. De manière un peu plus surprenante, la Cour de cassation reconnaît dans ce même arrêt que la réparation de ce préjudice peut directement être demandée devant la juridiction prud'homale. On continue de permettre aux salariés d'agir directement devant leur juge naturel, quand bien même le fondement juridique relève du droit commun.

230 Cass. soc., 12 septembre 2012, n°11-12.351
231 Cass. soc., 28 septembre 2010, n°09-41.243

Ce nouveau fondement est beaucoup plus intéressant pour les salariés licenciés dans la mesure où aucun lien juridique n'est exigé entre la filiale et la société mère. En particulier, l'existence de la triple confusion, si difficile à prouver, n'est pas une condition nécessaire pour engager la responsabilité civile. Toutefois, les conséquences de l'engagement de la responsabilité sont moins importantes puisque le salarié ne pourra prétendre qu'à une réparation pécuniaire. Par exemple, il ne s'agit en aucun cas de faire peser sur la société mère une obligation de reclassement.

Lorsque l'entreprise en procédure collective n'est pas en mesure de respecter ses obligations légales ou contractuelles et qu'aucune action ne peut être engagée contre un tiers, le salarié licencié se retrouve véritablement démuni. Outre la perte de son emploi, l'insolvabilité de son employeur risque également de le priver, par exemple, d'une partie de ses indemnités de rupture. Pour remédier à cette problématique, il existe un régime spécifique de garantie des créances salariales.

Section II : La garantie des créances salariales comme remède à l'insolvabilité de l'employeur

Si le régime de l'AGS est aujourd'hui particulièrement efficace pour pallier l'insolvabilité de l'entreprise en procédure collective, c'est parce qu'il repose sur plusieurs fondements juridiques (§I) et qu'il garantit une grande diversité de créances salariales (§II).

§I – Les fondements juridiques du régime de l'AGS

Le régime de garantie des créances salariales est né avec la loi du 27 décembre 1973[232]. Ce texte impose pour la première fois aux employeurs de cotiser afin de prévenir le risque de non-paiement des entreprises placées en procédure de règlement ou de liquidation de biens. Aujourd'hui, cette obligation est reprise par l'article L3253-6 du Code du travail qui dispose que « Tout employeur de droit privé assure ses salariés, y compris ceux détachés à l'étranger ou expatriés mentionnés à l'article L. 5422-13, contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire ».

À l'origine, la garantie des créances salariales était totale mais le législateur est très rapidement revenu sur ce principe. En particulier, la loi du 27 décembre 1975[233] a instauré deux limites

232 Loi n°73-1194 du 27 décembre 1973 tendant à assurer en cas de règlement judiciaire ou de liquidation de biens, le paiement des créances résultant du contrat de travail

233 Loi n°75-1252 du 27 décembre 1975 modifiant certaines dispositions du chapitre III du titre IV du livre 1er du

principales. S'agissant des créances nées d'un contrant de travail conclu au moins six mois avant l'ouverture de la procédure collective, elles étaient garanties dans la limite de treize fois le plafond mensuel des contributions du régime d'assurance chômage. Les autres, c'est-à-dire les créances nées d'un contrat de travail conclu moins de six mois avant l'ouverture de la procédure collective, n'étaient garanties que dans la limite de quatre fois ce même plafond. En dépit de ces modifications, le régime de l'AGS s'est peu à peu trouvé confronté à un budget déficitaire, contraignant le pouvoir réglementaire à redéfinir ces plafonds par un décret du 24 juillet 2003[234]. Les créances nées d'un contrat conclu moins de six mois avant l'ouverture de la procédure collective restent plafonnées au même niveau qu'avant. Par ailleurs, lorsque le contrat est signé au moins six mois et moins de deux ans avant le jugement d'ouverture, les créances sont plafonnées à cinq fois le plafond mensuel des contributions du régime d'assurance chômage. Enfin, les créances nées d'un contrat de travail conclu au moins deux ans avant la date du jugement d'ouverture sont plafonnées à six fois ce même plafond. À titre d'indication, notons que le plafond mensuel des contributions du régime d'assurance chômage s'élève pour l'année 2017 à 13 076€.

Au niveau européen, l'exigence d'un régime de garantie des créances salariales est prévue par une directive du 22 octobre 2008[235] dont l'intérêt est tout de même relativement limité.

