

UNIVERSITE DE PARIS I - PANTHEON - SORBONNE

CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT SOCIAL

LA "FAILLITE" , L'EMPLOI
ET LES SALARIES

LES PROCEDURES DE REDRESSEMENT ET DE
LIQUIDATION DES ENTREPRISES : RECHERCHE
DE DROIT COMPARE

Sous la direction de Pierre RODIERE,
Professeur de droit du travail à l'Université
Paris 1

(Etude réalisée en exécution d'une convention
de recherche entre l'Université de Paris 1
et le Ministère de la Justice - Conseil de
la recherche)

1990

UNIVERSITE DE PARIS I - PANTHEON - SORBONNE

CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT SOCIAL

LA "FAILLITE", L'EMPLOI
ET LES SALARIES

LES PROCEDURES DE REDRESSEMENT ET DE
LIQUIDATION DES ENTREPRISES : RECHERCHE
DE DROIT COMPARE

Sous la direction de Pierre RODIERE,
Professeur de droit du travail à l'Université
Paris 1

(Etude réalisée en exécution d'une convention
de recherche entre l'Université de Paris 1
et le Ministère de la Justice - Conseil de
la recherche)

1990

UNIVERSITE DE PARIS I - PANTHEON - SORBONNE

CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT SOCIAL

LA "FAILLITE" , L'EMPLOI
ET LES SALARIES

LES PROCEDURES DE REDRESSEMENT ET DE
LIQUIDATION DES ENTREPRISES : RECHERCHE
DE DROIT COMPARE

Sous la direction de Pierre RODIERE,
Professeur de droit du travail à l'Université
Paris 1

(Etude réalisée en exécution d'une convention
de recherche entre l'Université de Paris 1
et le Ministère de la Justice - Conseil de
la recherche)

1990

S O M M A I R E

INTRODUCTION	
Chapitre Préliminaire - <u>QUESTIONNAIRE</u>	5
Chapitre 1 - <u>RECHERCHE PAR QUESTIONNAIRE</u>	13
(Allemagne Fédérale, Angleterre, Etats-Unis, Finlande, Hongrie, Italie, Yougoslavie)	
Chapitre 2 - <u>RAPPORTS SUR QUESTIONNAIRE</u>	77
I - DROIT ALLEMAND (R.F.A.), par V. GESSNER et K. PLETT (Université de Brême)	
	79
II - DROIT ANGLAIS, par B. NAPIER (Queen Mary College, Londres)	
	104
Chapitre 3 - <u>UNE ORIENTATION EUROPEENNE NOUVELLE :</u> <u>LA SAUVEGARDE DES ENTREPRISES ET DES</u> <u>EMPLOIS</u>	135
Chapitre 4 - <u>DROIT COMMUNAUTAIRE ET EUROPEEN</u>	153
Chapitre 5 - <u>ETUDES ANNEXES</u>	173
I - NAISSANCE DU PROJET DE LOI FRANCAIS	
	175
II - COMPLEXITE DU DROIT ITALIEN par G. FERRARO (Université de Naples)	
	200

INTRODUCTION

L'étude qui suit ne réalise qu'en partie le projet de recherche dont elle est issue. Celui-ci visait à collecter, en réponse au questionnaire que l'on trouvera en chapitre préliminaire, une série de rapports établis par des juristes de sept pays européens (Allemagne Fédérale, Angleterre, Belgique, Espagne, Italie, Suède et Suisse) concernant leurs droits nationaux respectifs. Ces réponses devaient couvrir le droit des procédures de faillite - d'insolvabilité dit-on dans d'assez nombreux pays - de chaque pays, une attention particulière, dictée par la réforme française, étant portée sur les éléments de prévention, l'éventuelle recherche du redressement, le rôle du juge et les aspects sociaux : protection des salariés et de l'emploi, participation des travailleurs. Seuls nous sont parvenus les rapports allemand (Professeur Gessner, Brême) et anglais (Professeur Brian Napier, aujourd'hui au Queen Mary College, Londres) et il fallut renoncer à recevoir les autres.

D'où l'idée, devant cette moisson réduite, d'utiliser le questionnaire autrement qu'il n'était prévu, en saisissant l'opportunité offerte par le congrès tenu à Helsinki, en septembre 1988, sous l'égide de l'Association internationale des sciences juridiques et portant sur les droits des travailleurs dans ces procédures d'insolvabilité de l'entreprise. Avait été réuni pour ce congrès un ensemble de rapports, en langue anglaise pour la plupart, couvrant un éventail de droits nationaux différents du nôtre : Angleterre (rapport Brian Napier, de nouveau), Allemagne Fédérale (A. Flessner, Univ. de Frankfurt), Etats-Unis (Ph. I. Blumberg, Connecticut Univers.), Finlande (J. Häyhä, Helsinki), Hongrie (A. Harmathy, Acad. des sciences), Italie (B. Veneziani et U. Carabelli, Univ. de Bari), Yougoslavie (V. Brajié, Univ. de Belgrade). Nous avons donc soumis ces rapports à notre questionnaire pour en tirer par nous mêmes les réponses, qui d'ailleurs - et cela n'a pas lieu d'étonner - s'y trouvaient de manière très générale. Que les auteurs de ces rapports nous aient involontai-

rement apporté leur aide ne nous interdit pas de les en remercier vivement.

Ce secours inopiné a eu un autre avantage. Il a opportunément enrichi notre étude en y faisant apparaître plusieurs pays qu'elle ne visait pas initialement et qui, au point de vue du droit comparé, plus précisément encore du droit social comparé, présentent un intérêt majeur. N'est-ce pas aux Etats-Unis que la présence des syndicats dans le déroulement des procédures collectives est le plus fermement assurée ? N'est-ce pas en Finlande que l'on a su se dégager de l'axiome voulant que si les créances salariales sont payées, les salariés ne puissent plus être intéressés, en tant que créanciers, à la faillite de leur entreprise ? Quant aux deux pays d'Europe centrale ajoutés à l'étude, ils sont porteurs d'enseignements qui méritent notamment l'attention sur les mécanismes de prévention de la faillite (Yougoslavie), sur la solidarité interentreprise concernant le réemploi des Travailleurs (Hongrie). De ces législations de transition vers de nouveaux horizons juridiques, quelques éléments demeureront peut-être !

Dès cette première partie, analytique, l'ouvrage prenait donc l'allure d'un patchwork et en même temps s'orientait plus clairement vers l'étude des aspects sociaux du droit des faillites.

La suite a confirmé ces données à travers deux chapitres de synthèse.

A quel degré l'objectif de sauvegarder l'entreprise et les emplois qu'elle procure s'est-il inscrit dans le droit positif ? Quel est, corrélativement, le degré d'association des salariés ou de leurs représentants au déroulement des procédures, qui est aujourd'hui consacré ? C'est ce qu'examine le premier de ces deux chapitres, montrant des différences très sensibles dans la situation respective des pays étudiés. L'exemple fourni par la loi française de 1948 ne fait pas tache d'huile. Le droit comparé continue de dénoter une nette tendance des procédures collectives à liquider et restructurer : liquider l'entreprise défailante, faire renaître à sa place un ensemble nouveau, partiellement ou

totallement libéré des dettes, une partie du personnel étant reprise. Cette continuité crée d'ailleurs le doute sur l'authenticité des volontés de réforme et sur la portée réelle des réformes. Liquider et restructurer, c'est ce que fait assez bien et traditionnellement le droit des faillites, d'une façon qui s'accorde, harmonieusement dans le fond, avec les politiques de restructuration que l'Europe a connues depuis quinze ans. Plus qu'à des bouleversements, il y a lieu à des ajustements, parfois à de simples corrections.: exemple, réapprendre l'égalité aux créanciers publics, para-publics et institutionnels.

Le deuxième chapitre se place, de son côté, à l'interface du droit communautaire et européen et des droits nationaux. Des directives communautaires ont entendu harmoniser les droits nationaux concernant les droits des salariés en cas de licenciements économiques ou de transferts d'entreprise. Leur intérêt, du point de vue qui nous occupe, est principalement d'ordre négatif, puisque les faillites sont exclues de leur champ d'application. Il reste cependant intéressant de constater que les réglementations nationales qui les ont transposées ou qui y correspondent s'étendent quant à elles parfois aux faillites, si bien qu'on peut d'ailleurs envisager une évolution du droit communautaire allant en ce sens, évolution qui pourrait en outre introduire dans le champ des règles communautaires les licenciements et transferts internationaux. On aborde ici l'autre objet de ce même chapitre, qui a été de retracer, au regard du droit social principalement, les grandes lignes des solutions actuellement retenues et des projets de conventions européennes relatives au règlement des faillites internationales. Deux leçons peuvent principalement en être tirées. La nécessité d'une coopération internationale, impliquant une certaine extraterritorialisation des procédures, s'impose progressivement; les règles relatives à la protection de l'emploi et à la représentation des travailleurs s'analysent comme des lois de police d'application territoriale impérative.

L'ouvrage s'achève avec un chapitre réunissant deux apports complémentaires, sans autre lien l'un avec l'autre, sinon d'appartenir à un stade préliminaire de l'étude. Le premier décrit l'éla-

boration du projet qui allait aboutir à la loi française du 15 janvier 1985; il ne traite pas des travaux préparatoires postérieurs au dépôt du projet, travaux propres à éclairer l'intention du législateur, mais de ceux qui lui sont antérieurs et qui, de leur côté, dévoilent les intentions ministérielles ou interministérielles et leur évolution.

Quant au dernier élément, rédigé à partir d'une conférence du professeur G. Ferraro (Naples), il constitue une excellente introduction à une architecture du droit italien faite de superpositions et d'ajouts divers, mais aussi une conclusion illustrant le pragmatisme du droit des faillites et sa sensibilité extrême aux circonstances politiques et socio-économiques, qui se vérifient partout.

Réalisée grâce aux contributions des auteurs étrangers déjà mentionnées, cette étude résulte également de la collaboration de Marianne Febvre (DEA Droit social, avocate), Judith Adams (DEA Droit social, cabinet Barthélémy) et Pascale Morin (DEA Droit communautaire et DEA Droit des Affaires). Les chapitres dont elles ont eu la responsabilité personnelle est en grande partie leur oeuvre propre.

Pierre RODIERE

Professeur à l'Université Paris 1
Responsable du DEA - Centre de recherches
de droit social

Mai 1990

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

LES PROCÉDURES COLLECTIVES

RECHERCHE DE DROIT COMPARÉ

QUESTIONNAIRE

Les mécanismes qui tendent à régler la situation résultant de la défaillance (ou faillite) d'une entreprise et possédant un caractère à la fois judiciaire et collectif formant, sous la désignation de procédures collectives, l'objet de la recherche de droit comparé que nous avons engagée, il vous est demandé de bien vouloir, au regard de votre droit national, répondre au questionnaire qui suit.

1 - SOURCES

- Les procédures répondant à la définition formulée ci-dessus sont-elles réglementées par la loi ? Dans l'affirmative, quels sont les textes actuellement en vigueur ? Quelle a été l'évolution législative ? Une réforme est-elle en cours ?

- Quelles sont, le cas échéant, les autres sources de vos procédures collectives ? Quel est le rôle joué par la jurisprudence ? par les pratiques ?

2 - FINALITES

Quelles sont les finalités des procédures collectives : sanctionner le débiteur, payer les créanciers, redresser l'entreprise et maintenir les emplois ? d'autres finalités ? Quelle est leur importance respective ? Une évolution se produit-elle à cet égard ? Si oui, quelle est son importance, comment se traduit-elle ? Un équilibre est-il recherché entre les différentes finalités poursuivies ? Comment ?

3 - RESULTATS

Sur quels résultats concrets les procédures collectives débouchent-elles ?

- Pouvez-vous nous fournir des informations statistiques permettant notamment de chiffrer nombre et pourcentage de liquidations, de redressements de la situation du débiteur, de cessions totales ou partielles de l'entreprise, de reprise par le personnel, avec des données complémentaires concernant la situation de l'entreprise redressée, cédée ou reprise par le personnel dans les années qui ont suivi la procédure ?

- Sous quelles formes juridiques le redressement, la cession de l'entreprise ou la reprise de celle-ci par son personnel se font-elles ? Pouvez-vous déborder, pour répondre à cette question, la stricte analyse juridique, pour considérer en termes plus généraux les éléments d'explication politique, économique ou autre, qui sont de nature à éclairer la signification des pratiques ?

4 - SITUATION DES CREANCIERS ET SANCTIONS CONTRE LE DEBITEUR (INDICATIONS SOMMAIRES)

L'objet de la présente recherche étant d'étudier plus particulièrement l'objectif constitué par le redressement de l'entreprise et le maintien des emplois,

- veuillez décrire schématiquement les règles gouvernant la situation juridique des créanciers, leur classement, leur groupement, les sûretés dont ils peuvent bénéficier, leurs droits pendant le déroulement de la procédure, la situation juridique des salariés parmi les autres créanciers et les garanties dont ils disposent; les sanctions applicables aux débiteur sur les plans civil, professionnel et pénal.

- Ajoutez si possible des renseignements statistiques relatifs au paiement des créances, notamment salariales (délais de règlement, part effectivement payée, etc ...).

5 - CHAMP D'APPLICATION DES PROCEDURES COLLECTIVES

Les procédures collectives s'appliquent-elles à l'ensemble des entreprises ou faut-il distinguer ? Certaines entreprises sont-elles écartées de toute procédure collective ? Y a-t-il plusieurs types de procédures collectives applicables suivant la nature de l'entreprise ? Selon quels critères ces éventuelles distinctions sont-elles faites (le caractère commercial ou civil, la forme juridique, la taille de l'entreprise, un autre critère) ? Pourquoi ces distinctions ont-elles lieu ?

6 - PREVENTION DES DEFAILLANCES

- Votre droit national comporte-t-il des mécanismes destinés à empêcher, une fois les premières difficultés de l'entreprise apparues, que celles-ci ne conduisent à la faillite et à l'ouverture d'une procédure collective ?

- Dans l'affirmative, une définition de la notion de difficultés de l'entreprise existe-t-elle ? Quelle est-elle ?

- Les mécanismes de prévention font-ils intervenir les organes de contrôle de l'entreprise, les tribunaux, les pouvoirs publics, les créanciers, les salariés, d'autres personnes ? Avec quelle fonction, quels pouvoirs et selon quelles modalités ?

- Disposez-vous de données, notamment statistiques, permettant de mesurer l'efficacité des mécanismes de prévention ?

7 - OUVERTURE DE LA PROCEDURE COLLECTIVE

- Quel est le fait ou l'ensemble de faits (cessation des paiements, insolvabilité, éléments divers caractérisant l'existence d'une situation de difficulté ou de défaillance de l'entreprise) conduisant à l'ouverture d'une procédure collective ?

- Comment se passe l'ouverture de la procédure ? Qui demande cette ouverture, qui la décide ?

- La décision d'ouverture préjuge-t-elle de l'issue de la procédure (redressement ou liquidation), en fonction d'un "diagnostic" déjà formé sur la situation de l'entreprise ?

8 - ASPECTS JUDICIAIRES

- Quelle est la juridiction compétente en matière de procédure collective ? S'agit-il d'une juridiction spécialisée ? du Tribunal de Commerce ? La juridiction du travail intervient-elle ? D'autres juridictions ou organismes publics ?

- Comment la procédure s'organise-t-elle ? A côté du juge, d'autres personnes (syndics ou autres mandataires de justice) participent-elles à sa conduite ? Avec quelles fonctions et quels pouvoirs ? Une expression des différents intérêts (créanciers, débiteur, salariés - pour ces derniers v. infra n°14 -, repreneurs, etc...) est-elle assurée et selon quelles modalités ? Quel est le rôle du ministère public ? De manière générale, quel est le rôle confié à la justice dans vos procédures collectives ?

- Quel est le système des voies de recours ? A qui sont-elles ouvertes, à quelles conditions ?

9 - DEROULEMENT DE LA PROCEDURE : Diagnostic

Votre droit national prévoit-il, une fois la procédure ouverte, une période permettant d'analyser plus complètement la situation de l'entreprise, avant que des décisions engageant l'avenir ne soient prises ?

- Dans l'affirmative, comment la vie de l'entreprise est-elle aménagée pendant cette période. Quelles sont les décisions possibles ? Peut-il y avoir des licenciements ? Combien de temps cette période dure-t-elle ?

- Qui procède à l'analyse de l'entreprise ? Quelles sont les méthodes mises en oeuvre. ?

10 - DEROULEMENT DE LA PROCEDURE : Traitement

10.1 - Quelles sont les règles applicables à la gestion de l'entreprise pendant cette période ?

10.2 - Quelles sont les techniques mises en oeuvre dans votre droit national afin de permettre le redressement de l'entreprise défaillante, c'est à dire rendre à l'instrument que constitue l'entreprise son utilité économique ? Un plan de redressement est-il mis en place, par qui et selon quelles modalités ? Quel en est l'objet ? Qui a charge de le réaliser ? Quelle est sa nature juridique, sa force contraignante ? Est-il modifiable ?

11 - ROLE DES SYNDICATS

Les syndicats de salariés ou les organes de représentation du personnel jouent-ils un rôle dans le déroulement des procédures collectives ? Si oui, ces organisations sont-elles associées au déroulement de la procédure judiciaire ou agissent-elles de l'extérieur en utilisant des procédés de pression ou de lutte sociale ? Qu'en est-il d'autre part des organisations d'employeurs ?

12 - INTERVENTION DES AUTORITES PUBLIQUES

En dehors de celles de l'appareil judiciaire, votre droit ou votre pratique connaissent-ils d'autres formes d'intervention des autorités publiques dans les procédures collectives ?

- D'autres institutions publiques spécialisées relevant en particulier de l'administration chargée de l'économie, interviennent-elles ? Si oui, précisez leur nature, leur organisation, leur fonction, les pouvoirs dont elles sont dotées.

- L'administration chargée du travail et de l'emploi intervient-elle ?

- L'Etat apporte-t-il une aide financière aux entreprises défailtantes ? Si oui, quelles sont les règles la gouvernant ? Quelle en est l'importance pratique ?

- L'action des entreprises publiques poursuit-elle des objectifs d'ordre social (procurer des emplois, reclasser les licenciés), d'ordre économique (réaliser les restructurations jugées économiquement opportunes), d'un autre ordre ? Comment l'action de la justice et les interventions des autorités publiques se coordonnent-elles ?

- L'Etat peut-il encourir une responsabilité à raison de ses interventions ?

13 - NEGOCIATIONS MULTIPARTITES

Existe-t-il des négociations multipartites sur le sort de l'entreprise et les solutions à mettre en oeuvre ? Quels en sont les acteurs (représentants de l'entreprise, repreneurs, pouvoirs publics, représentants des salariés, établissements financiers, créanciers, etc ...) ? Quelles sont les relations entre ces acteurs, sont-elles d'ordre conflictuel ? Comment s'articulent-elles avec le déroulement de la procédure judiciaire ?

14 - SITUATION JURIDIQUE DES SALARIES

14.1 - Les salariés sont-ils traités comme de simples créanciers du débiteur défailtant ou en difficulté ? Se voient-ils au contraire reconnaître une situation à part ? Si oui, en quoi consiste-t-elle ? Est-elle consacrée dans une représentation propre, une association à la procédure collective, autrement ?

14.2 - Quel est le régime juridique des licenciements ?

- Sont-ils librement prononcés ou au contraire soumis à contrôle, voire à autorisation ? Qui les décide ? Qui intervient pour avis, contrôle ou autorisation ? Peuvent-ils être prononcés à tout moment de la procédure collective ?

- La désignation individuelle des salariés licenciés doit-elle tenir compte de données sociales, familiales, personnelles ou autres ? Des mesures de reclassement, notamment à travers la conversion professionnelle ou le déplacement géographique des salariés, doivent-elles être prévues ? De manière plus générale, un "plan social" destiné à atténuer les conséquences des licenciements doit-il être élaboré ? Précisez les règles applicables.

- Les salariés licenciés sont-ils indemnisés ? Quelles sont les règles gouvernant cette indemnisation ?

- Les procédures collectives donnent-elles lieu en pratique à de nombreux licenciements ? Pouvez-vous nous fournir des informations statistiques sur la question ?

15 - QUESTION COMPLEMENTAIRE

Si votre droit national connaît des règles ou des pratiques en matière de procédures collectives, concernant notamment le redressement de l'entreprise et le maintien des emplois, qu'aucune des questions ci-dessus ne vous a donné l'occasion d'exposer, veuillez les présenter en réponse à cette dernière question.

CHAPITRE I

RECHERCHE PAR QUESTIONNAIRE

RECHERCHE PAR QUESTIONNAIRE

NOTE PRELIMINAIRE

Notre questionnaire de droit comparé -joint en annexe- a pu être convenablement renseigné en ce qui concerne sept pays européens, dont deux pays d'Europe centrale :

Allemagne fédérale, Angleterre (et Pays de Galles), Finlande, Hongrie, Italie, Yougoslavie, auxquels s'ajoutent les Etat-Unis.

Les réponses recueillies ont été divisées en quatre sections :

I-Généralités, II-Chronologie, III-Compétences, IV-Les salariés.

La numérotation des éléments de réponse se poursuit en treize points à travers l'ensemble des quatre sections :

1-Sources ; 2-Champ d'application ; 3-Finalités ; 4-Résultats ; 5-Prévention ; 6-Ouverture ; 7-Observation et diagnostic ; 8-Traitement ; 9-Le juge et autour du juge ; 10-Les syndicats ; 11-Les autorités publiques ; 12-Les salariés parmi les créanciers ; 13-Les licenciements.

Chaque pays étudié est toujours identifié par la même lettre :

A/ Allemagne fédérale ; B/ Angleterre ; C/ Etats-Unis ; D/ Finlande ; E/ Hongrie ; F/ Italie ; G/ Yougoslavie ; Une lecture non comparative, pays par pays est donc

possible.

Les réponses au questionnaire sont au courant des évolutions des droits nationaux en septembre 1988.

I - GENERALITES

=====

A - ALLEMAGNE FEDERALE -

1 - SOURCES

Le droit allemand des procédures collectives résulte de deux lois :

- le code de la faillite de 1877 (Konkuzsordnung, en abrégé KO), qui a subi de nombreuses modifications depuis cette date,

- la loi sur les concordats, de 1935 (Vergleichsordnung, en abrégé VglO) qui a également été modifiée plusieurs fois.

Une réforme est à l'étude depuis 1978, quand une commission d'étude a été nommée par le gouvernement. Cette commission a rendu son rapport en 1985 et 1986 (2 tomes) et propose une réforme complète. Malgré l'inefficacité des lois actuelles, il est peu probable qu'une réforme soit adoptée, en raison de l'opposition de certains intérêts économiques.

Les propositions de la Commission ont pour but :

- de limiter la situation dominante des créanciers munis de sûretés,
- d'établir une procédure de réorganisation qui sera efficace et complète,
- d'améliorer la coordination entre les procédures collectives et le droit du travail,
- d'améliorer et renforcer le droit des privilèges annulables.

2 - CHAMP D'APPLICATION DES PROCEDURES COLLECTIVES

Le droit des procédures collectives s'applique à tous les débiteurs quel que soit leur type et leur taille -débiteurs commerciaux et civils, personnes physiques, sociétés et autres personnes morales de droit privé.

3 - FINALITES

La finalité de l'actuel droit allemand des procédures collectives est le paiement des créanciers. Les salariés ne sont pris en compte qu'en qualité de créanciers, et ce n'est que par l'application du droit du travail que leurs emplois sont protégés. La continuité de l'entreprise, dans le cadre de la procédure du concordat, n'intervient que comme moyen de satisfaire les créanciers.

Les réformes proposées donneraient une place beaucoup plus importante à la continuité de l'entreprise, et par conséquent, au maintien des emplois.

4 - RESULTATS

Les résultats du droit actuel, même si la procédure est menée jusqu'au bout, n'assurent le paiement que de 5 % des créances non assorties de sûretés (et souvent moins) et 20-30 % des créances privilégiées (surtout créances fiscales et de sécurité sociale).

La procédure n'est menée jusqu'au bout qu'en 20 % des cas où elle est demandée : elle ne sera simplement pas ouverte, ou ne pourra continuer, si l'actif disponible du débiteur n'est pas suffisant pour payer les frais administratifs, notamment frais judiciaires, honoraires de l'administrateur et les frais de liquidation et de distribution.

En 1986, 76 % de demandes d'ouverture ont été refusées dès le début en raison d'une insuffisance d'actif, et bon nombre des autres risquent d'être refusées en cours de procédure.

Si la demande est refusée, les créanciers poursuivent leurs droits individuellement. La satisfaction des créanciers dépend le plus souvent des revenus futurs des débiteurs, mais dans le cas des personnes morales ayant une responsabilité limitée, le refus d'ouverture aura un effet automatique de liquidation et exclut donc tout nouveau revenu.

Les cessions et cessions partielles d'entreprises existent en nombre important, mais il n'est pas possible de savoir combien d'entre elles sont motivées par des difficultés de l'entreprise, et combien résultent simplement des politiques d'investissements des acheteurs et vendeurs.

En 1986, sur 18800 demandes, 82 seulement aboutissaient à une procédure de concordat. La liquidation est l'issue la plus fréquente.

B - L'ANGLETERRE -

Cette étude traite du droit de l'Angleterre et du pays de Galles. Le droit de l'Ecosse et de l'Irlande du Nord comporte des différences de détail et de terminologie.

1 - SOURCES

Les procédures collectives sont régies essentiellement par la loi de 1986 sur l'insolvabilité, qui confirmait une loi de 1985 qui était restée inappliquée. Il s'agit d'une réforme importante d'un domaine qui était resté presque inchangé pendant un siècle.

Les règles de la "common law", décidées par la jurisprudence, sont une source importante du droit des procédures collectives, notamment en ce qui concerne les pouvoirs et devoirs des personnes intervenant dans les procédures et les conséquences de leurs interventions.

La jurisprudence a également une fonction importante dans l'interprétation des règles législatives. Le manque de jurisprudence sur la loi de 1986, dû à sa mise en vigueur récente, conduit à de nombreuses incertitudes, à l'heure actuelle, sur l'interprétation de cette loi.

Dans la pratique, les considérations commerciales jouent un grand rôle dans l'insolvabilité, le droit ne jouant qu'un rôle résiduel, que la loi de 1986 tend cependant à renforcer, alors que le premier plan était jusque là occupé par les experts comptables et les conseillers commerciaux.

La loi de 1986 étant récente, aucune réforme n'est à prévoir dans un proche avenir.

2 - CHAMP D'APPLICATION DES PROCEDURES COLLECTIVES

Les procédures s'appliquent à tous les cas d'insolvabilité des personnes morales. Seule la nouvelle procédure d'administration provisoire ne peut être appliquée aux compagnies d'assurance ni aux banques, ces secteurs ayant leur propre législation.

3 - FINALITES

Diverses procédures existent pour le cas où l'insolvabilité menace ou est déclarée, ces procédures ayant des finalités différentes.

Les procédures de liquidation, volontaire ou obligatoire, sont destinées à rembourser les créanciers.

La procédure de "receivership" est une sorte d'administration provisoire, déclenchée par un créancier muni d'un certain type de sûreté, et destinée à permettre à celui-ci d'obtenir le paiement de sa créance. L'activité peut continuer si elle permet à l'administrateur de dégager les moyens de paiement. Mais le plus souvent, ce paiement met la société dans une situation où l'activité ne peut plus être poursuivie, et la liquidation s'ensuit.

La loi de 1985 a introduit une nouvelle forme d'administration provisoire, dont la finalité n'est pas la satisfaction des créanciers mais plutôt la recherche du redressement de l'entreprise.

4 - RESULTATS

- Statistiques

La loi de 1986 n'étant entrée en vigueur que le 29 décembre 1986, il est difficile d'en apprécier la portée. Les statistiques semblent confirmer la prudence des commentateurs.

En 1987, sur un total de 11182 cas d'insolvabilité (à l'exclusion des "receiverships") il n'y avait que 21 concordats et 131 nominations d'un administrateur provisoire.

Il semble que le nombre de cas d'insolvabilité, en progression pendant les premières années de la décennie, soit maintenant en recul.

- Pratique

Pendant les années 1970, sous les gouvernements travaillistes, la pression gouvernementale a conduit au renflouement de nombreuses entreprises, malgré de faibles chances de redressement, et ce pour des raisons souvent politiques ou sociales.

Sous le gouvernement conservateur des années 1980, de telles interventions sont plus rares, et les tentatives de redressement, entreprises plutôt à l'initiative des agents économiques, le sont pour des raisons plus souvent commerciales.

C - ETATS-UNIS -

1 - SOURCES

Les procédures collectives sont réglementées par le "Bankruptcy Code" fédéral. Il existe également des lois des Etats mais le droit fédéral s'applique aux faillites interétatiques.

La jurisprudence joue également un rôle important, notamment pour l'application du droit du travail dans les entreprises en difficulté.

2 - CHAMP D'APPLICATION DES PROCEDURES COLLECTIVES

Le champ d'application des procédures collectives comprend aussi bien les personnes physiques que les personnes morales, dans des secteurs comprenant l'agriculture, le commerce, l'industrie, l'assurance et l'immobilier, et l'administration publique.

Certaines procédures ne s'appliquent qu'à certaines catégories de débiteurs (ex. la procédure du chapitre 9 prévoyant le réajustement des dettes d'une municipalité).

3 - FINALITES

La finalité essentielle des procédures collectives aux USA est le paiement des créanciers.

4 - RESULTATS

Les procédures collectives peuvent aboutir notamment à la liquidation et la distribution de l'actif aux créanciers, ou la réorganisation du débiteur pour la continuité de l'exploitation.

La réorganisation est beaucoup moins fréquente que la liquidation : en 1985, 244 650 cas de liquidation et 21 425 cas de réorganisation.

Les réorganisations peuvent être effectuées selon diverses techniques juridiques, notamment le rachat des parts de la société, de son actif, par fusion, ou dans certains cas par des franchises, contrats de licence ou location gérance.

D - FINLANDE -1 - SOURCES

Les procédures collectives sont réglementées par la loi. La première loi accordant une priorité aux créances de salaire date de 1734. Des modifications ont été apportées en 1868, 1895 et 1922, élargissant le champ d'application de cette priorité. La garantie des salaires est apparue en 1974.

Une commission, dont la mission était d'étudier le développement de la législation sur les procédures collectives a rendu son rapport en 1978. Elle préconise un pouvoir discrétionnaire plus important du tribunal lors de l'ouverture de la procédure, et une réforme de la procédure mettant en place une période d'observation permettant l'étude d'un possible règlement amiable. Aucun projet de loi n'a été déposé à la suite du rapport de la Commission.

2 - CHAMP D'APPLICATION

Le champ d'application du droit des procédures collectives comprend aussi bien les personnes physiques que les personnes morales, à l'exclusion des personnes morales de droit public.

Des dispositions spécifiques visent certaines entreprises, notamment dans les secteurs bancaire et de l'assurance, ainsi que certaines formes d'entreprises : coopératives, fondations, etc...

3 - FINALITES

La finalité du droit finlandais des procédures collectives est le paiement des créances.

4 - RESULTATS

Les procédures collectives ont généralement pour résultat soit la liquidation, soit une cession totale ou partielle. De toute façon, la totalité du personnel est presque toujours licenciée dès l'ouverture de la procédure.

Un règlement amiable, négocié avec les créanciers, est également possible. Mais la procédure ne fait pas obstacle à la faillite du débiteur, et l'exclusion de certains créanciers, notamment ceux munis de sûretés, rend les possibilités d'aboutir à un accord minimes. Le nombre d'accords de ce type est très peu important.

E - HONGRIE -

1 - SOURCES

La liquidation des entreprises est admise depuis les réformes économiques opérées en 1968.

Un décret-loi de 1986 réglemente actuellement les procédures collectives.

Les premiers textes sur la faillite dataient de 1840 (recodifiés en 1881). A partir de 1949, après la transformation fondamentale de l'économie et de la société hongroise, le droit commercial était placé en retrait. La loi de 1881 est restée en vigueur dans aux entreprises ni aux coopératives. De nouvelles règles étaient édictées en 1961 pour le paiement des créanciers et la liquidation, mais ces règles n'étaient pas applicables aux entreprises de l'Etat ni aux coopératives de production agricole.

Depuis la réforme économique de 1968, ces règles ont été modifiées plusieurs fois, avant l'adoption du décret-loi de 1986.

3 - FINALITES

Des procédures existent pour essayer d'éviter la liquidation soit par un accord avec les créanciers, soit par l'intervention d'un fonds spécial de l'Etat, ce qui est possible notamment en cas de conséquences graves pour l'emploi dans une région donnée.

La principale finalité semble être la continuité de l'entreprise, la liquidation n'intervenant que si la continuation s'avère impossible.

4 - RESULTATS

Le décret-loi sur la liquidation n'étant entré en vigueur que le 1er septembre 1986, peu de résultats sont connus depuis cette date, mais il semble qu'aucune modification fondamentale n'a eu lieu, les méthodes et façons de penser traditionnelles prévalant. A fin 1987, 55 procédures avaient eu lieu. Une seule concernait une entreprise importante de l'Etat (avec plus de 1100 salariés) et une autre concernait une coopérative agricole d'une certaine importance (450 salariés et membres). Plus de la moitié des procédures ont été entamées à la demande de l'entreprise devant être liquidée, en général pour permettre une réorganisation sous une autre forme juridique. Aucune statistique fiable ne permet de savoir combien de procédures résultent de l'insolvabilité.

Dans les 7 cas où l'organisme étatique compétent a essayé de renflouer des entreprises industrielles étatiques, 4 procédures sont arrivées à terme. Des accords ont pu être conclus.

Ces chiffres reflètent le fait que la liquidation, la réhabilitation économique sont des institutions légales nouvelles en Hongrie, et les problèmes économiques sont toujours résolus par d'autres moyens, c'est-à-dire par la typique décision de l'administration centrale.

F - ITALIE -

1 - SOURCES

Le texte de base réglementant les procédures collectives est un décret royal de 1942.

Divers textes plus récents sont intervenus pour aménager le droit des procédures collectives, ou dans d'autres domaines, qui y sont liés, notamment :

- Loi du 3 mars 1979 sur l'administration extraordinaire d'entreprises en crise,
- Loi du 30 janvier 1976 sur les aides publiques aux entreprises en difficulté,
- Loi du 29 mai 1982 établissant un fonds de garantie des sommes dues aux salariés licenciés.

Par ailleurs, un accord collectif inter-confédéral du 5 mai 1965 prévoit la consultation des syndicats en cas de licenciement.

La pratique judiciaire a souvent recours à l'administration provisoire de la société, alors que la loi avait prévu que cette procédure devait rester exceptionnelle.

2 - CHAMP D'APPLICATION DES PROCEDURES COLLECTIVES

La loi sur les procédures collectives s'applique aux entreprises individuelles et sous forme sociétaire qui ont une activité commerciale ; elle ne régit pas :

- a) les établissements publics, même ceux qui ont une activité commerciale,
- b) les petits employeurs (par ex. les artisans, petits

commerçants et ceux dont l'activité est constituée principalement par leur propre travail et celui de leur famille) sous certaines conditions, dont l'existence d'un capital, au moment de la cessation des paiements, inférieur à 900 000 lires et

c) les sociétés sujettes à la procédure d'intérêt général.

Cette dernière procédure s'applique aux sociétés qui, en raison de leur importance dans l'économie nationale, font l'objet d'une surveillance particulière par l'Etat (par ex., les banques, compagnies d'assurances, etc...). Elle ne tient pas compte des intérêts particuliers du débiteur ni même de ceux des créanciers, mais seulement de l'intérêt général. Le but en est d'éviter la disparition d'entreprises présentant un intérêt national. Elle comporte un élément de prévention, qui fait défaut dans les autres procédures.

3 - FINALITES

- Protection des intérêts des créanciers.
- Eviter que l'économie nationale soit encombrée par la conservation d'entreprises improductives.

Le but est la liquidation par le rassemblement des actifs en même temps que la satisfaction des créanciers, mais également de maintenir intact, autant que possible, l'actif et dans la mesure du possible, conserver les éléments d'actif qui constituent l'outil de travail de l'employeur.

Les juges et les tribunaux spéciaux jouent un rôle important dans la recherche d'équilibre, ainsi que dans la protection de la situation des salariés. La protection des salariés résulte moins de la loi que de l'Art. 2119 Code civil : la cessation des paiements et liquidation de la société ne constituant pas de juste motif de licenciement.

La législation plus récente (années 70) cherche davantage à protéger l'emploi;

4 - RESULTATS

Le redressement semble souvent se faire à travers des licenciements économiques.

La continuation de l'activité peut également se faire par cession ou par location gérance.

G - YUGOSLAVIE -

1 - SOURCES

La constitution yougoslave de 1974 contient une disposition concernant l'insolvabilité. La loi sur le redressement financier et la dissolution d'organisations de travail s'inscrit dans le cadre de cette disposition.

D'autres lois interviennent en matière d'insolvabilité, de difficultés économiques, et de droits des travailleurs.

