

L'AGS, 40 ANS DE SOLIDARITÉ ET D'ENGAGEMENT AU CŒUR DES ENJEUX DES PROCÉDURES COLLECTIVES ^{111V2}

J.-C. SAVIGNAC ET T. MÉTEYÉ Préface	p. 407
F.-X. LUCAS Quarante années de prise en charge des créances salariales dans les procédures collectives	p. 409
P. PÉTEL Les critères de prise en charge de la garantie AGS : quarante ans d'évolution	p. 411
P. MORVAN Les grands licenciements collectifs au cours d'une procédure collective (loi du 14 juin 2013 et ordonnance du 12 mars 2014)	p. 416
L.-C. HENRY La garantie des salaires dans les procédures transfrontalières	p. 418

Préface ^{111u1}

Jean-Charles SAVIGNAC

Président de l'AGS

Thierry MÉTEYÉ

Directeur de la délégation Unedic AGS

L'Association pour la gestion du régime de garantie des salaires (AGS) a organisé le 7 mars 2014 un colloque pour le 40^e anniversaire de sa création.

L'AGS est l'expression de la solidarité des employeurs et son existence revêt toute son importance pour ses interventions en faveur des entreprises en difficulté et de leurs salariés. Aujourd'hui encore, l'AGS est un facteur de paix sociale alors que la crise économique entraîne des défaillances d'entreprises multiples nécessitant le recours à la garantie.

En 2013, l'AGS a avancé la somme record de 2,186 milliards d'euros qui dépasse le précédent record de 2009, en plein cœur de la crise économique mondiale. Ce colloque qui réunissait à la fois des acteurs politiques, des professionnels des procédures collectives, des avocats, des universitaires, avait pour objectif de mettre l'accent sur les missions de l'AGS en partant de l'origine de sa création, et retraçant toutes les évolutions qui ont marqué la vie de l'institution depuis 1974, modifiant très profondément le champ de sa garantie et le rôle qu'elle exerce dans le traitement des difficultés des entreprises.

La loi du 27 décembre 1973, avait pour objectif de mettre en place un dispositif de garantie des créances salariales, capable de mettre à disposition les fonds au profit des salariés dans des délais très rapides et sans que l'indemnisation soit impactée par la situation de la procédure collective et l'existence ou non d'actifs suffisants. C'est une originalité de l'AGS d'avoir un fondement légal et de reposer exclusivement sur l'initiative privée pour son fonctionnement, au nom de la solidarité des employeurs.

L'Association AGS a été constituée par les organisations professionnelles d'employeurs représentatives le CNPF (devenu le MEDEF) la CGPME et la CNMCCA. La France a donc fait le choix des entreprises pour mutualiser la charge financière inhérente à la protection des salariés vis-à-vis du risque grandissant de défaillances de leurs employeurs.

Il est indiscutable que pendant toutes ces années, la solidarité des entreprises a parfaitement fonctionné en veillant également à préserver l'équilibre financier du régime de garantie.

Depuis quelques années, le nombre des procédures collectives ouvertes chaque année en France s'établit

dans une fourchette moyenne comprise entre 50 000 et 60 000 entreprises. Toutefois, l'analyse des chiffres démontre qu'une part prépondérante des procédures collectives concerne des entreprises avec un effectif salarié de moins de cinq salariés. Il s'ensuit qu'une proportion élevée des entreprises en procédure collective ne possède pas d'effectif salarié et donc il en résulte que l'AGS n'est sollicitée que dans la moitié des procédures collectives ouvertes chaque année pour garantir les créances salariales impayées.

L'AGS procède à des avances de fonds entre les mains des mandataires judiciaires. Les interventions de l'AGS s'appuient sur le critère de subsidiarité, c'est-à-dire que l'AGS intervient à défaut de fonds immédiatement disponibles.

L'AGS n'est pas une assurance, c'est un régime de garantie. Elle peut refuser de garantir tout ou partie des créances pour quelque motif que ce soit. L'AGS est subrogée légalement dans les droits des salariés qu'elle a indemnisés. Les paiements de l'AGS qui ont la nature juridique d'avances, donnent lieu à des remboursements sur les fonds disponibles.

L'AGS est systématiquement appelée dans la cause en cas d'instance prud'homale engagée par un ou plusieurs salariés dans des entreprises en procédure collective.