Compte tenu du nombre relativement limité de textes consacrés au régime de garantie des créances salariales, la jurisprudence a eu un rôle important à jouer pour répondre à certaines interrogations qui demeuraient. Par exemple, nous le verrons, c'est elle qui détermine au cas par cas si les créances sont garanties ou non par l'AGS. En réalité, la Cour de cassation se montre particulièrement bienveillante à l'égard des salariés et n'hésite pas à prendre quelques libertés par rapport aux textes pour leur accorder le bénéfice de l'AGS. Même si ce n'est pas véritablement son rôle, il s'agit pour elle d'un moyen de compenser le régime particulièrement dérogatoire du droit des licenciements pour motif économique dans l'entreprise en procédure collective.

Outre ces fondements juridiques, le succès du régime de l'AGS s'explique également par la diversité des créances salariales qu'elle garantit.

§II - La diversité des créances garanties par le régime de l'AGS

Code du travail relatives au paiement des créances résultant du contrant de travail en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens

234 Décret n°2003-684 du 24 juillet 2003 modifiant l'art. D. 143-2 du code du travail

235 Directive 2008/94/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur

Les créances garanties par l'AGS sont pour la plupart visées à l'article L3253-8 du Code du travail. Sans être exhaustif, sont ainsi garanties les créances résultant de la rupture du contrat de travail intervenant pendant la période d'observation ; dans le mois qui suit le jugement qui arrête le plan de sauvegarde, de redressement ou de cession ; dans les quinze jours suivant le jugement de liquidation ; pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation judiciaire ou encore dans les quinze jours suivant la fin de ce maintien de l'activité

Toutefois, comme nous l'avons signalé, la Cour de cassation n'hésite pas à faire une interprétation très large de ces dispositions pour accorder au plus grand nombre possible de salariés ce régime protecteur.

Sont ainsi garanties les indemnités de rupture dues au salarié licencié antérieurement à l'ouverture de la procédure collective[236]. En outre, les indemnités ayant vocation à réparer le préjudice né de la rupture du contrat de travail notifiée avant la liquidation judiciaire sont également prises en charge par le régime de l'AGS[237].

La jurisprudence pose tout de même un certain nombre de limites pour éviter certains excès. Par exemple, lorsqu'un contrat de travail prévoit une clause de non-concurrence, la contrepartie pécuniaire étant une créance mensuelle, l'AGS ne peut assurer que les sommes dues pendant la période d'observation et dans le mois suivant l'adoption du plan de redressement[238].

Autre illustration, la somme due par l'employeur suite à une liquidation d'astreinte ne découle pas de l'exécution du contrat de travail et ne doit donc pas être garantie par le régime de l'AGS[239].

236 Cass.soc., 6 juin 2000, Bull. civ., V, n°215
237 Cass. soc., 28 janvier 2004, Bull. civ. V, n°28
238 Cass. soc., 27 octobre 1999, Bull. civ. V, n°416
239 Cass. soc., 8 octobre 2003, n°01-43.263

CONCLUSION

Le droit des licenciements pour motif économique dans les entreprises en procédure collective est constamment imprégné par la volonté de rechercher un équilibre entre deux finalités qui paraissent a priori difficiles à concilier, à savoir la protection des salariés et le sauvetage des entreprises en difficulté.

D'une façon générale, les juristes travaillistes considéreront que les dérogations apportées au droit du travail sont trop importantes et nuisent à la protection des salariés. À l'inverse, les juristes commercialistes penseront que le droit du travail comporte des règles trop contraignantes qui empêchent la procédure collective d'être pleinement efficace et qui mettent en danger la survie de l'entreprise en difficulté. Nous avons essayé de démontrer tout au long de nos développements que si ces affirmations présentent une part de vérité, elles n'en demeurent pas moins caricaturales.

Il semble impossible à l'heure actuelle d'évoquer l'existence d'un droit spécial des licenciements qui serait propre aux entreprises en procédure collective, et ce pour deux raisons.

Premièrement, nous avons pu voir que le droit commun continuait assez largement de s'appliquer même s'il connaît d'importantes dérogations.

