

Projet de loi

modifiant les articles L. 126-1 et L. 541-1 du Code du travail.

Avis du Conseil d'Etat

(6 décembre 2011)

Par dépêche du 26 septembre 2011, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a saisi le Conseil d'Etat pour avis du projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration.

Le texte du projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs, d'une fiche financière et d'une fiche d'évaluation d'impact.

L'avis de la Chambre des métiers a été communiqué au Conseil d'Etat par dépêche du 7 octobre 2011, celui de la Chambre de commerce par celle du 4 novembre 2011. Au jour de l'adoption du présent avis, le Conseil d'Etat ne fut pas saisi de l'avis de la Chambre des salariés.

Considérations générales

Le projet de loi sous rubrique fut déposé à la suite des difficultés constatées, au niveau de la mise en œuvre du versement des salaires arriérés, en cas de mise en faillite d'une entreprise comportant de nombreux salariés.

Il y a lieu de rappeler qu'aux termes de l'article L. 125-1 du Code du travail, le contrat de travail est résilié avec effet immédiat en cas de déclaration en état de faillite de l'employeur. Pour bénéficier des indemnités et montants prévus en cas de faillite dans le cadre du super-priviège, respectivement du priviège, le salarié doit déposer une déclaration de créance auprès du greffe du Tribunal de commerce.

Les dispositions de l'article L. 126-1 du Code du travail visent déjà à assurer, dans leur libellé actuel, un règlement rapide des salaires dus au salarié victime d'une faillite. Selon l'article L. 126-1(5), le droit à la garantie des créances du salarié en cas de faillite ne s'ouvre que si ces créances « ne peuvent être payées en tout ou en partie, sur les fonds disponibles dans les dix jours qui suivent le prononcé du jugement déclaratif de la faillite ». Ce cas de figure – paiement dans les dix jours sur les fonds disponibles – est malheureusement tout à fait théorique.

La disposition afférente souligne toutefois l'impérieuse obligation du curateur de veiller à tout mettre en œuvre pour assurer une liquidation rapide des salaires et indemnités dus aux salariés.

L'article L. 126-1(6) dispose que le Fonds pour l'emploi verse au salarié, sur base d'un relevé présenté par le curateur, les sommes impayées

avant même la clôture du procès-verbal de vérification des créances. Selon le paragraphe 7 du même article, le Fonds pour l'emploi peut verser lesdites sommes « même en cas de contestation par un tiers ».

Malgré cette série de dispositions dérogatoires au régime commun, il y a lieu de constater qu'en pratique les salariés attendent souvent bien au-delà de deux mois pour toucher des salaires indubitablement dus.

Ainsi que l'ont relevé les auteurs dans l'exposé des motifs, le paiement, par le Fonds pour l'emploi, des indemnités et salaires est retardé par les procédures.

La date du prononcé de la faillite n'est évidemment pas connue d'avance. Ce n'est qu'à partir de cette date que le salarié peut déposer une déclaration de créance auprès du Tribunal de commerce. Dans l'hypothèse – la plus fréquente – où le salarié, inquiet de son avenir et peu au fait des procédures, ignore la façon de procéder pour faire valoir son droit, il assistera dans un premier temps à une réunion organisée par les syndicats et l'Administration de l'emploi lors de laquelle les déclarations de créances sont remplies. Souvent le salarié n'est pas en mesure de constituer, dans l'urgence, un dossier complet. A partir du moment où la déclaration de créance est valablement remplie, elle est transmise au Tribunal de commerce où elle est enregistrée et transférée au curateur.

Le curateur, très sollicité dans la première phase d'une faillite, doit contrôler le bien fondé de la demande. Les curateurs, juristes de formation, n'ont pas toujours la compétence requise pour procéder rapidement aux vérifications nécessaires. Dans le cadre des faillites comportant un nombre important de salariés, ils doivent se faire assister par une fiduciaire pour procéder à ces contrôles afin d'éviter des abus et de présenter au juge commissaire un relevé précis, pièces à l'appui. Les contrôles sont souvent rendus complexes voire aléatoires par l'absence d'une comptabilité en règle des entreprises déclarées en faillite. Ce n'est que dans la suite que le dossier est transmis à l'Administration de l'emploi qui procède à son tour à des vérifications, suivi du contrôle au niveau du Ministère du travail et du contrôle financier par la Trésorerie de l'Etat.

Par le passé, de nombreuses situations de détresse ont pu être évitées grâce à l'intervention des offices sociaux communaux dans le cadre de leur mission telle que définie à l'article 7 de la loi du 18 décembre 2009 organisant l'aide sociale. Ce système semble avoir fonctionné correctement. Il présente néanmoins un inconvénient majeur alors que les travailleurs frontaliers ne peuvent y avoir recours.