Dès l'origine, les instances de l'AGS ont conclu une convention de gestion avec l'Unédic, gestionnaire de l'assurance chômage, pour assurer la gestion opérationnelle du régime de garantie des salaires. Les instances de l'AGS conservent la responsabilité de la mise en œuvre du régime de garantie en veillant à l'équilibre financier du fonctionnement du dispositif. C'est la délégation Unédic AGS, établissement de l'Unédic, qui assure depuis le 1^{er} septembre 1996, l'exécution du mandat de gestion.

Les employeurs assujettis financent le régime de garantie sur la base d'une cotisation calculée sur le montant de la masse salariale, ce taux est fixé à 0,30 % depuis le 1^{er} avril 2011. En 2013, le montant des cotisations encaissées s'est élevé à 1 422 millions d'euros. L'autre source de financement de l'AGS est représentée par les récupérations qui ont atteint en 2013, 710 millions d'euros.

Les employeurs assujettis sont les commerçants, les personnes morales de droit privé non commerçantes, les sociétés commerciales, les artisans, les agriculteurs, les personnes physiques exerçant une activité indépendante. Aujourd'hui, seuls sont exclus les entreprises publiques, les syndicats de copropriété et les employeurs de gens de maison.

Le Code du travail délimite le champ des créances garanties aux « créances résultant de l'exécution du contrat de travail ». Or la jurisprudence sociale a fait évoluer cette définition vers une notion plus floue, plus large de « créance née à l'occasion du contrat de travail ». Cette extension du champ de la garantie explique que l'AGS garantisse aujourd'hui quasiment tous les dommages et intérêts, quelle que soit l'origine du préjudice.

La garantie de l'AGS s'exerce dans les limites d'un plafond dont la définition a été revue par un décret en 2003 pour limiter le montant des sommes garanties par bénéficiaire. En 2013 ce plafond s'élève à 75 096 euros, ce qui place l'AGS très largement en tête des limites applicables dans les autres États de l'Union européenne.

Depuis 1974, 10 millions de salariés ont pu bénéficier de la garantie de l'AGS et les montants avancés représentent un total de 43 milliards d'euros.

La vocation de l'AGS a conduit à mettre en place des relations permanentes et organisées avec les mandataires de justice, cette relation de proximité existe prioritairement avec les mandataires judiciaires qui ont la responsabilité de la vérification du passif salarial et qui effectuent les demandes d'avances auprès des centres AGS, par la présentation de relevés. Un véritable partenariat s'est ainsi mis en place au fil du temps entre l'AGS et les mandataires de justice.

Plus généralement, l'AGS est devenue un interlocuteur reconnu auprès des différents intervenants des procédures collectives (pouvoirs publics, tribunaux de commerce). Progressivement, les acteurs des procédures collectives ont pris conscience du rôle majeur de l'AGS, comme facteur de paix sociale dans l'entreprise. L'AGS s'efforce de remplir au mieux son rôle d'amortisseur social au service des entreprises en difficulté et de leurs salariés.

L'AGS est en constante mutation pour s'adapter aux évolutions de son environnement et pour répondre toujours mieux aux nouveaux défis qui l'attendent. La mise en œuvre, depuis le 1^{er} juillet 2013, de la loi de sécurisation de l'emploi (LSE) a apporté une certaine inflexion dans les interventions de l'AGS. Désormais l'AGS peut garantir sous condition, certaines mesures d'accompagnement au reclassement pour faciliter le retour à l'emploi des salariés licenciés.

L'ensemble de ces changements a justifié l'organisation d'un colloque scientifique avec la participation d'éminents professeurs d'université qui ont accepté d'apporter leur concours pour mettre en perspective l'importance du rôle de l'AGS.

Quarante années de prise en charge des créances salariales dans les procédures collectives ^{111t9}

François-Xavier Lucas

Professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)

Directeur scientifique du colloque

Le 7 mars 2014 s'est tenu, à la Maison de la Chimie à Paris, un colloque célébrant les quarante années de bons et loyaux services de l'association pour la gestion du régime de garantie des salaires, plus connue sous son acronyme d'AGS, qui réunissait dans ce lieu prestigieux les meilleurs spécialistes du droit social des entreprises en difficulté qui, à l'occasion de plusieurs tables rondes, ont passé en revue toutes les difficultés pratiques pouvant se présenter à l'occasion de la prise en charge par l'AGS de créances salariales d'une entreprise défaillante. Ces échanges de haute tenue ont été accompagnés, pour chacun des thèmes traités, d'un rapport présenté par des universitaires qui, exposant l'état du droit sur plusieurs questions de fond, ont livré des rapports d'une ampleur telle qu'il a été jugé opportun de les réunir dans les actes qui paraissent ici.