Cet ensemble législatif remplace la loi de 1965, qui remplaçait elle-même un décret de 1953, première réglementation sur l'insolvabilité après une période, à l'issue de la deuxième guerre, où l'appartenance des entreprises à l'Etat écartait toute possibilité d'insolvabilité.

2 - CHAMP D'APPLICATION DES PROCEDURES COLLECTIVES

Les procédures collectives s'appliquent aux "organisations de travailleurs associés". Il s'agit d'une forme d'entreprise entrant dans le système de propriété socialiste et autogestionnaire en Yougoslavie.

3 - FINALITES

La finalité des procédures collectives en Yougoslavie est d'abord le redressement de l'entreprise, la liquidation n'intervenant que si le redressement est impossible.

4 - RESULTATS

Néant.

I I - C H R O N O L O G I E

=====

A - ALLEMAGNE FEDERALE

5 - PREVENTION

Aucun mécanisme de prévention des difficultés n'existe dans le droit actuel (la procédure de concordat ou règlement amiable s'applique alors que l'entreprise est déjà en situation de cessation de paiements). Aucune mention n'est faite d'un tel mécanisme dans les propositions de réforme.

6 - OUVERTURE

Le fait conduisant à l'ouverture d'une procédure collective est soit la cessation des paiements, soit, pour le cas de personnes morales à responsabilité limitée, le surendettement (où les dettes excèdent la valeur de l'actif).

La procédure de règlement amiable est une procédure volontaire, demandée par le débiteur. Celui-ci propose un règlement amiable, avec réduction des créances et échelonnement des paiements. Cette proposition, si elle est votée par les créanciers, sera confirmée par le tribunal et deviendra obligatoire pour tous les créanciers. Pendant la procédure, les poursuites individuelles sont suspendues.

La procédure de faillite peut être ouverte sur demande du débiteur ou d'un quelconque des créanciers. La décision d'ouvrir la procédure appartient au tribunal de la faillite.

7 - DIAGNOSTIC

Aucune période de diagnostic n'est prévue actuellement. La procédure appliquée est celle visée par le demandeur.

Les propositions de réforme prévoient l'unification des procédures de faillite et de règlement amiable, avec une période d'investigation permettant de choisir entre les deux issues.

8 - TRAITEMENT

10-1 - Les règles concernant la gestion de l'entreprise -

Pendant la procédure l'entreprise est gérée par l'administrateur désigné par le tribunal. Le tribunal n'a que des pouvoirs de contrôle sur la gestion de l'administrateur.

Les travailleurs n'ont aucun droit spécifique en matière de faillite, mais le droit du travail s'applique, avec ses obligations de consultation du conseil d'entreprise. Les propositions de réforme prévoient que les travailleurs soient représentés dans un comité constitué avec les créanciers, et participent aux consultations de ce comité sur les possibilités de redressement et sur l'élaboration du plan de redressement.

10-2 - Techniques de redressement -

Les deux techniques possibles semblent être le règlement amiable, et la cession de l'entreprise. Les règles gouvernant la cession ne sont pas spécifiques aux cas d'insolvabilité, mais relèvent du droit commun de la cession des entreprises.

B - ANGLETERRE -5 - PREVENTION

Aucun mécanisme efficace de prévention des défaillances n'existait avant la loi de 1986. Celle-ci prévoit deux types de procédures.

5.1 - Procédures volontaires

Les administrateurs de la société peuvent proposer à la société et ses créanciers un règlement amiable, où les créanciers ne recevront qu'une partie des sommes qui leur sont dues. Les deux obstacles à l'efficacité de cette procédure sont d'une part le fait que les créanciers privilégiés et munis de sûretés ne peuvent être obligés de l'accepter, et d'autre part qu'aucune suspension des poursuites n'est prévue pendant que la proposition est étudiée.

5.2 - Administration provisoire

L'administration provisoire peut être ordonnée par un tribunal lorsqu'il constate que la société est ou est susceptible d'être dans l'incapacité de payer ses dettes et lorsqu'il considère qu'une telle procédure peut être efficace. La demande peut être effectuée par la société ou les administrateurs ou par un ou plusieurs créanciers.

Après le dépôt de la demande, certaines poursuites individuelles ne peuvent être menées qu'avec l'autorisation du tribunal. Si le tribunal ordonne l'administration provisoire, les poursuites individuelles sont suspendues pour la durée de celle-ci.

6 - OUVERTURE

La procédure peut être ouverte à la demande du débiteur. Dans ce cas, il appartient aux administrateurs d'apprécier l'opportunité de demander l'ouverture. Aucune preuve d'insolvabilité ou autre situation de fait n'est requise.

Certaines procédures peuvent également être ouvertes par les créanciers du débiteur, notamment la procédure de liquidation ou l'administration provisoire.

Dans la procédure de liquidation et d'administration provisoire, le fait conduisant à l'ouverture est l'incapacité de payer ses dettes. Pour l'administration provisoire, cette incapacité peut ne pas être actuelle, mais seulement potentielle.

Le défaut de paiement constitue généralement une cause d'ouverture de la procédure de receivership.

La forme de procédure demandée préjuge de l'issue de la procédure.

7 - DIAGNOSTIC

Dans la nouvelle procédure d'administration provisoire il est prévu une période d'analyse des difficultés de l'entreprise avant que les projets pour l'avenir ne soient établis.

Pendant ce temps, le paiement de la plupart des créances ne peut plus être poursuivi, sauf autorisation du tribunal.

L'administrateur prend en charge les activités de la société, et demande aux administrateurs un rapport sur l'activité. Au vu de ces informations, il élabore des propositions de redressement.

8 - TRAITEMENT

8.1 - Pendant toute la durée de l'administration provisoire, la gestion de l'entreprise est confiée à l'administrateur.

De même, en cas de "receivership" la gestion est confiée à l'administrateur.

Pendant la procédure de liquidation, c'est le liquidateur qui doit procéder au recouvrement des créances, à la vente des biens et à la distribution du produit de ces ventes. Il n'a pas pour fonction de continuer l'activité de la société, sauf dans la mesure nécessaire pour la bonne réalisation de la liquidation.

8.2 - Techniques de redressement

Dans la procédure d'administration provisoire, un plan de redressement est préparé par l'administrateur et soumis aux créanciers, qui peuvent, avec l'accord de l'administrateur, le modifier. Si le plan est adopté, c'est l'administrateur qui est chargé de le réaliser, sous la supervision des créanciers. L'administrateur continuera son activité jusqu'au redressement, ou jusqu'à ce qu'il décide que le redressement est impossible.

La continuité de l'activité est également fréquente en cas de "receivership". Dans ce cas, il est fréquent que l'activité en question soit transférée à une filiale nouvelle, libre de tout endettement. Dans ce cas, les contrats de travail sont transférés, mais si le premier employeur licencie les salariés avant le transfert, les créances des salariés ainsi licenciés ne sont pas transférées, mais subsistent à l'égard du premier employeur. Dans la pratique, elles sont souvent payées par le fonds de garantie. En conséquence, la filiale nouvelle continue l'activité, débarrassée des dettes et du sureffectif.

C - ETATS-UNIS -5 - PREVENTION

Aucune référence n'est faite à des mécanismes de prévention.

Une procédure volontaire (demandée par le débiteur) semble en tenir lieu.

6 - OUVERTURE

Le fait conduisant à l'ouverture d'une procédure collective est "l'insolvabilité", dont la loi donne deux définitions :

- le débiteur ne paie pas ses dettes au fur et à mesure que celles-ci arrivent à échéance,
- la somme des dettes excède la valeur de l'actif du débiteur, évalué loyalement.

C'est la deuxième de ces définitions qui est utilisée pour l'ouverture d'une procédure "involontaire", procédure qui peut être ouverte sur la demande d'au moins trois créanciers.

Le débiteur peut également demander l'ouverture de la procédure "volontaire". Dans ce cas, aucune preuve de l'insolvabilité n'est demandée.

Il semble que la procédure devant être appliquée est précisée dans la demande d'ouverture.

7 - DIAGNOSTIC

Aucune période du type de la période d'observation française ne semble être prévue.

8 - TRAITEMENT

8.1 - Règles applicables à la gestion de l'entreprise

L'administrateur peut, avec l'accord du tribunal, mettre fin à tout contrat liant le débiteur. La dénonciation d'une convention collective est, cependant, soumise à certaines conditions.

8.2 - Techniques de redressement

Le plan de réorganisation est préparé en consultation avec le comité des créanciers.

D - FINLANDE -5 - PREVENTION

Aucune procédure de prévention ne semble être prévue.

6 - OUVERTURE

La procédure peut être ouverte sur la demande du débiteur lui-même. Dans ce cas la demande en elle-même est considérée comme démontrant suffisamment l'insolvabilité du débiteur. Le tribunal ne vérifie pas dans ce cas l'état d'insolvabilité.

La procédure peut également être ouverte à la demande d'un créancier. Dans ce cas, le débiteur est considéré comme insolvable si :

- 1) il a quitté la municipalité où il réside et ne peut plus être contacté,
- 2) il gaspille ou cache son actif au préjudice de ses créanciers,
- 3) une procédure d'exécution sur ses biens fait apparaître qu'il n'a pas de moyens suffisants,
- 4) un débiteur commercial ne paie pas une dette incontestée et échue dans les 8 jours suivant une mise en demeure.

7 - DIAGNOSTIC

La procédure actuelle ne semble pas donner lieu à une période d'analyse de la situation de l'entreprise.

L'institution d'une telle période faisait pourtant partie des recommandations de la commission qui a rendu son rapport en 1978.

8 - TRAITEMENT

10.1 - Gestion de l'entreprise

Le débiteur perd tout contrôle sur les biens de l'entreprise, qui sont gérés par les administrateurs, sous le contrôle des créanciers. Les administrateurs ont le devoir de n'engager aucune dépense nouvelle qui ne serait pas nécessaire pour les besoins de la liquidation.

10.2 - Techniques de redressement

Néant.

E - HONGRIE -5 - PREVENTION

Néant.

6 - OUVERTURE

Selon le décret loi de 1986, la liquidation peut avoir lieu parce qu'une décision a été prise en ce sens, ou si l'entreprise est insolvable depuis un certain laps de temps. L'insolvabilité n'est pas définie, mais deux exemples en sont donnés :

- 1) les dettes totales de l'entreprise excèdent ses biens,
- 2) une demande de règlement de créance formée contre "l'organisation" (l'entreprise) n'a pas été exécutée.

Dans les deux cas, la liquidation suppose que cette situation dure depuis quelques temps ; une détérioration temporaire ne donnera pas lieu à liquidation.

L'ouverture de la procédure est le plus souvent demandée par l'entreprise elle-même. Elle peut également l'être par un créancier.

Le tribunal qui constate l'insolvabilité en informe l'organisme responsable du redressement. Si la procédure de redressement n'est pas applicable, ou si aucun accord n'a pu être obtenu, le tribunal procède à la liquidation.

7 - DIAGNOSTIC

Dès l'ouverture d'une procédure de liquidation, le tribunal vérifie qu'un redressement a été tenté, ou a été jugé impossible par les autorités responsable du redressement. Si

les possibilités de redressement n'ont pas été examinées, le tribunal renvoie l'affaire devant les autorités responsables. C'est seulement si le redressement s'avère impossible que la procédure de liquidation est ouverte.

L'analyse de la situation de l'entreprise semble avoir peu de poids dans la décision de redressement : dans un premier temps, il s'agit d'une tentative de négociation avec les créanciers, et dans un deuxième temps d'une décision par les autorités qui semble tenir compte principalement de l'importance des conséquences sur l'emploi d'une liquidation.

8 - TRAITEMENT

8.1 - Gestion de l'entreprise

En cas de liquidation, un liquidateur est désigné et celui-ci accomplit tous les actes concernant le patrimoine de l'organisation défailante. Il recouvre les créances et vend l'actif au meilleur prix. Il soumet au tribunal un bilan de clôture et propose la répartition des biens.

8.2 - Techniques de redressement

Le redressement peut être effectué par deux moyens :

- un règlement, amiable négocié avec les créanciers,
- un plan de redressement, mis en place après décision des autorités publiques. Un fonds spécial est chargé du redressement, et verse des aides, accorde des crédits, et garantit les dettes de l'entreprise défailante. Le redressement est considéré comme ayant réussi si un accord est conclu sur les mesures d'épuisement des dettes, sur la restauration de la solvabilité et sur la poursuite de l'activité, cet ensemble de mesures étant obligatoire et assorti de sanctions qui peuvent être poursuivies devant les tribunaux.

F - ITALIE -5 - PREVENTION

Néant.

6 - OUVERTURE

La procédure est déclarée ouverte à la demande soit de l'entrepreneur, soit des créanciers de celui-ci.

Elle est ouverte par le juge après une enquête préliminaire. Dans sa décision d'ouvertures, le juge met en place les organes de la procédure et désigne les personnes qui la conduiront : juge-commissaire, administrateur, comité des créanciers.

Les critères retenus pour l'ouverture de la procédure ne sont pas précisés.

7 - DIAGNOSTIC

Aucune mention n'est faite d'une enquête ou période d'observation s'ajoutant à l'enquête préalable à la décision d'ouverture.

C'est au syndic qu'il revient d'analyser et apprécier la situation de l'entreprise.

8 - TRAITEMENT

8.1 - Règles applicables à la gestion de l'entreprise

En principe, la liquidation est immédiate.

Souvent, l'entreprise est gérée provisoirement par un administrateur provisoire. Il y a également une possibilité d'administration contrôlée dans laquelle le tribunal ou le comité des créanciers nomme un organe pour contrôler la gestion du débiteur qui reste à la tête de son entreprise. La durée maximum de cette procédure est d'un an. Si la société ne peut payer ses dettes à la fin de ce délai, le tribunal peut déclarer l'ouverture de la procédure.

8.2 - Techniques de redressement

Deux procédures tendent au redressement de l'entreprise :

a) une procédure de concordat. La proposition du débiteur faite devant le tribunal est adoptée par les créanciers lors d'une réunion présidée par le juge spécial,

b) une procédure d'administration contrôlée, dans laquelle la gestion du débiteur continue pendant un an, sous le contrôle d'un organe désigné par le tribunal ou par le comité des créanciers.

Une procédure spéciale peut être appliquée aux entreprises ayant plus de 300 salariés. Cette procédure peut être déclenchée par décret ministériel si l'entreprise doit aux banques et à la sécurité sociale des sommes importantes, ou à l'égard d'entreprises qui ont des liens avec une société qui fait déjà l'objet de cette procédure. Un commissaire décide si l'activité doit continuer, et met en place des mesures de redressement, qui peuvent comporter des réductions d'effectifs. Cette procédure dure un maximum de 2 ans.

G - YOUGOSLAVIE -5 - PREVENTION

Le droit yougoslave dispose d'une série de procédures destinées à empêcher la faillite. Les acteurs principaux en sont les salariés, de concert avec les entreprises tierces qui ont des liens avec la leur.

Quatre procédures existent :

5.1 - Procédure préliminaire pour l'élimination de l'illiquidité (insolvabilité)

Si une organisation de travailleurs associés reste insolvable pendant 20 jours (ou 45 jours avec des interruptions), le conseil d'entreprise doit mettre en place un ensemble de mesures pour assurer les paiements et éliminer les causes d'insolvabilité. Le programme mis en place est communiqué aux autorités qui surveillent son exécution.

Si le programme nécessite l'aide d'autres organisations de travailleurs associés, l'organe de gestion doit en informer ces organisations.

Si l'insolvabilité n'est pas éliminée dans les 120 jours, la procédure de faillite est engagée.

5.2 - Élimination des troubles dans l'exploitation de l'affaire

Dans certains cas, il existe une obligation de mettre en place des mesures pour l'élimination de troubles, mesures qui doivent être adoptées dans les 30 jours des comptes provisoires, ou 60 jours de la fin du délai pour le dépôt du bilan annuel.

L'organisation en question doit informer les autres

organisations avec lesquelles elle est liée, et peut leur demander de l'aide. Les autres organisations mettent en place une procédure correspondante et essaient de remédier à la situation. Les travailleurs déterminent la responsabilité des gérants ou autres pour l'existence des troubles.

Les autorités locales peuvent accorder des délais pour le paiement de certaines cotisations et autres dettes.

5.3 - Elimination des pertes constatées dans les comptes provisoires

Si une organisation constate une perte, elle doit, dans les 30 jours, rechercher les causes et mettre en place des mesures l'apurement de ces pertes.

Elle doit en informer les organisations avec lesquelles elle a des liens, et doit demander des aides économiques et autres. Elle doit en informer les autorités.

Si elle ne peut payer les sommes dues à la communauté, elle peut demander la remise de ces dettes.

Si cette procédure échoue, la procédure de redressement financière doit être mise en place.

5.4 - Procédure de redressement financier

Cette procédure est obligatoire en cas de perte dans le bilan annuel. Les pertes doivent être couvertes par recours:

i) aux réserves propres ; ii) aux réserves communes des organisations avec lesquelles l'organisation est liée ; iii) réserves des autres organisations éventuellement liées par contrat.

Un programme devra être établi comportant :

i) une indication du montant des pertes ; ii) leurs causes et les moyens de les éliminer ; iii) les moyens et délais pour l'apurement des pertes ; iiiii) le délai de la procédure.

Si les pertes sont le résultat d'équipements dépassés, le programme doit également comporter des mesures de modernisation.

Les organisations liées à celle ayant subi les pertes, les autorités publiques ainsi que la banque (créancier) sont informées.

Si l'organisation ne met pas en place un plan de redressement, celui-ci le sera par une administration compétente et par le conseil d'entreprise.

Les organisations liées à l'organisation en difficulté sont obligées d'accéder aux demandes d'aide. Les modalités sont fixées par contrat, ce contrat pouvant diminuer les salaires des travailleurs, avec un minimum du salaire garanti. En cas de sureffectif, des réductions d'horaires sont possibles, ainsi que le transfert de certains travailleurs à d'autres organisations.

Les aides peuvent prendre la forme de crédits, d'aides qui ne sont pas remboursables, ou d'un abandon de créances.

Si cette procédure échoue, la procédure de faillite est entamée.

6 - OUVERTURE

Le fait conduisant à l'ouverture d'une procédure collective est constitué par l'insolvabilité.

Elle est décidée par le tribunal, qui doit avant de décider, vérifier qu'une tentative de redressement a été faite. Si tel n'est pas le cas, il doit rejeter la demande d'ouverture.

Une étape préliminaire consiste en un règlement obligatoire des dettes et des créances. Si cette étape n'aboutit pas, la faillite sera prononcée.

La faillite n'étant prononcée qu'au cas où les tentatives de redressement ont échoué, elle conduit à la liquidation.

7 - DIAGNOSTIC

Aucune procédure d'observation n'est prévue une fois la procédure ouverte, car l'ouverture n'a lieu qu'après des mesures préventives, une fois les possibilités de redressement explorées et mises en échec.

8 - TRAITEMENT

8.1 - Gestion de l'entreprise

Le débiteur cesse de contrôler la gestion. Les travailleurs ne peuvent plus exercer leurs droits d'auto-gestion. Dès l'ouverture, leur contrat de travail est rompu, mais ils peuvent être transférés à d'autres organisations de travailleurs associés, si un contrat entre les deux organisations prévoit une telle éventualité et à condition que des emplois soient disponibles.

Le conseil de la faillite peut poursuivre le contrat des travailleurs si cela est nécessaire pour l'achèvement de travaux en cours, ou pour l'exécution de la procédure de la faillite.

8.2 - Techniques de redressement

Les techniques de redressement sont décrites supra dans la réponse à la question relative à la prévention des défaillances, car elles interviennent dès l'apparition des difficultés et avant que l'entreprise ne soit insolvable.

I I I - C O M P E T E N C E S

=====

A - ALLEMAGNE FEDERALE -

9 - LE JUGE ET AUPRES DU JUGE

La juridiction compétente n'est pas précisée.

Dans la procédure de faillite, un administrateur est désigné par le tribunal. C'est cet administrateur qui organisera les réunions des créanciers, la présentation et l'inscription des créances et qui décidera du plan de distribution final. Il s'occupera également de l'administration du patrimoine, est responsable des biens du débiteur, et rassemblera et liquidera l'actif et en distribuera le produit selon le plan de distribution approuvé par le tribunal.

Cet administrateur est généralement un juriste ou expert comptable expérimenté et exerçant de façon libérale.

Une assemblée des créanciers est consultée.

Aucune représentation des travailleurs n'est prévue par le droit actuel. Les projets de réforme comportent une telle représentation.

10 - LES SYNDICATS

Aucun rôle n'est dévolu aux syndicats par le droit des procédures collectives. En revanche, le droit du travail s'applique et le conseil d'entreprise doit être consulté dans les conditions de droit commun. De même, les conventions col-

lectives en vigueur continuent à s'appliquer.

Dans la pratique, les syndicats et autres groupements de travailleurs jouent un rôle plus ou moins important par les moyens de manifestations, pressions sur les administrations, utilisation des médias, etc... Des aides sont quelquefois octroyées à la suite de telles pressions.

11 - LES AUTORITES PUBLIQUES

En dehors des aides financières qui sont quelquefois octroyées, soit ponctuellement, soit dans le cadre d'un programme d'aide, aucune mention d'une aide ou intervention de l'Etat n'est faite, en dehors des autorités judiciaires.

B - ANGLETERRE -9 - LE JUGE

Les juridictions compétentes en matière de procédures collectives sont les tribunaux de droit commun (High Court et Country Court), le montant du capital détermine en principe le choix entre les deux tribunaux.

Pour les demandes des salariés ou des syndicats dans des domaines autres que les créances de salaires (par exemple, licenciement, absence de consultation, etc...) le tribunal compétent est le Industrial Tribunal, tribunal spécialisé du droit du travail. L'appel sera porté devant le Employment Appeal Tribunal, juridiction d'appel spécialisée.

10 - LES SYNDICATS

En droit, les syndicats n'ont aucun rôle spécifique dans les procédures collectives. Dans la pratique cependant, la coopération des syndicats peut être indispensable pour le succès d'un plan de redressement.

L'obligation de consulter les syndicats en cas de licenciement économique ou transfert de l'entreprise subsiste en cas d'insolvabilité, sauf si celle-ci n'était pas raisonnablement prévisible.

L'action des syndicats prend diverses formes, dont l'occupation des locaux.

11 - LES AUTORITES PUBLIQUES

Contrairement à la pratique des années 1970, la politique gouvernementale actuelle s'oppose à l'action d'aides publiques.

L'administration ne semble jouer aucun rôle particulier dans les procédures collectives.

Il n'y a pas de négociations multipartites sur le sort de l'entreprise ou les solutions à mettre en oeuvre.

C - ETATS-UNIS -9 - LE JUGE ET AUPRES LE JUGE

Un administrateur ("trustee in bankruptcy") peut être désigné.

Les créanciers sont représentés par un comité des créanciers qui est consulté notamment en matière de réorganisation. Les salariés et les syndicats ne disposent pas de représentation spécifique.

10 - LES SYNDICATS

Le rôle des syndicats dans les procédures collectives dépend de la nature de sa créance. Si le syndicat est partie à la mise en place par l'employeur d'un plan de retraite ou si une convention collective conclue avec le syndicat est en cause, le syndicat a un intérêt personnel à la procédure. Ainsi, un syndicat peut contester une tentative de dénonciation d'une convention collective, ou peut présenter une demande de paiement des cotisations des retraites impayées mais dues en vertu d'un accord conclu avec lui, même si la cotisation est payable à un organisme gérant le plan de retraite et non au syndicat lui-même. Mais si le syndicat n'est pas signataire ou partie, il n'est pas "créancier" et ne peut présenter de demande ni participer à la procédure. Même si le syndicat est reconnu comme représentant exclusif des travailleurs en vertu du droit des relations collectives de travail, il n'a aucun droit devant le tribunal des faillites pour la présentation des demandes de ses membres, même si celles-ci concernent des questions relevant de ce droit des relations collectives de travail.

Pour pouvoir être désigné au comité des créanciers,

le syndicat doit démontrer qu'il est titulaire d'une créance, ce qui suppose de démontrer un droit à recevoir paiement. Si le plan de retraite mis en place par convention collective prévoit les paiements des contributions à l'organisme de gestion du plan et non au syndicat, il est difficile d'établir un "droit de recevoir paiement" appartenant au syndicat. De plus, le syndicat gardant pour fonction de représenter les salariés et d'assurer le maintien de leur emploi, l'existence d'un "conflit d'intérêts" peut être constatée et constituer un empêchement écartant le syndicat de l'étude de questions telles que la possibilité de mieux assurer les droits des créanciers par une réduction des effectifs ou une liquidation. La désignation d'un syndicat au comité des créanciers a été admise mais le principe n'en est pas acquis.

Si un syndicat est reconnu comme agent exclusif de la négociation, l'employeur, ou l'administrateur en cas de procédure collective, est obligé de négocier sur les conséquences pour les salariés de certaines décisions incluses dans la réorganisation, notamment la fermeture, le transfert de locaux, la sous-traitance.

De plus, la convention collective en vigueur avant l'ouverture de la procédure collective peut contenir des obligations limitant la liberté de décision de l'employeur sur des questions telles que la fermeture de l'entreprise.

11 - LES AUTORITES PUBLIQUES

Aucune précision n'est donnée sur l'intervention des autorités publiques.

D - FINLANDE -9 - LE JUGE ET AUPRES DU JUGE

Aucune information ne permet de répondre à ces questions.

10 - LES SYNDICATS

Les syndicats et organes de représentation du personnel ne jouent aucun rôle spécifique dans le déroulement des procédures collectives.

Le droit commun du travail prévoit une représentation du personnel qui doit être consultée sur certaines décisions ayant des conséquences sur les conditions de travail ou sur l'emploi.

L'application de ces dispositions en cas de procédures collectives reste incertaine. Lorsque la procédure est ouverte à la demande des créanciers, le débiteur peut ne pas avoir été prévenu à temps pour procéder à une consultation. En pratique, l'administrateur semble licencier sans négociations préalables.

Lorsque la procédure est ouverte à la demande du débiteur, il se peut qu'une consultation préalable ait lieu. Mais l'activité ne sera pas poursuivie au delà de l'ouverture pour la seule raison que des négociations sont en cours. En pratique, la loi sur la consultation des représentants du personnel est peu appliquée en cas d'insolvabilité.

11 - LES AUTORITES PUBLIQUES

Néant.

E - HONGRIE9 - LE JUGE ET AUTOUR DU JUGE

La liquidation est une procédure non contentieuse de la compétence du Tribunal Métropolitain.

Avant de procéder à la liquidation, le Tribunal saisit l'organisme chargé du redressement des entreprises (la chambre économique). Celle-ci peut chercher à organiser une négociation avec les créanciers pour obtenir un concordat, ou après un décret de réhabilitation pris par le ministre ou le président du conseil municipal.

Un liquidateur procède à tous les actes juridiques après la déclaration de la liquidation.

Les créanciers peuvent désigner l'un d'entre eux pour contrôler les opérations du liquidateur.

L'éventuelle négociation avec les créanciers est organisée par la Chambre économique.

La décision de tenter un redressement économique est prise soit par le conseil des ministres, soit par le Ministre des finances ou par le Président du conseil municipal ou départemental.

10 - LES SYNDICATS

Les syndicats ont les mêmes possibilités d'action devant le liquidateur que devant l'employeur.

L'une des possibilités des syndicats est celle de faire une réclamation en cas d'agissement de l'employeur contraire aux règles sur les relations du travail ou contraire aux principes socialistes. La décision est rendue soit par le tri-

bunal si un seul salarié est concerné, soit par des instances syndicales nationales si la réclamation concerne un groupe de salariés.

Aucun rôle spécifique aux procédures collectives ne semble être prévu.

11 - LES AUTORITES PUBLIQUES

11.1- Les autorités publiques jouent un rôle important principalement dans la procédure de redressement et ce, dans un but de protection de l'emploi. En effet, les conséquences sur l'emploi d'une liquidation peuvent être le motif d'une décision de réhabilitation, décision qui est prise soit par le conseil des ministres, soit par le ministre des finances, soit par le président du conseil municipal ou départemental.

Les aides accordées aux entreprises en difficulté proviennent d'un fonds social créé à cet effet.

11.2- Négociations multipartites

La procédure de réhabilitation comporte une négociation à laquelle il semble que seront représentés, tout au moins, le débiteur, les créanciers, et les autorités publiques notamment les responsables du fonds d'aide aux entreprises en difficulté.

Cette négociation précède l'ouverture de la procédure judiciaire, procédure de liquidation qui ne s'ouvre qu'en cas d'échec de la négociation.

F - ITALIE -9 - LE JUGE ET AUTOUR DU JUGE

L'insolvabilité est déclarée par le juge, qui désigne et saisit :

- un tribunal d'insolvabilité qui est compétent pour toutes les actions en rapport avec l'insolvabilité, même celles résultant des contrats de travail,

- un juge spécial qui donne toutes les instructions concernant la procédure, vérifie le travail du syndic, vérifie l'actif de la société et les revendications portant sur les biens immobiliers du débiteur,

- le syndic, qui contrôle l'actif de la société, en gère les biens, liquide et distribue l'actif et remplace le débiteur pour la poursuite des activités non interrompues,

- le comité des créanciers, organe consultatif du Tribunal et du juge spécial. Il joue une mission de surveillance ; y siègent 3 ou 5 membres de la collectivité des créanciers, nommés par le juge spécial.

10 - ROLE DES SYNDICATS

Les syndicats ne jouent aucun rôle spécifique dans les procédures collectives.

11 - LES AUTORITES PUBLIQUES

L'intervention des autorités publiques prend la forme d'une aide au reclassement des travailleurs licenciés.

Pour les sociétés de plus de 300 salariés, un décret ministériel peut, dans certains cas, mettre en place une procédure spéciale "d'administration extraordinaire".

G - YOUGOSLAVIE -9 - LE JUGE ET AUTOUR DU JUGE

La procédure est menée par le tribunal qui désigne un administrateur, ainsi qu'un juge de la faillite et un conseil de la faillite.

L'administrateur a pour obligation d'informer les autres organisations de travailleurs associés des effets sur l'emploi de la faillite.

Le juge de la faillite soumet au conseil de la faillite ses propositions concernant la conclusion de la procédure.

10 - LES SYNDICATS

Les représentants des travailleurs ne jouent aucun rôle une fois la procédure de la faillite ouverte.

En revanche, les décisions concernant les tentatives de redressement semblent faire une large part à l'intervention des travailleurs ou de leurs représentants (conseil d'entreprise).

11 - LES AUTORITES PUBLIQUES

Les autorités publiques interviennent essentiellement lors des procédures de prévention, notamment pour surveiller l'application des plans de redressement.

I V - L E S S A L A R I E S

=====

A - ALLEMAGNE FEDERALE -

12 - LES SALARIES PARMIS LES CREANCIERS

Une fois la procédure ouverte, les créanciers ne peuvent plus agir individuellement contre le débiteur. Dans la procédure de faillite, l'administrateur de la faillite (Konkursverwalter) tient des réunions de créanciers, organise la présentation des créances et décide du plan de distribution.

Si la procédure de concordat est ouverte, les créanciers votent sur une proposition du débiteur, et si la majorité nécessaire est réunie, le concordat sera approuvé par le tribunal et obligera tous les créanciers.

Sous l'empire du droit actuel, les créanciers munis de sûretés ne sont pas concernés par la procédure. Ils peuvent exiger la remise du bien grevé et peuvent le vendre -avec ou sans obligation de rendre compte au patrimoine insolvable des sommes obtenues, selon le type de sûreté. Les créanciers munis de sûretés ne sont pas obligés de contribuer au coût de la procédure, et même les frais de mise à l'écart des biens grevés de sûretés pour chaque créancier ne leur sont pas imputés, mais sont supportés par le patrimoine insolvable -donc en fin de compte, par les créanciers sans sûretés.

Les créanciers de salaires de la dernière année avant la faillite bénéficient d'un privilège de 1er rang. Avec le développement des sûretés, la position des créanciers de salaires a cependant été affaiblie.

En 1974, la loi sur la compensation des pertes après

la faillite (Gesetz über Konkursans falgeld) a été adaptée. Selon cette loi, les créances des trois derniers mois précèdent la faillite (ou le refus de la demande faute d'actifs) donnent lieu à une demande par les salariés devant le Bureau Fédéral du Travail (l'organisme qui gère l'assurance chômage). Le fonds est financé par des cotisations patronales, et le Bureau Fédéral du Travail dispose d'un recours contre le patrimoine insolvable pour les montants payés.

Par ailleurs, les créances de salaire des six derniers mois avant la déclaration de la faillite sont dotés d'un privilège du même rang que les "frais administratifs", de sorte qu'elles bénéficient d'un super privilège.

Les systèmes de retraite complémentaire mis en place par les entreprises sont obligatoirement assurés contre le risque d'insolvabilité.

Les indemnités de licenciement et autres créances résultant d'un plan social ont le même rang que les autres créances de salaire, avec un plafond de 2 mois 1/2 et 1/3 de l'actif non grevé de sûretés.

13 - LES LICENCIEMENTS

L'insolvabilité ou l'ouverture d'une procédure collective ne met pas fin au contrat de travail.

Les règles de droit commun des licenciements sont applicables en cas d'insolvabilité.

Ainsi, le préavis doit être donné, le conseil d'entreprise doit être consulté, et le licenciement ne doit pas être "sans justification sociale". Cette dernière exigence signifie que le licenciement doit avoir une cause relative à la personne ou à la conduite du salarié, ou répondre à "une nécessité urgente d'exploitation".

Les critères de choix des salariés licenciés doivent également être respectés : âge, situation de famille, ancienneté.

Un plan social doit être élaboré avec le conseil d'entreprise, avec une procédure d'arbitrage en cas de désaccord. (L'arbitrage est obligatoire, mais non la sentence rendue). Le plan social comprend des dispositions portant sur les indemnités aussi bien que sur des mesures de formation, reclassement, etc...

Les indemnités, jusqu'à deux mois et demi de salaire, sont des créances privilégiées de 1er rang (comme d'autres créances de salaire).

B - ANGLETERRE -12 - LES SALARIES PARMIS LES CREANCIERS

La situation des créanciers dépend de leur catégorie et du type de procédure engagée.

Les trois principales catégories de créanciers sont les créanciers munis de sûretés, les créanciers privilégiés, et les créanciers chirographaires, les premiers étant les mieux protégés, et les derniers les moins bien. Les droits des créanciers salariés sont d'autre part protégés par un fonds de garantie.

12.1 - Les créanciers munis de sûretés se divisent en deux groupes : ceux dont la sûreté porte sur un bien donné, et ceux dont la sûreté porte sur l'ensemble des biens. Le premier est payé avant les créanciers privilégiés, le deuxième après.

12.2 - Les créanciers privilégiés sont payés avant les autres créanciers. L'Etat est le principal créancier privilégié (créances fiscales et de sécurité sociale). Les créances résultant du contrat de travail sont également des créances privilégiées. Le privilège porte sur les sommes dues au titre des 4 derniers mois précédant l'insolvabilité (avec un maximum de £ 800 en 1988) et comprenant aussi bien les salaires que les sommes dues en cas de maladie, congés payés, etc..

La loi de 1986 a réduit le nombre de privilèges. Toutes les créances privilégiées occupent le même rang pour un montant plafonné (à £ 600 en 1988). L'excédent est considéré comme une créance chirographaire.

12.3 - Le fonds de garantie

Un fonds de garantie, financé par des cotisations patronales et administré par l'administration du travail, peut payer les sommes dues aux salariés, notamment en cas d'insolvabilité.

Les sommes garanties comprennent :

- les salaires d'une période maximale de 8 semaines,
- l'indemnité compensatrice de préavis,
- l'indemnité compensatrice de congés payés,
- les dommages et intérêts pour licenciement non justifié.

L'Etat est subrogé dans les droits du salarié et conserve le privilège attaché aux créances salariales.

La responsabilité des administrateurs peut être engagée s'ils ne font pas tout ce qui est nécessaire afin de minimiser les pertes des créanciers, et notamment s'ils continuent l'activité une fois les difficultés connues, et si cette continuation aggrave la situation des créanciers.

Lors de la procédure obligatoire de liquidation, une enquête est menée par un mandataire de justice et peut aboutir à frapper d'interdiction, pour une période d'au moins 2 ans, tout administrateur dont le comportement révèle son inaptitude à la gestion d'une société.

13 - LES LICENCIEMENTS

En cas de cession de l'entreprise, les contrats de travail subsistent avec le nouvel employeur. Cette disposition ne fait cependant pas obstacle au licenciement si celui-ci est motivé par une raison "économique, technologique ou organisationnelle".

Des licenciements sont possibles, en droit anglais, en cas de cessation d'activité ou en cas de suppression de poste d'une qualification donnée à un endroit donné. Ces con-

ditions sont souvent réunies en cas d'insolvabilité.

Si le salarié licencié dans ces conditions a au moins deux ans d'ancienneté, il recevra une indemnité calculée en fonction de son ancienneté, son salaire, et son âge. Pour de nombreux salariés, cela donnera une indemnité d'une semaine et demi de salaire pour chaque année d'ancienneté.

En cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le salarié peut en principe obtenir une indemnisation. Cependant, il semble que l'insolvabilité soit une cause suffisante de licenciement. La situation de famille du salarié ne sera pas prise en compte pour déterminer si le licenciement était justifié.