Le Conseil d'Etat approuve dès lors toute mesure qui serait de nature à résoudre la difficulté. Il estime néanmoins qu'il faut éviter que le recours à une nouvelle procédure accélérée ne présente plus d'inconvénients que d'avantages pour les salariés concernés. Il faudra notamment empêcher que le versement des indemnités légalement dues et allant bien au-delà des montants visés par la disposition sous avis ne finisse par être retardé dans la mesure où la solution préconisée dans le projet de loi comportera, pour partie, un dédoublement des contrôles et procédures.

Dans la mesure où il ne ressort pas du dossier soumis au Conseil d'Etat qu'il serait prévu d'assortir l'introduction de cette procédure nouvelle par une augmentation du nombre d'agents en charge de ces dossiers à l'Administration de l'emploi – une solution de facilité que les auteurs ont évité à bon escient – ce danger n'est pourtant pas exclu.

Un exemple illustrera la situation: selon le projet sous avis les créances salariales à avancer selon la procédure accélérée sont celles accumulées pendant la période précédant la date du prononcé de la faillite. Le salarié, victime d'une faillite de son employeur, déposera auprès du Tribunal de commerce une déclaration de créance dans laquelle il réclamera tous les salaires et indemnités légalement dus et notamment:

- le salaire du mois de survenance de la faillite;
- le salaire du mois subséquent;
- une indemnité correspondant à 50% du préavis;
- toutes les créances de salaire et d'indemnités (y compris les indemnités pour heures supplémentaires, pour congés non pris, etc.).

Dans les limites du plafond visé à l'article 2101(2) du Code civil, ces créances sont super-privilégiées et dès lors garanties par le Fonds pour l'emploi.

Une faillite n'étant que rarement prononcée le dernier jour d'un mois, il appartiendra aux services de l'Administration de l'emploi de calculer, en application de la loi en projet, les salaires arriérés au jour du prononcé seulement (et non pas ceux du mois en cours). Selon le projet de loi, ce décompte n'est pas préparé par le salarié. L'administration devra calculer le montant dû après vérification de la durée « normale » de travail. Le procédé prévu dans le projet vise « toute créance salariale », donc également les heures supplémentaires prestées jusqu'au jour du prononcé de la faillite. Le système consistera dès lors à transférer l'obligation de contrôler les déclarations de créance, du moins dans un premier temps, du curateur vers l'Administration de l'emploi.

Ces contrôles sont fastidieux. Ainsi, les congés maladie intervenus pendant la période ayant précédé le jour du prononcé de la faillite devront être décomptés. Or, l'Administration de l'emploi ne dispose pas d'office des documents nécessaires pour vérifier les demandes pour redresser des inexactitudes volontaires ou involontaires. En lieu et place du curateur, elle sera tenue de veiller à la transmission des pièces à l'appui des déclarations. Le Fonds pour l'emploi réglera, après les contrôles, le cas échéant (le projet emploie le terme « peut »), les créances salariales de toute nature sous réserve que les conditions additionnelles nouvelles, introduites au projet, sont remplies, à savoir:

- la créance correspond à au moins 80 heures de travail prestées non rémunérées pour les salariés travaillant normalement plus de 20 heures;
- le montant à régler ne dépasse pas 75% du plafond visé au paragraphe 2 de l'article L. 126-1, qui renvoie à l'article 2101(2) du Code civil.

Le projet ne prévoit pas de liquidation des avances par le Fonds pour l'emploi en dehors du contrôle par le contrôleur financier et la Trésorerie de l'Etat. Ces contrôles sont dès lors maintenus et il n'est pas évident que la « procédure accélérée » soit en fin de compte plus rapide qu'une procédure normale réformée.

Dans la suite de la procédure et après la liquidation des avances, les services de l'Administration de l'emploi seront saisis d'une deuxième demande, à savoir de la déclaration de créance complète comprenant notamment toutes les créances super-privilégiées garanties par le Fonds pour l'emploi. Cette déclaration aura été entretemps approuvée par le curateur et vérifiée par le juge commissaire. Dans les faillites d'entreprises impliquant un nombre important de salariés, le curateur aura été assisté par une fiduciaire pour vérifier les déclarations. Cette assistance, financée sur les fonds de la masse ou, en l'absence de masse, par les deniers publics, viendra s'ajouter aux frais de la liquidation de la faillite. Selon la procédure prévue au projet l'Administration de l'emploi n'aura pas pu profiter de l'intervention de ces professionnels avant de payer.

Cette déclaration de créance inclura notamment le solde du salaire pour le mois au cours duquel fut prononcée la faillite (l'avance n'ayant été accordée que jusqu'au jour du prononcé), le salaire du mois subséquent et la moitié du préavis.