Le professeur Philippe Pétel a ainsi livré à l'occasion de cet anniversaire une présentation particulièrement éclairante des critères de la prise en charge AGS, signalant à ce propos les excès de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, qui ne manque pas une occasion d'étendre le domaine de cette prise en charge bien au-delà de la lettre des textes qui la gouvernent. Ce propos n'a pas pris une ride depuis le mois de mars dernier puisque, on le sait, au cœur de l'été la haute juridiction a surenchéri dans ce parti-pris de la sollicitation de l'AGS au-delà des prévisions légales, en rendant un arrêt (Cass. soc., 21 janv. 2014, n° 12-18421) lui imposant de prendre en charge des créances nées avant la conversion d'une sauvegarde en redressement judiciaire, jugeant que la garantie « ne dépend que de la seule ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, sans qu'il y ait lieu d'établir de distinction entre les diverses causes d'ouverture de cette procédure », là où l'article L. 3253-8 du Code du travail dit exactement le contraire. Avec l'élégance et le flegme qu'on lui connaît, Philippe Pétel est parvenu à conserver son sang froid dans cette présentation d'un droit positif qui aurait pu tourner au réquisitoire contre ces juges si peu respectueux de la loi et si généreux avec les fonds d'un organisme de garantie dont eux seuls perdent de vue qu'il est assujéti à une contrainte

d'équilibre financier, qui interdit d'étendre indéfiniment le domaine de la prise en charge, sauf à devoir augmenter le montant de la cotisation payée par les employeurs et à renchérir encore le coût du travail dans notre pays.

Ce décor étant planté, les professeurs Patrick Morvan et Caroline Henry ont pu aborder des questions qui, pour être techniques, n'en sont pas moins au cœur des préoccupations des praticiens qui ont à gérer le volet social de la défaillance d'entreprise, qu'il s'agisse d'envisager les conséquences que les réformes récentes du droit du travail ont pu emporter en matière de prise en charge par l'AGS ou bien de déterminer les conditions de la garantie lorsque, en présence d'un élément d'extranéité, il y a matière à s'interroger sur le rattachement à un ordre juridique plutôt qu'à un autre en vue de faire supporter les dettes salariales de l'employeur défaillant par un organisme de garantie national plutôt que par un autre. La question est d'une grande importance car, l'organisme français étant particulièrement généreux, les salariés transfrontaliers ne manqueront pas de le solliciter au lieu et place de celui d'un pays voisin moins avantageux si on leur laisse la moindre possibilité d'opter. Or, la jurisprudence qui est en voie de se forger est particulièrement préoccupante à cet égard puisqu'il en résulte que l'AGS doit garantir les créances des salariés qui fournissent habituellement en France leur prestation de travail, que l'employeur y soit ou non établi, mais également celles des salariés détachés à l'étranger ou expatriés puisque la CJUE (10 mars 2011) encourage les salariés à solliciter « à titre complémentaire ou substitutif » le régime le plus avantageux, c'est-à-dire l'AGS, « notre AGS », vouée à être la vache à lait de tous les salariés malheureux en Europe si l'on n'y met pas bon ordre, de façon à imposer des critères plus stricts de rattachement à un ordre national, la moindre des choses devant être que l'employeur ait cotisé auprès de l'organisme de garantie que le salarié prétend par la suite solliciter. Toutes ces questions sont d'un intérêt immense et la lecture des rapports qui suivent est d'une grande utilité pour aborder ces sujets qui, au croisement de deux matières elles-mêmes très techniques que sont le droit du travail et le droit des entreprises en diffi-

culté, peuvent apparaître rebutants lorsqu'ils ne sont pas traités par de tels spécialistes.

Pour conclure ces quelques mots de présentation, il y a lieu de signaler que l'AGS s'est, au cours de ces quarante années, imposée en France et en Europe, comme un interlocuteur incontournable en matière de procédures collectives. En France, son intervention est devenue la condition du traitement harmonieux des redressements et des liquidations judiciaires, qui se trouvent pacifiés du simple fait que les salariés sont assurés de pouvoir être payés dans des délais très courts des sommes que leur employeur reste leur devoir. Que seraient les procédures collectives sans ce fonds de garantie qui désarme bien des conflits sociaux en offrant cette certitude minimum que l'insolvabilité de l'employeur ne se traduira pas par sa défaillance dans le paiement des salaires ? Cette étape de la procédure collective est si importante que, dans nombre de dossiers, l'intervention de l'AGS est le nerf de la guerre, le seul véritable enjeu et à vrai dire la raison d'être de la procédure collective. Les mérites d'un tel dispositif sont si évidents qu'il s'est naturellement exporté, nos voisins européens s'inspirant de cette construction française. Pour autant, toutes les études révèlent que l'AGS « *Made in France* » dépasse largement tous ses homologues, tant par l'ampleur de ses interventions (de l'ordre de 250 000 salariés traités chaque année

pour un montant d'avance de deux milliards d'euros) que par le montant du plafond garanti, sans équivalent nulle part ailleurs.