C - ETATS-UNIS -

12 - LES SALAIRES PARMIS LES CREANCIERS

12.1 - Le Bankruptcy Code prévoit en principe sept rangs pour la distribution de l'actif disponible pour le paiement des créances sans sûreté, dont :

1) Frais administratifs, soit les "frais réels et nécessaires pour la conservation du patrimoine, y compris les salaires pour le travail effectué après l'introduction de l'instance".

2) Salaires, dont l'indemnité de congés payés, indemnités de licenciement et salaire en cas de maladie relatifs à la période de 90 jours précédant l'introduction de l'instance (ou la cessation de l'activité du débiueur, si celle-ci est antérieure à l'introduction) avec un maximum de \$ 2000.

3) Contribution aux systèmes de prévoyance relatif aux 180 jours avant l'introduction de l'instance.

Un nombre important (42 %) de salariés américains bénéficient de plans de retraite complémentaire. Une loi de 1982 a pour objectif d'assurer un financement suffisant pour de tels plans. L'employeur qui a mis en place un plan de retraite complémentaire, soit engage lui-même sa responsabilité ou peut la voir engagée en cas de non paiement des contributions dues, ou de résiliation du contrat. Les créances résultant de cette responsabilité sont privilégiées -de premier rang pour les contributions dues après l'ouverture de la procédure, de 4ème rang pour les contributions dues avant l'ouverture. La jurisprudence est divisée quant à la priorité qui doit être accordée aux sommes dues en cas de résiliation du contrat. Il n'existe aucun fonds de garantie des salaires.

12.2 - Dans le déroulement de la procédure, les créanciers interviennent par l'intermédiaire du comité des créanciers. Leur intervention porte notamment sur la préparation du plan de réorganisation.

12.3 - Le non paiement de salaires peut donner lieu à des sanctions pénales visant les dirigeants de la société, dans plusieurs Etats, dont l'Illinois et la Pennsylvanie. Par ailleurs, les Etats de New-York et du Wisconsin reportent sur les actionnaires d'une société employeur la charge du paiement des salaires non réglés par le débiteur.

13 - LES LICENCIEMENTS

Selon la loi sur les procédures collectives, l'administrateur peut, avec l'accord du tribunal, mettre fin à tout contrat en cours, y compris les contrats de travail.

Un projet de loi fédérale de 1988 a prévu une obligation de notification au syndicat ou aux autorités locales, ainsi que des mesures de formation et des conseils au bénéfice des travailleurs visés.

La législation de certains Etats impose un préavis, une indemnité de licenciement, ou la continuation pendant un certain délai des contributions aux systèmes de prévoyance en vigueur.

D - FINLANDE -

12 - LES SALARIES PARMIS LES CREANCIERS

12.1 - Les créanciers munis de sûretés réelles sont payés sur la valeur des biens objet de la sûreté.

Une fois ces créanciers payés, les frais administratifs pour la période de la procédure, ainsi que les créanciers dits "séparatistes" sont payés (les créanciers séparatistes sont détenteurs de certains privilèges légaux ou droits de rétention).

En dehors de ces catégories, les créances de salaire ont premier rang. Sont classées ensuite les créances fiscales et de sécurité sociale.

Un tiers qui paie les salaires pour le compte du débiteur peut être subrogé dans les droits du salarié et garder son rang.

12.2 - Les salariés bénéficient par ailleurs d'un système de garantie des salaires géré par l'administration du travail. Ce système n'est applicable que si l'employeur est effectivement insolvable et l'administration a le pouvoir de vérifier si tel est le cas.

La garantie, déclenchée par une demande individuelle du salarié, couvre les sommes donnant lieu au privilège des salaires selon la loi sur les procédures collectives. Le montant maximum est de FIN 50 000. L'Etat est subrogé dans les droits du salarié à l'égard du débiteur.

L'administration a un devoir de conseil du salarié en ce qui concerne la déclaration de sa créance dans la procédure collective.

Les sommes couvertes par le privilège aussi bien

que par la garantie comprennent non seulement le salaire, mais également les paiements dus en cas de maladie, congés payés, frais professionnels.

Lorsque les salaires sont payés avec du retard, le salarié a droit à un intérêt de 16 % par an. Cet intérêt bénéficie du même privilège que le capital.

Le privilège s'applique aux salaires de l'année en cours et l'année précédant l'ouverture de la procédure, soit une période variant entre un peu plus d'un an et près de deux ans.

Les salaires dus pour la période suivant l'ouverture constituent des frais administratifs, payables avant toute distribution aux créanciers. Le salarié doit demander le paiement d'une telle créance directement à l'administrateur de l'entreprise débitrice.

En 1987, les créanciers ont reçu environ 63,8 % du montant de leurs demandes dans les procédures collectives. L'Etat récupère environ 1/3 des sommes versées par le système de garantie des salaires.

Des sanctions pénales peuvent être appliquées en cas de poursuite de l'activité après l'ouverture de la procédure.

13 - LES LICENCIEMENTS

L'ouverture de la procédure est considérée comme une cause de licenciement. Généralement, les salariés sont licenciés dès l'ouverture. S'ils ne sont pas licenciés rapidement, l'ouverture ne pourra plus constituer le motif du licenciement, et un autre motif devra être indiqué.

Les salariés licenciés pour motif économique bénéficient en principe d'une priorité de réembauchage. Il n'est pas sûr que cette priorité soit appliquée en cas d'insolvabilité.

La période de préavis en cas d'insolvabilité est réduite de deux semaines quelle que soit la durée du préavis applicable selon le droit commun.

E - HONGRIE -12 - LES SALARIES PARMIS LES CREANCIERS

Les salariés ont la possibilité de participer à un accord (concordat) tendant au rétablissement de la solvabilité du débiteur par les concessions accordées par les créanciers.

Dans la procédure de liquidation, l'un des créanciers peut être chargé par l'ensemble de ceux-ci de contrôler le liquidateur et protéger leurs droits. En cas de préjudice imminent porté aux droits ou intérêts des créanciers, le représentant des créanciers peut saisir le tribunal d'une enquête dirigée contre l'action du liquidateur ; le tribunal doit statuer dans les 8 jours.

Les créances de salaires sont privilégiées, venant en 2^{ème} rang, après les frais engagés dans la procédure de liquidation, ainsi que des créances de paiements relatifs à des frais de maladie, accident, etc...

De plus, il existe une garantie de l'Etat, qui est responsable si les créances de 2^{ème} rang (ou de 3^{ème} rang) ne peuvent être payées sur les biens du débiteur.

Champ d'application des procédures collectives :

Le décret loi de 1986 s'applique à la plupart des intervenants économiques importants qui sont des personnes morales, notamment les entreprises étatiques et les coopératives.

Il ne semble pas y avoir de procédures différentes selon le type d'entreprise.

Prévention des défaillances : néant

Situation juridique des salariés

Les salariés ne paraissent pas avoir de rôle spécifique à jouer dans la procédure.

13 - LES LICENCIEMENTS

Les règles de droit commun des licenciements s'appliquent. Le licenciement d'une femme enceinte, ou d'un salarié absent pendant une période limitée pour maladie, est interdit. Le licenciement d'un salarié qui est proche de l'âge de la retraite, celui d'un parent isolé n'est possible que dans certaines conditions. Le licenciement doit être motivé, la réorganisation étant une cause suffisante.

Certains aménagements existent en matière de liquidation, notamment :

- l'extension du délai de préavis à 6 mois,
- la notification des licenciements à l'organisme de placement un mois avant qu'ils ne prennent effet à l'égard des salariés,
- si aucun emploi ne peut être proposé aux salariés, une aide des autorités locales pendant un délai maximum de 6 mois (75 % du salaire pendant 3 mois, puis 60 %).

De nouvelles dispositions prévoient des aides au reclassement, aides à la création d'entreprise, retraite anticipée, etc...

F - ITALIE -

12 - LES SALARIES PARMI LES CREANCIERS

12.1 - Les sommes dues aux salariés au titre de la période postérieure à l'ouverture de la procédure sont considérées comme des frais administratifs de la procédure et payables par priorité à toutes les autres créances.

Les salaires dus pour la période antérieure à l'ouverture sont des créances de premier rang. Les sommes dues au titre de la rupture du contrat de travail sont des créances de 2ème rang. En cas de cession de l'entreprise, le nouvel employeur est solidairement responsable avec l'ancien des sommes dues au salarié au moment du transfert.

Les sommes dues sont réévaluées pour tenir compte de l'inflation. La somme réévaluée bénéficie en totalité de la priorité légale.

12.2 - Par ailleurs, les sommes dues aux salariés lors de la rupture du contrat de travail sont garanties par un fonds de garantie dépendant du système de sécurité sociale. Une demande par le salarié doit être faite dans les 15 jours de la déclaration du montant total des dettes, ou de la décision du tribunal approuvant un concordat. Le fonds règle ces sommes dans les 60 jours et est subrogé dans les droits du salarié.

12.3 - Les créanciers, de manière générale, participent à la procédure par l'intermédiaire du comité des créanciers, composé de 3 ou 5 d'entre eux, désignés par le juge spécial. Les salariés n'ont aucun rôle ni représentation spécifique aux procédures collectives.

13 - LES LICENCIEMENTS

L'insolvabilité ou la liquidation obligatoire ne constituent pas de justes motifs de rupture du contrat de travail. Mais le syndic peut décider que les contrats de travail ne doivent pas être poursuivis, s'il estime que la société ne peut valablement continuer sa production ou maintenir son organisation.

Les salariés licenciés sont indemnisés et les sommes dues au titre de la rupture sont garanties par le fonds de garantie.

G - YOUGOSLAVIE -12 - LES SALARIES PARMIS LES CREANCIERS

12.1 - Lors de la faillite les créanciers salariés se voient reconnaître une priorité pour les salaires garantis ainsi que pour les dommages et intérêts dus à la suite d'un accident du travail.

Pendant les différentes procédures de redressement et de prévention, les salariés doivent recevoir un salaire au moins égal au salaire minimum garanti.

Aucun élément ne permet de déterminer la situation des autres créanciers.

12.2 - Les salariés ne sont pas de simples créanciers dans les procédures de prévention où ils jouent un rôle important dans l'analyse des difficultés, dans la mise en place de mesures de redressement, et dans l'établissement des responsabilités.

En revanche, dans la procédure de faillite, ils perdent leurs droits d'autogestion et sont généralement licenciés immédiatement. Il ne semble plus y avoir de représentation de leurs intérêts.

12.3 - Les travailleurs doivent mettre en place une procédure pour déterminer les responsabilités des organes de gestion. Les personnes responsables peuvent subir des sanctions telles que : révocation du poste au sein des organes de gestion, responsabilité pécuniaire, responsabilité disciplinaire, mutation, y compris licenciement, ou diminution de salaire. Les chambres de commune, les organisations scientifiques ou professionnelles, peuvent également être tenues pour responsables.

13 - LES LICENCIEMENTS

La rupture du contrat de travail avec l'organisation en difficulté est possible.

Cependant, il s'agit généralement d'un transfert à une autre organisation, car les organisations doivent faire le nécessaire pour trouver un emploi pour les travailleurs licenciés pour motifs économiques.

CHAPITRE II

RAPPORTS SUR QUESTIONNAIRE

Ce chapitre réunit deux rapports rédigés en réponse au questionnaire de droit comparé reproduit plus haut (chapitre préliminaire p. 5 et s.).

Le premier concerne le droit de l'insolvabilité des entreprises en R.F.A. . Il a été rédigé par le Professeur V. Gessner et monsieur K. Plett (Université de Brême).

Le deuxième traite de l'insolvabilité et des procédures collectives en droit anglais (Angleterre et Pays de Galles). Le professeur Brian Napier (Queen Mary College, Londres) en est l'auteur.

Nous les remercions bien vivement de leur contribution si utile ... et de leur diligence.

I - LE DROIT DE L'INSOLVABILITÉ EN R.F.A. =====

(par le Professeur V. GESSNER et M. K. PLETT

(Zentrum für Europäische Rechtspolitik - Universität Bremen) *

1. SOURCES

Après constitution de l'empire allemand en 1871, ont d'abord été créées des lois de procédure dans les domaines du droit civil et du droit économique. Parmi celles-ci, la loi sur les faillites, de 1877, est aujourd'hui, après modification, encore en vigueur. Elle fournit le cadre de la procédure suivant laquelle le patrimoine d'un débiteur insolvable, qu'il soit personne privée ou entreprise, doit être partagé entre les créanciers (cf. infra 2).

Cette loi étant restée en vigueur pendant plus d'un demi-siècle, elle a permis d'une part l'élaboration de modes de comportements paralégaux des créanciers et débiteurs, et d'autre part, une création jurisprudentielle importante. En 1935, s'y ajouta à titre complémentaire une loi sur le redressement judiciaire qui devait permettre la survie économique des personnes et des entreprises insolvables, après accord des créanciers. En pratique l'intérêt de cette loi sur le redressement judiciaire n'apparaît que dans la mesure où les demandes d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité tendent au redressement judiciaire. Le succès des procédures de redressement reste de fait extrêmement rare.

Plusieurs décennies devaient encore se passer avant l'adoption de nouvelles lois complémentaires. Il s'agit là de trois lois qui toutes concernent les droits des salariés :

* Traduction Gunter GORHAN, avec la collaboration d'Anne HANDRY de SOUCY - Université Paris 1.

- La loi sur l'indemnité de mise à pied pour la faillite de 1974 (incorporée dans la loi sur la promotion du travail);
- la loi sur les ventes d'entreprises qui crée un système d'assurance vieillesse d'entreprise, également de 1974;
- la loi sur le plan social des procédures de liquidation et de redressement judiciaire, de 1985.

En 1978, le ministère de la justice fédéral institua une commission du droit de l'insolvabilité dont la tâche était d'élaborer des propositions de réforme du droit des faillites et du redressement judiciaire.

La commission composée d'experts du monde de la justice, de l'administration, de l'économie, de représentants des syndicats et de scientifiques, présenta, après sept ans de travail, ses propositions sous la forme de directives commentées, publiées en 85/86.

Les propositions les plus importantes sont les suivantes :

- introduction d'une procédure d'insolvabilité (collective) unifiée ayant pour but la réorganisation ou la liquidation de l'entreprise insolvable;
- suppression de la procédure de redressement judiciaire orientée vers la survie de l'entreprise et la libération des dettes (le redressement n'est plus admis qu'au sein de la procédure unifiée);
- suppression des différentes catégories de créances dans la procédure de faillite et suppression du privilège du fisc (introduction d'une "liquidation sans rang");
- introduction d'une contribution financière pour les créanciers avec des garanties mobilières sans transfert de possession.

Le ministère de la justice élabore actuellement un projet de loi, dont l'adoption a déjà été annoncée plusieurs fois mais toujours retardée. Cela peut s'expliquer par le fait que malgré

l'unanimité au sein de la Commission sur le droit de l'insolvabilité, ces propositions ont trouvé un accueil défavorable dans les milieux économiques.

C'est la jurisprudence des tribunaux supérieurs qui constitue l'autre source du droit créant des dispositions applicables dans les procédures d'insolvabilité.

Sont à citer ici en première ligne la jurisprudence du tribunal supérieur de l'Empire et, depuis la création de la R.F.A., celle du BGH (équivalent de la Cour de Cassation), qui ont consacré des formes de sûreté en matière de crédit, non prévues par le droit matériel, conformément à la pratique économique.

Cette jurisprudence a une importance considérable dans la mesure où elle permet à des créanciers économiquement puissants, de garantir leurs créances et de se satisfaire ainsi largement en dehors de la procédure de liquidation.

Le B.A.G. (Tribunal Fédéral du Travail) a déclaré pour droit que les dispositions du droit du travail concernant l'exploitation normale d'une entreprise s'appliquaient également dans le cadre de la procédure de liquidation, avec la particularité que le syndic prend la place de l'employeur.

A également été consacrée une pratique non prévue par la loi qui, dans le cadre de liquidation importante, fait précéder la procédure normale par une phase dite de mise sous séquestre (cf. infra 9).

On attirera enfin l'attention sur les dispositions cadres des procédures d'insolvabilité en matière d'honoraires du syndic. Ceux-ci sont régis par la loi et fixés au cas par cas par le tribunal des faillites.

A cela s'ajoute la pratique, conforme aux lois en vigueur, suivant laquelle les syndics qui sont avocats peuvent représenter en justice la masse de la faillite et recevoir des honoraires (conformément à la loi sur le tarif des avocats - BRAGO - et à la loi sur les frais de justice - GKG).

Selon le droit allemand, cela signifie que l'avocat-syndic peut, lorsque le procès est gagné, recevoir ses honoraires de l'adver-

saire et lorsque le procès est perdu, être payé par le patrimoine représenté.

Les avocats-syndics ne prennent donc presque pas de risques personnels en ce qui concerne le procès.

Un élément d'ordre sociologique consiste en ce que le cercle de personnes participant à la procédure d'insolvabilité est relativement petit et facilement contrôlable. Il existe plusieurs milliers d'entreprises mais il n'y a que peu de syndics dans le ressort de chaque tribunal de faillite (maximum 24); ce qui signifie que ces gens se connaissent, que les usages locaux sont bien réglés et qu'il n'existe que peu de possibilités d'innovation.

2. BUTS

Les sanctions frappant les entrepreneurs sont pratiquement absentes dans le droit de la liquidation allemande. Simplement existe une liste des débiteurs tenue auprès du Tribunal de Commerce, sur laquelle sont inscrits pour une durée de cinq ans, les débiteurs dont la liquidation a été refusée pour défaut de patrimoine. Elle n'a pas d'effet préventif contre la création de nouvelles entreprises par les entrepreneurs non fiables. Malgré l'inscription dans cette liste des débiteurs, le refus d'ouverture de faillite pour défaut de masse reste attrayant pour les entrepreneurs, qui peuvent ainsi éviter un contrôle des documents de l'entreprise, (notamment en ce qui concerne des transactions nuisibles aux créanciers, comme des transferts de patrimoine à l'étranger).

La priorité actuelle de toute procédure d'insolvabilité est donnée à la protection du créancier, qui, du fait de l'élargissement de ses garanties dans l'entreprise, s'est renforcée contra legem. Dans la procédure des faillites, c'est tout le patrimoine du débiteur commun qui doit être réalisé. Le règlement des créances non satisfaites peut encore être poursuivi pendant

trente ans comme le débiteur. Si, comme c'est le cas le plus souvent, le débiteur est une société à capitaux, cette réalisation est rendue impossible car la société est dissoute par la procédure de liquidation.

Les procédures de redressement et de liquidation aboutissent certes à une libération immédiate des dettes restantes, mais exigent des taux de satisfaction si élevés (35% pour la procédure de redressement), ou des majorités de vote sont si importantes (3/4 des créances inscrites pour les liquidations) qu'elles sont sans aucune importance dans la pratique. Le but du redressement judiciaire, conserver des entreprises qui peuvent être redressées, est de ce fait irréalisable.

Cette situation juridique est généralement ressentie comme insatisfaisante (destruction d'instruments de production encore viables, perte d'emplois). Il existe bien quelques - rares - syndicats qui réussissent à vendre des entreprises ou parties d'entreprises comme un tout. Ces efforts bénéficient d'avantages fiscaux et de subventions étatiques et, pour les grandes entreprises en danger, il peut y avoir un engagement direct des communes, du Land et du Bund. On assiste aussi à une discussion juridique intense sur une réforme des procédures collectives (cf. supra 1).

Il est dès lors impossible de savoir actuellement si la protection des créanciers qui dominait jusqu'ici le droit de l'insolvabilité sera limitée par des mesures favorables à un assainissement plus facile des entreprises. D'un point de vue de politique juridique, on ne peut parler aujourd'hui d'une équivalence de ces deux buts.

3. RESULTATS

Dans le cadre des comptes généraux de la justice, depuis le siècle dernier une statistique des faillites est également établie. Celle-ci ne donne cependant aucune indication sur le nombre des liquidations dans son ensemble, car ne sont prises

en compte que les demandes faites pour ouvrir une procédure et sont laissés de côté les cas où faute de perspective d'une ouverture de procédure, aucune demande n'est formulée devant le tribunal. A l'inverse on ne peut tirer de conclusions du nombre de suppressions d'entreprises dans le registre du commerce; car l'insolvabilité n'est pas le seul motif de fermetures d'entreprises.

En ce qui concerne les liquidations dites tacites, les chiffres sont officiels (mais on estime malgré cela à plus de 40% le nombre des insolvabilités devenues publiques). Il faut en tenir compte pour la lecture du tableau suivant :

Chiffres choisis dans les années 65 à 87
(insolvabilité des entreprises) (1)

<u>Années</u>	<u>Insolvabilité dans leur ensemble (2)</u>	<u>Procédures de liquidation ouvertes (3)</u>	<u>Refus d'ouverture (4)</u>	<u>Taux de refus</u>	<u>Procédure de redressement</u>
1965	2 070	1 096	725	39,8	249
1970	2 716	1 424	994	41,1	298
1975	6 953	2 398	4 311	64,3	336
1980	6 315	1 778	4 463	71,5	87
1985	13 625	3 380	10 180	63,7	65
1987	13 500	3 190	10 266	76,3	44

- (1) Source : Statistique Jahrbücher du BRD et propres calculs.
 (2) Demandes d'ouvertures et ouvertures de procédures de redressement sans règlement judiciaire.
 (3) Avec règlement judiciaire.
 (4) Taux sans prise en compte des refus de demandes d'ouverture de procédure de liquidation pour défaut de masse.

On connaît mal la situation des débiteurs après clôture de la procédure. Il faut tenir compte tout d'abord du fait que le droit allemand de l'insolvabilité ne connaît pas pour le moment de procédure de réorganisation. La continuation d'entreprises devenues insolvables n'est possible que si un accord s'établit avec les créanciers. Mais le but de toute procédure d'insolvabilité est la liquidation de la masse. La situation du débiteur résulte ensuite de la forme juridique de l'entreprise : radiation de la firme, responsabilité limitée dans toutes les sociétés à capitaux, SARL et compagnies ou sociétés en commandites, responsabilité qui se poursuit pour les particuliers et les sociétés de personnes.

Environ 40% des firmes insolvables sont des sociétés à capitaux ou à forme mixte entre SARL et compagnies, et sociétés en commandite qui cesseront d'exister après la liquidation.

Les dirigeants impliqués fondent cependant de nouvelles firmes. On sait peu de choses sur le redressement économique des débiteurs, qui après clôture de la procédure, continuent à encourir une responsabilité personnelle - excepté qu'ils cherchent à échapper aux créanciers.

Il n'existe pas non plus de données statistiques officielles ni de données certaines sur les questions suivantes. On sait seulement qu'on réussit à trouver, dans des cas exceptionnels, des acquéreurs pour l'entreprise dans son ensemble ou des parties de celle-ci, formant une unité d'organisation. Cela implique cependant régulièrement une réduction du personnel.

On ne possède pas de connaissances généralisables sur le sort ultérieur de telles entreprises ou parties d'entreprises vendues au cours d'une faillite. Mais on connaît des exemples de firmes acquéreurs ayant demandé peu après l'ouverture d'une procédure de liquidation.

La reprise s'effectue sous la forme juridique d'une vente par laquelle l'acquéreur devient propriétaire des instruments d'exploitation de l'entreprise et prend, en ce qui concerne les

contrats de travail existants avec le personnel, la place de l'employeur, ou conclut de nouveaux contrats de travail lorsque le syndic a auparavant licencié le personnel.

Pratiquement cela aboutit souvent à ce que la vente se traduit moins par l'entrée d'une somme d'argent dans la masse de liquidation, que par la suppression d'une partie de la dette.

L'acquéreur devient donc débiteur et les créanciers ne sont plus créanciers du débiteur commun ou de la masse, mais le deviennent de l'acquéreur. Le prix de vente consiste alors en la reprise (d'une partie) des dettes.

Il arrive aussi que l'on négocie point par point quelle partie du patrimoine, quelles obligations, quels salariés sont repris ... Cela revient à dire que la masse continue alors à être engagée pour les anciennes dettes et que seules les nouvelles sont supportées par l'acquéreur. On essaye de faciliter la reprise par un apport d'argent qui profite à la faillite, permet de décharger l'acquéreur et lui rend attrayante une reprise totale ou partielle.

L'affaire est conclue entre le syndic et l'acquéreur. S'il existe une commission de syndic, elle doit donner son accord. Mais globalement les reprises d'entreprise, partielles ou totales, ne se produisent que rarement :

- deux tiers des syndics interrogés ne sont encore jamais parvenus à sauver une entreprise ou des parties substantielles de celle-ci;
- 20% reconnaissent ne l'avoir fait que rarement;
- et seulement 2% des 300 syndics interrogés y parviennent souvent dans la pratique.

Il résulte manifestement d'autres recherches, que les entreprises en faillite d'une certaine taille et avec un personnel mobilisé, peuvent survivre jusqu'à ce qu'un acquéreur leur soit trouvé.

On note enfin deux ou trois tentatives par an où le personnel continue l'exploitation de l'entreprise à son compte. Presque toutes ces continuations d'exploitation personnelles échouent lorsqu'elles surviennent dans des entreprises atteignant une centaine de salariés.

4. SITUATION DES CREANCIERS ET SANCTION DU DEBITEUR

Les créanciers de l'entreprise en faillite se trouvent dans une situation très inégale selon :

- 1) qu'ils ont pu se procurer avant ouverture de la faillite, une sûreté sur le patrimoine du débiteur (droits de gage, sûretés mobilières, cession de créance);
- 2) qu'ils ont un privilège de source légale (notamment des créances salariales et créances fiscales);
- 3) qu'ils ont des créances simples, sans sûreté ni privilège.

Le premier groupe est principalement constitué par les institutions de crédit et les fournisseurs; il a un droit de saisine sur 43% du patrimoine du débiteur. Il réalise les créances garanties en dehors de la procédure collective, mais inscrit les créances restantes, non couvertes par des sûretés, dans la procédure de faillite. Il en résulte un taux de satisfaction de 80% pour les organismes de crédit et de 64% pour les fournisseurs.

Le second groupe est constitué de salariés, c'est-à-dire aussi de l'office fédéral du travail (qui a payé le salaire des trois derniers mois sous forme d'indemnité de faillite et qui exige ensuite compensation de la part de la masse), des assurances sociales et du fisc. Ensemble ils ont accès à 33% de la masse et sont satisfaits selon les taux suivants :

- 42% pour les salariés
- 46% les assurances sociales
- 28% l'office du travail
- 14% le fisc.

Si les salariés ont conclu un plan social avec les syndicats, ils reçoivent alors des prestations supplémentaires et les taux des deuxième et troisième groupes s'amointrissent proportionnellement (cf. infra 14).

Le troisième groupe est formé d'artisans, fournisseurs publics (électricité, gaz, eau) et des créanciers dont les sûretés sont insuffisantes. Ils se partagent le reste du patrimoine, après satisfaction des créanciers avec sûretés, des créanciers privilégiés et des frais de procédures. Ce qui représente en moyenne 6% de l'actif du débiteur. Leur taux de satisfaction est d'environ 2%.

Les créanciers des 2^e et 3^e groupes ont certains droits de participation aux procédures (choix de syndicats, choix de la commission des créanciers), mais n'ont dans les faits que peu d'influence sur la manière de procéder du syndic. Les créanciers de ces groupes n'obtiennent leurs taux qu'après clôture de la procédure de faillite, soit environ trois ans. Dès règles spécifiques s'appliquent aux salariés (cf. infra 14).

5. DOMAINE D'APPLICATION DES PROCEDURES COLLECTIVES

Toutes les entreprises sont soumises de manière égale à la procédure du droit des faillites.

6. PREVENTION DE L'INSOLVABILITE

Il n'existe pas d'organe ayant pour tâche spécifique la prévention des faillites.

7. OUVERTURE DE LA PROCEDURE DE FAILLITE

Selon le droit en vigueur la raison générale de la faillite est l'insolvabilité du débiteur et, lorsqu'il s'agit de sociétés à capitaux et de personnes morales, le surendettement (dépassement de l'actif par le passif). Comme les actifs peuvent

augmenter facilement par des crédits, cet état de fait n'est pas univoque.

Ainsi une entreprise surendettée peut, si elle y parvient, augmenter le plafond de son crédit dans sa banque habituelle et redevenir solvable aux yeux de la loi. La cessation de paiement est considérée comme preuve de l'insolvabilité, qui est donc de ce point de vue un état de faillite défini sans ambiguïté.

La demande peut être faite par le débiteur lui-même ou par un créancier; la décision est prise par le tribunal de faillite. Les dirigeants des sociétés de capitaux sont même obligés de faire une demande en déclaration de faillite, dans les trois mois suivants la constatation de surendettement, s'ils ne veulent pas être tenus à réparation du dommage vis-à-vis de la société. Cette menace de sanction reste néanmoins sans effet en pratique, de même que les sanctions pénales, comme le montrent les procédures pénales en matière de faillite.

Les demandeurs sont premièrement le débiteur commun lui-même (68% pour les procédures de faillite ouvertes, y compris les règlements judiciaires transformés en faillite; 33% pour les procédures non ouvertes), viennent ensuite les assurances sociales (12% et 36%) et enfin les fournisseurs (9% et 17%). Les autres créanciers, même ceux dont on peut supposer qu'ils ont une bonne connaissance de la situation économique de leur débiteur, se trouvent loin derrière, comme le prouvent les positions du fisc (2% et 1%) et les institutions de crédits (1% et 2%).

En principe, l'ouverture de la procédure ne préjuge en rien du résultat : une procédure de liquidation peut devenir un redressement judiciaire et inversement. Dans la pratique cependant le chemin qui mène du redressement judiciaire à la liquidation est tel, qu'on pourrait parler d'un sens unique. Cela tient à ce que la demande est généralement tardive.

8. ASPECTS JUDICIAIRES

La procédure de faillite est soumise au contrôle du tribunal de faillite. Celui-ci est une section spéciale du tribunal d'instance (niveau le plus bas de l'ordre judiciaire ordinaire), mais on peut constater une centralisation : pour 551 tribunaux dans la R.F.A., il n'existe que 320 tribunaux de faillite. La juridiction de faillite fait partie de la juridiction dite gracieuse (qui ne tranche pas de conflits), comme le sont par exemple le bureau foncier, le registre du commerce ou le tribunal des tutelles.

Dans le cadre des procédures de faillite, des instances peuvent être introduites pour et contre la masse représentée par le syndic. Dans ce cas, ce seront principalement les tribunaux civils et du travail qui seront impliqués. Dans la mesure où le conflit porte sur l'existence ou la non-existence d'une créance, elle s'effectue, devant les tribunaux civils, dans seulement une procédure de faillite sur trois (chiffre vraisemblable).

Il n'existe malheureusement pas de chiffres concernant le nombre de conflits du travail menés dans le cadre d'une procédure de faillite. Dans ce cas les salariés se trouvent d'ailleurs souvent face à un dilemme : s'ils perdent, ils sont chargés des frais de procédures; s'ils gagnent, la masse diminue. Ce qui pourra être interprété par leurs collègues comme un comportement non solidaire, car cela diminue du même coup la part réservée à un éventuel plan social. Mais on cite aussi des affaires où tous les salariés concernés ont porté plainte contre le syndic, devant le tribunal du travail, pour le pousser à négocier un plan social.

Le tribunal de faillite est présidé par un juge professionnel. Le travail principal est néanmoins effectué par des "Rechtspfleger" (fonctionnaires de l'administration judiciaire habilités à faire fonction de juge). Ce sont des fonctionnaires de

la justice d'un grade élevé, sans formation juridique universitaire, mais avec un temps de formation d'une moyenne de trois ans et demi dans la justice.

La procédure de faillite allemande, avec son accent plus particulièrement posé sur l'intérêt des créanciers, est soumise à l'idée d'auto-administration des créanciers, pour lesquels le syndic fait fonction de mandataire expert. Ceci se vérifie concernant l'assemblée des créanciers : convoquée par le tribunal de faillite, elle peut choisir un autre syndic que celui que le tribunal a désigné (cela n'arrive cependant que rarement). Le syndic doit rendre compte à l'assemblée. En outre, l'assemblée des créanciers peut former une commission qui doit assister le syndic dans le déroulement de la procédure, mais qui a aussi à le surveiller. Les décisions de ces organes, sous respect des prescriptions de la loi, ne peuvent être révisées par le tribunal.

L'administration publique ne joue pas de rôle défini dans la procédure. Elle ne peut notamment donner d'instructions ni au tribunal de faillite, ni au syndic. Elle peut toutefois être partenaire des négociations du syndic en ce qui concerne les dégrèvements fiscaux ou autres subventions.

Un autre comité participe occasionnellement à la procédure de faillite; il s'agit de l'organisme dit de conciliation des différends du travail. Il est prévu par la loi sur la constitution de l'établissement et intervient lorsqu'un plan social ne peut être conclu par voie de négociations. Y sont représentés de manière paritaire employeurs et salariés, avec un président neutre.

Dans les organismes de conciliation qui ont à intervenir dans les procédures de faillite, on trouve :

- du côté des salariés, le plus souvent des membres du conseil d'établissement et/ou des fonctionnaires syndicaux;

- du côté de l'employeur le syndic, des créanciers et/ou des représentants du syndicat des employeurs.

La présidence est le plus souvent assurée par un juge d'une juridiction du travail ou par un fonctionnaire de l'administration du travail.

Conformément à l'orientation de la procédure de faillite allemande vers une auto-administration des créanciers avec appel à un expert, peu de place est faite au contrôle judiciaire. Les organes des créanciers ont le dernier mot, le tribunal agit plus ou moins comme notaire. Les créances contestées ne peuvent toutefois être contrôlées que par un procès civil normal. Seule une décision ayant autorité de la chose jugée permet un réajustement de l'état des créances, établi sur demande de la partie gagnante.

9. DEROULEMENT DE LA PROCEDURE : DIAGNOSTIC

Le droit allemand de l'insolvabilité ne prévoit pas de phase de diagnostic, au cours de laquelle serait examinée la capacité d'assainissement de l'entreprise. Le syndic interrompt en général l'activité économique de l'entreprise immédiatement après sa prise de fonction; chaque jour supplémentaire causant des frais qui diminueraient la masse et pourraient engager la responsabilité du syndic. Une continuation est également rendue impossible du fait que les créanciers qui ont une sûreté, saisissent le bien sur lequel ils ont leur sûreté et le retirent de l'actif.

Le syndic n'a aucun pouvoir juridique contre ce démembrement des équipements de production. On n'obtient qu'exceptionnellement une prorogation en négociation avec des groupes de créanciers importants, pour amener l'assemblée des associés à décider de continuer momentanément l'exploitation de l'entreprise.

Nombreux sont les tribunaux de faillite qui s'accordent une "pause" en ordonnant à la suite d'une demande de faillite une restriction générale du pouvoir de disposition (Séquestration).

Celle-ci empêche, jusqu'à décision sur l'ouverture de la faillite, aussi bien le débiteur que les créanciers de disposer du patrimoine de l'entreprise. Pendant ce temps, la personne envisagée pour gérer ultérieurement la faillite fait établir une expertise pour savoir s'il y a suffisamment de masse pour couvrir les frais de procédure. L'expert peut pendant ce temps se faire une idée sur l'éventuelle poursuite d'exploitation de l'entreprise.

La mise sous séquestre n'ouvre aucune perspective d'assainissement du simple fait que pour des raisons de coût, on ne peut faire appel à un expert supplémentaire. L'expert, qui est généralement avocat, ne peut régler les questions de gestion de l'entreprise que d'une manière insuffisante.

Aucune résiliation des contrats de travail ne peut être prononcée pendant la séquestration. C'est pourquoi cette phase ne peut durer plus de trois mois; temps nécessaire pour couvrir les charges salariales par l'indemnité de licenciement.

Il en résulte que la loi sur l'indemnité de licenciement a pour effet que le tribunal et ensuite le syndic, bénéficient d'une certaine pause pour pouvoir examiner la situation économique de l'entreprise.

10. DEROULEMENT DE LA PROCEDURE : REALISATION

Le syndic, figure centrale de la procédure de faillite, est seul habilité à disposer des biens. L'assemblée des créanciers décide de la continuation momentanée de l'entreprise. Sa composition est alors de grande importance. Les banques et les assurances sociales votent généralement contre la continuation, les offices du travail et les fournisseurs généralement pour. Ce qui est décisif, c'est de savoir si les salariés, groupe de créanciers le plus intéressé par une continuation, peuvent avoir une influence dans l'assemblée. Ce n'est pas le cas, car ils ont généralement cédé leurs créances à l'office du travail du Land pour obtenir l'indemnité de licenciement.

Les droits issus du plan social ne suffisent pas pour exercer une influence déterminante sur l'association des créanciers.

Si, exceptionnellement, l'assemblée des créanciers réunit une majorité pour la continuation de l'entreprise, tous les participants et particulièrement le syndic doivent respecter la disposition de la loi prévoyant que l'entreprise débitrice doit être réalisée dans tous les cas, c'est-à-dire qu'elle doit être liquidée. Une continuation de l'entreprise n'est admise que pour augmenter la valeur des biens de la masse lors de la vente (finition de produits semi-finis) et surtout, pour vendre les équipements de l'entreprise en tant que "going concern". Le seul but de la continuation de l'entreprise est la satisfaction des créanciers et non pas l'assainissement du débiteur.