En outre, l'existence d'un droit spécial suppose l'existence de normes unifiées qui dérogent au droit commun. Or, force est de constater que les règles applicables aux procédures collectives sont totalement différentes selon que l'on se trouve au sein d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation. Par exemple, les règles applicables à l'entreprise en sauvegarde judiciaire semblent beaucoup plus proches de celles de l'entreprise in bonis que de celles de l'entreprise en liquidation judiciaire.

Il est bien entendu possible de plaider pour une réforme du droit des licenciements pour motif économique applicable dans l'entreprise en procédure collective. Pour cause, les textes en la matière continuent encore aujourd'hui de souffrir d'importantes incohérences que la jurisprudence ne parvient pas à effacer. Toutefois, ces réformes doivent selon nous rester ponctuelles. En effet, même si le régime n'est pas parfait, il a le mérite d'avoir réussi à trouver un équilibre entre les intérêts des salariés et ceux des entreprises en difficulté.

Au surplus, il n'est pas certain qu'une nouvelle loi dans ces deux matières déjà très touchées par l'inflation législative soit de nature à gommer toutes les imperfections actuelles.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux :

G. AUZERO, E. DOCKES, D*roit du travail*, 30ème éd, Dalloz, 2016, 1618 p.

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11è éd., PUF, 2016, 1152 p.

A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté,* 9e éd., LexisNexis, 2015, 750 p.

A., MAZEAUD, *Droit du travail,* 10e éd., LGDJ, 2016. 736 p.

E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, 11è éd., Dalloz, 2016, 766 p.

J.-E. RAY, *Droit du Travail, Droit vivant*, 25ème éd., Wolters Kluwer, 2016, 694 p.

C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 10è éd., LGDJ, 2016, 1040 p.

B. SIAU, *Droit du travail.* 3e éd., Larcier, 2016. 678 p.

B. TEYSSIÉ, *Droit du travail – Relations collectives.* 10e éd., LexisNexis, 2016, 1160 p.

Monographies :

A. BOYER, *Protection des salariés et sauvetage de l'entreprise : quête d'un équilibre*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, 480 p.

A. CORMIER LE GOFF, E. BÉNARD, *Restructurations et droit du travail, 3è éd., Liaisons*, 2014, 415 p.

N. DECOOPMAN, *Entreprises en difficulté et droit du travail*, Presses universitaires de France, 2007, 140 p.

P. LAFARGE, L. SERFATI, F. SICARD, *Procédures collectives et droit du travail*, Nathan, 1990, 173 p.

A. LYON-CAEN, Q. URBAN, *Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, collection Thèmes et commentaires, Dalloz, 2007, 170 p.

P.MORVAN, *Restructurations et licenciements économiques*, LexisNexis, 2013, 100 p.

P. MORVAN, *Restructurations en droit social,* 3è éd, LexisNexis, 2017, 1168 p.

D. NAZET-ALLOUCHE, *Droit du travail et procédures collectives*, Thèse droit, Montpellier, 1983, 470 p.

D. PALLANTEZ, *La créance de salaire*, L'Harmattan, 2014, 773 p.

C. SOUWEINE, *Les créances résultant du contrat de travail dans le redressement et la liquidation judiciaires*, Thèse Droit, Grenoble II, 1992, 709 p.

Articles et chroniques :

A. ARSEGUEL et T. METEYE, « Les aspects sociaux de la procédure de sauvegarde », *RPC,* 2008, n°10, p. 116

P. BAILLY, « La sanction de l'insuffisance d'un PSE dans une procédure collective », *Semaine sociale Lamy,* 2006, n°1247, p. 5

P. BAILLY, « A propos du licenciement des salariés protégés dans le cadre d'une procédure collective », *Dr. soc.*, 2007, p. 557

P BAILLY, « Les licenciements et les procédures collectives », *Gaz. Pal.,* 2008, p. 3626

P. BAILLY, « Les objectifs du droit des procédures collectives en matière d'emploi », *Revue Lamy droit des affaires*, 2012, n° 75, p. 56.

S. BEAL, « Sociétés en difficulté et loi de modernisation sociale, *JCP E,* 2002, p. 1468.

J.-M. BEQUET, « La décision du juge de la procédure collective concernant la rupture des contrats de travail », *RPC,* 2001, p. 237.