« Souvent copié, jamais égalé », notre dispositif de garantie des salaires est un bien précieux et nous devons veiller à ce qu'il ne soit pas accablé de charges qu'il ne lui revient pas de supporter. Or, la tentation est grande tant chez le législateur, qui peut être tenté de transférer certaines charges sociales sur la tête de l'infortunée AGS, que de la part d'une jurisprudence sociale qui paraît voir en tout salarié un damné de la terre (s'agirait-il d'un *trader* ou d'un joueur de foot millionnaire...) auquel il y a lieu de procurer le réconfort d'une indemnisation qu'il est d'autant plus tentant de lui accorder de façon systématique que les poches de l'AGS paraissent profondes et qu'on y puise à coups de généreux arrêts sans entrevoir les limites de l'exercice. Et pourtant ces limites sont évidentes. Elles tiennent dans le risque que l'AGS chargée d'indemniser toujours plus ne voie son coût devenir prohibitif, particulièrement dans la période de disette sociale que nous traversons. Ce renchérissement pourrait lui être fatal. Dieu nous garde donc des outrances des imprudents qui menacent notre radieuse quarantenaire, à qui rendez-vous est donné pour souffler ses cinquante bougies, du moins si la loi et la jurisprudence de la chambre sociale lui prêtent vie.

Les critères de prise en charge de la garantie AGS : quarante ans d'évolution ^{111t6}

Philippe PÉTEL

Professeur à l'université de Montpellier

La prise en charge de la garantie AGS obéit à des critères complexes qui révèlent un traitement particulièrement favorable pour les salariés relevant de l'institution de garantie française et une extension continue du domaine de la garantie au cours des quarante dernières années.

Quarante ans est un âge respectable pour une institution. Ce chiffre rond invite à faire le point sur sa vie présente et passée, à observer où elle en est et d'où elle vient afin de déterminer où elle va.

2. Où en est l'AGS aujourd'hui ? On ne peut qu'être frappé par la générosité et la complexité de son régime actuel.

Sa générosité est révélée par les comparaisons internationales. Ce régime surpasse tous les mécanismes équivalents existant dans les pays comparables à la France. Il les surpasse par son champ d'application très étendu : celui-ci englobe, au-delà des salaires et accessoires, les dommages-intérêts dus aux salariés sur les fondements les plus divers, y compris les plus éloignés de la simple relation de travail (harcèlement sexuel, par exemple¹ !) ; il englobe, en outre, les cotisations sociales normalement précomptées par l'employeur. Le régime de l'AGS surpasse aussi les régimes étrangers du point de vue du montant garanti : le plafond de droit commun (environ 75 000 €) est à comparer aux 800 livres sterling ou aux 4 000 dollars octroyés par les organismes anglais et américains. Cette générosité du régime français est si connue que les travailleurs frontaliers domiciliés en France cherchent à en bénéficier, à l'encontre des principes de droit européen qui tendent à les soumettre au régime du pays dans lequel ils exercent leur activité².

Quant à la complexité du régime actuel de l'AGS, elle n'est pas à démontrer. Sa réglementation découle d'une trentaine d'articles du Code du travail. Ils sont souvent bien difficiles à lire. En outre, ils doivent être combinés avec des textes réglementaires et avec plusieurs textes logés dans le livre VI du Code de commerce puisque la mise en œuvre de la garantie intervient dans le cadre des procédures collectives régies par le Code de commerce.

3. Or d'où vient l'AGS ? Lorsqu'on a la curiosité de revenir aux textes rédigés il y a quarante ans à l'instigation du président Georges Pompidou, on s'aperçoit

que ce régime était plutôt fruste. Il s'agissait, alors, d'assurer un minimum vital de ressources au salarié victime de la défaillance de son employeur. Un texte d'une ligne suffisait à définir le domaine de cette garantie : « les sommes dues aux salariés en exécution du contrat de travail à la date du jugement de règlement judiciaire ou de liquidation des biens ».