Un frein important à la continuation de l'entreprise est aussi le risque élevé pour le syndic dont la responsabilité n'est pas assurée pour une activité d'entrepreneur. La tendance jurisprudentielle des tribunaux suprêmes est néanmoins de ne pas interpréter la continuation d'entreprise comme une activité d'entrepreneur. Il subsiste toutefois une grande insécurité en ce qui concerne l'interprétation des clauses des contrats d'assurance qui excluent leur garantie; de sorte que les syndics sont considérablement limités dans leurs initiatives.

Aucune disposition légale précise ne prévoit une expertise d'assainissement. Les considérations économiques ne jouent aucun rôle dans le choix du syndic (sauf faillite d'entreprises importante). Il en résulte que la plupart des entreprises en faillite qu'il serait possible d'assainir disparaissent à cause de la compétence économique insuffisante des syndics.

Par contre, si c'est un créancier important qui s'engage (par exemple : une banque) pour le sauvetage de l'entreprise, les plans de réorganisation sont élaborés par des experts internes à la banque ou des conseillers d'entreprise. D'après les médias, l'achat d'entreprises en faillites semble être devenu une branche lucrative de l'industrie.

Ces pratiques commerciales se déroulent en dehors de la loi sur les faillites et en général, aux frais des salariés de l'entreprise.

11. ROLE DES SYNDICATS DE SALARIÉS ET D'EMPLOYEURS

Les syndicats de salariés ne jouent pas de rôle particulier dans le déroulement des faillites. Comme on l'a déjà mentionné, ils sont occasionnellement représentés dans les organes des créanciers ou dans l'organisme de conciliation du droit du travail. Ceci dépendra largement de la question de savoir comment est organisée la représentation dans l'entreprise concernée : là où les salariés ne sont pas organisés en syndicat, ceux-ci ne pourront faire valoir d'intérêt propre. Par contre, dans les branches à fort taux de syndicalisation, des protestations peuvent se produire. Et on a vu des exemples où l'engagement personnel de certains délégués syndicaux, soutenus par un personnel prêt à lutter, a conduit à des actions extrêmement efficaces vis-à-vis du public et des médias, mais qui, quant aux résultats, n'ont pas eu d'influence sur le déroulement de la procédure.

Dans l'ensemble, l'engagement syndical reste le plus souvent formel. La position des syndicats allemands est totalement ambiguë, quand ils doivent par exemple s'engager lors de continuations d'entreprises. Le personnel bénéficie alors rarement d'un appui efficace, comme ce serait pensable par exemple, par l'octroi de crédits par la banque des syndicats pour l'économie collective.

Les syndicats d'employeurs ne sont, par contre, pas considérés comme des acteurs indépendants dans les différentes procédures. On les rencontre occasionnellement dans les commissions de créanciers ou organismes de conciliation.

12. INTERVENTION D'ORGANISMES ETATIQUES

L'idée de protection du droit individuel des créanciers a marqué l'histoire du droit allemand de l'insolvabilité.

La faillite d'une entreprise reste uniquement soumise à une rationalité de droit civil : les droits des créanciers devraient être réalisés dans une procédure ordonnée. L'Etat s'en est tenu presque complètement à l'écart, car :

- l'autonomie d'administration par l'assemblée et la commission des créanciers n'est que faiblement soumise au contrôle du tribunal des faillites;
- la figure dominante de la procédure, le syndic, n'a besoin d'aucun certificat de compétence délivré par l'Etat.

L'abstention imposée à l'Etat par la doctrine du droit civil ne pouvait cependant être maintenue dans une époque de ruines d'entreprises et de crise sur le marché. Ainsi ont été attribués à l'Etat, en dehors de la loi sur les faillites, quelques moyens d'intervention qui servent avant tout à la protection des travailleurs et des marchés du travail locaux.

Cette protection ne se manifeste que faiblement pour les licenciements collectifs. Ceux-ci doivent être annoncés par l'employeur, ou le syndic en cas de faillite, au Landesarbeitsamt (direction de Land de la main-d'oeuvre), ce qui pourrait raccourcir ou prolonger la période légale d'un mois (une prolongation étant exceptionnelle), avant que le licenciement ne prenne effet.

En revanche, la protection des droits au salaire, indemnités et rentes est très efficace. Ces droits sont assurés par l'institution fédérale du travail et par l'assurance vieillesse, personne morale de droit privé dotée de prérogatives de puissance publique.

Ces formes de participation étatique à la procédure d'insolvabilité restent cependant complètement étrangères aux questions économiques (de même que la participation du fisc en tant que créancier de taxes et impôts) et ne concernent pas les délibérations sur la continuation et la réorganisation de l'entreprise débitrice.

Sont par contre régulièrement impliqués dans les procédures :

- l'administration économique des communes et Länder pour obtenir des subventions;
- l'administration locale du travail pour tirer profit des programmes de promotion pour l'emploi.

Lors de faillites de grandes entreprises, les négociations sont souvent couronnées de succès, ce qui est plus rarement le cas pour les PME. Les différents Länder et Communes opèrent cependant de manière très différente.

Pour harmoniser la pratique des aides à l'assainissement une Décision prise lors de la conférence du ministre de l'économie du 30 mai 83, a établi un certain nombre de conditions pour leur attribution, conditions qui restent cependant d'interprétation libre. On ignore si la pratique suit ces conditions, mais il est permis d'en douter. Ce qui reste déterminant est de savoir si on cède, tant au plan local qu'au niveau du Land, plutôt à la pression du syndic en faveur d'une aide étatique, ou plutôt à la pression des concurrents opposés à une telle aide.

Les subventions étatiques sont accordées dans un espace de vide juridique. L'unique mais faible possibilité de contrôle résulte de l'obligation de non-discrimination (Art.3 de la Loi Fondamentale). Mais l'action d'une entreprise (aciérie) non-subventionnée, qui s'appuyait sur cet article, a échoué.

On constate jusqu'à aujourd'hui que l'Etat ne peut être rendu responsable des décisions de subventions positives ou négatives.

13. NEGOCIATIONS MULTILATERALES

L'avenir d'une entreprise en faillite dépend de deux séries de négociations prévues dans les droits de la faillite et du travail. Mais ces négociations ne réunissent pas tous les intéressés autour d'une même table : sont absents tantôt les créanciers, tantôt le personnel.

Les créanciers sont absents lors des compromis d'intérêts prescrits par la loi sur la constitution de l'entreprise. Lorsque l'entreprise emploie plus de 20 salariés et que ceux-ci ont élu un Conseil d'Etablissement, le syndic a l'obligation d'informer ce conseil des changements projetés au sein de l'entreprise et de le consulter sur les conséquences pour le personnel. Mais le conseil ne peut prendre prétexte de cette consultation pour présenter ses projets de réorganisation de l'entreprise.

Le Conseil d'Etablissement n'a aucun pouvoir d'initiative l'autorisant à exiger certaines mesures économiques. Le syndic est libre de fermer provisoirement l'entreprise. L'absence d'influence des salariés sur la question de la fermeture de l'entreprise est si évidente que dans la réunion avec le syndic, à peine quelques minutes sont consacrées à cette question, pour ensuite aborder le sujet du plan social (les salariés pouvant obliger le syndic à élaborer un tel plan social).

Le personnel est absent dans l'assemblée des créanciers lors du vote sur la proposition du syndic de fermer ou continuer l'entreprise. A l'origine les salariés font partie des créanciers car ils peuvent avoir des droits sur les salaires, rentes et éventuels dommages et intérêts. Mais ce sont l'office du travail (les créances sont cédées en compensation du paiement de l'indemnité de faillite), et l'assurance vieillesse (créances cédées pour compenser les rentes qui ont été payées) qui les remplacent ensuite.

Ces mesures de sécurité nécessaires pour les droits des salariés ont l'effet négatif suivant : la possibilité de contrôle et de participation à la procédure de faillite est supprimée. Les

salariés se voient retirer leur droit de vote et le syndic et les autres créanciers sont entièrement libres de prendre en compte leurs intérêts ou de ne pas le faire. Que cela n'arrive pas n'est pas surprenant.

Un syndic qui veut poursuivre la gestion de l'entreprise pourra bien sûr réunir toutes les parties pour une consultation commune, en dehors des formes légalement prévues. Mais ceci n'a que très rarement lieu. Les syndicats préfèrent mener des négociations séparées avec les parties concernées (employeurs, banques, fournisseurs, fisc et organismes étatiques). L'information sur la situation de l'entreprise demeure insuffisante pour le personnel. Il ne dispose souvent que de quelques heures après la demande de faillite, ce qui ne suffit ni pour collecter les informations juridiques et économiques nécessaires, ni pour dégager une position commune interne à l'entreprise.

14. SITUATION JURIDIQUE DES SALAIRES

En ce qui concerne leur droit au salaire, les salariés font partie des créanciers traditionnellement privilégiés. Ce qui ne signifie pas pour autant qu'une partie de la masse leur est automatiquement réservée. Une règle spéciale vise cependant la situation où existait un conseil d'établissement dans l'entreprise insolvable et où il a négocié un plan social avec le syndic. Les salariés qui tirent des droits de ce plan social pourront alors se partager au maximum 1/3 de la masse.

Le droit de protection contre le licenciement s'applique aussi dans la procédure d'insolvabilité. En cas de licenciement collectif, c'est à l'office du travail de donner son accord, mais cet accord est régulièrement accordé dans la procédure de faillite. Le syndic prononce lui-même le licenciement, sous respect des délais qui s'appliquent dans chaque cas individuel. Le syndic licenciera souvent de façon immédiate, ce qui aura pour conséquence que les droits au salaire seront maintenus pendant la durée du préavis mais que leur réalisation se fera

souvent attendre. Des licenciements pour des motifs liés à l'entreprise pourront se faire à toute étape de la procédure.

Les licenciés pour raison de faillite ne peuvent, dans une époque où le chômage est élevé (comme c'est le cas aujourd'hui), maintenir leur niveau de vie habituel. L'indemnité de chômage ne tient pas compte par exemple des primes pour heures supplémentaires, de sorte qu'en pratique, une baisse des revenus d'environ 50% doit être acceptée. Les chances de retrouver un emploi sont généralement faibles, surtout dans les secteurs de l'acier et des chantiers navals où les plans de restructuration mènent à la suppression définitive des postes de travail. L'Etat offre bien des possibilités de reconversion et des aides au déplacement, mais elles demeurent d'une bien trop faible importance et ne tiennent pas compte de la formation déjà acquise des salariés, de leur situation de famille et de leur future utilité sur le marché du travail.

Les plans sociaux sont à cet égard de faible secours, car ces mesures ne pourront être exécutées dans la durée limitée des procédures de faillite et ne sont, pour cette raison, même pas comprises dans les plans sociaux.

Il n'existe aucune indemnisation générale pour la perte d'un emploi. Les cas de licenciements socialement injustifiés - qui peuvent se produire dans une procédure de faillite mais qui sont presque impossibles à prouver par voie judiciaire - sont les seuls qui, au travers d'un plan social, permettent d'obtenir des indemnisations. Si on prend comme référence les droits tirés des plans sociaux d'entreprises non soumises à une procédure d'insolvabilité, ces droits ne sont que de moitié. Ils sont également peu élevés en comparaison avec les réglementations étrangères qui octroyent une indemnisation générale en cas de perte d'emploi.

On sait que les procédures d'insolvabilité (surtout des liquidations dites tacites) mènent régulièrement au licenciement de tout le personnel. Il n'existe toutefois aucune donnée statistique certaine à ce sujet. On peut évaluer pour ces dernières années à 250 000 le nombre des licenciements prononcés chaque année pour cause de faillite de l'employeur.

Juillet 1988

BIBLIOGRAPHIE

=====

WEITERFÜHRENDE LITERATUR

Bundesministerium der Justiz (Hrsg.) (1985)

Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Köln :
Kommunikationsforum Recht Wirtschaft Steuern

Bundesministerium der Justiz (Hrsg.) (1986)

Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Köln :
Kommunikationsforum Recht Wirtschaft Steuern

DAVITER, Jürgen, Volkmar GESSNER, Armin HÖLAND (1987)

Selbstverwaltungswirtschaft - gegen Wirtschaft und Recht ?
Rechtliche und ökonomische Problembetrachtungen, Bielefeld :
AJZ.

GESSNER, Volkmar, Barbara RHODE, Gerhard STRATE, Klaus A. ZIEGERT
(1978)

Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik
Deutschland : eine rechtssoziologische Untersuchung,
Köln : Bundesanzeiger.

GESSNER, Volkmar, Konstanze PLETT (1982a)

Der Sozialplan im Konkursunternehmen. Die Praxis eines
autonomen Regelungsmodells im Schnittpunkt von Arbeits-
und Konkursrecht, Köln : Bundesanzeiger.

GESSNER, Volkmar, Konstanze PLETT (1982b)

"Die Verflechtung von Staat und Wirtschaft in der Ent-
wicklung des Insolvenzrechts", in : Rechtsformen der
Verflechtung von Staat und Wirtschaft, hrsg. von Volkm
Volkmar Gessner und Gerd Winter, Jahrbuch für Rechtssozio-
logie und Rechtstheorie, 154-175.

HESS, Harald, Birger KROPSHOFER (1985)

Kommentar zur Konkursordnung, 2. Aufl., Darmstadt /
Neuwied : Luchterhand.

PLETT, Konstanze (1983)

"Zur Soziallastigkeit von Insolvenzverfahren aus empirischer
Sicht", Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenz-
praxis 1982, 905-915.

RIERING, Berthold (1987)

Die Betriebsfortführung durch der Konkursverwalter. Zur
konkursrechtlichen Bewältigung wirtschaftlicher Probleme,
Berlin : Duncker & Humblot.

UHLENBRUCK, Wilhelm (1979)

Insolvenzrecht, Bonn : Stollfuss.

II - INSOLVABILITÉ ET PROCÉDURES COLLECTIVES

EN DROIT ANGLAIS

par le professeur Brian NAPIER
(Queen Mary College - Londres)*

1. NOTE PRELIMINAIRE

Les développements qui suivent concernent le régime de l'insolvabilité en droit anglais. Ils visent l'Angleterre et le Pays de Galles à l'exclusion de l'Ecosse et de l'Irlande du Nord où les procédures et la terminologie sont légèrement différentes.

2. SOURCES

Les procédures collectives sont de manière générale régies par la loi de 1986 sur l'insolvabilité et par ses décrets d'application (1). Ce rapport ne concernera que l'insolvabilité des sociétés. La loi de 1986 (reprenant celle de 1985 qui n'avait pas été mise en application), constitue une réforme majeure d'un aspect du droit qui avait peu changé pendant le siècle qui précédait. La loi de 1986 a pour partie consacré les recommandations d'une commission d'enquête nommée par le gouvernement (la Commission Cork, Cmnd. 8558, 1982) qui avait mené une enquête sur le droit et la pratique de l'insolvabilité pendant une période d'études de cinq ans.

Les règles de la "common law", telles que la jurisprudence les a fixées, sont également une source importante du droit de l'insolvabilité, en ce qui concerne à la fois les pouvoirs et

* Novembre 1988, traduction Judith ADAMS et Pierre RODIERE.

devoirs des personnes appelées à intervenir dans les procédures collectives et les conséquences de leurs interventions.

Les réformes législatives étant récentes, un nombre important des concepts et termes utilisés par la loi n'ont pas encore été évoqués devant les tribunaux. En conséquence, sur bien des points, l'incertitude demeure quant aux effets pratiques de la réforme.

Cette incertitude ne sera levée qu'au fur et à mesure du développement de la jurisprudence et de l'autorité qui se dégagera de son interprétation.

La pratique des procédures collectives est en droit anglais pour une grande part régie par des considérations commerciales et non directement par le droit. Depuis longtemps, l'absence de priorité accordée aux contrôles juridiques formels a été caractéristique du système et n'est modifiée qu'en partie par la loi de 1986 sur l'insolvabilité. En termes simplifiés, on peut dire que le droit de l'insolvabilité est longtemps resté le domaine des experts comptables et conseillers commerciaux plutôt que celui des juristes, les tribunaux (et les sanctions juridiques en général) n'exerçant qu'une fonction de contrôle essentiellement résiduelle. Les réformes de la loi de 1986 sur l'insolvabilité ont été, en partie, déclenchées par une conscience de la nécessité de renforcer les contrôles légaux afin d'éviter les abus et négligences qui se produisaient sous un régime extrêmement tolérant.

Le système ayant subi une réforme importante en 1986, de nouvelles réformes aussi importantes semblent peu probables dans un avenir proche. On observera cependant que les propositions de réforme de la commission chargée de la préparation de la réforme n'ont pas toutes été adoptées par le gouvernement et restent disponibles comme base possible de réformes ultérieures. Il ne fait aucun doute que les conclusions de la commission doivent exercer une influence considérable sur l'évolution future du droit.

3. FINALITES

Les diverses procédures, prévues en cas d'insolvabilité reconnue ou qui menace, ont des finalités différentes. Mais avant de tirer toute conclusion sur les finalités, il convient de classer les différents types de procédure et de dire ce que chacune implique.

3.1 Procédure volontaire

Quand une société a des difficultés financières, elle peut demander une aide à une banque et l'a fait de plus en plus fréquemment ces dernières années. Si celle-ci consent à prêter de l'argent dans ces circonstances, elle ne le fera qu'en contrepartie de la création d'une sûreté qui, en pratique, lui donnera la priorité sur les autres créanciers, y compris sur ceux dont les créances sont antérieures (2).

Il est possible que les réformes de la législation de 1986 rendent le recours aux banques moins intéressant pour une entreprise en difficulté. Les administrateurs de la Société seront peut-être moins tentés de continuer l'activité dans l'espoir d'une amélioration de la situation, car la loi de 1986 a introduit une nouvelle disposition concernant l'activité fautive, qui peut engager lourdement leur responsabilité au cas où l'insolvabilité en résulterait. En bref, un administrateur verra sa responsabilité engagée "s'il a omis de prendre toutes les précautions afin de minimiser les éventuelles pertes des créanciers de la Société".

Cette disposition n'a pas encore été interprétée par la jurisprudence, mais de toute évidence, elle est destinée à faire, et fait effectivement, peser sur les dirigeants d'une société en difficulté financière une responsabilité plus importante. La sanction consistant en l'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur de société est réelle (3), et est doublée d'une éventuelle responsabilité pécuniaire personnelle pour toutes pertes résultant des agissements fautifs.

Alors que, le but d'un recours aux banques est de maintenir l'entreprise en activité, une autre possibilité consiste en la dissolution volontaire de la société, à la demande de ses membres ou de ses créanciers. La différence entre les deux est que, dans une dissolution volontaire à la demande des membres, les dirigeants reconnaissent que la société est défailante. Dans les deux cas, un liquidateur est nommé, dont les fonctions seront de rassembler les actifs de la société et de les liquider pour remplir les obligations de la société de manière égalitaire, et ceci fait, les distribuer aux membres de la société selon l'importance de leurs droits (article 107). Les pouvoirs d'un liquidateur lors d'une dissolution volontaire sont les mêmes que ceux qu'il détient lors d'une dissolution involontaire (traitée ci-dessous). La fonction du liquidateur est de dissoudre la société, non de la redresser.

3.2 Autres procédures

Traditionnellement (c'est-à-dire, avant la réforme de 1986) il y avait deux procédures légales, autres que celles mentionnées ci-dessus, pour le règlement des difficultés des entreprises : dissolution involontaire et "receivership". La loi de 1986 prévoit une troisième possibilité : la nomination par le tribunal d'un administrateur, chargé de faire des propositions pour le traitement des difficultés de la société. Pendant la préparation des propositions de l'administrateur, la société bénéficie de certaines immunités en cas de poursuites par ses créanciers, chirographaires ou munis de sûretés. En gros, l'avis de la Commission Cork (largement repris, dans ce domaine, par la loi) était que cette nouvelle possibilité devait offrir les avantages qu'a le "receivership" pour la préservation des activités d'une société, dans des circonstances où un administrateur provisoire ne pouvait pas être nommé.

3.3 Dissolution

La dissolution involontaire est vraiment la solution de dernier recours en matière d'insolvabilité, et si certaines parties de l'entreprise sont saines, une demande d'ordonnance en administration provisoire sera examinée en premier lieu, car elle devrait permettre une réalisation plus avantageuse des actifs de la société. Un inconvénient majeur de la dissolution involontaire, du point de vue des dirigeants de la société, est que l'administrateur judiciaire (un fonctionnaire rattaché au tribunal) doit faire une enquête concernant les affaires de la société, enquête qui peut faire l'objet d'un rapport au tribunal. La conséquence peut en être l'interdiction de diriger une société pendant une période minimum de deux ans pour tout dirigeant dont le comportement a révélé l'inaptitude à la gestion d'une société. Quand le tribunal rend une ordonnance de dissolution, l'administrateur judiciaire devient habituellement le liquidateur, jusqu'au jour où il est remplacé par le liquidateur choisi par les créanciers et apporteurs de capitaux. Les fonctions d'un liquidateur sont dans l'ensemble les mêmes que pour une dissolution volontaire. Selon la loi (art. 143(1)) il doit "rassembler, réaliser et distribuer les actifs de la société aux créanciers et, s'il en reste, aux personnes y ayant droit". On peut à nouveau insister sur le fait qu'il n'a aucunement mission de poursuivre l'exploitation qui serait saine, et un liquidateur ne peut poursuivre l'activité que "dans la mesure où cela est nécessaire pour mener à bonne fin la dissolution" (article 167(1) et Annexe IV, paragraphe 5).

Si une demande d'ordonnance d'administration provisoire a été déposée une ordonnance de dissolution ne peut pas être rendue avant le rejet de cette demande. Mais une fois qu'elle est rejetée, quelle qu'en soit la raison, le tribunal peut rendre une ordonnance de dissolution, et la personne ayant agi jusque là en qualité d'administrateur peut être nommée liquidateur par le tribunal (article 140).

Une ordonnance de dissolution peut être rendue par le tribunal sur plusieurs fondements, indiqués à l'article 122. La demande peut être introduite par la société, ou les dirigeants, ou par tout créancier ou apporteur de capitaux de la société. La plupart des demandes sont fondées sur le fait que la société est incapable de régler ses dettes (4) ou que le tribunal estime qu'il serait juste et équitable que la société soit dissoute.

3.4 Receivership

Le mécanisme du "receivership" (aujourd'hui "administrative receivership" depuis les réformes de 1986) est peut-être la plus courante des procédures collectives, même si à proprement parler ce n'est qu'une voie d'exécution d'un type de sûreté appelé généralement "charge flottante". Il a été créé par les tribunaux de chancellerie au cours du 19ème siècle comme moyen de concilier la nécessité de donner à l'emprunteur une grande liberté d'exploiter son activité, tout en fournissant au prêteur une sûreté efficace. La sûreté s'applique à une catégorie de biens, autres que les immobilisations telles que les terrains ou les machines, sur lesquels le débiteur peut exercer sa gestion normalement. En cas de non exécution par le débiteur, le créancier muni de la sûreté a le droit, selon les termes de l'acte constitutif de la sûreté (l'obligation) de nommer un administrateur dont la fonction sera d'assurer que le prêt est remboursé. Quand la sûreté reçoit application, on dit qu'elle est "cristallisée", et à partir de ce moment-là, la société n'a plus aucun droit d'administration sur les biens objet de la charge. Normalement, la charge concernera l'ensemble de l'entreprise, de sorte que l'administrateur pourra prendre en charge la totalité de la gestion de la société. A la différence du liquidateur, l'administrateur n'a aucune obligation de dissoudre la société. Sa mission est de trouver assez d'argent pour rembourser le prêt objet de la sûreté; ceci fait, sa mission est terminée, et il doit restituer la gestion de la société aux dirigeants. Mais dans la pratique le remboursement du prêt risque de compromettre la continuation de

l'entreprise (sauf possibilités de restructuration), et c'est pour cette raison que la procédure est étudiée dans le cadre des procédures collectives.

3.5 Ordonnances d'administration provisoire

La création de la fonction d'administrateur provisoire constitue une innovation importante de la législation de 1986. Elle fait partie d'un système destiné à donner à une entreprise en difficulté un délai pendant lequel elle pourra redresser ses affaires et sa situation financière. Dans ce but, le système prévoit la possibilité d'une "ordonnance d'administration" lorsque l'entreprise risque de ne pouvoir payer ses dettes. Selon l'article 8(3), une ordonnance peut être rendue aux fins suivantes :

- 1°) la survie de la société, et toute ou partie de son activité, en tant qu'entité viable;
- 2°) l'approbation d'un règlement amiable conformément à la première partie de la loi;
- 3°) l'homologation d'un compromis, conformément à l'article 425 de la loi sur les sociétés, entre la société et les personnes mentionnées à l'article précité;
- 4°) une réalisation plus avantageuse des biens de la société qu'elle n'aurait été possible dans le cadre d'une dissolution.

Le tribunal, lorsqu'il rend l'ordonnance, doit préciser lequel de ces objectifs l'ordonnance vise, si bien que la mission de l'administrateur est limitée en fonction de ce qui permet la réalisation du ou des objectifs qui lui sont assignés.

Si le but est le redressement de la société, la nomination de l'administrateur, s'il réussit, aboutira à la reprise des affaires de la société par les dirigeants et actionnaires. Si l'administrateur ne peut redresser la société, il est probable qu'une ordonnance de dissolution sera rendue, et un liquidateur nommé. Pendant sa mission, l'administrateur a le pouvoir de faire tout

ce qui peut être nécessaire pour la gestion des affaires, de l'activité et des biens de la société (article 14(1)(a)). Il a les mêmes pouvoirs qu'un administrateur en matière de "receivership", et même (sous réserve de l'accord du tribunal) le pouvoir d'aliéner des biens objets de sûretés, et de passer outre aux clauses de réserve de propriété. Les créanciers antérieurs à l'ordonnance ne peuvent appliquer leurs sûretés ni demander l'exécution sans l'accord du tribunal. Dans les trois mois, ou un délai plus long accordé par le tribunal, l'administrateur doit présenter à tous les créanciers et membres de la société ses propositions pour la réalisation des buts pour lesquels il a été nommé. Si les propositions sont approuvées lors d'une réunion des créanciers, il a l'obligation de gérer la société en conformité avec celles-ci.

4. CONSEQUENCES PRATIQUES DES PROCEDURES COLLECTIVES

4.1 Statistiques

Les principales dispositions de la loi sur l'insolvabilité de 1986 sont entrées en vigueur le 29 décembre 1986, et il est donc difficile d'avoir une idée exacte de l'impact pratique du nouveau régime. A la suite de la loi de 1986, la présentation des statistiques a été modifiée; l'information actuelle est fournie par les chiffres publiés par le Ministère du Commerce et de l'Industrie au mois d'avril 1988 (5). Les chiffres semblent confirmer l'approche prudente de beaucoup de commentateurs dans leurs prévisions sur l'impact probable de la loi. Au cours de 1987, il n'y a eu que 21 règlements amiables sur un total d'environ 11.182 cas d'insolvabilité, et seuls 131 administrateurs ont été nommés. Dans l'ensemble, il semble que le nombre de cas d'insolvabilité, en hausse brutale pendant la récession du début et du milieu des années 80, est maintenant en déclin. En 1982, 1983, 1984 et 1985 le nombre de cas d'insolvabilité était respectivement de 12.067, 13.406, 13.721 et 14.898. Au cours du premier trimestre 1988, le nombre de cas

d'insolvabilité a augmenté d'environ 1 pour cent par rapport au premier trimestre 1987. Les cas d'insolvabilité sont classés soit comme dissolutions involontaires ou comme dissolutions volontaires à l'initiative des créanciers. Les premières sont environ deux fois plus nombreuses. Il faut noter que ces chiffres ne concernent que les insolvabilités à proprement parler, et ne donne donc aucune information concernant le nombre de "receiverships" pendant la période.

4.2 Pratique

Certains des mécanismes, notamment la liquidation, se traduisent par définition par la disparition de l'entreprise, alors que d'autres (recours aux banques, administrateur provisoire) n'ont pas nécessairement ce résultat, bien que ce soit souvent le cas. Pendant les années 70, sous les gouvernements travaillistes, le rôle des institutions financières publiques dans le redressement des entreprises était très important, notamment lorsqu'il s'agissait d'entreprises dont la liquidation aurait été source d'embarras politique aussi bien que de difficultés sociales et économiques.

Les conservateurs, au pouvoir depuis 1979, ont refusé de soutenir ces interventions et actuellement, si les banques se montrent prêtes à intervenir dans le redressement des entreprises en difficulté, c'est moins le résultat d'une pression politique, que la prise de conscience qu'il peut être préférable de redresser les affaires d'un client que de le laisser sombrer. La procédure consiste généralement à accorder des crédits en contrepartie d'une sûreté sur l'actif de l'entreprise. Dans le cas où l'entreprise ne se redresse pas, la réalisation de cette sûreté se fera au détriment des autres créanciers. Mais la loi de 1986 a donné à certains créanciers chirographaires (dont certaines créances des salariés) un privilège par rapport à un créancier muni d'une charge flottante. De plus, il y a des possibilités plus étendues de mise en cause de la validité d'une charge flottante créée peu avant l'insolvabilité.

5. SITUATION DES CREANCIERS

Le droit anglais reconnaît plusieurs catégories de créanciers avec des droits différents. De plus, de manière générale, leur position dépendra du type de procédure engagée.

En principe, il existe trois principales catégories de créanciers qui sont plus ou moins bien protégés : les créanciers munis d'une sûreté, les créanciers privilégiés et les créanciers chirographaires. Les créanciers chercheront à réaliser leurs créances sur l'actif de la Société. Les droits des créanciers salariés sont de leur côté protégés par un système de garantie des salaires administré par l'Etat et appelé le "Redundancy Fund" - fonds de licenciement économique.

5.1 Créanciers munis de sûretés

Une distinction est opérée entre le créancier muni d'une charge flottante et celui qui est muni d'une charge fixe (c'est à dire une sûreté sur des éléments spécifiques de l'actif de la société). Le premier est payé après les créanciers préférentiels, alors que le second est payé avant ceux-là. Cette règle s'applique aussi bien en cas de liquidation qu'en cas d'administration provisoire.

5.2 Créanciers privilégiés

Les créanciers privilégiés sont payés par priorité avant tous les autres créanciers. L'Etat est le principal créancier privilégié et les sommes dues en paiement des prélèvements d'impôt sur le revenu, T.V.A. et cotisations de sécurité sociale, peuvent toutes être payées en vertu de ce privilège. Les créances des salariés - salaires et autres créances résultant du contrat de travail - sont également des créances privilégiées (6), mais le système du privilège ne constitue pas la principale protection des droits des travailleurs en cas d'insolvabilité (7). Celle-ci est offerte par le système de garantie des salaires évoquée ci-dessus. En application du privilège, un

salarié peut toutefois réclamer la rémunération restant due pour les 4 mois précédant l'insolvabilité, avec un maximum de L 800. La rémunération comprend non seulement les salaires, mais également, selon la loi, les sommes dues en cas de maladie, congés payés, etc ...

La loi de 1986 a réduit le nombre de privilèges, libérant ainsi une plus grande proportion de l'actif pour la satisfaction des créanciers munis de charges flottantes et autres créanciers. Toutes les créances privilégiées sont de même rang entre elles et sont satisfaites dans des proportions égales selon les fonds disponibles. Si une créance privilégiée concerne une somme supérieure à celle admise pour bénéficiaire du privilège (par ex. créance de rémunération excédant L 600), l'excédent sera considéré comme une créance chirographaire.

5.3 Le fonds de garantie des licenciements économiques

En GRANDE BRETAGNE, le fonds de garantie concernant les créances des salariés en cas d'insolvabilité s'appelle le "Redundancy fund". Cette appellation induit en erreur car la satisfaction des créances nées en cas de licenciement économique ne constitue qu'une partie de ses fonctions. Mais le fonds a été constitué au départ pour régler les demandes de paiement en cas de licenciement économique (8) et conserve ce nom malgré l'adjonction de nombreuses responsabilités nouvelles au cours des années 1970. Le fonds, administré par le Secrétaire d'Etat à l'Emploi, est financé exclusivement par les employeurs sous forme d'une surcharge portant sur les cotisations de sécurité sociale payées par les employeurs. Le fonds est censé s'auto-financer, mais le Secrétaire d'Etat peut demander l'intervention du Fonds National de Prêts pour l'abonder. Le fonds est destiné à effectuer des paiements (a) à des employeurs à titre de remboursement de sommes versées aux salariés (par exemple, indemnités de licenciement économique); et (b) à des salariés (et autres) lorsque l'employeur doit effectuer certains règlements résultant du contrat de travail, mais ne peut le faire ou s'y

refuse. L'insolvabilité de l'employeur est donc une condition suffisante mais non nécessaire pour avoir droit à l'intervention du fonds.

Une modification majeure est intervenue en 1975, avec la Loi sur l'emploi. Il en résulte qu'un salarié qui n'a pas obtenu paiement des sommes dues en vertu de certaines obligations liées au contrat de travail, peut se retourner contre le fonds pour obtenir une compensation (sous réserve de certaines limites). Les dettes en question sont les suivantes :

- 1°) Tout salaire impayé dû en rémunération d'une période de travail n'excédant pas au total huit semaines;
- 2°) toute somme que l'employeur doit au salarié à titre d'indemnité compensatrice du préavis (article 49 (1) ou (2)) ou en cas de manquement par l'employeur à son obligation de donner un préavis (article 49 (1));
- 3°) toute indemnité de congés payés, jusqu'à un maximum de six semaines, auxquels le salarié a droit au titre d'une période de travail n'excédant pas douze mois avant la date en question;
- 4°) toute somme due en vertu d'un jugement de licenciement abusif (au sens de l'article 72);
- 5°) toute somme raisonnable en remboursement de tout ou partie des frais encourus par un apprenti.

Toute somme due par un employeur (en vertu des provisions de la loi EPCA) à un salarié à titre de : (a) paiement de garantie, (b) rémunération en cas d'absence pour maladie, (c) rémunération d'une absence autorisée, (d) dommages et intérêts résultant d'une condamnation "protectrice", doit, selon la loi sur l'insolvabilité de 1986 (Annexe 6, paragraphe 13) être traitée comme un salaire impayé, et peut donc être payée par le fonds. Un salarié qui n'a pas reçu l'indemnité de licenciement économique à laquelle il a droit en application de la Partie IV de la loi

EPCA, peut également en demander paiement au fonds (9). Le Secrétaire d'Etat, lorsque le fonds effectue un paiement à un salarié, est subrogé dans les droits de celui-ci. Dans la mesure où, en tant que créances privilégiées, les créances du salarié ont priorité sur celles des autres créanciers, le Secrétaire d'Etat bénéficie de cette priorité lors de la subrogation.

6. CHAMP D'APPLICATION DES PROCEDURES COLLECTIVES

Les procédures s'appliquent à tous les cas d'insolvabilité des personnes morales. Mais la nouvelle procédure de l'administration provisoire ne régit pas les compagnies d'assurance et les banques, ces activités ayant une législation propre.

7. PREVENTION DES DEFAILLANCES

La prévention des défaillances des entreprises (y compris, pour les besoins des présentes, l'administration provisoire, relève de procédés qui d'informels sont aujourd'hui devenus l'objet de procédures légales.

La méthode informelle consiste essentiellement dans la mise à disposition de moyens de financement par une entité extérieure, généralement une banque, et nous avons vu que la contrepartie de tels prêts est généralement constituée par une charge flottante sur l'actif de la société, de sorte que le créancier est muni d'une sûreté.

Des méthodes de prévention des défaillances des entreprises sont aujourd'hui prévues par la législation de 1986. Avant cette réforme, le droit anglais se caractérisait par l'absence de mécanismes efficaces permettant à une entreprise en difficulté de bénéficier d'une période de redressement (cf. la procédure du "Chapitre 11" aux U.S.A.). En vertu de diverses dispositions des lois sur les sociétés, la possibilité existait, dans certaines circonstances, de conclure un règlement amiable avec les

créanciers, mais les procédures prévues (généralement connues sous le nom de "schemes of arrangement") étaient lourdes, lentes, et donc peu utilisées. L'absence de tout mécanisme simple et volontaire tendant au redressement des entreprises en difficulté a été dénoncée par la Commission Cork.

7.1 Procédures volontaires

Conformément aux recommandations de la Commission Cork, une procédure volontaire est désormais prévue par la loi sur l'insolvabilité de 1986. Ces dispositions nouvelles permettent à certaines personnes (généralement les dirigeants de la société) de proposer à la société et ses créanciers un paiement partiel des dettes. Si cette proposition est approuvée par les membres et les créanciers de la société, elle sera mise en oeuvre sous la surveillance d'un professionnel de l'insolvabilité. Cette procédure comporte des avantages importants par rapport à celles qui sont prévues par la loi sur les sociétés de 1985, mais il n'est pas encore possible de dire si elle sera beaucoup utilisée. Les commentateurs ont fait remarquer que l'utilité pratique d'un tel système risque d'être limitée du fait que les créanciers privilégiés ou munis de sûretés ne peuvent être obligés d'y souscrire, et également parce que la loi ne prévoit pas clairement une suspension des poursuites pendant l'examen de la proposition (10).