A. BOYER, « Un droit social contre-productif dans les entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, 16-17 avril 2010, p. 8

A. BOYER, « La maternité et la liquidation judiciaire », *RPC* 2012, n°14, p. 40.

Y. CHAGNY, « La situation des salariés dans l'entreprise en difficulté. Le sort des contrats de travail », *RJS,* 1999, p. 819

Y. CHAGNY, « Engagements sociaux du cessionnaire d'une entreprise en redressement judiciaire : de l'inefficacité à l'inutilité des engagements en matière de licenciement pour motif personnel », *RDT,* 2007, p. 457

R. DAMMANN, S. FRANCOIS, « Le droit social à l'épreuve de l'instrumentalisation des procédures collectives », *Dalloz,* 2012, p. 2212.

H. DE FREMONT, « Les licenciements et les procédures collectives : un compromis acceptable ? », *Gaz. Pal.*, 22 janvier 2009, p. 11

C. DECHRISTE, « L'étendue du contrôle prud'homal en matière de licenciements prononcés dans le cadre d'une procédure collective », *Dalloz Affaires,* 1999, p. 358.

M. DELTEIL, L. LAUTRETTE, « Le sort des contrats de travail dans la loi de sauvegarde des entreprises », *LPA*, 17 février 2006, p. 42.

F. DUMONT, « La cause économique du licenciement en procédure de sauvegarde : inquiétudes quant à la mise en œuvre du régime de droit commun », *RPC,* juin 2007, p. 65

F. DUMONT, « Reclassement préalable au licenciement et liquidation judiciaire : QPC non

transmise », *JCP S*, 2011, n° 1582

F. FAVENNEC-HERY, « Contrat de travail et droit des entreprises en difficulté », *Semaine Sociale Lamy*, 1995, n° 753, p.2

C. FROUIN, J.-Y. FROUIN, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *RJS,* 2006, p. 251.

E. GALL-HENG, « Une subtilité complémentaire dans l'analyse de l'obligation de reclassement : la théorie du co-employeur », *RPC,* 2012, n°1, p. 66.

J. GRANGE, S. DUMAS, « Le sort des salariés dans les procédures collectives : un dispositif largement inadapté », *Semaine sociale Lamy,* 2003, p. 1135.

D. JACOTOT, « Constitutionnalité d'une disposition du Code du travail propre aux entreprises en redressement ou liquidation judiciaire », *D.*, 2013, p. 1148.

J-Y. KERBOUC'H, « Les sanctions du licenciement sans autorisation ou dont l'autorisation a été annulée », *RJS,* décembre 2003, p. 923.

P. LANGLOIS, « Divorce du droit social et du droit du redressement judiciaire ? », in Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin, *Dalloz*, 1999, p 418.

A. MAZEAUD, « Le transfert d'entreprise dans le cadre des procédures collectives », *Droit social,* 2005, p. 133.

A. MAZEAUD, « Faillite et droit du travail », in Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire, *Dalloz,* 2007, p 561.

T. METEYE, « L'AGS dans la loi du 10 juin 1994 », *Gaz. Pal.* 1994, p. 1293

J.-M. MIRE et M.-N. MEUNIER, « Le sort des contrats de travail et des créances de salaire dans les entreprises en redressement ou liquidation judiciaire », *JCP E,* 1992, p. 554

L. MOREUIL, P. MORVAN, « Cession d'unité de production après liquidation judiciaire et transfert des contrats de travail : un revirement ou une réforme s'impose », *JCP E,* 2004, n°52-53, p 2060

P. MORVAN « Le contrôle judiciaire des licenciements pour motif économique prononcés au cours d'une procédure collective », *Dr. social,* 1998, n°15, p.442

P. MORVAN, « Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté », *JCP E,* 2005, n°23, p. 1751

P. MORVAN, « L'étrange action en justice Flodor : les sociétés d'un groupe sont-elles responsables du reclassement des salariés dans une filiale en difficulté ? », *JCP S,* 2009, p. 1489.

C. RADE, « Garantie de l'AGS et rupture des contrats de travail postérieure au jugement de liquidation », *Dr. soc.*, 2007, p. 984.

B. SAINTOURENS, P.DUPRAT, « Les droits des salariés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.,* 8 et 10 mars 2009, p.40.