Au vu des complications inévitables comprenant un dédoublement du travail administratif, préjudiciable en dernière instance au salarié créancier, le Conseil d'Etat s'interroge s'il n'est pas préférable de maintenir, tout en l'allégeant, la procédure en place mais d'en extirper les principales causes des retards, solution qui permettrait une indemnisation complète et rapide des salariés. Il analysera cette question dans le cadre de l'examen des articles.

*

Le Conseil d'Etat note par ailleurs que le projet sous avis se situe toujours dans le contexte de l'article L. 125-1 du Code du travail dans sa version actuelle qui prévoit la résiliation avec effet immédiat des contrats de travail en cas de cessation d'activité par suite de la faillite de l'employeur.

Or, par un arrêt du 3 mars 2011 (affaires jointes C-235/10-239/10 *David Claes* (C-235/10), *Sophie Jeanjean* (C-236/10), *Miguel Rémy* (C-237/10), *Volker Schneider* (C-238/10) et *Xuan-Mai Tran* (C-239/10) *contre Landsbanki Luxembourg SA.*), la Cour de Justice de l'Union européenne a jugé que la directive 98/59/CE du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs couvre les licenciements collectifs intervenus à la suite d'une cessation des activités suite à une décision de justice, donc également le cas de figure d'une faillite.

Selon la Cour, les dispositions européennes excluent désormais la résiliation immédiate du contrat de travail en cas de faillite. Le curateur sera tenu, avant de pouvoir notifier un licenciement, de contacter les représentants des salariés pour négocier un accord. La décision rendue oblige l'Etat à s'y conformer en procédant à une modification de sa législation interne.

Le présent projet, déposé plusieurs mois après l'arrêt, n'a pas encore tenu compte de cette situation nouvelle qui exige une remise sur le métier de

toutes les procédures de liquidation judiciaire. Les solutions proposées, dans l'urgence, dans le cadre du projet sous avis, seront dès lors à revoir.

Examen des articles

Observation préliminaire

Si le projet de loi portant création de l'Agence pour le développement de l'emploi (doc. parl. 6232) devait entrer en vigueur avant celui faisant l'objet du présent avis, il faudrait remplacer à travers le dispositif la dénomination «Administration de l'emploi» par celle d'«Agence pour le développement de l'emploi».

Article 1^{er}

Point 1

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à formuler par rapport à cet ajout au paragraphe (6) de l'article L. 126-1 du Code du travail.

Point 2

Le libellé figurant sous ce point vise à introduire la procédure d'urgence destinée à permettre au salarié victime d'une faillite de toucher rapidement une avance sur les créances de nature salariale garanties par le super-privilege. Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit des considérations générales où il a exprimé ses réserves. Une solution maintenant une procédure unique allégée et assurant le versement rapide des créances aurait ses faveurs. Une telle procédure comporterait les étapes suivantes:

1) L'obligation, pour le curateur, de contrôler, toutes affaires cessantes, les déclarations de créance des salariés lui transmises par le greffe du Tribunal de commerce dès leur dépôt.

Cette obligation découle déjà des textes en vigueur et n'exige dès lors pas nécessairement une nouvelle intervention du législateur. Le contrôle accéléré effectué par le curateur ne présente *a priori* aucun désavantage par rapport à la solution préconisée par le projet de loi. Ce maintien de l'intervention du curateur permet au contraire d'assurer plus de flexibilité alors que les curateurs diligents peuvent s'assurer, en cas de besoin, et notamment dans des faillites impliquant de nombreux salariés, le concours d'une fiduciaire externe. Un contrôle plus strict des curateurs défaillants par les juges commissaires et une évolution inéluctable et accélérée vers une professionnalisation de cette mission publique n'exigent pas non plus une réforme législative à ce stade. L'Etat doit veiller, en collaboration avec les barreaux des avocats et d'autres professions libérales réglementées, à assurer une formation adéquate des professionnels disposés à se spécialiser dans ce domaine. En fait, les retards sont souvent dus à un manque d'expérience.

2) La vérification prioritaire des créances salariales par le juge commissaire en dehors et même avant l'audience fixée par le Tribunal pour la vérification des créances.

Dans la mesure où le libellé actuel de l'article L. 126-1(6) permet le paiement des créances salariales par le Fonds pour l'emploi avant la clôture du procès-verbal de vérification des créances, et ce même en cas de contestation par un tiers, une intervention du législateur ne serait pas non plus nécessaire à ce niveau.

3) Le versement des créances de salaire et des indemnités dans le cadre de l'article 68 de la loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat permettant la nomination de comptables extraordinaires¹. Certains agents de l'Administration de l'emploi pourraient remplir ces fonctions.