Le règlement amiable prévu par la loi de 1986 dans sa première partie doit être proposé à "la société et ses créanciers" (article 1(1)), et il peut être contesté par, inter alia, tout membre de la société ou ses créanciers (art. 6(2)). La contestation du règlement peut se fonder sur le fait qu'il "apporte un préjudice inéquitable aux intérêts d'un créancier, membre ou apporteur de capitaux de la société" (article 5(1)(a)). L'interprétation de ces dispositions, d'une importance critique, n'a pas encore été discutée devant les tribunaux.

7.2 Ordonnances d'administration provisoire

La loi de 1986 (2e partie) prévoit une nouvelle procédure en matière d'insolvabilité, celle des ordonnances d'administration. Comme on l'a indiqué plus haut, la raison d'être de cette innovation était qu'il serait utile de donner aux entreprises en difficultés les avantages résultant de la procédure de "receivership", même lorsque les conditions d'ouverture de cette procédure, notamment l'existence d'une charge flottante, n'étaient pas réunies. Le tribunal peut ordonner l'administration provisoire dès lors qu'il constate qu'une société est, ou risque de devenir, dans l'impossibilité de payer ses dettes, et qu'il considère qu'une telle ordonnance permettrait d'atteindre un ou plusieurs des objectifs précédemment décrits (supra 3.5). Une demande d'ordonnance d'administration peut être faite soit par une société ou ses dirigeants, soit par un ou plusieurs créanciers, soit par tout ou partie de ces personnes, agissant ensemble ou séparément (art. 9(1)). Bien qu'il soit commode de décrire comme un moratoire l'aide accordée à une société en difficulté par la désignation d'un administrateur, en réalité elle ne constitue pas autorisation permettant de retarder l'échéance ni de libérer le débiteur de ses responsabilités; simplement une immunité limitée protège la société contre certaines poursuites sauf autorisation du tribunal. La société est protégée dès que la demande d'ordonnance est soumise au tribunal; si une ordonnance est rendue, les droits des créanciers et détenteurs de sûretés sont suspendus à compter de la date de l'ordonnance et pendant la période où l'ordonnance est en vigueur.

8. OUVERTURE DE LA PROCEDURE

8.1 Appréciation de la direction

Les différentes procédures liées à l'insolvabilité ne nécessitent en général pas la preuve de l'existence d'une situation de fait particulière déterminant leur ouverture.

Au contraire, en temps normal, il appartient à la direction de la société en difficulté d'apprécier à quel moment elle doit avoir recours à l'assistance d'une ou plusieurs des procédures qui ont été présentées. Bien sûr, la liberté d'appréciation des dirigeants est limitée par les dispositions légales qui prévoient une responsabilité personnelle des dirigeants ou autres personnes en cas d'activité frauduleuse ou abusive. Sera sanctionnée la poursuite malhonnête de l'activité alors que la société a fait l'objet d'une procédure de liquidation et s'il y a eu intention dolosive. Depuis 1986, la responsabilité personnelle des dirigeants peut également être encourue en cas de poursuite de l'activité dans des circonstances où un dirigeant aurait dû savoir qu'il n'y avait aucune perspective raisonnable d'éviter la liquidation de la société en raison de son insolvabilité. Dès lors que les dirigeants reconnaissent que la poursuite de l'activité impliquera l'engagement de nouveaux crédits sans qu'il y ait de chances suffisantes de paiement, ils ont le devoir de cesser l'activité, même si une telle décision risque de réduire les possibilités de cession de l'entreprise en tant qu'activité saine.

8.2 Procédures involontaires

Si un créancier de la société n'a pas été payé, ou si un créancier muni d'une sûreté a le droit d'agir en raison du non-respect des échéances, diverses procédures peuvent être déclenchées sans le consentement de la direction de l'entreprise. Ainsi, une requête en dissolution de la société ou en vue d'obtenir une ordonnance d'administration peuvent être déposées au motif, entre autres, que la société n'est pas en mesure de payer ses dettes. Une ordonnance d'administration peut également être demandée au motif que la société est susceptible de ne pas pouvoir régler ses dettes (11). De même, une inexécution en rapport avec une charge flottante permettra généralement à un créancier de nommer un administrateur, selon les termes de la convention par laquelle la sûreté a été constituée.

9. LES TRIBUNAUX ET L'INSOLVABILITE

Les tribunaux de droit commun (à savoir, la Haute Cour et la Cour du comté) sont de manière générale compétents pour appliquer les procédures collectives. Le choix entre ces tribunaux dépend normalement de l'importance du capital social qui a été versé ou a été inscrit comme ayant été versé. Si celui-ci n'excède pas 120.000 livres, sont aussi bien compétents pour la dissolution la Cour du comté dans le ressort de laquelle se situe le siège social de la société et la Haute Cour (section 117).

Pour les actions des salariés fondées sur la violation de certains droits légaux en matière de travail (par exemple, licenciement injustifié et licenciement pour motif économique), et pour celles des syndicats à la suite d'un défaut de consultation préalable aux licenciements, sera compétent le tribunal spécialisé en matière de droit du travail, l'industrial tribunal. L'appel sur un point de droit peut être porté devant le Tribunal d'Appel du travail, juridiction d'appel présidée par un magistrat de la Haute Cour. Un appel supplémentaire peut être porté devant la Cour d'Appel, et de là à la Chambre des Lords.

L'industrial Tribunal est composé d'un président ayant une qualification juridique, et deux autres personnes qui n'ont pas de qualification juridique, mais possèdent une expérience pratique des relations industrielles.

10. PROCEDURES D'INSOLVABILITE

10.1 Analyse des difficultés

A la suite de l'ouverture de la procédure, la (les) personne(s) qui gèrent effectivement la société devront prendre d'urgence des décisions concernant son avenir. Dans la nouvelle procédure d'administration provisoire, une période d'analyse des difficultés financières de la société est prévue, avant que des décisions définitives concernant son avenir ne soient

arrêtées. Dès qu'une requête est présentée au tribunal en vue de l'obtention d'une ordonnance, la société est temporairement protégée contre la plupart des moyens d'exécution dont disposent les créanciers. Aucune ordonnance de dissolution n'est possible, aucune action ne peut être engagée pour réaliser une sûreté sur les biens de la société (sauf autorisation du tribunal), et de manière générale aucune procédure ne peut être dirigée contre la société, sauf autorisation du tribunal.

Mais il faut observer que le créancier muni d'une charge flottante peut bloquer la prise d'une ordonnance d'administration s'il a le droit de mettre la société sous "receivership" et s'il l'exerce, possibilité qui risque de limiter considérablement l'impact pratique de la nouvelle procédure. De plus, quoique la société sous administration provisoire soit protégée contre les actions des créanciers, elle ne peut être assurée que ses clients et fournisseurs continueront à travailler avec elle, ni que ses salariés les plus importants ne démissionneront pas.

Un administrateur a l'ensemble des pouvoirs légaux d'un administrative receiver. Il prend en charge l'activité de la société, et demande aux administrateurs un rapport sur la situation de la société. Sur la base de ces informations, il doit faire des propositions qui seront soumises aux créanciers de la société. Les propositions pourront être modifiées lors de la réunion des créanciers, sous réserve de l'approbation de l'administrateur. Si les propositions de l'administrateur sont approuvées, il procèdera à leur mise en oeuvre dans sa gestion de la société. Les créanciers peuvent surveiller la bonne exécution des propositions. L'administrateur continue son activité jusqu'à ce que le redressement soit effectué, ou jusqu'au moment où il sera parvenu à la conclusion que le redressement est impossible.

10.2 Restructuration de la société

Une réponse fréquente à l'état d'insolvabilité consiste à céder l'entreprise ou une partie de celle-ci, afin de faire rentrer des fonds pour le paiement des créanciers. Cette issue est particulièrement fréquente en cas de receivership, car l'administrateur est susceptible de considérer que la poursuite (sous quelque forme que ce soit) des activités de l'entreprise offre le maximum d'avantages financiers pour le créancier muni de la charge flottante. Selon la loi (s. 42(1)), l'existence d'une charge flottante fait présumer que l'administrateur a pouvoir de poursuivre l'activité de la société à moins que la présence d'un tel pouvoir soit incompatible avec une disposition de l'obligation. Beaucoup de restructurations prennent la forme d'une filialisation (hiving down), consistant à céder une activité à une filiale nouvellement créée, détenue à 100%, et qui, n'ayant jamais eu d'activité auparavant, est libre de tout endettement et de tout receivership ou procédure de liquidation. A l'origine, cette solution (qui est devenue courante dans les années 1950) avait été conçue pour permettre au receiver de continuer l'activité alors qu'il se trouvait confronté à un créancier chirographaire ne souhaitant pas collaborer et décidé à le contraindre à une liquidation (12); pendant une période elle a également eu des avantages fiscaux. Aujourd'hui, cependant, la raison d'être principale d'une filialisation est "de créer un colis net constitué des éléments de l'activité de la société insolvable qui sont viables" (13).

La situation juridique des salariés et des syndicats en présence de ce type de restructuration est compliquée. Le Royaume Uni est censé avoir mis en application la Directive 77/187/CEE sur la sauvegarde des droits des salariés en cas de transferts d'entreprises dans sa législation interne (14); en résultent des obligations qui existent par rapport aux syndicats reconnus et par rapport aux salariés concernés par le transfert de l'activité.

En principe, un salarié qui se trouve dans une situation où son emploi est transféré aura les mêmes droits à l'égard du cessionnaire que contre son ancien employeur, mais ceci n'est pas toujours le cas; des conditions spéciales justifient l'application de la réglementation en cas de filialisation.

L'employeur(s) des salariés concernés par le transfert est tenu de fournir des informations aux syndicats reconnus pour les besoins de la négociation collective et, dans certaines circonstances, de les consulter. Ces obligations sont sanctionnables en justice selon une procédure très proche de celle prévue en matière de licenciement collectif; un syndicat qui prétend qu'un employeur n'a pas respecté son obligation légale de consultation peut agir devant le tribunal industriel. L'issue peut en être la condamnation de l'employeur à payer des dommages et intérêts à chaque salarié, dans la limite de deux semaines de salaire par salarié. Dans la pratique, cependant, cet aspect de la réglementation des transferts n'a pas soulevé de difficultés particulières peut-être parce que la sanction des dommages-intérêts n'a pas beaucoup de portée dès lors que le débiteur risque d'être insolvable.

Les éléments de la réglementation des transferts qui ont la plus grande importance pratique concernent les droits des travailleurs pris individuellement.

La disposition principale prévoit le transfert automatique des contrats de travail des travailleurs affectés par le transfert d'une entreprise à un nouvel employeur. Cette règle exprime le principe qui inspire la réglementation : éviter que le transfert se fasse au préjudice des travailleurs. En raison de l'interprétation des tribunaux, cet objectif n'a cependant été atteint que dans des proportions très limitées. Premièrement, les tribunaux ont jugé que le transfert automatique n'a lieu que si le salarié est encore au service du cédant au moment de l'accomplissement de la cession (15). Le cessionnaire peut donc assez facilement s'assurer qu'il n'aura pas à supporter

la responsabilité des engagements du cédant envers ses travailleurs. Il lui suffit d'insister pour que le cédant licencie, avant la réalisation de la cession, les salariés qu'il ne souhaite pas garder à son service. Dans ce cas, les salariés licenciés pourront faire valoir certains droits (infra n°14), mais ils ne pourront les exercer qu'à l'encontre du cédant - insolvable - et non du cessionnaire - solvable -. En pratique, il en résulte que les demandes, dans la mesure où elles sont fondées en droit, seront satisfaites par le Secrétariat d'Etat à l'Emploi et payées par le fonds des licenciements économiques. Autrement dit, le coût des dettes liées aux contrats de travail sera transmis de la société débitrice à l'Etat.

De plus, la réglementation des transferts elle-même contient des dispositions complexes qui permettent, en fait, la survie de la pratique connue sous le nom de filialisation (hiving down).

Ces dispositions (résultant du règlement n°4 sur la réglementation des transferts) facilitent la mise à l'écart du principe du transfert automatique des contrats de travail dans les cas où un administrateur cède les parties viables d'une entreprise en difficulté. L'argumentation retenue par la réglementation suppose qu'il est utile de permettre aux administrateurs provisoires de céder des entreprises ou parties d'entreprises formant des ensembles sains, sans avoir à joindre la charge des obligations existantes envers les salariés ayant une ancienneté importante. Mais le principe du transfert automatique rend ceci impossible en l'absence d'une disposition spéciale, puisque les contrats des salariés seront transférés en même temps que l'activité à la filiale créée par l'administrateur, et seront par la suite transférés au cessionnaire lors de l'achat de cette partie de l'activité (16). L'effet du règlement n°4 est de retarder le transfert des contrats de travail jusqu'à ce que la filiale ne soit plus détenue par la société en administration provisoire, ou jusqu'à la cession ultérieure de l'entreprise, ou d'une partie de celle-ci, par la filiale à une autre

personne. Cela laisse le temps à l'administrateur de licencier les salariés qui ne doivent pas être repris par le cessionnaire final, et il en résulte que les demandes relatives aux contrats de travail seront adressées à la société en administration provisoire, et non pas au cessionnaire final. La nécessité de recourir au règlement n°4 afin d'éviter le transfert des travailleurs au cessionnaire, en cas de filialisation, a été réduite par la décision Spence, citée ci-dessus, qui permet de mettre à l'écart le principe du transfert automatique des contrats de travail par le simple moyen du licenciement des travailleurs avant réalisation du transfert.

Quoique la pratique de la filialisation impose des charges supplémentaires à l'Etat, on affirme quelquefois que cette pratique ne nuit pas aux salariés, puisque leurs droits vis-à-vis de l'ancien employeur insolvable (c'est à dire, la société en administration provisoire) seront satisfaits par le fonds des licenciements économiques. Mais nous avons vu que des limites importantes existent quant à l'étendue des droits qualifiés de créances privilégiées, des plafonds financiers limitant les montants pouvant être récupérés. Le salarié serait presque toujours en meilleure position s'il pouvait demander satisfaction de sa créance au nouvel employeur.

11. ROLE DES SYNDICATS

Même si les syndicats représentent environ 2/5^e de la main-d'oeuvre, le droit anglais se caractérise par le peu de reconnaissance formelle qu'il leur accorde dans la vie des entreprises. Dans les procédures collectives, les syndicats ne jouent pratiquement aucun rôle, selon la loi. Mais dans la pratique, bien sûr, la collaboration d'un syndicat peut être indispensable dans un projet de redressement d'une société en difficulté ou en restructuration.

De même, le droit des sociétés s'intéresse peu aux intérêts des salariés. Depuis l'adoption de l'article 46 de la loi sur les sociétés de 1980 (aujourd'hui article 309 de la loi sur les sociétés de 1985), les devoirs des administrateurs de société comprennent la prise en compte des "intérêts des salariés de la société" dans l'exécution de leurs fonctions; mais ce devoir général reste non défini, et il n'existe aucun moyen précis d'en assurer l'exécution judiciaire. En conséquence, à supposer que ce devoir soit applicable aux dirigeants de la société en cas d'insolvabilité, il est très peu probable que cela puisse avoir une portée pratique quelconque.

Même s'il n'y a pas de lien direct entre l'insolvabilité et les droits des syndicats, il y a deux situations dans lesquelles les syndicats ont le droit d'être informés des licenciements envisagés, et ces situations sont en pratique souvent associées à une insolvabilité. Dans les deux cas, les règles du droit anglais relèvent d'une législation adoptée en raison des exigences du droit communautaire.

a) En premier lieu, un employeur qui envisage de licencier pour motif économique, doit consulter les représentants des syndicats "reconnus" (17) avant la prise d'effet des licenciements (18). La date à laquelle la consultation doit avoir lieu par rapport aux licenciements envisagés varie selon le nombre de travailleurs et la période envisagée : s'il est envisagé de licencier au moins 100 salariés d'un établissement sur une période de 90 jours, la consultation doit commencer au moins 90 jours avant; s'il est envisagé de licencier au moins 10 salariés d'un établissement dans une période de 30 jours, elle doit commencer au moins 30 jours avant. La consultation se traduira par la divulgation de certaines informations, l'examen des revendications formulées par les syndicats, et la communication des explications en cas de refus d'y satisfaire.

Un employeur qui, sans raison valable, ne respecte pas ces obligations, peut être condamné au paiement de dommages et intérêts aux salariés. Ces dommages et intérêts sont calculés en fonction de l'obligation de continuer de rémunérer pendant un délai déterminé les salariés qui sont licenciés pour motif économique, et dont la consultation n'a pas eu lieu.

L'insolvabilité d'un employeur peut être invoquée comme justification du non-respect des obligations de consultation, puisque la loi admet que l'obligation n'est pas absolue. Mais les tribunaux ont précisé qu'un tel argument ne peut être admis de façon automatique. Si l'insolvabilité était raisonnablement prévisible étant donné la situation financière de l'employeur, elle justifiera difficilement le non-respect de l'obligation(19). Lorsque la société est insolvable, la condamnation au paiement d'une somme d'argent en dommages et intérêts n'a pas de sens, bien sûr. Mais la condamnation, par ce que l'on appelle des "décisions protectrices", permet un paiement par l'Etat, par l'intermédiaire du fonds pour les licenciements économiques.

b) Selon la réglementation sur les transferts d'entreprises (20) un employeur doit de même fournir des informations et consulter les syndicats reconnus, en ce qui concerne l'effet du transfert envisagé sur les salariés. Il y a des différences dans les détails de la réglementation, mais la substance en reste semblable à celle qui concerne les licenciements économiques. Une action du syndicat devant le tribunal industriel permet en cas de non respect de la réglementation, une condamnation en dommages et intérêts payables à chaque salarié concerné. Dans ce cas, cependant, la somme maximum est limitée à deux semaines de salaire pour chaque salarié.

12. ROLE DE L'ETAT

On a indiqué plus haut que, contrairement à la pratique des années 70 sous les gouvernements travaillistes, la politique du gouvernement actuel s'oppose à l'octroi de fonds publics pour assurer la continuation des entreprises qui subissent un échec économique. On observera que les recommandations de la Commission Cork (21), donnant au tribunal le pouvoir de nommer un administrateur pour préserver l'activité d'une entreprise, lorsque l'intérêt général est en jeu, n'ont pas été adoptées.

13. NEGOCIATIONS MULTIPARTITES

Aucune procédure formelle de négociations multipartites n'est prévue, en dehors des réunions des créanciers, des administrateurs et des apporteurs de capitaux, qui ont lieu dans le cadre des procédures débouchant sur la dissolution ou l'ordonnance d'administration. Les salariés ou leurs représentants n'ont aucun rôle spécifique dans ces réunions, alors que le Trades Union Congress dans ses dépositions devant la Commission Cork avait insisté pour leur en reconnaître un. Dans la pratique, cependant, on estime que la réussite du redressement ou de la restructuration dépend souvent du soutien actif des salariés et des syndicats. L'opposition des travailleurs peut prendre la forme d'une occupation des locaux de la société, ce qui peut retarder sérieusement ou détruire les possibilités de cession des parties viables de l'activité. L'un des manuels les plus utilisés des praticiens (22) préconise, dès l'ouverture de la procédure, sa notification immédiate aux salariés et la consultation des représentants des syndicats reconnus par la société comme interlocuteur à la négociation collective. Mais aucune obligation légale ne l'exige.

14. DROITS DES SALARIES

L'insolvabilité peut avoir divers types de conséquences pour les salariés de la société insolvable, variant selon la nature de la procédure. Les droits des salariés concernant des sommes d'argent qui leur sont dues en vertu du contrat de travail ont été examinés supra (v. n° 5, n°10, n°11) et ne sont pas traités ici. De manière générale, on peut dire que le droit anglais n'a qu'un faible souci de protéger les intérêts des travailleurs en cas d'insolvabilité. Quand la Commission Cork a mené son enquête, le Trades Union Congress a réclamé la création d'une obligation légale imposant aux administrateurs et liquidateurs de veiller aux intérêts des salariés dans l'exercice de leurs fonctions. Cette proposition, tout comme celle qui concernait l'information et la participation des syndicats aux actes de la vie de l'entreprise confrontée à une situation d'insolvabilité (supra n° 13), a été rejetée par le gouvernement.

14.1 Licenciements en cas de transfert de l'entreprise

. La réglementation sur la cession des entreprises (Protection de l'Emploi) de 1981 prévoit (art.8(1)) que lorsque, avant ou après une cession, un salarié du cédant ou du cessionnaire est licencié, ce licenciement sera abusif si la cession, ou une raison afférente à la cession, en est le motif principal. La portée de cette disposition, et la protection qu'elle paraît donner aux salariés, est réduite par une autre disposition (art. 8(2)(a)) suivant laquelle le licenciement fondé sur des motifs économiques, techniques ou structurels, donnant lieu à des modifications dans la structure de l'emploi du cédant ou du cessionnaire, est présumé avoir une cause réelle, son caractère abusif ou non dépendant alors de la manière dont l'employeur auteur du licenciement a agi. Tout dépendra de savoir s'il a agi "raisonnablement" dans les circonstances, ce qui constitue le critère essentiel du licenciement abusif selon l'article 57(3) de la loi de 1978 sur la protection de l'emploi (consolidation).

Un salarié qui refuse une modification défavorable de ses conditions de rémunération pourra probablement faire reconnaître que son licenciement est abusif (23).

14.2 Licenciement pour cause économique

Un salarié ayant plus de deux ans d'ancienneté, qui est licencié pour motif économique, peut généralement obtenir une indemnité modeste de son employeur. Ce droit s'applique à tous les salariés qui travaillent au moins 16 (ou dans certains cas 8) heures par semaine. La définition du motif économique (24) exige que le licenciement soit fondé entièrement ou principalement sur :

- a) le fait que l'employeur a cessé ou a l'intention de cesser son activité sur le lieu où le salarié a été occupé, ou
- b) le fait que les besoins actuels ou à venir de l'entreprise, en ce qui concerne le type d'emploi occupé par le salarié, sur le lieu où se situe son activité, diminuent ou disparaissent.

Ces conditions seront souvent remplies en cas d'insolvabilité, que celle-ci ait pour résultat la disparition totale de la société, la cession partielle de ses activités, ou la restructuration. Les indemnités sont calculées en application d'une formule qui tient compte à la fois de l'ancienneté, de la rémunération et de l'âge du salarié au moment du licenciement. Pour beaucoup de salariés il s'agira d'une semaine et demie de salaire pour chaque année entière d'ancienneté, avec un maximum de L 164 par semaine. Cette formule légale constitue le minimum applicable à tous les salariés rentrant dans le champ d'application de la législation; les conventions collectives prévoient souvent des indemnités plus favorables pour certaines catégories de salariés.

14.3 Licenciement injustifié

Le licenciement des salariés peut également donner lieu à une action en licenciement injustifié. Comme nous l'avons vu, des règles spéciales s'appliquent si le licenciement se produit dans le cadre de la cession d'une entreprise. Mais de manière générale le caractère abusif ou non d'un licenciement dépendra de deux éléments : a) la possibilité pour l'employeur de justifier d'un juste motif de licenciement et b) savoir si, dans les circonstances, il a agi de manière raisonnable en considérant ce juste motif comme suffisant à justifier le licenciement (25). L'insolvabilité sera généralement considérée comme constituant un juste motif de licenciement. Il n'est pas d'usage, d'autre part, que la situation personnelle du salarié (responsabilités familiales, ou autres éléments personnels) soit prise en compte par un tribunal industriel appelé à décider si l'employeur a agi de manière raisonnable en se fondant sur l'insolvabilité comme motif suffisant du licenciement d'un salarié donné. On peut conclure d'une décision importante (26) qu'un licenciement prononcé dans le cadre d'une procédure de liquidation correctement conduite ne sera jamais injustifié, et il est probable qu'une position semblable serait adoptée en ce qui concerne les licenciements effectués dans le cadre normal de toute autre procédure collective étudiée ci-dessus.

Septembre 1988.

- (1) Les références faites dans le présent texte à la loi de 1986 sur l'insolvabilité et aux "réformes de 1986" concerne, à moins que le contexte ne démontre qu'il en est autrement, l'ensemble législatif de 1985 et de 1986; les numéros d'articles se réfèrent à la loi de 1986 sur l'insolvabilité, sauf mention contraire.
- (2) C'est-à-dire, généralement par l'utilisation d'une forme de sûreté appelé "obligation" ("debenture"), examiné infra, 3.4.
- (3) Depuis l'entrée en vigueur, il y a deux ans, des dispositions concernant l'interdiction d'exercer les fonctions de dirigeant de société, le Ministère du commerce et de l'industrie a reçu des rapports sur 4 700 cas d'insolvabilité; des poursuites ont été autorisées contre 320 dirigeants, et 120 ont fait l'objet d'une interdiction. La durée moyenne de l'interdiction se situe entre quatre et cinq ans (The Independent, 29/4/88).
- (4) La définition de l'incapacité de payer ses dettes est donnée par l'article 123.
- (5) British Business, 22 avril 1988, p.39.
- (6) Ces créances sont détaillées infra.
- (7) La Commission Cork a recommandé l'abandon du système de privilèges et que les droits des salariés soient protégés exclusivement par le système de garantie des salaires (examiné ci-dessous); mais ces propositions n'ont pas été retenues par le gouvernement.
- (8) Loi sur les indemnités de licenciement économique 1965, articles 26-36.
- (9) Loi sur la Protection de l'Emploi (Consolidation) 1978, article 106.

- (10) Bien qu'un tel moratoire puisse être obtenu en associant le règlement amiable et l'ordonnance d'administration (examinée ci-dessous).
- (11) La définition de l'incapacité de payer ses dettes est donnée par la loi sur l'insolvabilité de 1986, article 123.
- (12) En cas de liquidation, le mandat de l'administrateur d'agir pour le compte de la société cessera, et toute poursuite de l'activité de sa part risque d'engager sa responsabilité. La plupart des administrateurs refusent de courir les risques en résultant.
- (13) P. TOTTY et M. CRYSTAL, *Corporate Insolvency*, 1982, p.119.
- (14) Règlement du transfert des entreprises (Protection de l'emploi), 1981, S.I. 1981 N° 1794.
- (15) Secrétaire d'Etat de l'Emploi c. Spence (1986) IRLR 248, CA.
- (16) Pour un exemple de filialisation, et des commentaires sur les problèmes liés à cette pratique, voir Pambakian c. Brentford Nylons Ltd (1978) ICR 661.
- (17) Un syndicat "reconnu" est un syndicat qui a été accepté par l'employeur comme interlocuteur en matière de négociation collective.
- (18) Loi sur la protection de l'emploi, 1975, article 99.
- (19) *Clarks of Hove Ltd. c. Bakers Union* (1978) ICR 1076, CA.
- (20) Règlement du transfert des entreprises (protection des emplois) 1981, 1981 N° 1794.
- (21) Rapport, paragraphe 498.
- (22) G. Lightman et G. Moss, *The Law of Receivers of Companies*, 1986, p.207.

- (23) Berriman C. Delabole Slate Ltd (1985) ICR 546, CA.
- (24) Loi sur la protection de l'emploi (consolidation) 1978, article 81.
- (25) Loi sur la protection de l'emploi (consolidation) 1978, article 57(3).

CHAPITRE III
=====

UNE ORIENTATION NOUVELLE DU DROIT EUROPÉEN :
LA SAUVEGARDE DE L'ENTREPRISE ET DES EMPLOIS

UNE ORIENTATION NOUVELLE DU DROIT EUROPEEN :

LA SAUVEGARDE DE L'ENTREPRISE ET DES EMPLOIS †

La faillite est "une procédure d'exécution collective, tendant à la fois à assurer, dans des conditions d'égalité, le désintéressement des créanciers chirographaires d'une personne physique ou morale qui n'est plus à même de faire face à ses engagements et à permettre le redressement de celle-ci".

Cette définition large englobe les divers aspects que peut recouvrir cette institution dans les droits nationaux d'Europe.

Les origines historiques et les traditions différentes des droits nationaux de la faillite et les philosophies variées qui les caractérisent permettent difficilement d'en présenter une vue synthétique. On a pu écrire qu'il s'agissait là d'"un des plus tenaces bastions du nationalisme juridique" (Travaux du Conseil de l'Europe, 1984). On constate néanmoins un renouvellement des idées et les réformes entreprises dans nombre d'Etats européens en sont la preuve. Ils marquent une étape nouvelle dans l'évolution de ce droit dont les premières codifications remontent au 17ème siècle. A cette époque, le droit de la faillite s'assignait comme objectif premier la protection des créanciers.

Ce principe, bien ancré dans les systèmes nationaux, ne fut pratiquement pas remis en cause lors de la crise des années 30.

† Synthèse réalisée à partir de plusieurs études (du Conseil de l'Europe, de la Commission des Communautés Européennes, ou faites en liaison avec les travaux de ces Institutions) en retraçant l'évolution du droit européen des faillites, la dernière en date étant d'octobre 1987; voir bibliographie en annexe.

En revanche, la crise économique des années 70 et un contexte social nouveau, ont amené les législateurs nationaux à prendre en considération le fait que l'entreprise est créatrice d'emplois et que sa disparition ne peut qu'entraîner des conséquences humaines et sociales non négligeables.

Par suite, cette même constatation étant faite dans la plupart des Etats européens, l'institution traditionnelle de la faillite est aujourd'hui remise en question. La sauvegarde de l'entreprise et de l'emploi semble devenir l'objectif principal dans beaucoup de pays, à côté de celui, traditionnellement poursuivi, du paiement des créanciers de l'entreprise (dans toute la mesure du possible). Il reste cependant que le droit français a pris les devants en inscrivant expressément cet objectif dans la loi du 25 janvier 1985, tandis qu'ailleurs les réformes amorcées tendent aussi à mettre l'accent sur la nécessité d'instaurer de nouvelles procédures en vue de sauver des entreprises viables en difficulté passagère et, en conséquence, le maximum d'emplois.

Cette tendance à conférer une nouvelle mission au droit de la faillite se révèle d'abord à travers des innovations dans le domaine de la procédure (I). Si, d'autre part, la sauvegarde des entreprises, des activités et des emplois devient une finalité du droit de faillite, il s'impose alors de faire participer à la procédure ceux qui contribuent directement à cette activité et dont le maintien de l'emploi est en jeu, à savoir les salariés. Le rôle qui leur est désormais ouvert par les différents systèmes nationaux (droit positif ou projets de réforme) sera examiné ensuite (II).

I - LES INNOVATIONS PROCEDURALES

=====

Le sauvetage de l'entreprise et des emplois qui en découlent commande une conception de la procédure qui soit appropriée à ce but. D'où une progressivité de la procédure qui comporte désormais différents stades, scandant la succession de mesures de prévention, puis de redressement, et tendant à éviter la phase fatale de la liquidation.

A - UN DROIT DE LA PREVENTION -

=====

La procédure de sursis à paiement, instituée dans un but de prévention, a manqué ce but et ne constitue le plus souvent que l'anti-chambre de la faillite. Désormais, le droit de la prévention tend à se caractériser par l'existence de mesures externes (dépistage) ou internes (alerte).

1 - LE MECANISME DE DEPISTAGE

à) On ne peut manquer de souligner l'originalité du système belge en la matière. Les tribunaux pouvant d'office prononcer la faillite, certains d'entre eux ont eu recours à des "enquêtes commerciales" qui leur permettent, à partir de divers clignotants (non paiement des salaires, des cotisations sociales ou des impôts) de détecter en temps utile les difficultés de certaines entreprises et de déclencher, avant qu'il ne soit trop tard, une procédure de redressement. D'où l'idée d'une réforme tendant en général à donner au juge mission de sauver l'entreprise, à côté de celle de veiller au règlement des dettes. Le juge reçoit ainsi un rôle de conseil de l'entreprise.

b) La loi française prévoit de son côté la désignation par le juge d'un expert en diagnostic pour évaluer les chances de récupération de l'entreprise, mais ceci se déroule après l'ouverture de la procédure, donc après la cessation des paiements.

2 - LA PREVENTION INTERNE : L'ALERTE

a) La loi française du 1er mars 1984 a cherché, plus que toute autre, à développer la prévention par le moyen d'une procédure d'alerte, qui peut être déclenchée par les commissaires aux comptes dès qu'ils ont connaissance de faits "de nature à compromettre la continuité de l'exploitation", mais aussi par les comités d'entreprise, lorsqu'ils ont connaissance de faits "de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise".

Outre la volonté d'accroître le rôle des commissaires aux comptes, on doit remarquer la place faite aux salariés ; elle traduit l'idée qu'il faut prévenir les difficultés de l'entreprise pour des raisons autant sociales qu'économiques.

Une alerte précoce a en particulier pour utilité de permettre aux dirigeants d'entreprise de prendre plus vivement et plus clairement conscience des difficultés qui se présentent et de réagir à temps.

b) Ce mécanisme n'a cependant pas été repris dans les systèmes étrangers, à l'exception de la Grèce qui a envisagé l'instauration d'un tel procédé. La PFA se montre réticente, mais on affirme souvent que dans ce pays, comme aux Pays-Bas, l'organisation d'une procédure d'alerte ne serait pas nécessaire en raison de la participation des représentants des travailleurs aux décisions de l'entreprise (co-surveillance ou cogestion). Le dialogue social se déroule ainsi dans des conditions différentes de celles qui peuvent exister en France.

La France présente une autre particularité. Elle cherche à développer des méthodes de comptabilité prévisionnelle. Elle commande à la direction de l'entreprise de s'efforcer de prévoir l'évolution de celle-ci, notamment en ce qui concerne les perspectives d'emploi, et d'en informer les représentants du personnel.

3 - L'ACCORD AMIABLE

Ce procédé est connu dans tous les systèmes juridiques (deeds of arrangement du droit anglais, Vergleich du droit allemand, concordats préventifs, règlements amiables du droit français).

La loi française du 1er mars 1984 permet au débiteur de négocier avec les principaux créanciers, sous les auspices d'un conciliateur nommé par le président du tribunal de commerce.

La conséquence essentielle de l'accord est de suspendre les actions en justice et les procédures d'exécution portant sur les meubles et les immeubles du débiteur. Des sûretés ne peuvent plus être prises pour garantir le paiement des créances.

Mais on ne voit pas clairement la place donnée aux salariés lors de ces accords et les pays européens ne semblent pas avoir pris en compte la possibilité de leur éventuelle participation (à la différence des USA). Il pourrait pourtant y avoir un intérêt à les faire participer en vue d'obtenir éventuellement de leur part des concessions salariales, pour le passé peut-être, mais surtout pour l'avenir, en vue de relancer l'entreprise.

Cette phase de prévention se répand largement dans les pays européens et reflète par là-même la volonté de poursuivre un même but : sauver l'entreprise et l'emploi, même si cet objectif n'est pas formulé expressément par les textes. Les projets de réforme manifestent, comme en droit allemand, le sou-

ci de prévenir et diagnostiquer à temps l'insolvabilité.

- De même, en Norvège, la réforme de la faillite prévoit des démarches officieuses précédant l'ouverture de toute procédure de faillite afin de faciliter le sauvetage des entreprises et le maintien de l'emploi, tout ceci sous contrôle juridictionnel.

- Le projet Espagnol de 1986, quant à lui, préconise une intervention rapide avant une quelconque cessation des paiements, rendue possible à partir de certains clignotants (retard dans le paiement des impôts, des cotisations sociales...) et ce, en vue de sauvegarder le patrimoine du débiteur, l'entreprise et l'emploi.

- Au Royaume-Uni, la commission Cork proposait, dans son rapport déposé en 1981, une simplification et une amélioration de la procédure de l'arrangement amiable volontaire, dans le but de faciliter la sauvegarde des entreprises qui demeurent viables en les protégeant et en les réorganisant. Cependant, dans l'Insolvency Act (1986), le législateur n'a réglementé que sommairement les arrangements volontaires entre une société et ses créanciers.

Le tableau ainsi dressé marque une convergence des différents droits nationaux vers la généralisation de la prévention, dans laquelle les salariés peuvent avoir un rôle à jouer, rôle jugé légitime par tous les systèmes juridiques.

B - UN DROIT DU REDRESSEMENT - =====

Cette phase cruciale devient inévitable dans un droit de la faillite qui affirme vouloir sauver l'entreprise... qui peut l'être.

Afin de rendre ainsi plus efficaces les mesures de redressement de l'entreprise, on observe une tendance à provoquer

le plus rapidement possible l'ouverture de la procédure.

Le critère entraînant l'ouverture de la procédure est de façon dominante fourni par le non paiement des dettes (cessation des paiements en France, Grèce, Belgique, Luxembourg, Pays-Bas), l'insolvabilité (en R.F.A., au Danemark et en Italie).

Le droit comparé européen démontre l'existence d'une autre tendance, largement partagée, à prévoir après l'ouverture de la procédure, une période d'observation permettant de formuler un diagnostic et préparer un plan de redressement.