J.-J. SERRET, « Répartition des compétences en cas de contestation d'un licenciement économique autorisé par le juge-commissaire pendant la période d'observation », *JCP E,* 1996, p.219.

E. SERVERIN, T. GRUMBACH, « La saga judiciaire Flodor », *RDT,* 2009, p. 693.

G. TEBOUL, « Le Code du travail : un divorce avec le droit des entreprises en difficulté ? », *LPA*, 1 et 2 janvier 2008, p. 7

G. TEBOUL, « Des rapports entre le droit des entreprises en difficulté et le droit social », *Gaz. Pal.,* 31 octobre et 4 novembre 2010, p. 6

J.-L. VALLENS, « Les salariés et leurs représentants, acteurs des procédures collectives », in Les salariés et la défaillance de l'entreprise, *D.,* 2007

R. VATINET, « Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP S,* 2005, n°1230.

S. VERNAC, « Le droit du licenciement dans la procédure de sauvegarde », *RDT,* 2007, p.434

Notes et commentaires de jurisprudence :

G. AUZERO, Cass. soc., 25 mars 2009, n°07-41.708, *Lexbase hebdo. édition sociale,* 2009, n°349.

G. AUZERO, Cass. soc., 13 janvier 2010, n°08-15.776, Flodor, *Semaine sociale Lamy* 2009, n° 1416, p. 6.

G. AUZERO, Cass. Soc., 1 février 2011, n° 10-30.045, « Fermeture définitive et totale de l'entreprise et légèreté blâmable de l'entreprise », *Lexbase Hebdo édition sociale* 2011, n°428.

P. BAILLY, Cass. soc., 21 février 1996, n°93-41.310 et Cass. soc, 9 juillet 1996, n°93-41.877, *D.*, 1997, p. 60.

P. BAILLY, Cass. soc., 3 mars 1998, n°95-45.201, « Le contrôle des licenciements économiques en période d'observation », *D.* 1998, p. 418.

P. BAILLY, Cass. soc., 21 décembre 2006, n° 04-48. 151, « Les licenciements et les procédures collectives », *Gaz. Pal.,* 2008, p. 3626.

A. COURET, Cass. soc., 18 janvier 2011, n° 09-69.199, *Revue des sociétés* 2011, p. 154.

L. DRAI, C.PARES, Cass. soc., 1 février 2011, n°10-30.045, « Cessation d'activité : l'immixtion du juge est-elle excessive ? », *RDT,* 2011, p. 285.

G. FRANCOIS, Cass. soc. , 30 janvier 2013, n°11-22.979, *JCP S* 2013, n° 1150.

D. JACOTOT, Cass. soc., 15 décembre 2010, n° 09-42.795, « Obligation de reclassement des salariés et liquidation judiciaire : les frontières entre le possible et l'impossible », *LPA* 18 juillet 2011, n° 141, p. 4.

A. LIENHARD, Cass. com., 19 avril 2005, *D.* 2005, p. 1225.

A. LIENHARD, Cass. com., 3 juillet 2012, n° 11-18.026, *D.* 2012, 1814.

J. PELISSIER, Ass. plén., 28 janvier 2005, n°01-45.924, *D.*, 2005, p. 2499.

C. PUIGELIER, Cass. soc., 16 mars 2000, n° 96-44.551, « Les salariés ne peuvent pas renoncer par avance aux dispositions d'ordre public instituées pour protéger leur mandat », *D.* 2000, p.429.

C. RADE, Cass. soc., 6 octobre 2011, n° 11-40.056 QPC, « La chambre sociale de la Cour de cassation, chambre des requêtes constitutionnelles », *Lexbase hebdo. édition sociale*, 2011, 458.

C. RADE, Cons. Const., 28 mars 2013, n°2013-299 QPC, « Les entreprises en difficulté ne sont pas des entreprises comme les autres », *Lexbase hebdo. édition sociale*, 11 avril 2013, 523.

C. RADE, Cass. soc., 19 avril 2013, n°13-40.006, « QPC et licenciements des salariés dont l'entreprise est liquidée : bis repetita ! », *Lexbase hebdo. édition sociale*, n° 526, 1 mai 2013.