Dans l'exposé des motifs du projet de loi, les auteurs ont eux-mêmes tenu à préciser: « Il est évident, que pour rendre réellement efficace cette procédure accélérée, le versement de l'avance en question devra être réalisé par le biais d'un comptable extraordinaire à nommer à cet effet. »

Le Conseil d'Etat approuve cette démarche. Il y a lieu de rappeler que le comptable extraordinaire pourra, au vu des pièces, décider même de payer les indemnités réclamées en plusieurs étapes. Il n'est dès lors pas empêché de payer des avances s'il constate que la liquidation de la totalité de la créance n'est, le cas échéant, pas possible en l'absence de certains documents.

L'urgence de la situation est spécifiquement visée à l'article 68 comme justifiant la nomination d'un expert-comptable. Le recours à une disposition légale existante est d'autant plus justifié que, ainsi que cela a été exposé ci-avant, la nouvelle disposition sera de toute manière sujette à révision dans le contexte de la réforme imposée par la jurisprudence précitée du 3 mars 2011 de la Cour de Justice de l'Union européenne.

Ce n'est dès lors qu'à titre subsidiaire que le Conseil d'Etat entend analyser le libellé proposé et visant à introduire deux nouveaux alinéas au paragraphe 6 de l'article L. 126-1 du Code du travail.

Le souci d'éviter de déclencher la procédure accélérée pour des créances relativement modestes a induit les auteurs du projet à proposer un seuil minimal. La créance salariale doit correspondre à au moins 80 heures de travail, pour un salarié travaillant normalement plus de 20 heures. Ce seuil est réduit à 40 heures « pour les salariés ayant travaillé normalement moins de 20 heures par semaine ». Qu'en est-il des salariés travaillant normalement 20 heures? Sur cette disposition, le Conseil d'Etat entend se rallier aux considérations exprimées dans l'avis de la Chambre de commerce qui propose d'introduire comme seule condition de recevabilité d'une créance salariale qu'elle représente la moitié du salaire mensuel du salarié concerné, calculée sur la moyenne des trois mois de salaire précédant

¹ « **Art. 68.**: Les comptables extraordinaires sont nommés par décision du ministre ayant le budget dans ses attributions sur proposition du ministre ordonnateur pour effectuer des recettes et des dépenses déterminées, qui en raison de leur nature, de leur exigüité, de leur urgence ou en raison du grand nombre de parties prenantes, justifient un procédé plus simple ou plus rapide que la procédure ordinaire. »

la déclaration de faillite. Le Conseil d'Etat partage l'avis comme quoi ce critère unique de recevabilité simplifierait la procédure et apporterait plus de sécurité juridique.

Le texte du projet ne précise pas si l'original de la déclaration de créance doit être déposé au greffe du Tribunal de commerce territorialement compétent avant la transmission à l'Administration de l'emploi. Il y a également lieu de préciser que le dépôt de la copie se fait auprès de l'Administration de l'emploi et d'omettre le renvoi aux « services compétents » de l'administration. L'introduction de la notion de durée « normale » de travail, sans autre précision dans le temps, risque de créer des difficultés d'interprétation, raison pour laquelle il est utile de définir avec plus de précision le salaire pris en considération.

Selon l'alinéa 2, le Fonds pour l'emploi « peut » verser une avance à concurrence « d'un maximum de 75% du plafond visé au paragraphe (2) ». Le projet ne précise pas selon quel critère le montant de l'avance sera déterminé. Pour éviter l'arbitraire et pour maintenir le caractère normatif de la disposition, il y a lieu de créer, sous peine d'opposition formelle, un droit positif, auquel cas il y a lieu de remplacer « peut verser » par « verser ». Par ailleurs, « 75% » s'écrit en toutes lettres.

Le Conseil d'Etat propose dès lors, toujours dans un ordre subsidiaire, le libellé suivant:

« Pour toute créance salariale visée au paragraphe (2), le salarié créancier peut, si sa créance représente plus de la moitié du salaire mensuel, calculé sur la moyenne des trois derniers mois précédant le mois de la déclaration de la faillite, remettre une copie de sa déclaration de créance déposée au Tribunal de commerce concernant les arriérés de salaire, à l'Administration de l'emploi. Après vérification par l'Administration de l'emploi des pièces remises, le Fonds pour l'emploi verse à titre d'avance les créances de salaire arriéré sans pouvoir dépasser soixante-quinze pourcent du plafond visé au paragraphe (2) ».

Point 3

Le Conseil d'Etat approuve cette disposition visant à modifier l'article L. 541-1 du Code du travail. Cette mesure est de nature à permettre une réembauche plus rapide du salarié touché par la faillite.

Article 2

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à formuler.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 6 décembre 2011.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Schroeder