1 - L'OBSERVATION

a) Les rapports Néerlandais de 1981 (élaborés par des groupes de réflexion sans caractère officiel) préconisent une "période de repos" au cours de laquelle pourrait être dressé un plan de redressement dans l'intérêt des créanciers et de l'emploi. Il est prévu, pendant cette période, de donner un rôle actif aux représentants des travailleurs. Si l'entreprise traverse des difficultés temporaires, il est également prévu, pour une période de trois ans, que la suspension des paiements et la faillite ne peuvent être prononcées.

b) La loi Autrichienne de 1983 prévoit une période de 90 jours pendant laquelle un plan de sauvetage est élaboré. Par ailleurs, tous les privilèges autres que celui des salaires sont abolis; ce qui permet au patrimoine du débiteur de rester intact .

c) La loi Française du 25 janvier 1985 a instauré une période d'observation de 3 mois, renouvelable une fois, et pouvant être prorogée, pour une durée n'excédant pas 6 mois, à la demande exclusive du ministère public. Cette période d'attente, qui entraîne suspension des poursuites, permet

à l'administrateur d'établir un bilan et élaborer un plan de redressement conduisant éventuellement à la continuation ou à la cession de l'entreprise dans les meilleures conditions.

2 - LA GESTION

Qui va gérer l'entreprise pendant la période qui suit l'ouverture de la procédure ? Son fonctionnement n'étant pas interrompu, la sauvegarde de l'entreprise dépend de son redressement économique-financier, donc de sa gestion.

a) La gestion par l'administrateur dans la loi française, par le "receiver" ou "l'administrator" dans le droit anglais, sont des situations bien connues.

b) La loi Portugaise (DL du 2 juillet 1986) prévoit une gestion contrôlée de l'entreprise. Ce moyen permet au tribunal, lors de la procédure "de sauvetage" (remperação) de confier la gestion à un administrateur judiciaire temporaire assisté d'un comité de créanciers. Cette nouvelle procédure est motivée par le fait que "l'entreprise n'existe pas pour ses seuls actionnaires ou propriétaires, mais pour ses salariés et comme un élément décisif de l'économie nationale" (LCP. 26). Ce texte constitue un tournant important dans le droit de la faillite au Portugal, il s'assigne comme une finalité le sauvetage des entreprises et par là même, la défense des intérêts des salariés. Le projet espagnol prévoit également cette méthode de la gestion contrôlée.

c) La Grèce a instauré un système caractérisé, par une sorte de nationalisation portant sur la gestion de l'entreprise.

3 - LE REDRESSEMENT

Pendant cette phase d'observation, l'élaboration d'un plan de redressement ou de réorganisation constitue un acte primordial. Pourtant, les droits anglais, belge, néerlandais, italien et grec l'ignorent encore.

a) En revanche, le projet de loi en R.F.A. (1985) ouvre au juge une option entre la liquidation ou la réorganisation, si l'entreprise peut survivre.

Le jugement de réorganisation serait destiné à sauver des entreprises viables et à conserver des "places de travail", et en cela, il s'agit d'une véritable innovation en R.F.A.

Toutefois, la loi du 20 février 1985 relative au plan social dans les procédures de faillite, limite le montant des prélèvements résultant des plans sociaux, en raison de l'idée généralisée selon laquelle ces plans constitueraient un obstacle pour la réorganisation de l'entreprise en faillite. Il n'en demeure pas moins que le droit allemand n'a plus pour seule finalité le règlement des dettes impayées.

b) Le projet espagnol remanié en 1986, préconise une option entre d'une part un concordat avec plan de sauvegarde conclu entre le débiteur et les créanciers, et d'autre part, la gestion contrôlée avec plan de réorganisation décidée par le tribunal et approuvée à la majorité qualifiée des créanciers.

c) La loi portugaise (par le DL du 2 juillet 86) organise un plan de sauvetage qui doit être approuvé par l'assemblée des créanciers et par décision du juge. Ce plan de réorganisation pourra être imposé au débiteur lorsque la défense d'intérêts publics ou sociaux le conseille.

d) C'est toutefois la loi française qui organise avec le plus de précisions ce plan de redressement. Le plan est appelé à devenir une solution normale de la procédure. La continuation de l'entreprise ne sera possible que s'il existe de sérieuses chances de redressement et de règlement du passif. Si le plan débouche sur la cession de l'entreprise, celle-ci doit s'opérer en tenant compte de l'emploi. L'art. 85 de la loi du 25 janvier 1985 prévoit en effet que le tribunal retienne l'offre qui "permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé et le paiement des créanciers".

Le plan de redressement est agréé par le tribunal, dont la décision s'impose aux créanciers. Ici, le projet allemand s'oppose totalement au droit français, le plan de réorganisation allemand devant être voté par les créanciers. C'est la traduction d'une opposition assez nette des conceptions françaises et allemandes quant au rôle du juge qui est beaucoup plus effacé en R.F.A. qu'en France ; la procédure est beaucoup moins judiciaire en R.F.A. C'est également la traduction de la philosophie de la loi française qui, au même titre que l'intérêt des créanciers, consacre l'existence d'un "intérêt de l'emploi", dont il reste à mesurer la portée, bien entendu.

4 - PROCEDURES PARALLELES

Certains systèmes nationaux n'ont pas inscrit dans leur droit des faillites cet objectif de sauvegarde de l'entreprise et des emplois.

C'est par le biais de procédures parallèles, à travers des réglementations et des interventions extérieures aux procédures collectives, en marge de la règle de droit et du pouvoir judiciaire que ce but sera recherché. Ces procédures parallèles, souvent contraires à l'article 92 du traité de Rome, existent en Italie et en Grèce.

a) La loi grecque du 5 août 1983 a institué un mécanisme très particulier de rétablissement économique des entreprises. Il s'agit d'une prise en charge par l'Etat -sorte de nationalisation provisoire de la gestion- d'entreprises en difficulté ou en état de cessation des paiements. Une aide sur fonds publics leur est apportée.

b) En Italie, une loi du 5 décembre 1979 prévoit la nomination d'un administrateur extraordinaire dans le cas d'entreprises en état de crise. Elle met en place un système d'aide financière et de gestion contrôlée en vue de sauver des entreprises que l'Etat estime opportun de maintenir en activité.

c) Le cas du Royaume-Uni mérite d'être souligné même si ces mécanismes parallèles y ont pratiquement disparu. L'Industry Act 1972 y prévoyait une aide financière au bénéficiaire des sociétés pour promouvoir leur réorganisation.

Une politique systématique d'aide aux "canards boiteux" a existé également à un moment donné en France par le biais d'instruments tels que l'IDI (Institut de développement industriel) et le CIRI (Comité interministériel de restructuration industrielle) dont les interventions permettaient le sauvetage des entreprises.

Ce soutien des pouvoirs publics court-circuitait les procédures judiciaires et avait lieu en dehors de tout cadre légal.

Ces pratiques, issues de décisions d'opportunité économique, politique ou sociale, n'ont fourni aucun résultat probant et ont pratiquement disparu aujourd'hui, moins nettement toutefois en Grèce, en Italie et au Portugal.

II - LA NOUVELLE PLACE DES SALARIES

=====

L'objectif de sauvegarde de l'entreprise et des emplois conduit obligatoirement le droit de la faillite à donner aux salariés un rôle à jouer dans la procédure. Ce rôle varie précisément suivant l'importance que les systèmes nationaux donnent à cet objectif.

La situation des salariés, en tant que créanciers de leur salaire, est très particulière. Le singularisme s'explique par la généralisation (voulue par la directive européenne du 20 octobre 1980) du mécanisme d'assurance contre l'insolvabilité des employeurs. Désintéressés par un organisme d'assurance, ils n'ont plus de droits à faire valoir en tant que créanciers dans la procédure de faillite, même si, au titre de l'emploi, ils pourraient souhaiter s'exprimer.

Ils sont écartés des assemblées des créanciers, au profit de l'organisme d'assurance qui a payé à la place de l'employeur et leur est subrogé avec rang privilégié. Il faut noter cependant que la loi autrichienne du 1er janvier 1983 a supprimé tous les privilèges y compris ceux de la sécurité sociale, du fisc et des salaires. Le fonds de garantie produit donc à la faillite à la place des salariés désintéressés, mais sans bénéficiaire d'un quelconque privilège. A cet égard, une volonté de "réapprendre l'égalité aux créanciers publics et para-publics", trésor, sécurité sociale..., se manifeste dans les autres systèmes nationaux, à travers les réformes en cours.

En considérant les évolutions actuelles du droit européen de la faillite, on note une coupure nette entre les pays qui assurent aux salariés une représentation dans la procédure, qui les informent et les consultent et ceux qui se refusent à les associer aux procédures collectives.

A - PRESENCE -
 =====

Trois formules coexistent, suivant que les salariés sont appelés à participer à un comité ou une assemblée des créanciers, qu'ils connaissent une représentation propre dans la procédure, ou qu'ils sont simplement informés et consultés.

1 - REPRESENTATION PARMIS LES CREANCIERS

a) La loi danoise de 1977 considère pleinement les salariés comme des créanciers. Dans la procédure de faillite, ils sont admis à l'assemblée des créanciers, ils votent et éliminent, sur un pied d'égalité avec les autres créanciers, leurs représentants au comité des créanciers.

Dans la procédure de suspension des paiements, un représentant des salariés siège au comité des créanciers, si toutefois l'entreprise dépasse une certaine taille (l'effectif doit être au moins de vingt cinq personnes). Les salariés peuvent ainsi être informés et émettre un avis. La législation sur le travail, quant à elle, ne précise pas si les conseils d'entreprise prennent part à la procédure de faillite.

b) En Espagne, dans le cas de l'administration judiciaire (DL du 20 octobre 1969), la représentation des créanciers est assurée par la désignation de 4 contrôleurs (interventores) parmi lesquels figure obligatoirement un représentant du groupe des salariés. La procédure d'administration judiciaire reste cependant exceptionnelle par rapport à celle de la faillite d'où, à l'inverse, les salariés sont par principe exclus (en raison de la compétence de la juridiction du travail pour l'exécution des créances salariales, la juridiction civile étant compétente pour toutes les autres réclamations nées d'une faillite).

En outre, le projet gouvernemental espagnol met en place une présence des salariés à l'assemblée des créanciers.

Pour ce qui est de la législation du travail, l'opinion dominante s'accorde à penser que les institutions représentatives continuent à exercer leurs compétences légales notwithstanding la faillite.

c) Le projet allemand prévoit l'institution d'un "Beirat", comité commun à mission consultative composé des créanciers et des salariés (3 membres du Betriebsrat). Son rôle serait d'examiner les possibilités de sauvetage de l'entreprise et il participerait à l'élaboration du plan de réorganisation.

Le conseil d'établissement, d'autre part, n'est pas dessaisi de ses compétences ordinaires par l'ouverture de la procédure ; c'est à lui qu'il revient de conclure le plan social, suivant les dispositions de la loi du 20 février 1985.

2 - REPRESENTATION PROPRE

La loi française fait donc figure d'exception. Elle est la seule à organiser une représentation des salariés, comme tels, dans la procédure.

Cette représentation est électorale (et non syndicale) et confiée soit au comité d'entreprise, soit aux délégués du personnel ou à un représentant des salariés qui a compétence pour assister le représentant des créanciers en vue de l'élaboration de la liste des salariés impayés. Les lois du 1er mars 1984 et 25 janvier 1985 ont donné au comité d'entreprise le droit d'être associé à la procédure de prévention et à celle de redressement judiciaire.

Il s'agit uniquement d'un droit d'information et de consultation, qui se manifeste avant l'ouverture de la procédure, pendant la période d'observation, lors de toute modification du plan de redressement ou son inexécution, avant la liquidation, en cas de changement de dirigeants... donc aux différents stades de la procédure.

Mais si le représentant des salariés constitue un

organe nouveau créé par la loi du 25 janvier 1985, l'apport de cette loi a d'abord été de permettre au comité d'entreprise d'être aujourd'hui associé au déroulement de la procédure. Les décisions du juge doivent être prises en tenant compte des perspectives qu'elles ouvrent en matière d'emploi et de l'avis formulé à ce sujet par le comité d'entreprise, si même il est seulement consultatif. Un devoir d'information et de consultation des travailleurs pèse sur le juge, avec des sanctions mal définies.

Par ailleurs, la loi française permet au représentant des salariés de faire appel contre le jugement arrêtant le plan de redressement et ordonnant ou refusant la continuation, ou modifiant ce plan, ainsi que contre le jugement statuant sur la liquidation judiciaire. Aucun autre système législatif en Europe n'ouvre de voies de recours aux représentants des salariés.

3 - CONSULTATION

Au Portugal, la loi du 12 septembre 1979 sur les commissions de travailleurs oblige le chef d'entreprise ou, à défaut, le tribunal à procéder à la consultation de la commission des travailleurs avant toute dissolution ou déclaration de faillite de l'entreprise. L'avis de la commission est simplement consultatif.

B - ABSENCE -

=====

1 - UNE REFORME ENTREVUE PUIS REFUSEE : L'ANGLETERRE

Au Royaume-Uni, il existe un contraste important entre le droit positif, empreint de libéralisme économique pur, et les propositions de la commission Cork.

La procédure de faillite au Royaume-Uni a pour finalité le paiement des créanciers de l'entreprise, l'emploi n'est pas une priorité, sans que cela signifie toutefois que l'entreprise soit oubliée.

La commission Cork n'a pas estimé nécessaire de reconnaître aux travailleurs le droit de participer à l'administration de la procédure de faillite et proposé simplement d'imposer aux receivers et liquidators l'obligation de prendre en considération les intérêts des salariés et de chercher, autant que possible, à maintenir l'emploi.

Dans l'hypothèse d'un "receivership" ou d'un "administration" (règlement en redressement judiciaire), elle a proposé de reconnaître aux travailleurs un droit d'être informés, un représentant des salariés auprès du comité des créanciers étant désigné pour y assister le syndic ou l'administrateur. Ce représentant, obligatoirement un salarié, devait pouvoir librement participer, sans droit de vote, aux réunions du comité et disposer de voies de recours en tant que personne mandatée.

Mais le gouvernement n'a pas admis l'idée d'une information et d'une consultation des salariés, que l'Insolvency Act de 1986 ne fait pas figurer au sein du comité des créanciers. Quant à l'administrateur et au receiver, ils n'ont pas reçu particulièrement mission de veiller au maintien de l'emploi.

2 - AILLEURS

La position du droit belge, italien, grec ou irlandais est comparable à celle du Royaume-Uni. Aucune information ni consultation des salariés n'est prévue. La Grèce ne possède d'ailleurs pas d'institution représentative des salariés ; quant à l'Irlande, la faillite y interrompt les relations de travail.

L'idée que la faillite-assainissement doit prendre le pas sur la faillite-liquidation se répand dans l'Europe actuelle. Toutefois l'association des salariés aux procédures collectives reste une question controversée. La conception voulant que l'intérêt des salariés soit en cause autant que celui des créanciers, en cas de faillite, n'est pas encore complètement admise et les évolutions constatées en ce domaine sont d'autant plus hésitantes que la généralisation des garanties de paiement des salaires et l'efficacité de ces garanties tendent plutôt à écarter les salariés des procédures qu'à les y faire participer.

CHAPITRE IV
=====

DROIT COMMUNAUTAIRE ET EUROPÉEN

DROIT COMMUNAUTAIRE ET EUROPÉEN *

Ce chapitre présentera en deux sections, (I) les directives communautaires relatives à la protection de l'emploi et leurs effets, dans les droits nationaux, sur les licenciements de faillite, (II) les lignes générales des projets de conventions communautaire et européenne (Conseil de l'Europe) concernant les faillites internationales, l'accent étant mis sur les droits des salariés.

* Avec la collaboration de M. Febvre et P. Morin. Trois sources documentaires ont été particulièrement utilisées pour la rédaction de ce chapitre : le rapport du professeur Gérard Lyon-Caen sur l'information et la consultation des représentants des salariés dans les procédures de faillite, remis à la Commission des Communautés Européennes en octobre 1987; un rapport établi par Marianne Febvre sur les salariés et la faillite en Europe, à l'occasion d'un stage à la Commission des Communautés Européennes; la communication de M. Jacques Lemontey sur les actualités du droit international de la faillite, présentée au Comité Français de Droit international privé le 25 mars 1987.

I - LES DIRECTIVES COMMUNAUTAIRES SUR LA PROTECTION DE
=====

L'EMPLOI ET LES LICENCIEMENTS DE FAILLITE
=====

Il existe actuellement trois directives communautaires relatives au rapprochement des législations du travail des Etats membres, qui toutes trois intéressent étroitement le déroulement des procédures d'exécution collective. Il s'agit d'abord de la directive du Conseil du 17 février 1975 (75/129) relative aux licenciements collectifs, ensuite de la directive du 14 février 1977 (77/187) concernant les transferts d'entreprises, et enfin de la directive du 20 octobre 1980 relative à la garantie des salaires en cas d'insolvabilité (cette dernière directive ne sera pas étudiée ici).

Ce sont incontestablement trois domaines où le droit de la faillite et le droit social ne peuvent que se rencontrer et s'influencer mutuellement, l'information et la consultation des représentants des salariés se justifiant à l'évidence. Des licenciements collectifs accompagnent à peu près toujours les faillites, et celles-ci se résolvent souvent dans un transfert d'entreprise. Or, la directive de 1975 écarte précisément de son champ d'application les licenciements de faillite; quant à la directive de 1977, qui ne le dit pas expressément, la CJCE la déclare inapplicable aux transferts en cas de faillite.

Ces directives ne portent cependant pas atteinte à la faculté pour les Etats membres de la Communauté d'adopter dans leur droit interne des dispositions plus favorables aux travailleurs et, donc, de les rendre volontairement applicables en cas de faillite.

C'est à une étude parallèle des directives et des législations nationales qu'il y a donc lieu de se consacrer.

A. LA DIRECTIVE 75/129 CEE RELATIVE AUX LICENCIEMENTS COLLECTIFS

La directive impose à l'employeur une information et une consultation des représentants des travailleurs lors de licenciements collectifs, ainsi qu'une information de l'autorité publique, permettant à celle-ci d'apporter son concours en vue de limiter les licenciements ou d'en atténuer les conséquences sociales. Cette protection minimale devrait logiquement pouvoir s'appliquer à des licenciements collectifs prononcés au cours de la faillite de l'entreprise employeur.

Or, l'art. 1 § 2 déclare la directive inapplicable aux "travailleurs touchés par la cessation des activités de l'établissement lorsque celle-ci résulte d'une décision de justice".

Les termes de cette exclusion donnent lieu à discussion, puisqu'on pourrait prétendre qu'elle vise uniquement la cessation complète d'activité et le licenciement de tous les salariés, donc les licenciements de liquidation, pas les licenciements de redressement de l'entreprise. Il n'en demeure pas moins que la volonté des auteurs de la directive a bien été d'en exclure l'application aux licenciements postérieurs au prononcé de la faillite.

L'exclusion ne contraint cependant pas les législations nationales et celles-ci peuvent prévoir d'appliquer le régime normal des licenciements, lorsque ceux-ci sont décidés dans le cadre d'une procédure collective.

Les droits nationaux peuvent, au regard de la directive 75/129, se classer en trois groupes, suivant qu'ils ne se sont pas conformés à la directive, qu'ils s'y sont strictement conformés et ne l'appliquent donc pas aux licenciements de faillite, qu'ils en étendent enfin l'application à la faillite.

1. Manquement

. Tel est le cas de la Belgique. Il existe dans ce pays une législation particulière limitée à la fermeture d'entreprise et aux licenciements qui en résultent. Mais la procédure prévue par cette législation est moins complète que celle de la directive, l'employeur n'ayant qu'à informer de la décision de fermeture le conseil d'entreprise ou la délégation syndicale du personnel. La CJCE a condamné la Belgique dans un arrêt du 28 mars 1985 (Commission c/Etat Belge, 215/83) estimant la législation belge non conforme à la directive.

. L'Italie ne s'est pas non plus conformée à la législation. Un projet de loi de 1979 sur les licenciements collectifs n'a jamais eu de suite. Déclarée en manquement une lère fois par un arrêt de la CJ du 8 juin 1982 (91/81 Commission c/Etat italien), un recours en manquement a à nouveau été déposé le 17 mai 1984 (aff. 131/84).

2. Conformité et exclusion

Certaines législations se sont conformées à la directive et celle-ci le permettant, ont écarté la faillite du domaine de la législation sur les licenciements collectifs.

. C'est le cas du Luxembourg (loi du 2 mars 1982 art. 1 al. 2), du Danemark (loi du 26 janvier 1977 art. 23 2 qui transpose l'art. 1 2 de la directive), de la Grèce (loi du 19 août 1983 art. 2) qui exclut le cas où la cessation d'activité n'est pas décidée par l'employeur mais par décision de justice.

C'est enfin le cas de l'Irlande (section 7(2) e du PEA 1977).
 . L'hésitation est permise pour le Portugal : le décret-loi du 16 juillet 1975 art. 13 prévoit une procédure d'information et de consultation avec les commissions de travailleurs mais aucune précision n'est donnée dans l'hypothèse de licenciements au cours d'une procédure de faillite; on peut y voir là une possible exclusion.

3. Conformité et inclusion

Certains Etats, enfin, n'écartent pas l'applicabilité de la loi sur les licenciements collectifs en cas de procédure de faillite.

. Les Pays-Bas figurent parmi ceux-ci. La loi du 24 mars 1976 sur les licenciements collectifs impose la consultation des conseils d'entreprise et des syndicats qui se poursuit au-delà du jugement d'ouverture de la procédure.

. En Espagne, le statut des travailleurs s'applique si le syndicat procède à des licenciements collectifs et la représentation des travailleurs doit donc être informée et consultée en vue de la conclusion d'un accord.

. En R.F.A., les deux lois relatives d'une part à la protection contre les licenciements, et d'autre part à la constitution de l'établissement ne mentionnaient pas le cas de la faillite.

Toutefois, la loi du 20 février 1985 prévoit l'établissement d'un plan social en cas de concours ou de concordat judiciaire. Cette loi consacre un droit d'information et de consultation de la représentation du personnel et un accord avec le conseil d'établissement doit être recherché sur le montant des compensations versées aux salariés touchés par une décision de licenciement. L'on sait cependant que la loi limite désormais le coût des plans sociaux. Il n'en reste pas moins que les licenciements de faillite sont soumis au régime normal et à l'élaboration d'un plan social.

Le droit allemand va donc au-delà de la directive de 1975 en permettant l'intervention de la représentation du personnel en cas de licenciement faisant suite à un jugement de faillite.

. En France, les licenciements, qu'ils soient le fait de l'employeur, de l'administrateur ou du liquidateur, doivent faire l'objet d'une information préalable de l'autorité administrative, les représentants du personnel devant également être informés, réunis et consultés préalablement au licenciement (v. après la loi du 2 août 1989, les articles L. 321.8 et L. 321.9 du Code du Travail).

. Au Royaume-Uni, la loi sur la protection de l'emploi (EPA) de 1975 est applicable en cas de faillite.

Elle oblige quiconque à la responsabilité de la gestion (l'employeur, l'administrateur, l'administrative receiver, le liquidator) à consulter préalablement le syndicat reconnu dans l'entreprise en cas de licenciements fondés sur une "redundancy" (suppression de postes de travail).

Cette obligation disparaît cependant en cas de "circonstances spéciales" la rendant raisonnablement impossible. Les tribunaux ont décidé que la faillite n'était pas une "circonstance spéciale" (Court of Appeal 1978, *Clarks of Hove Ltd v. Bakers' union*).

+

+ +

Ainsi, les principaux pays de la communauté n'excluent pas la consultation des représentants des travailleurs en cas de licenciements collectifs postérieurs à un jugement d'ouverture de la procédure de faillite. C'est notamment la raison pour laquelle il a été proposé de supprimer l'art. 1 § 2 de la directive (G. Lyon-Caen, Rapport à la Commission C.E. 1987). Le programme d'action de la commission destinée à la mise en

oeuvre de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux reprend cette proposition (29 novembre 1989, COM 89/568 f).

B. LA DIRECTIVE 77/187/CEE SUR LES TRANSFERTS D'ENTREPRISES
OU D'ETABLISSEMENT

La directive de février 1977 est relative au maintien des droits des travailleurs, à l'information et consultation de leurs représentants en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements. Cette directive vise dans son article 1 les transferts résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion. Elle ne dit rien concernant son applicabilité en cas de faillite, dans une matière où l'on débouche volontiers sur un transfert d'établissement, la reprise de l'entreprise par un nouvel employeur étant souvent le seul moyen de parvenir à un redressement.

La CJ, saisie sur la base de l'art. 177 du traité de Rome, a eu à se prononcer sur l'application de la directive à la situation où le cédant de l'entreprise a été déclaré en état de faillite ou a obtenu un sursis de paiement (135/83, 7 février 1985 HBM Abels; 179/83, 7 février 1985, Industriebond FNV et Fedartie nederlandse Vakbaeging).

La cour a distingué les deux hypothèses.

Pour ce qui est de la faillite, elle a invoqué la finalité de la directive qui est d'empêcher que les restructurations d'entreprises ne s'effectuent au préjudice des travailleurs. Or, selon la Cour, l'application de la directive serait inopportune en cas de faillite car de nature à dissuader un éventuel acquéreur et nuire ainsi à l'emploi. Pour des raisons d'opportunité plutôt que d'ordre juridique, elle a donc écarté l'application de la directive afin de faciliter les reprises.

En revanche, elle a estimé qu'en cas de sursis de paiement, il n'y avait aucune raison de ne pas appliquer la directive aux transferts d'entreprises.

- La Cour a précisé à cette occasion, que les Etats membres restent libres "d'appliquer de façon autonome" les principes de la directive à des transferts que celle-ci ne couvre pas.

+
+ +

Les législations nationales font apparaître trois situations. Certains Etats laissent les faillites en dehors du domaine des règles dictées par la directive, qu'ils aient ou qu'ils n'aient pas transposé celle-ci dans leur droit interne. D'autres montrent une situation contradictoire ou incertaine, certains des éléments de la directive - par exemple, le transfert des contrats de travail - étant appliqués aux transferts de faillite, d'autres - exemple, la consultation des représentants - ne l'étant pas. Les derniers, enfin, bien que celle-ci ne l'impose pas, étendent aux transferts de faillite les règles de la directive.

1. Non-application

. C'est d'abord le cas de l'Irlande qui, dans les European communities regulations de 1980, reprend simplement le texte de la directive.

Ces textes ne contiennent donc aucune indication quant à leur applicabilité en cas de transfert effectué dans une procédure de faillite et à l'évidence, ils ne peuvent s'appliquer puisque l'ouverture de la faillite met fin aux relations de travail.

. Au Luxembourg, la loi du 18 mars 1981 reproduit la directive et garde le silence sur son applicabilité en cas de faillite.

. En Grèce et au Portugal, la directive 187/77 n'a pas été transposée.

2. Application incertaine ou partielle

. Le droit italien ne prévoit aucune obligation de consultation ou d'information des représentants des salariés. En revanche l'art. 2112 du C. Civ., concernant le maintien des contrats de travail, s'applique quelle que soit la cause du transfert.

La commission avait mis en demeure le gouvernement italien de prendre les mesures en vue de se conformer à l'art. 6 de la directive, relatif à l'information et la consultation des représentants du personnel. Le gouvernement italien a estimé en réponse que l'art. 6 de la directive n'avait pu, en raison de son caractère innovateur, être transposé dans l'ordre juridique, tout en soulignant que des conventions collectives régissent la matière.

Il semble qu'il n'y ait à ce jour en droit italien, aucune information et consultation qui soit imposée par une norme légale ou par des normes conventionnelles en cas de transfert lors d'une procédure de faillite.

Il faut signaler toutefois que la loi du 26 mai 1978 prévoit une consultation des représentants syndicaux lorsque l'entreprise a été déclarée "en crise" par décret du ministre du travail et qu'une possibilité de redressement est possible par le moyen d'un transfert.

. Le Danemark s'est conformé à la directive par la loi du 21 mars 1979. Celle-ci prévoit l'information et la consultation des représentants du personnel. Toutefois, la loi ne semble pas, selon une opinion, s'appliquer en cas de vente prononcée par jugement, alors qu'elle l'est dans l'hypothèse d'une vente par le syndic.

. Aux Pays-Bas, une loi du 18 mars 1981 a introduit dans le droit interne la directive de 1977, mais cette loi ne mentionne que le transfert par accord.

Ce sont précisément les tribunaux néerlandais qui ont les premiers saisi la Cour de Justice, afin qu'elle dise si

la directive inclut ou non les transferts de faillite (arrêts du 7 février 1985, Abels, etc... précités).

. C'est par le biais de conventions collectives que la Belgique a, quant à elle, mis en oeuvre la directive. Cependant, les conventions collectives n° 32 relatives au maintien des droits en cas de transfert conventionnel et n° 32 bis du 7 juin 1985 modifiée par la CCN 32 ter du 2 décembre 86 relative au transfert en cas de faillite, ne traitent pas de l'information et de la consultation des travailleurs. La convention collective nationale n° 9 du 11 mars 1972, qui de son côté a une portée générale, ne contient aucune disposition concernant le cas de la faillite. Le conseil national du travail avait proposé d'y remédier en complétant la CCN n° 9 par une nouvelle convention collective et par l'adoption de mesures légales. Mais, ces mesures légales ne sont pas intervenues et la CCN 32 bis garde le silence sur la consultation des conseils d'entreprises en cas de reprise après faillite.

Le droit conventionnel belge présente une originalité : il ne pose pas simplement le principe d'un transfert des contrats de travail, il règle les droits des salariés conservés ou réembauchés par le repreneur, prévoyant la conservation de certains droits, mais aussi une négociation - obligatoire - avec les syndicats.

3. Application

Enfin, quatre Etats appliquent la directive aux transferts intervenus dans le cadre d'une procédure de faillite, volontairement, la directive ne l'imposant pas

. En R.F.A., c'est une loi du 13 août 1980 qui a ajouté à l'art. 613 (a) BGB un 4e en vue de se conformer à la directive et la jurisprudence a affirmé que le texte s'applique également aux transferts opérés dans le cadre d'une procédure de faillite (Bundesarbeitsgericht 26 mai 1983).

En revanche, la cour a décidé que l'art. 613 (a), 2e, qui prévoit la responsabilité solidaire des deux employeurs successifs pour les obligations nées avant le transfert et venant à échéance dans l'année suivant celui-ci, n'était pas applicable en cas de cession réalisée dans le cadre d'une procédure de faillite.

Quant à l'information et la consultation des travailleurs, elle est de manière générale prévue par les art. 111 et 112 BVG. La loi du 20 février 1985 sur la conclusion du plan social permet au Betriebsrat (Conseil d'établissement) d'intervenir après l'ouverture de la procédure.

. En France, l'art. L 122.12, alinéa 2, du code du travail prévoit (depuis 1928) la continuation des contrats de travail en cas de changement d'employeur et ce texte reste applicable en cas de faillite.

L'art. L 122.12.1 du code du travail, afin de tenir compte de la directive de 1977, ajoute cependant, comme le fait le droit allemand, que le nouvel employeur sera tenu à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent après le transfert, des obligations qui incombaient à l'ancien employeur, à moins que le transfert n'intervienne dans le cadre d'une procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens.

Quant à l'information et la consultation du comité d'entreprise ou des délégués du personnel, elle était déjà prévue dès avant l'adoption de la directive. La loi du 25 janvier 1985 impose des obligations d'information et de consultation lors de toute offre de reprise, lors du remplacement des dirigeants, et avant l'adoption du plan de redressement. Le comité d'entreprise participe finalement à tous les stades de la procédure.

. En Espagne, et en vertu de l'art. 44 du statut des travailleurs, les contrats de travail sont maintenus en cas de transfert de l'entreprise, même dans une procédure de liquidation. Ce transfert doit être notifié aux représentants du personnel.

. Au Royaume-Uni, les dispositions de la directive de 1977 ont été reprises par les règlements n° 10 et 11 de 1981 (transfer of undertakings protection of employment).

Le Royaume-Uni connaît une pratique dénommée "hiving down", suivant laquelle le "receiver" ou le "liquidator" transfère à une filiale (existante ou créée) une partie des actifs de la société mère en faillite, pouvant être considérée comme un "ensemble commercial vendable", les salariés restant liés à la société-mère. Celle-ci peut alors les mettre à la disposition de la filiale, en fonction des besoins de celle-ci, qui choisira le personnel qu'elle continuera à employer (les salariés, restant à la charge de la société-mère, seront dédommagés en général par le fonds de garantie des salaires). Face aux critiques auxquelles a donné lieu ce mécanisme, le règlement n° 4 de 1981 y a apporté quelques correctifs en vue, en outre, de le conformer à la directive relativement au maintien des droits. Désormais, le transfert à la filiale d'une partie des actifs ne se réalise qu'au moment de la prise de contrôle par le repreneur. Par cette opération, les salariés sont transférés à la filiale et peuvent alors faire valoir auprès du repreneur le droit au maintien de leur contrat de travail. Cependant, avant même la prise de contrôle, le repreneur peut toujours exiger de la société-mère le licenciement des salariés qu'il ne désire pas reprendre. L'emploi des salariés dont le contrat de travail est en cours lors de la prise de contrôle, n'est pas protégé de façon certaine.

L'information et la consultation du syndicat reconnu dans l'entreprise sont prévus mais seulement au cas de cession à un tiers et non lors d'un transfert des actifs de la mère à la filiale, alors que c'est précisément dans cette dernière hypothèse que les salariés y auraient un intérêt.

+

+

+

On s'arrêtera pour finir quelques instants sur la question des négociations de crise. Celles-ci ont souvent lieu entre la direction et les comités ou conseils d'entreprise mais elles font aussi intervenir les syndicats. Cependant, seuls les droits belge et italien ont prévu le rôle des syndicats dans ces négociations.

. En Belgique, la CCN 32 bis du 7 juin 1985 prévoit une négociation avec les syndicats en cas de reprise d'actifs après faillite ou concordat.

. En Italie, des négociations avec les syndicats représentatifs sont obligatoires dans l'hypothèse d'une aide financière accordée aux entreprises lors d'une restructuration ou d'une reconversion pour cause de difficultés économiques.

Les négociations collectives de crise existent dans presque tous les Etats membres. On peut en distinguer plusieurs modèles, suivant une typologie empruntée à Gérard Lyon-Caen : négociations de concession (abandon de droits acquis, baisse des salaires); négociations de garantie (négociées en général par le conseil ou comité d'entreprise ou d'établissement en vue de mettre en place un plan social, comme en R.F.A. ou en France; ou correspondant à des interventions directes des syndicats, comme en Espagne ou au Portugal); négociations "industrielles" portant directement sur l'activité de l'entreprise et son avenir. Quel qu'en soit le type, ces négociations peuvent éventuellement conduire à une reprise de l'entreprise par les salariés.

II - NOTE SUR LES ASPECTS SOCIAUX DU REGLEMENT DES FAILLITES
 =====
 INTERNATIONALES
 =====

Deux conceptions générales continuent de s'opposer concernant le règlement des faillites internationales (le débiteur ayant des biens ou des créanciers dans des pays différents) :

- la première entend soumettre la faillite à un règlement unique et universel, prononcé dans un pays déterminé et produisant ses effets dans les autres pays intéressés;

- la seconde consacre un principe de territorialité des faillites, conduisant à ouvrir autant de procédures qu'il y a de pays intéressés, en appliquant à chacune la *lex fori concursus*.

Au regard des solutions du droit positif, les deux conceptions ne sont cependant pas à placer sur un même plan.

A. DE LA TERRITORIALITE A LA COOPERATION INTERNATIONALE :
LES DROITS NATIONAUX

Les solutions positives restent dominées par la territorialité et la pluralité des faillites internationales. Elles connaissent cependant des évolutions liées, plus ou moins contradictoirement, aux modifications des droits nationaux des faillites et au plus grand nombre des faillites internationales.

1. Droit français

Les réformes nationales peuvent mettre en avant des objectifs de politique socio-économique conduisant à accentuer, au nom de l'ordre public, la territorialité.

La période d'observation, le bilan économique et social, le projet de plan de redressement sont des innovations impé-

ratives de la loi française de 1985. Il s'en déduit qu'une entreprise située en France s'y trouvera obligatoirement soumise. Mais il s'en déduit également (art. 1 du décret d'application du 27 décembre 1985) qu'aucune procédure ne saurait être ouverte en France, suivant la loi française, si n'y existe pas une entreprise susceptible d'être soumise aux opérations indiquées. Non pas qu'il soit nécessaire que le siège de l'entreprise débitrice soit en France, mais encore faut-il qu'elle y possède des éléments d'implantation et d'organisation à travers lesquels l'existence d'une entreprise située en France pourra être caractérisée, le tribunal compétent étant alors celui du principal établissement. La seule localisation en France d'un bien ou d'une créance ne suffit plus pour pouvoir y ouvrir une procédure partielle.

Territorialité et localisation d'une entreprise en France se retrouvent encore avec le rôle que les institutions représentatives sont appelées à jouer dans les nouvelles procédures françaises. Si même l'entreprise n'a pas son siège en France, mais que l'existence, au sens du droit du travail, d'une entreprise en France, a justifié la création d'une instance représentative de droit français, l'information et la consultation de cette instance devront avoir lieu conformément à la loi de 1985.