J.-J SERRET, Cass.soc., 9 juillet 1996, *JCP E* 1997, n° 915

F. TAQUET, Cass. soc., 12 mai 1998, n° 96-40.606, *RPC 1999*, n°1, p.39

F. TAQUET, Cass. soc., 28 juin 2001, n°00-40.996, *RPC* 2002, n°1, p. 59

F. TAQUET, Cass. soc., 22 septembre 2011, n° 10-13.892, *RPC* mai-juin 2012, n°89, p.49.

P.-Y. VERKINDT, Cass. soc., 5 avril 2005, n° 03-44.994, *JCP S* 2005, p.1016.

P. WAQUET, Cass. soc., 7 mars 2007, n°05-43.872, *RDT* 2007, p. 314.

TABLE DES MATIERES

Partie I : L'accélération du licenciement pour motif économique dans l'entreprise en procédure collective

Chapitre I : Le contrôle restreint du motif économique

Section I : L'autorisation préalable de licenciement pour motif économique

§I – L'autorisation préalable de licenciement prononcée par le juge-commissaire lors de la période d'observation du redressement judiciaire

A – La pratique bienveillante du juge-commissaire dans l'autorisation des licenciements pour motif économique

B - La portée limitée de l'autorisation du juge-commissaire

1 – La sanction du défaut d'autorisation du juge-commissaire

2 – L'individualisation des licenciements pour motif économique par l'administrateur judiciaire

§II – L'autorisation préalable de licenciement prononcée par le juge-commissaire à l'occasion d'un plan de redressement ou de cession

A – L'appréciation pragmatique du motif économique opérée par le tribunal de la procédure

B – Les dérogations aux dispositions relatives au transfert d'entreprise dans le cadre de la cession d'entreprise

Section II : La limitation des recours juridictionnels ouverts au salarié dans l'entreprise en procédure collective

§I – L'exclusion de principe du juge prud'homal dans la contestation du licenciement pour motif économique

A – L'autorité de la chose jugée attachée aux décisions du tribunal de la procédure

1 – L'incompétence du juge prud'homal dans le contrôle du motif économique

2 – La compétence subsidiaire du juge prud'homal

B – Le postulat erroné de l'application du droit commun des licenciements pour motif économique dans l'entreprise en sauvegarde judiciaire

1 – L'exclusion législative des règles spéciales de licenciement dans l'entreprise en sauvegarde judiciaire

2 – Les aménagements au droit commun des licenciements dans l'entreprise en sauvegarde judiciaire

§II – L'impossibilité pour les salariés d'agir à l'encontre des décisions du juge-commissaire ou du tribunal de la procédure

Chapitre II : L'allègement de la procédure de licenciement pour motif économique

Section I : La diminution des obligations d'information et de consultation

§I – L'aménagement de l'obligation d'information et de consultation des représentants du personnel

A – Le recul des prérogatives des instances représentatives du personnel

B – L'apparition d'un acteur propre aux procédures collectives : le représentant des salariés

§II – La réduction de l'obligation d'information de l'administration

Section II : L'affaiblissement de la procédure individuelle de licenciement pour motif économique

§I – La remise en cause des garanties procédurales du salarié ordinaire

§II – Le maintien des garanties procédurales spécifiques au salarié protégé

Partie II : Le maintien d'une protection a minima du salarié licencié pour motif économique dans le cadre d'une procédure collective

Chapitre I : L'accompagnement fragilisé du salarié menacé de licenciement

Section I : L'obligation de reclassement confrontée à l'exigence de célérité de la procédure collective

§I – La généralisation de l'obligation de reclassement à tous les licenciements pour motif économique

§II – L'allègement de l'obligation de reclassement dans les entreprises en procédure collective

Section II : La mise en œuvre du plan de sauvegarde de l'emploi à l'épreuve de la procédure collective

§I – L'aménagement du délai de validation ou d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi

§II - La sanction des licenciements prononcés à défaut de validation ou d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi

Chapitre II : La protection post-contractuelle du salarié licencié

Section I : L'action du salarié licencié en raison de l'instrumentalisation du droit des procédures collectives

§I – L'accroissement de la protection du salarié licencié pour motif économique dans une situation de co-emploi

§II – L'engagement de la responsabilité civile du tiers responsable du licenciement

Section II : La garantie des créances salariales comme remède à l'insolvabilité de l'employeur

§I – Les fondements juridiques du régime de l'AGS

II§ - La diversité des créances garanties par le régime de l'AGS