2. Droits étrangers

Le professeur Hanisch (cité par P. Lagarde, Rev. Crit. DIP. 1988, 646), dans une observation relative à l'évolution générale des droits nationaux, relève une tendance à universaliser la faillite prononcée sur leur territoire, en y incluant les biens situés à l'étranger, contredite par peu d'empressement à reconnaître sur leur territoire les effets des faillites prononcées à l'étranger.

La nécessité de ménager aux effets de procédures introduites dans d'autres pays, de façon réciproque, un degré de reconnaissance comparable à celui que l'on réclame pour ses

propres procédures, a cependant conduit certains pays à ouvrir leur territoire aux procédures étrangères.

- La jurisprudence allemande, contraignant d'un côté un créancier à rapporter à la masse allemande le produit d'une poursuite individuelle en Suisse, a reconnu, d'un autre, à un syndic belge qualité pour agir en Allemagne contre un débiteur du failli : recherche d'un équilibre entre l'extraterritorialité que l'on accorde à ses propres procédures et celle, inverse, que l'on accepte des procédures étrangères.

- Très intéressante est aussi la triple possibilité ouverte par le bankruptcy Act américain au syndic étranger :

- ouvrir une procédure de faillite secondaire, qui sera conduite en parallèle avec la faillite principale étrangère;
- faire obstacle à l'ouverture d'une procédure locale;
- placer la procédure secondaire sous des règles spéciales, échappant partiellement à la réglementation locale.

Ces ouvertures n'empêchent que de manière générale, on considère aujourd'hui que "la reconnaissance d'une procédure collective étrangère ne peut être complète, avec les effets que lui attribue la lex fori concursus, tant que les droits internes n'auront pas été harmonisés, spécialement le droit des privilèges et sûretés et le droit du travail" (P. Lagarde, op. précité).

B. DE L'UNIVERSALITE A LA COOPERATION INTERNATIONALE : LES PROJETS DE CONVENTION

La théorie de l'universalité et de l'unité des faillites internationales avait cependant fait l'objet de certains espoirs de réalisation, qui avait conduit entre 1960 et 1970 à l'élaboration d'un projet de convention entre les Etats membres de la Communauté européenne. On y voit aujourd'hui une utopie à abandonner.

Dans un esprit plus pragmatique, le Conseil de l'Europe a tiré leçon de l'échec - provisoire ? - du projet communautaire et élabore de son côté un projet de convention de portée plus modeste.

1. Le projet communautaire

a) Pour mémoire, on rappellera que le projet de convention communautaire, mis en échec, réclame, conformément à ses principes :

- une compétence judiciaire exclusive et une compétence législative de principe de l'Etat sur le territoire duquel se situe le "centre des affaires" du débiteur, quelle que soit sa nationalité;

- une reconnaissance et une exécution immédiate et de plein droit des décisions dans les différents Etats intéressés. Aucune décision préalable d'exequatur n'est requise, une procédure en inopposabilité pouvant cependant être mise en oeuvre.

Il comporte d'autre part des règles matérielles unifiant sur certains points nécessaires le droit des Etats : responsabilité des dirigeants, période suspecte, réserve de propriété.

b) Concernant les effets de la faillite sur les contrats de travail, le principe d'unité de la compétence législative cède devant les règles de rattachement propres à ce type de contrat, conduisant, en fonction de la localisation de l'activité des salariés, à une éventuelle pluralité des lois applicables.

L'article 38 énonce trois règles, les deux premières concernant la loi applicable aux effets de la faillite sur les contrats de travail, la troisième déterminant la loi applicable à la subrogation de l'institution de garantie ayant réglé les salaires :

- les effets de la faillite sur les contrats et les relations de travail sont régis par la loi de l'Etat contractant

dont la loi est applicable au contrat de travail.

- Si la loi applicable au contrat de travail est celle d'un Etat non contractant, il est fait application de la loi de l'Etat d'ouverture de la faillite.

- Dans la mesure où les institutions de garantie prévues par la directive du Conseil des Communautés européennes du 20 octobre 1980 ou toute autre institution équivalente prévue par le droit national assurent le paiement des créances impayées des travailleurs salariés, la loi de l'Etat contractant dont chacune des institutions relève, détermine si et dans quelle mesure cette institution est subrogée dans les droits des travailleurs contre le débiteur.

c) Le projet s'est heurté en outre à une difficulté supplémentaire tenant à la réticence de certains Etats à associer les travailleurs salariés à la procédure de faillite, alors que la France en venait à réclamer vigoureusement cette association, que les nouvelles dispositions françaises commandaient impérativement au bénéfice des salariés travaillant en France.

C'est pourquoi une nouvelle rédaction de l'article 18.3 suivant laquelle la loi applicable à la faillite "ne peut porter atteinte à l'application des lois des autres Etats contractants qui régissent la protection des travailleurs salariés dans le déroulement de la procédure". Puis, après avoir été une nouvelle fois modifiée, l'art. 18 a été ainsi rédigé :

- "1. La loi de l'Etat d'ouverture de la faillite détermine le déroulement de la procédure à suivre.
2. Sous réserve des dispositions contraires du titre IV, la loi de l'Etat d'ouverture de la faillite régit les effets ainsi que les conditions de l'opposabilité de la faillite aux tiers.
3. Nonobstant les dispositions qui précèdent, le syndic doit tenir compte de la législation des autres Etats contractants concernant l'information, après l'ouverture de la procédure, des travailleurs salariés occupés sur leur territoire."

Il faut souligner que cette disposition ne donne qu'un droit d'information aux travailleurs salariés (et non plus de consultation comme dans la deuxième modification du texte). On mesure aisément à travers les discussions et blocages suscités par cette disposition, à quel point les tentatives de rapprochement ou d'harmonisation doivent être conduites avec prudence.

2. Le projet du Conseil de l'Europe

En retrait sur les ambitions du projet de convention CEE, celui du Conseil de l'Europe, plutôt que de prétendre innover complètement, entend plus modestement s'inspirer des solutions qui se sont formées dans certains Etats (v. supra, pour l'Allemagne Fédérale et les U.S.A.) et vont dans le sens d'une entraide et d'une reconnaissance internationales limitées.

L'idée principale est de permettre au syndic - de liquidation - d'exercer certains pouvoirs sur des biens situés à l'étranger.

Le projet prévoit également, en cas d'ouverture d'une procédure dans un premier Etat, une information des créanciers résidant dans d'autres pays.

Si l'importance des biens et le nombre des créanciers situés à l'étranger le justifient, la possibilité d'ouvrir une faillite secondaire visant à une liquidation locale est en outre envisagée.

L'étendue des pouvoirs accordés au syndic étranger soulève cependant des difficultés, certains (délégation allemande) souhaitant qu'il puisse rapatrier les avoirs auprès du siège, d'autres - majoritaires - s'y opposent.

Orientés d'abord vers la faillite-liquidation, les travaux du Conseil de l'Europe se sont maintenant, en fonction des tendances réformatrices des Etats, attachés à la recherche de solutions de coopération internationale en matière de faillite-assainissement.

CHAPITRE V

ÉLÉMENTS ANNEXES

Ce dernier chapitre réunit, non sans artifice, deux éléments complémentaires :

- une note de synthèse retraçant l'élaboration du projet qui allait déboucher sur la loi française du 25 janvier 1985, petite exploration dans les travaux précédents ceux qui - situés entre le dépôt du projet de loi et le vote de la loi - sont en général désignés comme les travaux préparatoires de la loi : travaux pré - préparatoires donc.
- Le résumé, après traduction de l'italien, d'une conférence du Professeur G. FERRARO (Naples) introduisant de façon claire et vivante aux sinuosités et à l'empirisme du droit italien en ce qui concerne la protection des intérêts des salariés dans les procédures collectives.

I - NAISSANCE D'UN PROJET DE LOI

LES TRAVAUX "PRÉ-PRÉPARATOIRES" DE LA LOI FRANÇAISE
DU 25 JANVIER 1985 *

INTRODUCTION

=====

La réforme française de 1985 a voulu remédier à ce que l'on dénonçait comme "la faillite du droit de la faillite", échec du droit préexistant qui se manifestait principalement dans l'inefficacité des procédures de redressement et de suspension provisoire des poursuites, tandis que parallèlement, les défaillances portées devant la justice avaient une gravité croissante, à la mesure de la crise économique.

On souhaitait une réforme qui donne un rôle plus important aux pouvoirs publics (par le biais du Ministère Public, la réforme du 15 octobre 1981 n'étant qu'une étape) ainsi qu'aux salariés.

Il fallait également repenser le droit des entreprises en difficulté en fonction de l'intérêt de l'entreprise elle-même, source d'activité économique et d'emplois.

Il était donc nécessaire de construire un droit qui offre aux entreprises les moyens de prévenir les crises et d'assurer leur survie, lorsqu'elles sont viables : lorsque

* Cette note de synthèse, préparée par Marianne FEBVRE (DEA Droit Social, avocate) a pu retracer les différents stades de maturation du projet qui allait aboutir à la loi du 25.1.1985, grâce aux éléments d'information que M. Antoine Lyon-Caen nous a très obligeamment communiqués. Nous l'en remercions très vivement.

les mécanismes de prévention et de règlement amiable (curatelle) des difficultés naissantes ne pourront jouer, faire alors intervenir une procédure de règlement judiciaire (tutelle).

"Désormais unique dans son institution, et comportant un régime simplifié pour les petites entreprises, la nouvelle procédure aura pour objectif essentiel de rechercher et de mettre en oeuvre les moyens propres à assurer par voie de continuation ou de cession de la reprise, la sauvegarde d'un potentiel industriel et des emplois qui y sont attachés sans pour autant sacrifier les créanciers."

(Exposé des motifs du projet n° 15 78)

Les grandes orientations de la réforme ont été approuvées lors d'un comité interministériel en date du 12 janvier 1982. En voici la teneur, en ce qui concerne la procédure judiciaire :

"La tutelle est ouverte soit en cas de cessation des paiements, soit en cas d'échec de la curatelle.
 "L'ouverture de la tutelle entraîne désignation par le Tribunal d'un Expert chargé d'établir un diagnostic d'entreprise après consultation obligatoire de tous les intéressés (représentants des organisations syndicales ou du Comité d'entreprise; des pouvoirs publics et des créanciers ...). Le diagnostic débouche sur l'élaboration d'un projet d'entreprise, qui doit revêtir une double dimension :

- "- une dimension économique et financière (plan de financement et négociations avec un éventuel repreneur);
- "- une dimension sociale (échancier des licenciements, projets de reclassement, actions de formation, etc...).

"Ce projet est soumis au Comité d'Entreprise pour avis. Pendant cette période, la tutelle se manifeste par :

- "- la suspension provisoire des poursuites individuelles;
- "- les regroupements des créanciers en une assemblée qui désigne un mandataire en vue de la vérification judiciaire des créances;
- "- le dessaisissement ou l'assistance du chef d'entreprise (nomination d'un administrateur provisoire);
- "- la fixation impérative de la durée maximale de la mission d'Expert;
- "- la possibilité d'opérer des licenciements après information du Comité d'Entreprise.

"Le projet d'entreprise élaboré par l'Expert peut déboucher sur trois possibilités au choix du Tribunal :

- "1) La liquidation (où les modalités financières fixées par le projet sont contrôlées par la juridiction et mises en oeuvre par le représentant des créanciers);
- "2) La cession de tout ou partie de l'actif social (dont la réalisation est contrôlée par le Tribunal et conduite par l'Administrateur);

"3) La continuation sous tutelle de l'exploitation (par "les anciens dirigeants sociaux, qui peuvent parfois "être écartés).
 "Le comité d'Entreprise peut demander à être entendu
 "par le Juge Commissaire avant la décision du Tribunal."

Lors du Comité interministériel de 1982, les participants se sont accordés sur le fait que les questions suivantes restaient à étudier :

1) - la refonte de l'organisation et du fonctionnement des tribunaux de commerce;

2) - le droit des créanciers anciens et nouveaux, et notamment l'hypothèse d'une suspension du jeu des sûretés pendant l'exécution du projet de redressement, et son incidence sur le crédit;

3) - la refonte du mécanisme d'intervention de l'AGS.

Il a enfin été jugé que les fonctions d'Expert et d'Administrateur d'une part, de représentation des créanciers et de liquidateur d'autre part, devaient être exclusives l'une et l'autre.

A partir de ces orientations, quels ont été les points particulièrement *en question* lors de l'élaboration du projet de loi ? Quelles en ont été les solutions ?

C'est ce que nous examinerons en sept points, portant sur :

- §1 - Les conditions d'ouverture de la procédure
- §2 - La période d'observation
- §3 - Les organes de la procédure
- §4 - Le rôle du tribunal
- §5 - La situation des créanciers
- §6 - L'emploi des salariés
- §7 - L'exécution du plan de redressement

+

+ +

§ 1 - LES CONDITIONS D'OUVERTURE

=====

A. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA PROCEDURE

"Le redressement judiciaire est applicable à tout commerçant, à tout artisan, et à toute personne morale "de droit privé" (Art. 2 de la loi du 25 janvier 1985).

La seule extension qui a été prévue par le Groupe interministériel a intéressé les entreprises des secteurs des métiers (artisans), afin de mettre fin aux irritants contentieux de frontières, selon le caractère d'étendre la procédure à l'ensemble des entreprises non commerciales (agriculture, membres des professions libérales) préconisée par certains - et envisagée par la proposition de Loi FOYER de 1981 - n'a pas été retenue, car cela supposait soit la création de juridictions spécialisées, soit un renforcement important des juridictions civiles, ce qui n'était ni dans les vues ni dans les moyens du Gouvernement.

L'application de la procédure de tutelle aux entreprises artisanales a soulevé plusieurs questions :

1) - La détermination de la juridiction compétente, dans la mesure où les artisans ne paraissaient pas pouvoir relever de la compétence de la juridiction commerciale telle qu'elle est actuellement conçue : l'article 7 de la Loi prévoit en définitive que "le Tribunal compétent est le Tribunal de Commerce si le débiteur est commerçant ou artisan" (mais le projet de réforme des tribunaux de commerce n'a pas abouti) !

2) - l'adaptation de la procédure de tutelle aux petites entreprises commerciales et artisanales sous forme de procédure allégée (cf. titre II de la loi, applicable en principe aux personnes physiques ou morales qui emploient 50 salariés ou plus et dont le chiffre d'affaires HT est inférieur à 20 millions de francs : article 2 de la loi, article 1er du Décret n° 85.1387);

3) - l'extension de la garantie donnée aux salariés par l'AGS (cf. article 133 de la loi modifiant l'article L. 143.11.1 du Code du Travail) qui se traduit par un accroissement des charges sociales pesant sur les artisans. Mais cette extension est la raison essentielle de l'application aux entreprises artisanales de la procédure de tutelle, afin de garantir définitivement les créances de salaires et indemnités de licenciement des salariés de ces entreprises.

De fait, dans de nombreux cas, sous l'empire du régime de 1967, les artisans se faisaient inscrire au Registre du Commerce et des Sociétés à la veille d'effectuer leur dépôt de bilan, et les tribunaux de commerce étaient appelés à donner une interprétation extensive de la qualité de commerçant pour assurer cette protection.

Il est à noter enfin que le texte de l'article 2 de la nouvelle loi n'exige pas l'immatriculation au Répertoire des Métiers, et que dès lors, la procédure est applicable aux artisans de fait, comme elle l'est aux commerçants de fait.

B. LES CAS D'OUVERTURE DE LA PROCEDURE

La procédure de redressement judiciaire est ouverte (article 3 de la loi) :

- en cas de cessation des paiements (par le débiteur; sur assignation d'un créancier; par le Tribunal saisi d'office ou par le Procureur de la République);

- en cas d'inexécution des engagements financiers conclus dans le cadre d'un règlement amiable (par le Tribunal saisi d'office ou sur demande du Procureur, du débiteur, ou d'un créancier partie à l'accord).

Le projet de loi ne prévoyait pas de définir la notion de cessation des paiements, afin de laisser place à une application souple de la loi et à l'évolution de la jurisprudence (cf. exposé des motifs).

Or, l'article 3 de la Loi du 25 janvier 1985 définit finalement la cessation des paiements, comme "l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible" reprenant ainsi la définition donnée par la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation (com. 14 février 1978, D. 1978, IR 443; 7 décembre 1983, D. 1984 IR 280) et écartant de ce fait l'analyse de nature comptable retenue par le Tribunal de Commerce de Lille le 4 mars 1985 (Rev. Jurisp. Com. 1985, 191).

§ 2 - LA PERIODE D'OBSERVATION

=====

Caractérisée par un gel momentané des créances et des poursuites et par un maintien surveillé de l'activité, elle doit être mise à profit pour dresser, par expertise-diagnostic, le bilan économique et social et élaborer en concertation avec tous les partenaires de l'entreprise, un projet de plan de sauvegarde (v. l'exposé des motifs).

Deux questions se sont principalement posées, concernant la durée de cette phase d'observation et la comptabilité du recours à la location-gérance avec son objectif.

A. DUREE DE LA PERIODE D'OBSERVATION

Elle n'est pas fixée par l'avant-projet, mais dans l'esprit de ses rédacteurs, elle était limitée à trois mois renouvelables une fois (durée maximale : six mois).

Lors des discussions de niveau interministériel, la majorité des ministères s'est ralliée à une durée de six mois, décomposée ou non en deux périodes de trois mois, dont la durée pourrait être prolongée à titre exceptionnel par décision spécialement motivée, pour une durée maximum de six mois (durée maximale : un an).

C'est à peu de choses près la solution qui a finalement été retenue par l'article 8 de la Loi (trois mois renouvelables une fois par décision motivée du Tribunal; prolongation exceptionnelle à la demande du Procureur de la République, par décision motivée et pour une durée n'excédant pas six mois).

Le Ministère de la Justice avait pourtant soutenu que la durée de la période d'observation devait être enfermée dans des limites strictes (trois mois renouvelables par décision motivée pour une période n'excédant pas six mois), afin de remédier à des abus liés à la lenteur des procédures antérieures. La Chancellerie justifiait cette réduction, dans le cadre de la nouvelle procédure :

- par la présence d'un corps d'administrateurs spécialisés aptes à établir un bilan rapide de l'entreprise et à rechercher une solution;

- par le dépôt des offres d'acquisition dès l'ouverture de la procédure;

- par la consultation des créanciers sur les délais et remises, dissociée de la procédure de vérification des créances (laquelle peut donc être étalée sur une plus longue durée).

B. LA LOCATION-GERANCE PENDANT LA PERIODE D'OBSERVATION

La suppression totale du recours à la location-gérance a été envisagée par le Groupe de Travail pour les raisons suivantes :

- de nombreux abus avaient été constatés sous l'empire du régime de 1967, soit que la condition d'indépendance entre le débiteur et le locataire-gérant n'était pas respectée, soit que le locataire-gérant apparaissait comme le concurrent du débiteur ou ne donnait pas de garanties suffisantes;

- la création d'un corps d'administrateurs devait suppléer les carences des syndics en tant que gestionnaires, et faire de l'exploitation directe le mode normal de gestion d'une entreprise sous tutelle;

- enfin, le maintien d'un système de location-gérance apparaissait en contradiction avec la réforme, surtout s'il devait être utilisé pendant la phase d'observation, au cours de laquelle aucune décision importante de gestion ne devrait être prise, avant le diagnostic et le projet d'entreprise.

Sur cette question de la location-gérance, la position des différents ministères divergeait cependant, au point que le recours à l'arbitrage du Premier Ministre a été nécessaire.

Ministère de l'Economie et des Finances et Ministère de l'Industrie étaient favorables au maintien d'un recours à la location-gérance, mais uniquement aux termes de la phase d'observation, et en incluant une promesse de vente, afin de réaliser une forme de cession d'entreprise progressive (ce qui correspondait à la solution retenue en pratique dans des affaires très importantes : MANUFRANCE, BOUSSAC-SAINT-FRERES, SOCIETE FRANCO-BELGE).

Le Ministère du Commerce et de l'Artisanat se montrait favorable à la suppression de la location-gérance dans le cadre de la procédure simplifiée à cause du trop grand nombre d'abus constatés.

De son côté, la Chancellerie faisait remarquer que les abus tenaient moins à l'institution elle-même qu'à l'absence de respect des dispositions législatives destinées à les éviter. Elle faisait en outre valoir que malgré la création d'un corps d'administrateurs (remède à la location-gérance), des transitions devaient être envisagées, pour parvenir à la formation d'Administrateurs, en nombre suffisant. Enfin, il fallait tenir compte du fait que le mécanisme de la location-gérance avait été notamment utilisé pour les reprises par des SCOP ou par d'anciens cadres salariés. Le Ministère de la Justice proposait donc de remplacer les locations-gérances par la faculté donnée à l'Administrateur provisoire de faire participer, sous sa responsabilité, le candidat repreneur à la gestion de l'entreprise.

L'arbitrage, qui eut lieu à l'occasion du Comité restreint du 13 juillet 1982, a consisté à décider du maintien de la possibilité de recourir à la location-gérance, même pendant la phase d'observation initiale !

Il a toutefois été prévu de mettre en place des dispositifs permettant de lutter contre les abus antérieurement constatés.

En vertu de l'article 42 de la loi, le Tribunal peut donc, au cours de la période d'observation à la demande du Procureur de la République et après consultation du Comité d'Entreprise (ou délégués du personnel à défaut) autoriser la conclusion d'un contrat de location-gérance, même en présence de toute clause contraire (ex. Bail d'immeuble) "lorsque la disparition de l'entreprise serait de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale". Le contrat est conclu pour une durée maximale de deux ans; la durée de la période d'observation est prorogée jusqu'au terme du contrat.

Dans le cadre d'un plan de redressement, un contrat de location-gérance ne peut être conclu que par celui qui a promis de racheter l'entreprise aux meilleures conditions. Il est donc préalable à la cession (article 94 de la Loi).

§ 3 - LES ORGANES DE LA PROCEDURE

=====

La multiplication des "organes" de la procédure est l'une des innovations essentielles de la loi nouvelle.

Leur nombre, leur statut ainsi que leur mission sont tributaires de choix fondamentaux qui ont été faits lors de l'élaboration du projet de réforme.

Participent notamment à la procédure :

a) L'administrateur

Le Groupe de Travail avait initialement proposé que la mission de diagnostic et d'établissement du projet d'entreprise soit confiée à un Expert distinct de l'administrateur. Le Ministère de l'Economie et des Finances avait cependant émis une réserve sur ce point.

La formule retenue finalement (cf. article 10 de la loi) permet d'adjoindre le cas échéant à l'administrateur un "Expert en diagnostic d'entreprises"; mais l'administrateur reste seul responsable de l'établissement du bilan économique et social et du projet d'entreprise.

Il gère en outre provisoirement l'entreprise dans la limite de la mission qui lui est confiée par le Tribunal, lors du jugement d'ouverture (assistance ou représentation du chef d'entreprise). Sa présence est facultative dans le cadre de la procédure simplifiée (article 141 de la Loi qui prévoit que l'activité est poursuivie par le débiteur, sauf s'il apparaît nécessaire au Tribunal de nommer un administrateur, qui peut être soit l'Expert, soit un administrateur judiciaire, soit toute personne qualifiée).

La distinction entre les fonctions de l'administrateur et du représentant des créanciers est apparue essentielle aux rédacteurs du projet de loi.

b) Le représentant des créanciers

A l'origine du projet de Loi, celui-ci a pour mission exclusive d'établir la liste des créanciers en vue de l'établissement estimatif du passif puis de l'état définitif. L'article 46 de la Loi prévoit qu'il a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers.

Avec une mission plus large que celle qui avait été initialement prévue, il participe donc à la réalisation de l'actif et à l'apurement du passif.

c) Le représentant des salariés

Il avait été envisagé d'instituer un représentant des créanciers qui contribue à l'établissement des créances salariales, et qui représente le personnel à l'instance (cf. article 44 de la Loi).

Cependant, les rédacteurs du projet de Loi n'avaient pas déterminé si ce représentant devait être choisi par les membres du personnel ou parmi les "représentants habituels des salariés".

Il a finalement été décidé que les salariés désignent leur représentant "au sein de l'entreprise" (article 10).

D'autre part, lors de l'élaboration du projet, on avait également envisagé que ce représentant soit rémunéré par le Comité d'Entreprise, tandis que la Loi (article 44) décide que "le temps passé à l'exercice de sa mission ... est considéré de plein droit comme temps de travail et payé par l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur, selon les cas, à l'échéance normale".

d) Les contrôleurs

Leur statut n'est pas modifié par rapport au régime antérieur (article 15 de la Loi).

e) Le liquidateur

La création de cet "organe" a donné lieu à des divergences entre la position du groupe de travail et celle des représentants des Ministères.

Pour le groupe de travail, il convenait d'éviter de reconstituer, à travers cet organe, sous une autre forme, la profession de Syndic; ce qui excluait de confier la mission de liquidateur à l'administrateur.

Il lui paraissait en outre impossible de confier cette mission au représentant des créanciers, comme en avait décidé le Comité restreint du 12 janvier 1982. En effet, l'une

des critiques les plus fréquentes adressées au système de 1967 avait justement trait au cumul de la qualité de liquidateur et de celle de représentant des créanciers. Il était dangereux, aux yeux du groupe de travail, d'intéresser le représentant des créanciers au choix d'une solution; en outre, instituer le représentant des créanciers liquidateur obligeait à concevoir un autre statut moins léger que celui qui avait été originellement envisagé. Transformer, en cours de procédure un organe pour, de représentant des créanciers, en faire en plus un représentant de l'entreprise, aurait d'autre part présenté des inconvénients pratiques évidents, notamment dans le cas où l'administrateur ne serait plus en fonction.

Le groupe de travail envisageait donc de confier cette fonction soit à des fonctionnaires ou agents publics, soit à des membres de professions réglementées, ou encore de créer un corps de liquidateurs.

La première solution a finalement été écartée (cf. article 148 de la loi).

§ 4 - LE ROLE DU TRIBUNAL

=====

L'obligation imposée par le tribunal de la tutelle, soit au continuateur, soit au cessionnaire (repreneur) de l'entreprise, soit même au liquidateur, de respecter certaines charges est l'un des traits caractéristiques du nouveau régime de traitement des entreprises en difficulté.

On n'a toutefois pas voulu d'un système instituant un dirigisme judiciaire et les charges sont, après négociation et sur la base du projet d'entreprise et des offres éventuellement faites, acceptées par le continuateur ou par le repreneur.

Ces engagements concernent notamment l'activité de l'entreprise, sa forme juridique, les modalités et garanties de financement, le règlement du passif et l'emploi des salariés. C'est sur cette base contractuelle que les titres translatifs de droits réels ou personnels, ou les modifications de statuts de l'entreprise sont établis par l'administrateur. Le tribunal, après avoir contrôlé la conformité au plan de ces instruments, leur donne force exécutoire.

Ces éléments de la réforme ont pour but d'éviter les promesses fallacieuses des repreneurs ou continueurs et de les obliger à respecter ces charges. Le tribunal nomme à cet effet un Commissaire chargé de l'exécution du plan, et la modification du plan est subordonnée à l'intervention du juge (v. infra, § 7).

Lors de l'élaboration du projet de Loi, les discussions relatives au rôle du tribunal ont porté notamment sur :

1) Les créanciers : le tribunal peut-il leur imposer, sans distinction, remises et délais (v. infra, § 5) ?

2) Les dirigeants et organes sociaux de la personne morale :

- le plan de redressement peut prévoir une adaptation des formes juridiques de la Société et une reconstitution du capital. Dans ce cas, une alternative s'offrait aux rédacteurs du texte : soit laisser les organes sociaux prendre ces mesures sous la responsabilité de l'administrateur, soit y faire procéder par le tribunal lui-même (cf. articles 71 à 73 de la loi).

- Il est apparu que le tribunal devait pouvoir subordonner l'exécution du plan au remplacement des dirigeants (cf. article 23).

3) Les cocontractants : le tribunal devait-il pouvoir imposer la poursuite des contrats, le changement de cocontractant (en la personne du cessionnaire), modifier les clauses des contrats (cf. article 86) ?

Il faut noter que les Ministères de l'Economie et des Finances et de l'Industrie se sont montrés réticents à l'égard d'un trop grand dirigisme judiciaire.

§ 5 - LES CREANCIERS

=====

Le problème du passif vient au troisième rang des objectifs de la procédure; il ne s'agit plus de régler les créanciers, mais d'apurer le passif. Il faut noter également que l'apurement du passif est dissocié des mesures de redressement en ce qui concerne sa durée (cf. article 74 in fine).

A. LA SUPPRESSION DE LA MASSE

Le groupe de travail a proposé la suppression de la notion de masse personnalisée. Il a justifié cette proposition en faisant valoir que la masse représentait trop d'intérêts distincts et n'expliquait pas de façon satisfaisante que la poursuite de l'exploitation se faisait pour le compte ou dans l'intérêt des créanciers. En effet, si la masse, personne morale, représentait les intérêts collectifs des créanciers, elle jouait également un rôle d'ayant-cause (pour les actes passés avant le Jugement d'ouverture) et de tiers du débiteur (après le Jugement d'ouverture, ce dernier ne pouvait plus faire d'actes opposables à la masse); c'était toujours la masse qui, exerçant les droits du débiteur, le représentait, et justifiait ainsi la poursuite de l'exploitation; enfin, la notion de masse avait été utilisée pour distinguer les créanciers dans la masse et les créanciers de la masse de telle sorte qu'elle s'est identifiée à la procédure elle-même.

Le groupe de travail a préconisé une solution intermédiaire entre la situation de masse des créanciers dans la loi de 1967 et celle des créanciers dans l'Ordonnance du

23 septembre 1967 sur la suspension provisoire des poursuites : les créanciers se trouvent réunis dans un groupement sans personnalité juridique; le tribunal désigne un mandataire uniquement chargé de représenter les créanciers et défendre leurs intérêts. Le principe de suspension des poursuites individuelles et les règles de production sont conservés.

B. LA SITUATION DES CREANCIERS MUNIS DE SURETES

1. Phase liminaire

Il a été envisagé que pendant la phase liminaire :

- tous les créanciers soient soumis à la règle de la paralysie de leurs droits (cf. article 47);
- la règle de l'arrêt du cours des intérêts s'applique à tous les créanciers, même titulaires d'un privilège spécial, d'une hypothèque ou d'un nantissement (cf. article 55);
- la procédure de vérification des créances soit enfermée dans plusieurs délais afin d'en accélérer le cours : un délai pour produire la créance, à l'échéance duquel les créanciers doivent demander un relevé de forclusion (il a été prévu de rallonger le délai de quinze jours à deux mois pour éviter le trop grand nombre de procédures en relevé de forclusion; mais cf. article 53 de la loi et 66 du décret); un délai d'un an au terme duquel aucune action en relevé de forclusion n'est plus admise (article 53 de la loi), afin de permettre une détermination rapide du passif.

Le Ministère du Budget ainsi que le Ministère de la Solidarité Nationale se sont montrés hostiles à la fixation d'un délai impératif pour le relevé de forclusion en ce qui concerne le Trésor Public et l'URSSAF.

2. Plan de continuation

L'avant-projet prévoyait que le plan puisse imposer tant des remises que des délais à tous les créanciers chirographaires ou munis de sûretés, à l'exception des salariés. Les deux ministères cités ci-dessus se sont opposés à ce choix concernant les créances du Trésor et de la Sécurité Sociale. Pour la Chancellerie, il était au contraire essentiel de faire prévaloir le principe d'égalité de traitement de tous les créanciers. Cette question a été soumise à l'arbitrage du Premier Ministre (cf. article 74).

L'idée d'un règlement prioritaire des "créances modiques" fut envisagée mais n'a pas été retenue. Le ministère du Commerce et de l'Artisanat avait également proposé de prévoir le règlement prioritaire des créances des entreprises sous-traitantes dont l'activité est étroitement liée à l'entreprise en règlement judiciaire. Cette proposition a été écartée au motif qu'il existait déjà une action en paiement direct contre le maître de l'ouvrage (Loi du 31 décembre 1975).

Il a aussi été prévu de mettre en place des mécanismes permettant, pendant l'exécution du plan, la vente des biens grevés de sûretés spéciales moyennant le paiement immédiat des créanciers munis de sûretés (cf. article 78).

3. Plan de cession

- Créanciers titulaires de privilèges généraux
(cf. article 92) :

En cas de cession totale, comme c'était le cas dans le cadre de la cession à forfait, ils sont réglés dans l'ordre de préférence, après les créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure;

- Créanciers titulaires de sûretés spéciales
(cf. article 93) :

L'avant projet avait proposé trois solutions alternatives :

- soit une procédure de purge (qui contredit cependant directement l'objectif de redressement de l'entreprise),
- soit la conservation des droits de suite sur les biens cédés (en prévoyant alors un gel des poursuites),
- soit encore un mécanisme de transfert du passif correspondant au transfert des biens, c'est-à-dire un transfert judiciaire de dette avec au minimum le bénéfice de délais de paiement pour le cessionnaire.

4. Liquidation des biens (article 160 et suivants)

Dans l'esprit des rédacteurs, la réforme ne devait pas modifier le système antérieur, à quelques nuances près :

- aligner le droit de poursuite individuelle du Trésor Public sur celui des créanciers titulaires de sûretés spéciales;
- préciser les droits des créanciers gagistes;
- accorder une priorité aux créances nées pendant la phase liminaire.

Mais, l'innovation la plus importante, aux yeux des rédacteurs, consistait à ne plus permettre aux créanciers de retrouver leur droit de poursuite individuelle après la clôture de la procédure, sauf si leurs créances résultent de droits personnels au débiteur (comp. article 169).

C. LE SORT PARTICULIER DES CREANCES NEES DE LA POURSUITE DE L'EXPLOITATION

Le projet de réforme a prévu de ne plus faire supporter à la masse des créanciers le risque d'exploitation et de remédier, en outre, à l'un des principaux inconvénients de l'Ordonnance de 1967, où l'absence de masse empêchait la reconnaissance d'un privilège, en accordant aux créances nées pendant la période de tutelle un droit de préférence sur les créances nées antérieurement à la procédure, afin d'encourager le financement de la poursuite de l'exploitation.

Ce droit de préférence se distingue de la situation privilégiée des créances de la masse, dans la mesure où il prime les sûretés mobilières et immobilières spéciales, mais est primé par le privilège des salariés.

Il a également été envisagé, au cours de l'élaboration du texte, de garantir spécialement les avances de fonds "nécessaires à la poursuite de l'exploitation" pendant la période d'observation, en leur accordant un privilège qui se serait situé juste après le superprivilège des salariés, mais avant les autres créances nées de la poursuite de l'exploitation.

Le ministère du Budget ainsi que celui de la solidarité se sont montrés hostiles à l'introduction de ce nouveau privilège qui aurait diminué par voie de conséquence celui du fisc (simples créances nées de la poursuite de l'exploitation), mais aussi au fait que le traitement prioritaire (paiements à l'échéance) accordé à l'ensemble des créances nées de la poursuite de l'exploitation n'était qu'implicite (cf. la rédaction de l'article 40 de la loi).

Une autre proposition tendant également à garantir les créances nées de la poursuite de l'exploitation a été appuyée par le ministère de la Justice, à savoir que la cession de l'entreprise ne puisse être ordonnée sinon pour un prix permettant de régler ces créances. La chancellerie a soutenu que l'absence de cette garantie de paiement rendrait plus aléatoire le financement de la poursuite d'exploitation, les créanciers demandant alors un règlement comptant de leurs créances.

Le Ministère de l'Economie et des Finances s'est toutefois élevé contre une telle proposition, faisant valoir que, sous l'égide du CIRI, des cessions d'actif sont parfois négociées pour 1 F afin de sauvegarder l'emploi. Cette proposition aurait alors eu pour effet de faire financer la poursuite de l'exploitation sur les fonds publics.

D. LE SORT DES ACTIONS PROPRES A LA MASSE

1. Actions en inopposabilité

Les actions en inopposabilité de la période suspecte sont transformées en actions en nullité (articles 107 à 110 de la loi).

Le groupe de travail a proposé que ces actions soient exercées par l'administrateur provisoire, dans la mesure où il représente le débiteur, et que le produit des actions n'entre plus dans le patrimoine de l'entreprise, puisqu'il s'agit de véritables actions en nullité (c'est-à-dire une contestation du chef d'entreprise, par l'intermédiaire de son représentant, d'actes qu'il avait passés, en invoquant notamment la connaissance par le tiers de la cessation des paiements).

Mais le texte définitif (article 110) prévoit que ces actions sont exercées par l'administrateur, le représentant des créanciers, le liquidateur ou le commissaire à l'exécution du plan.

2. Actions en réparation du préjudice collectif subi par la masse

Il a été envisagé à l'origine que l'action en comblement du passif puisse être exercée par l'administrateur provisoire, par le représentant des créanciers, le Ministère Public, voire le comité d'entreprise, et que le montant de la condamnation soit affecté au patrimoine de l'entreprise.

Concernant le nombre des acteurs habilités à engager cette action (ainsi que celle en faillite personnelle), le Ministère de l'Economie des Finances s'est opposé à une ouverture de l'action au Procureur de la République, ainsi qu'aux représentants des salariés.

De leur côté, le Ministère du Budget et celui du Travail qui n'étaient pas hostiles à l'action du Ministère Public,

ont cependant émis de sérieuses réserves concernant celle des salariés.

L'article 183 de la loi ne mentionne finalement pas le comité d'entreprise, mais prévoit que le tribunal peut se saisir d'office, et qu'il peut également l'être par le commissaire à l'exécution du plan et par le liquidateur (outre les personnes ci-dessous mentionnées).

§ 6 - L'EMPLOI DES SALARIES

=====

La question des licenciements a été vivement discutée, qu'il s'agisse des licenciements commandés par l'urgence dès la phase d'observation ou de ceux qui devront accompagner le plan d'entreprise.

A. PENDANT LA PHASE D'OBSERVATION

Le groupe de travail a proposé qu'entre le licenciement et le maintien des salariés en activité, soit prévue la faculté de recourir, sous contrôle du tribunal, à une troisième solution : la suspension de tout ou partie des contrats, avec prise en charge des rémunérations par l'ASSEDIC. Le groupe entendait ainsi officialiser la formule déjà utilisée du recours au système du "chômage partiel total".

Il envisageait que cette solution soit proposée par l'administrateur, décidée par le tribunal, l'avis conforme de l'administration du travail pouvant éventuellement être requis.

Le groupe proposait également que pendant la phase d'observation, les licenciements soient soumis au contrôle du Tribunal de Commerce.

Tous les Ministères, à l'exception de la Chancellerie, ont été hostiles à ces propositions.

Concernant la suspension des contrats, le Ministère du Travail et le Ministère de l'Economie et des Finances notamment, étaient d'accord pour ne pas officialiser une pratique intervenant au coup par coup, car elle deviendrait rapidement une solution de facilité contribuant à prolonger des situations d'attente sans recherche véritable d'une issue à la procédure.

Le Ministère du Travail a fait valoir que l'extension de l'AGS aux licenciements intervenant au cours de la procédure et aux salaires dus pour la continuation de l'exploitation, offrait des garanties suffisantes pour éviter les licenciements qui ne correspondraient pas à la nécessité d'arrêter une exploitation déficitaire.

La proposition concernant la suspension du contrat de travail a finalement été rejetée après arbitrage du Premier Ministre (Comité restreint du 13 juillet 1982).

S'agissant du contrôle des licenciements intervenant pendant la phase d'observation, l'opinion de la majorité des Ministères a consisté à soutenir que la décision de licencier devait être de la responsabilité de l'administrateur, avec la seule garantie des sanctions pénales.

Lors des réunions interministérielles, il a été admis que le Comité d'Entreprise devait pouvoir contester en référé le caractère urgent et inévitable des licenciements.

Mais, le Ministère de la Justice s'est opposé à cette solution, car elle faisait naître, à ses yeux, un risque de blocage de la procédure par une utilisation systématique de cette voie de recours, rendue particulièrement inopportune par les difficultés d'appréciation du caractère inévitable et urgent des licenciements, son effet devant finalement être de transférer la responsabilité des licenciements (comp. article 45 de la loi).

B. LORS DE L'ADOPTION DU PLAN

1. Article L. 122.12 du Code du travail

Le groupe de travail a proposé que soit insérée dans le texte de la réforme, une disposition reprenant en substance l'article L 122-12 du Code du Travail, de façon à ce que les débats soient concentrés devant le tribunal de commerce (rénové), qui deviendrait ainsi compétent pour assurer également le respect du droit du travail.

Le CIRI (par l'intermédiaire du Ministère de l'Economie et des Finances) s'est montré réservé, cette proposition devant, selon lui, rendre plus rigides les conditions d'adoption et d'exécution d'un plan social.

La Chancellerie a fait valoir sur cette question que si des sacrifices sont imposés aux créanciers, c'est en contrepartie du maintien des emplois et des contrats de travail. Il lui semblait donc légitime que le tribunal qui prononce la tutelle ait aussi la responsabilité d'appliquer l'article L 122-12 du Code du Travail.

2. Rôle des représentants du personnel et de l'administration du Travail

S'agissant du mode d'adoption du plan, l'avant-projet prévoyait que :

"Le Tribunal ne peut arrêter un plan qui implique des licenciements qu'après avoir vérifié
 "- d'une part que le Comité d'Entreprise, ou à défaut les délégués du personnel, ont été informés et consultés,
 "- d'autre part que l'ampleur des licenciements, les critères de choix des salariés licenciés et les mesures de reclassement, d'indemnisation et de formation, ont fait l'objet de négociations avec les organisations syndicales représentatives, avec le concours de l'Administration du Travail et de l'Emploi.
 "Le tribunal donne mandat à l'administrateur de procéder aux licenciements.
 "Le Directeur Départemental du Travail et de l'Emploi saisi par l'administrateur a pour mission exclusive de veiller au respect des mesures négociées."

A la suite d'une réunion interministérielle, c'est un tout autre texte que l'on a ensuite retrouvé, dans lequel il n'était plus question de vérifier si les licenciements avaient fait l'objet de négociations, qui donnait à l'administrateur le pouvoir d'y procéder sans mandat, et dans lequel l'Administration du Travail ne jouait plus aucun rôle :

"Le tribunal ne peut arrêter un plan qui implique des licenciements qu'après s'être assuré que le Comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel ont été informés et consultés.
 "L'administrateur procède aux licenciements prévus par le plan dans le mois de son adoption par le tribunal, selon les règles applicables pendant la période d'observation."

Le Ministère de la Justice souhaitait cependant le maintien de l'ancien texte, notamment à cause du contrôle de la négociation, tandis que le Ministère de l'Emploi estimait que le contrôle du tribunal devait se limiter à la consultation du Comité d'entreprise, la responsabilité de prévoir les mesures de reclassement dans le projet d'entreprise devant appartenir à l'administrateur (comp. article 63 de la loi).

§ 7 - EXECUTION DU PLAN DE REDRESSEMENT

=====

Le plan de sauvegarde de l'entreprise arrêté par le tribunal doit être respecté par le chef d'entreprise qui continue l'exploitation ou par le repreneur de l'activité. L'avant-projet de Loi, pour assurer le respect du plan, prévoyait la nomination d'un Commissaire à l'exécution dudit plan, qui pouvait être l'administrateur, le représentant des créanciers, un Commissaire aux comptes, et entendait subordonner toute modification ou adaptation de plan à l'intervention du tribunal, qui devait pouvoir se saisir d'office ou être saisi par tout intéressé ou le Procureur de la République.

L'avant-projet voulait aussi, en cas de plan de continuation, que les biens indispensables à l'exploitation ne puissent être aliénés sans l'autorisation du Commissaire à l'exécution du plan.

En cas de plan de cession, le cessionnaire devait être autorisé par le tribunal à céder ou donner en location-gérance les éléments d'exploitation qu'il avait acquis.

Enfin, en cas d'inexécution grave du plan de cession, une procédure de règlement judiciaire devait pouvoir être ouverte à l'égard du cessionnaire.

Cette dernière disposition avait été remplacée, à l'initiative du Ministère de la Justice, par la faculté offerte au Tribunal de désigner un administrateur dans l'entreprise cessionnaire afin qu'il prenne toute mesure de nature à remédier à l'inexécution du plan.

Le Ministère de l'Economie et des Finances s'est cependant montré hostile aux propositions concernant le plan de cession, notamment à l'intervention du tribunal pour autoriser les modifications et adaptations.

Il souhaitait que le tribunal n'intervienne qu'en cas d'inexécution grave, et uniquement pour prescrire une expertise et modifier le plan, défendant ainsi une formule de vente à forfait (qui peut être subordonnée à certaines conditions imposées par le Tribunal au moment de la cession, mais qui demeure une vente amiable dont l'exécution est soumise aux règles du contrat).

Le Ministère de la Justice, de son côté, défendait un projet fondé sur un parallélisme qu'il jugeait souhaitable entre le maintien de l'entreprise par la continuation de l'exploitation ou par la cession. Dans les deux cas, la sauvegarde de l'outil industriel et des emplois y attachés justifiait le contrôle de l'exécution du plan.

Il rappelait, à ce titre, que le cessionnaire obtient des conditions avantageuses parce qu'il s'engage à maintenir l'activité et l'emploi et que l'exécution de ces engagements ne peut être laissée à sa seule discrétion.

Ces discussions ont abouti aux résultats suivants :

- l'institution d'un Commissaire à l'exécution du plan est maintenue (article 67) tant en cas de plan de continuation que de plan de cession;

- la nécessité que le tribunal intervienne pour modifier de façon substantielle les objectifs et les moyens du plan l'est également (article 68);

- l'inaliénabilité de certains biens indispensables à la continuation de l'entreprise peut être décidée par le tribunal (article 70);

- la location-gérance, lorsqu'elle est autorisée, comporte l'obligation d'acquérir à son terme (article 62);

- en cas de plan de cession, le cessionnaire doit être autorisé par le Tribunal pour aliéner ou donner en location-gérance les biens qu'il a acquis (article 89);

- seule l'inexécution des engagements financiers n'est finalement sanctionnée (cf. articles 80 et 90 de la Loi).

Dans l'hypothèse d'un plan de continuation, une nouvelle procédure de redressement est engagée, mais ne peut tendre qu'à la cession ou à la liquidation. Dans le cadre d'un plan de cession, à défaut de paiement du prix, le Tribunal peut nommer un administrateur ad'hoc.

CRISE DE L'ENTREPRISE, PROCEDURE DE CONCOURS DE CREANCES ET
PROTECTION DES TRAVAILLEURS - G. FERRARO (Naples) *

-:--:--:--:--:--:--:--

1. La séparation actuelle du droit des procédures de concours et du droit du travail dans l'entreprise en crise :

Les nombreuses analyses récentes sur le thème qui fait l'objet de cette étude, reflètent en grande partie le droit positif, qui régit de manière séparée, comme s'ils appartenaient à des phénomènes totalement étrangers, d'un côté la protection des salariés de l'entreprise en crise et d'un autre, les procédures de sauvetage industriel.

L'objet du présent exposé consiste à tenter néanmoins, de saisir les modalités de la protection des intérêts collectifs des travailleurs, en cas de crise de l'entreprise et lors des procédures de sauvetage de celle-ci.

Sont exclus certains thèmes traditionnellement abordés dans cette matière, et notamment celui lié aux effets de la faillite sur le maintien du contrat individuel de travail, ainsi que tout ce qui relève de la procédure proprement dite.

Ce choix a été guidé par la perspective que l'on a voulu donner à l'étude, à savoir :

- dégager les principales tendances actuelles,
- étudier la cohérence entre les outils juridiques particuliers et ces tendances,
- en tirer les éléments de coordination possibles des différents domaines de discipline.

2. Le cadre législatif de référence :

En ce qui concerne les procédures de concours, la tendance actuelle consiste à dénoncer l'inadéquation de la législation de 1942 élaborée dans un contexte socio-économique libéral, et qui tend dès lors à favoriser l'exclusion du marché des entreprises marginales et non compétitives (1). Dans ce con-

* (Contribution à un séminaire organisé par le Centre d'Etudes sur le droit du travail Domenico Napoletano, le 25 janvier 1985 Traduction résumée par Marianne FEBVRE).

texte, toute tentative tendant à assurer la sauvegarde de l'entreprise ou à permettre la poursuite de l'activité de production est rendue vaine du fait de l'insuffisance de la réglementation des procédures de conservation et de réorganisation.

S'agissant du droit du travail, le critique dénonce le peu d'attention qu'il accorde aux intérêts des travailleurs aussi bien en tant que créanciers qu'en tant qu'instance susceptible de jouer un rôle dans le processus de conservation de l'appareil de production (2).

Toutefois, le cadre législatif traditionnel a subi un certain nombre de modifications importantes :

Le système relatif aux procédures de faillite mis en place en 1942 a été bouleversé dans la seconde moitié des années 1970 par une série de textes relatifs à l'entreprise en crise et notamment par

- une loi n° 675 du 12 août 1977 sur la reconversion industrielle,
- une loi n° 787 du 5 décembre 1978 sur l'assainissement financier des entreprises industrielles,
- une loi n° 95 du 3 avril 1979 sur l'administration extraordinaire des grandes entreprises en crise.

Autour de ces textes centraux gravitent quelques lois particulières, auxquelles, imprudemment, on donne souvent une portée générale, qui concernent simplement soit des entreprises ou des groupes d'entreprises, soit des secteurs de production ou des zones géographiques particulières (3).

Dans ce nouveau contexte législatif, les principes qui gouvernent la protection des travailleurs ont été quelque peu infléchis. Des textes nouveaux régissent aujourd'hui, en outre, les aspects particuliers du facteur "travail" dans le cadre de ces nouvelles procédures (cf. loi n° 445 du 13 août 1980 ; loi n° 544 du 2 octobre 1981 ; loi n° 119 du 31 mars 1981 relatives à l'indemnisation de l'ancienneté dans la procédure d'Administration extraordinaire ; cf. infra)

De cet ensemble législatif découle un système complexe et dispersé, construit autour de modèles diversifiés du déroulement de la crise de l'entreprise et de lois sectorielles parfois improvisées.

A. LES CREANCES SALARIALES

3. La protection des créances salariales dans les procédures de concours ;

Jusqu'à une période récente, l'article 2278 du Code Civil plaçait les créances salariales au 14° rang des privilèges généraux ou spéciaux sur les biens mobiliers. Des dispositions nouvelles (Loi n°153 du 30 novembre 1969 puis loi n°426 du 29 septembre 1975) ont accordé un privilège de premier rang aux créances de salaires et d'indemnités de rupture en cas de cessation d'activité.

En cas de réalisation infructueuse des biens mobiliers, l'article 1er, paragraphe 3, de la loi n°297 du 29 mai 1982 accorde en outre un privilège immobilier aux créances liées à la rupture du contrat de travail (4). Malgré quelques réserves quant à l'efficacité réelle de ce système (5), ces règles traduisent néanmoins une tendance nouvelle, favorable à la satisfaction préférentielle des créances du travail.

4. Le fonds de garantie des créances salariales :

Cette tendance trouve son accomplissement dans l'institution d'un fonds de garantie par l'article 2 de la loi n°297 de 1982 (6)

Le champ d'application de la garantie soulève cependant difficulté, notamment dans le cas de mise en oeuvre des procédures de crise.

S'agissant de l'Administration contrôlée, l'intervention du fonds ne devrait en principe pas être autorisée, dans la mesure où l'article 2 de la loi n°297 de 1982 impose une condition d'insolvabilité du débiteur qui fait défaut (7). Pourtant, une interprétation extensive des textes est venue la permettre, au risque de précipiter les difficultés de l'entreprise en affaiblissant prématurément les remèdes préventifs naturels.

Concernant l'administration extraordinaire, la question est plus complexe ; en effet, il s'agit de savoir si le caractère de dette de masse accordée aux indemnités d'ancienneté par la loi n°544 de 1981, en cas de licenciement à la suite d'un décret autorisant la poursuite de l'activité (8), est compatible

avec le bénéfice du fonds de garantie.

Après avoir analysé les différentes thèses en présence, il faut considérer en définitive qu'il y a lieu d'exclure du champ d'application du fonds de garantie les créances des salariés des entreprises sous Administration extraordinaire. Cette thèse serait confirmée indirectement par le fait que le législateur est intervenu - par une loi n°212 de 1984 - pour inclure rétroactivement dans les dettes de masse les indemnités d'ancienneté lorsque la rupture intervient dans les deux années précédant le décret ministériel (cf. infra sur ce point). Si ces sommes avaient été garanties par le fonds, cette réforme n'aurait en effet pas eu lieu d'être.

5. La garantie des créances salariales et leur influence sur le choix de la procédure :

Les choix faits par le législateur concernant la protection des créances de salaires ne sont en réalité pas indifférents.

Dans le cas de l'Administration extraordinaire, les créances salariales, par le mécanisme ci-dessus mentionné de la loi de 1984, sont artificiellement transformées en créances de la masse. Ce procédé permet une satisfaction plus rapide de la créance - au moins en théorie - et contribue, des lors, à favoriser l'acceptation spontanée par les salariés de solutions de mobilité.

Au contraire, à partir du moment où le fonds de garantie est appelé à intervenir, la mutualisation du risque d'insolvabilité joue dans le sens d'une plus grande solidarité du personnel et limite en conséquence la "fuite" des éléments les plus professionnels et la recherche de solutions individuelles.

Il est donc curieux de noter que le mécanisme institué en 1984 et qui visait à avantager les salariés des entreprises sous Administration extraordinaire, devienne finalement en pratique un obstacle à l'assainissement et à la conservation de l'appareil de production (ce d'autant qu'il existe d'autres incitations au départ, plus efficaces, telles la préretraite etc.)

Cette constatation fait apparaître les carences résultant de l'absence de coordination entre la législation relative aux procédures de concours et le droit du travail, et les résistances

à concevoir que ces procédures ne sont pas, a priori incompatibles avec les procédures dérivant du droit du travail, de sauvegarde du potentiel des productions.

B. LA SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

6. La protection du poste de travail :

Le maintien de l'emploi, à travers la poursuite de l'activité de l'entreprise une fois restructurée ou reconvertie, constitue le deuxième objectif poursuivi en ce qui concerne les travailleurs (9).

Parmi les nouvelles procédures de sauvetage et d'assainissement de l'entreprise, deux se détachent particulièrement :

- d'une part, la législation sur l'Administration extraordinaire des grandes entreprises en crise ;
- d'autre part, celle relative à l'intervention du GEPI.

Avec la première, il s'agit de sauvegarder l'intérêt général économique par le sauvetage des gros complexes industriels. Cet objectif rejoint pour finir celui du maintien de l'emploi. De son côté, l'intervention du GEPI a pour objectif unique et direct de préserver l'emploi, notamment dans des régions particulièrement déprimées (10).

Malgré cette différence importante, on peut remarquer que :

- ces dispositions reflètent une transformation certaine du contexte social et politique qui inspirait à l'origine la réglementation sur la faillite : les intérêts des catégories de créanciers autres que les salariés (compagnies d'assurances, institutions de crédit, fournisseurs) sont sacrifiés non seulement lorsque leurs créances entrent en concours avec celles liées au travail, mais également lorsqu'ils se trouvent confrontés aux objectifs d'assainissement de l'entreprise ;
- ces dispositions confèrent un pouvoir discrétionnaire aux pouvoirs publics tant dans l'évaluation du degré de la crise que dans le choix des procédures d'intervention ;
- ces dispositions ne sont qu'approximativement coordonnées avec les procédures de faillite traditionnelles ; elles ne le sont parfois même pas du tout (cf. l'intervention du GEPI) ;

- enfin, elles obligent à remettre en cause des notions traditionnelles (telle la définition de l'insolvabilité) et à renforcer des conceptions nouvelles (telle la séparation entre le sort fait au patrimoine et celui fait à l'appareil de production de l'entreprise), et ce avec de fortes conséquences sur le plan pratique (22)

7. Le droit des salariés des entreprises en crise :

Il est fragmenté, peu organisé, mais cependant pas totalement dépourvu de logique ; une ligne conductrice se dégage de la procédure du "Décret déclarant l'entreprise en crise" organisée par la loi n°675 de 1977 (11)

La procédure prévue a été conçue pour permettre l'intervention la plus étendue d'une "Cassa Integrazione straordinaria" (régime particulier d'indemnisation des salariés en chômage technique).

Les constats de la CIPI, organisme administratif, qui préparent l'intervention de la Caisse d'Intégration, se fondent sur une évaluation politique des intérêts engagés dans l'entreprise, ainsi que sur l'impact de la crise quant à l'emploi. Cette intervention peut concerner des entreprises se trouvant à des stades très différents de difficultés (des entreprises saines engagées dans un processus de restructuration, aux entreprises en faillite irréversible).

Aussi, le concept de Crise d'entreprise n'a plus aucun lien précis avec les conditions qui déterminent le déclenchement de la procédure de concours ; l'insolvabilité n'est ni une condition nécessaire ni une condition suffisante à l'intervention de la Caisse d'intégration.

Le décret déclarant une entreprise en crise, à l'origine conçu uniquement pour permettre l'intervention de la Caisse d'intégration et la mobilité, est devenu aujourd'hui un préalable

- soit à la mise en oeuvre de mesures introduites plus récemment dans la législation : procédures de mobilité (12); pré-retraites (13); ou indemnisation spéciale de chômage à défaut ;
- soit à l'inapplicabilité de certaines règles du droit commun du travail : dès lors que des négociations avec les syndicats ont abouti, l'article 2112 du Code civil relatif au main-

tien des contrats en cas de transfert d'entreprise n'est plus applicable (14) ; l'obligation de réserver un quota de postes de travail à des catégories particulières de travailleurs protégés, est écartée ; les effets des licenciements intervenus sont suspendus (15) etc.

Ce régime juridique particulier des entreprises en crise a des effets différents selon qu'il intervient alors qu'une procédure de liquidation a été engagée (prévention des conflits sociaux et cessation progressive d'activité facilitée) ou en présence de procédures de restructuration et d'assainissement (réduction de l'emploi et requalification de personnel).

8. Reconversion industrielle et procédure de concours :

En vertu de la loi n°675 de 1977, les dispositions relatives à la mobilité interentreprises étaient destinées à s'appliquer à des situations de véritable restructuration.

Mais peu à peu, leur mise en oeuvre a été généralisée, au point que les mesures ont été détournées de leur finalité première. La loi n°301 de 1979 qui permet de suspendre les effets des licenciements prononcés après la déclaration de faillite pour permettre l'intervention de la Cassa Integrazione a d'ailleurs joué un grand rôle dans ce mouvement de généralisation.

9. La suspension des effets de licenciements prononcés après la déclaration de faillite pour permettre l'intervention de la Caisse d'Intégration :

La loi n°301 de 1979 ne s'applique qu'aux licenciements prononcés après la déclaration de faillite et en conséquence de celle-ci (et non, par exemple, pour les licenciements pour motif individuel). Une fois la demande présentée (par le syndic), il appartient à la CIPI d'évaluer l'opportunité de l'intervention selon la situation locale de l'emploi ou selon le secteur de production concerné.

Mais le syndic n'est pas tenu de procéder à des licenciements pour pouvoir demander l'intervention de la Caisse d'Intégration ; il lui suffit de présenter un plan de reprise

de l'activité productive susceptible de justifier sa demande. Ce n'est qu'en l'absence d'une telle perspective qu'il est contraint de procéder à des licenciements et que la loi n°301 de 1979 devient applicable. Cette procédure n'a donc aucune influence sur le nombre de licenciements. Enfin, si cette procédure suspend les effets des licenciements afin de permettre, artificiellement, l'intervention de la Caisse d'Intégration, il n'en demeure pas moins que, pour le reste, le lien contractuel est véritablement dissous.

Cette procédure est donc sans effet pervers. En cas de transfert de l'entreprise, elle n'oblige pas non plus le salarié à attendre la fin de l'intervention de la Caisse d'Intégration pour bénéficier de l'indemnité de fin de contrat versée par le fonds de garantie.

Enfin, l'intervention de la Caisse d'Intégration peut se prolonger même après la clôture de la faillite.

10. La Caisse d'Intervention, forme de protection du revenu ;

Si, en principe, le Décret déclarant une entreprise en crise peut intervenir à tous les degrés de difficultés auxquelles font face les entreprises, la loi n°301 aboutit à créer une catégorie particulière d'entreprises en crise ; elle n'intervient en effet qu'en présence d'entreprises engagées dans une procédure de concours, c'est-à-dire en crise établie et irréversible ; dans ce dernier cas, l'intervention de la Caisse d'Intégration n'est justifiée que par des considérations relatives à l'emploi local.

Aussi, les principes qui dirigeaient l'intervention de la Caisse d'Intégration ont été dans ce cas totalement détournés de leur finalité, pour en définitive assurer un revenu aux travailleurs des entreprises en faillite, qui avaient été exclus du bénéfice de l'allocation de l'indemnité de chômage spécial par la jurisprudence.

11. CONCLUSION

Si la situation des travailleurs en tant que créanciers s'est considérablement améliorée, il faut remarquer néanmoins

que la protection du niveau de l'emploi fait toujours l'objet d'une réglementation précaire et désorganisée. Il n'existe pas de véritable coordination entre la procédure traditionnelle de concours et les lois ou politiques de sauvetage industriel. Les résultats de la législation sur l'Administration extraordinaire des entreprises en crise sont décevants tandis qu'il n'existe par ailleurs aucune procédure précise et efficace de protection du complexe industriel, si bien que l'intervention publique de sauvetage n'est liée qu'à l'activisme d'opérateurs particuliers.

De son côté, le droit du travail, inspiré exclusivement par des motifs d'assistance, ne parvient pas à incorporer des techniques crédibles au regard des opérations de sauvetage ou d'assainissement industriel. En général, la législation du travail se présente de façon relativement neutre, et cela explique qu'elle puisse coexister indifféramment avec des procédures de sauvetage de celle-ci. Elle peut cependant jouer un rôle négatif dans certains cas et accélérer les déclarations de faillite et les procédures de liquidation.

S'il apparaît clairement qu'il n'existe aucune politique législative orientée en faveur des processus de la conservation et de la transformation des complexes de production, il reste qu'il existe un éventail de moyens juridiques et techniques qui, bien coordonnés, permettraient d'envisager des solutions alternatives à celles qui prévalent traditionnellement dans les procédures de concours.

Cela impliquerait néanmoins que les organes représentant les intérêts collectifs des travailleurs, en particulier les syndicats, obtiennent une plus grande responsabilisation, dont l'absence n'est plus justifiable dans la mesure où il existe de véritables choix quant aux procédures à engager.

Guir commercial I976 II p.237 ; CESSARI : "les effets de la faillite sur le contrat de travail", in Dir Fall I967 I 306 p.97 ; MAGRINI ; "la substitution subjective dans le rapport de travail" Milano I980 p.29-30.

3) Cf. par exemple la loi du 28 novembre I980 n°784 et le décret-loi du 9 décembre I98I n°72I sur l'assainissement du groupe SIR ; les lois du 6/06/I977 n°267 et du I5/06/I978 n°279 sur le sauvetage de l'EGAM, ou encore, la loi du 24 mars I980 n°8I relative à l'augmentation du fonds de dotation de l'ENI pour l'acquisition de Montefiore, ou la loi du 5 mars I982, n°63 relative aux interventions de la GEPI dans le secteur de l'électronique, des biens de consommation et des composants.

4) Le système de préférence des créances dans le cadre d'une réalisation subsidiaire sur la valeur des immeubles, dans le cas d'infructueuse réalisation des biens mobiliers, est structurée selon le schéma suivant :

- 1) créances hypothécaires,
- 2) créances relatives aux indemnités de rupture de contrat et aux indemnités de préavis non exécuté (art. 2776 § I),
- 3) créances de travail aux termes de l'article 275I bis du code civil, autres créances prévues des articles cités 275I, et 275I bis du code civil (art. 2776 § II).
- 4) créances de l'état indiqués à l'article 2752, § III du code civil, relatives aux impôts, aux amendes pécuniaires et aux surtaxes dues selon les normes relatives à l'impôt sur la valeur ajoutée (art. 2776 § III),
- 5) créances contractées sous seing privé.

5) Sur l'évolution décrite voir GIUCNI, DE LUCA TAMAJO, FERRARO : "l'indemnité de rupture de contrat "Padova Cedam p.I3I et suivantes ; également GHERA-SANTORO PASSARELLI : "la nouvelle indemnité de rupture de contrat "Milano I982 p.44 ; VALLEBONA "l'indemnité de fin de contrat de travail" Milano, I984, p.I23 et suivantes ; SANTORO PASSARELLI, cité,

"de l'indemnité d'ancienneté à l'indemnité de fin de contrat de travail" Milano 1984, p.195 et suivantes; sur l'efficacité du système, voir en particulier LOCASCIO "l'indemnité de fin de contrat" dans "le Società" 1982, p.987 et suivantes.

6) Sur le fonds de garantie, cf. Giugni, De Luca Tamajo, Ferraro, opus cité, p.135 et suivantes ; Vallebona "l'indemnité de fin de contrat" cité p.124 et suivantes, CAIAFA : faillite de l'entreprise et indemnité de fin de contrat dans Droit du Travail I p.417 ; ALLEVA "Législation et négociation collective en 1981-82" dans Journal du droit du travail et Relat. Ind. 1982 p.542.

7) Cf. BIOLCHINI fonds de garantie (en l'indemnité de fin de contrat et administration extraordinaire des grandes entreprises en crise" dans Rev.Jur. du trav. 1983, 247.

8) Dans les mêmes termes, mais avec une portée plus étendue, voir également le décret-loi du 28/04/1982 n°185 inclus dans la loi n°381 de 1982 (connu comme "décret Lauro") et selon lequel les dettes des entreprises de navigation maritime liée, aux contrats de travail dépendants, ou les dettes des entreprises elles-mêmes envers des personnalités extérieures dont les actions conservatoires ou exécutoires menacent la poursuite de l'activité de l'entreprise, sont considérées, même si elles ont surgi avant le début de la procédure, comme des dettes contractées en cas de poursuite de l'activité de l'entreprise aux sens de l'article III n°1 R.D. II/03/1942 n°267. Sur cette disposition, de manière plus critique, cf. MINERVINI "Administration extraordinaire = indemnité d'ancienneté et préduction", dans Droit Comm.1981 I p.900 ; voir aussi FIDANZA "Commentaire", dans Les nouvelles lois civiles commentées, 1982 p.743 ; BIOLCHINI, "Fonds de garantie" op.cit.

9) La déclaration de faillite ne constitue pas une hypothèse de résiliation justifiée du contrat (art. 2249 du c.c.) ni une force majeure (art. 1526 c.c.) cf. Cassation Sect.Trav. 21/06/79 n°3493 de Foro It. 1979. Sur le maintien du contrat

pendant la faillite cf. diverses opinions : ANDRIOLI " la réglementation des licenciements et la faillite" dans Stud. in mem. Ascarelli ; Milan 1969 p.2512 ; GRANDI "les modifications subjectives du contrat de travail" Milan 1972 p.333 ; GRASSETTI "faillite et contrat de travail" dans Jur.Comm. 1979 4I ; ALLEVA " faillite" op.cité p.24I suivantes ; Buzzoni-Zoccola "la continuité" cit. p.252. Sur la problématique du maintien de l'emploi, la littérature est très vaste ; cf. en particulier "problèmes actuels de l'entreprise en crise" et là en particulier : MINERVINI "Quelques références en matière de déroulement de la crise d'entreprise" p.I3 ; FRANCESCHELLI "l'apprenti sorcier, l'élixir de longue vie et l'entreprise immortelle" p.45 ; GAMBINO "Aspect de l'activité de l'entreprise dans les procédures de concours de créance à la lumière de la réglementation sur l'administration extraordinaire des grandes entreprises" p.I55 ; VASSALLI, la notion d'insolvabilité (à la lumière des récentes interventions législatives sur les entreprises en crise) p.2I5 ; voir aussi CASTELLI la crise d'entreprise dans Traité de droit commercial F. Galgano Padoue 1978 p.623 et suiv.

IO) Sur les fondements et les finalités de l'intervention du GEPI ainsi que sur le détournement des finalités d'origine voir MAISANO "le financement" op.cit. p.IO et suivantes. Sur le modèle juridique GERI voir particulièrement VISENTINI "observations sur la structure juridique de la GEPI Banc Bourse 1973 I p.304 ; Sur le mode d'intervention du GEPI appelé "le sauveur institutionnel" voir les considérations synthétiques de GRASSINI Les Entreprises publiques. "Stat. et Ind. en Europe : l'Italie" : Grassini p.I02 et suivantes.

II) Sur le décret de crise d'entreprise et les effets qui en découlent cf. d'ANTONA : "l'intervention extraordinaire de la Cassa Integrazione dans les crises d'entreprise : "intérêts publics, collectifs, individuels" dans Revue du Droit du Travail I p.I5 et suiv. ; voir aussi MAGNANI, commentaire de l'article 2 à 2I de la loi 675/I977 dans les nouvelles lois

ci. et comm. "1978 n°3 -635 ; MARIUCCI "les licenciements impossibles" = crise de l'entreprise et mobilité dans le travail" Dans rev.trim. de droit de procédure civile 1979-I405 ; MAGNANI: "garantie du salaire et stabilité du contrat de travail" dans Rev. du droit du Trav. 1978, I,157 ; FERRARO : "mobilité du personnel et reconversion industrielle" dans la crise de l'entreprise industrielle" par G. MINERVINI - Naples 1980 - 184 - id - "Cesse d'intégration des salaires et crise de l'entreprise dans les lois sur la reconversion industrielle" dans Rev. Trim. du droit de proc. civ. 1979 p. 1000.

I2) Sur les procédures de mobilité, d'ANTONA "la réglementation de la mobilité des travailleurs dans la loi sur la reconversion industrielle" dans le droit du trav. de l'urgence" Naples 1979 - PERA : "mobilité des travailleurs et réglementation de l'embauche" dans travail et prev. aujourd'hui ; PANDOLFO : "la réglementation de la mobilité dans le décret-loi du 13 décembre 1978 n°975 et dans la loi du 3 février 1979 n°36 : quelques observations dans rev. du droit du trav.1979 I, 217 ;

I3) Sur la pré-retraite voir VACIRCA : "Reflexions sur la législation de la crise : le cas de la pré-retraite" dans rev. du droit du trav. 1983, I p.85 et suivantes.

I4) Voir aussi l'article 5 du décret-loi du 9 décembre 1981 n°721 relatif à l'assainissement du groupe SIR. Cf. VALLEBONA "le transfert des entreprises en crise" l'aide donnée à l'acheteur et protection des postes de travail dans Journal du droit du travail et des relations industrielles 1980 p.269 et suiv. ; RESCIGNO : "crise de l'entreprise, transfert d'entreprise et contrat de travail "dans prob. d'actualité cité, p.283

I5) Sur cette dernière règle cf. IANNIRUBERTO : "faillite, Caisse d'Intégration, licenciement des travailleurs" dans Dr. du travail 1980 p.438 et suiv. MAGNANI : "Règles en matière d'intégration salariale en faveur des travailleurs des zones du Mezzogiorno "dans les nouvelles lois civiles commentées

1980 spécialement p.314 et suivantes. ICCHINO : "peu de lumière et beaucoup d'ombre sur la nouvelle réglementation des licenciements collectifs dans le cours de la procédure de faillite", dans rev. du Dr. du trav. 1979, I p.465 ; également dans une perspective plus systématique SPARANO : "faillite et caisse d'intégration des salaires "Padoue 1981, spécialement p.165 et suivantes.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Chapitre préliminaire : <u>QUESTIONNAIRE</u>	5
Chapitre 1 - <u>RECHERCHE PAR QUESTIONNAIRE</u>	13
- Note préliminaire	14
I - Généralités	16
II - Chronologie	32
III - Compétences	49
IV - Les Salariés	61
(République Fédérale Allemande, p. 16,32,49,61; Angleterre, p. 19,34,51,64; Etats-Unis, p. 22,37,53,67; Finlande, p. 24,39,55,69; Hongrie, p. 26,41,56,71; Italie, p. 28,43,58,73; Yougoslavie, p.31,45,60,75.)	
Chapitre 2 - <u>RAPPORTS SUR QUESTIONNAIRE</u>	77
I - Prof. H. GESSNER et K. Plett (Université Breme). LE DROIT DE L'INSOLVABILITE EN R.F.A.	79
II - Prof. B. NAPIER (Queen Mary College, Londres) : INSOLVABILITE ET PROCEDURES COLLECTIVES EN DROIT ANGLAIS	104
CHAPITRE 3 - <u>UNE ORIENTATION NOUVELLE DU DROIT EUROPEEN : LA SAUVEGARDE DE L'ENTREPRISE ET DES EMPLOIS</u>	135
I - Les innovations procédurales	138
A. Un droit de la prévention	138
B. Un droit du redressement	141
II - La nouvelle situation des salariés	147
A. Présence	148
B. Absence	151

Chapitre 4 - <u>DROIT COMMUNAUTAIRE ET EUROPEEN</u>	154
I - Les directives communautaires sur la protection de l'emploi et les licenciements de faillite	155
A. La directive 75/129 CEE relative aux licenciements collectifs	156
B. La directive 77/187 CEE sur les transferts d'entreprises ou d'établissements	160
II - Note sur les aspects sociaux du règlement des faillites internationales	167
A. De la territorialité à la coopération internationale : les droits nationaux	167
B. De l'universalité à la coopération internationale : les projets de convention	169
Chapitre 5 - <u>ELEMENTS ANNEXES</u>	173
I - <u>Naissance d'un projet de loi : les travaux "pré-préparatoires" de la loi française du 25 février 1985</u>	175
II - <u>Complexité du droit italien</u> Prof G. FERRARO (Univ. de Naples) : CRISE DE L'ENTREPRISE, PROCEDURE DE CONCOURS DES CREANCES ET PROTECTION DES TRAVAILLEURS	200
A. Les créances salariales	202
B. La sauvegarde de l'emploi	204