4. Le passage de ce système minimaliste au système généreux et complexe que nous connaissons est le fruit d'une évolution tenant à la fois aux pratiques des acteurs de la garantie (l'AGS, les mandataires de justice, les salariés et leurs conseils), à la jurisprudence et à de multiples réformes des textes (réformes centrées tantôt sur la protection sociale – type loi de sécurisation de l'emploi en 2013 – tantôt sur les procédures collectives – type loi de sauvegarde des entreprises en 2005).

5. Avant d'entrer dans le détail technique de quarante années d'évolution, une question préalable doit être posée : cette évolution est-elle un mouvement rationnel, animé par une idée directrice et voulu par les pouvoirs publics, ou une succession de dérives, subies par eux ? En d'autres termes, alors que l'AGS s'était vu assigner une mission et des contraintes précises par ses fondateurs en 1974, en a-t-elle été détournée par un régime échappant désormais à toute logique ou bien obéit-elle toujours à une logique rationnelle, éventuellement différente de sa logique initiale ?

Cette question appelle des réponses nuancées.

6. Quand on observe certaines solutions actuelles, on est tenté de penser que le régime de l'AGS échappe désormais à toute logique et que cet organisme ne constitue plus qu'une vache à lait providentielle dans un contexte de pénurie.

Le législateur n'est pas le dernier à le laisser croire. Nous en voulons pour preuve la loi de financement de la sécurité sociale pour 1997, qui a cru pouvoir inclure dans l'assiette de la garantie les cotisations sociales précomptées. Cette innovation, très coûteuse pour l'AGS, est aux antipodes de ce que l'on peut raisonnablement assigner comme mission à cet organisme : il ne s'agit ni d'une mesure humanitaire au profit des salariés, ni d'une mesure favorable au

¹ Cass. soc., 15 déc. 2004, n° 02-46973.

² Cass. soc., 4 déc. 2012 : Act. proc. coll. 2013, comm. 15, obs. C. Gailhbaud ; JCP E 2013, 1216, n° 10, obs. P. Pétel.

redressement des entreprises ; il s'agit de faire financer par l'AGS d'autres organismes sociaux !

La jurisprudence, surtout, offre maints exemples de cette dérive lorsqu'elle cède aux surenchères de certains salariés. Il est facile d'aligner les exemples de condamnations prud'homales très éloignées du cœur de mission primitif de l'AGS et manifestement inspirées de l'idée selon laquelle cet organisme a vocation à financer n'importe quel avantage permettant d'acheter la paix sociale. Chacun sait combien la chambre sociale de la Cour de cassation sait se montrer favorable aux salariés sans considération du coût collectif de la garantie. On y reviendra (*infra* n° 15).

7. Il ne faut, pourtant, pas s'arrêter à ces solutions qui manifestent une dérive irrationnelle. On peut, aussi, identifier, dans l'évolution des quarante dernières années, une ligne directrice rationnelle, une évolution voulue et non subie.

À l'origine, cette garantie instituée à la suite de l'affaire *Lip* était une mesure humanitaire, au service des salariés à qui il convenait d'octroyer un minimum vital. Or à la longue, elle est devenue un instrument au service de l'intérêt général, contribuant au redressement des entreprises dans le cadre des procédures collectives.

Cette évolution a été initiée par l'AGS elle-même et il est juste de lui en donner acte, à une époque où elle joue le mauvais rôle devant les conseils de prud'hommes en cherchant à mettre un frein aux dérives qu'on lui impose !

En effet, les textes d'origine, rédigés en 1974, ne visaient que les dettes salariales antérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective (v. le texte cité *supra* n° 3). À la lettre, les indemnités liées aux licenciements intervenus en cours de procédure n'étaient donc pas couvertes. C'était logique : ces sommes correspondaient à des « dettes de masse », bénéficiant, alors, d'une autre garantie liée au droit des faillites et s'exerçant sur les actifs du débiteur. Or, dès 1974, dans sa décision n° 4, le conseil d'administration de l'AGS acceptait la prise en charge des indemnités liées aux licenciements intervenant dans les jours qui suivaient l'ouverture de la procédure.

Cette interprétation était dans la logique initiale de l'institution : elle était dictée par un souci d'humanité, parce que la garantie des dettes de masse était illusoire en l'absence d'actifs ou, à tout le moins, inadaptée en l'absence de trésorerie dans l'entreprise. Mais l'AGS alla encore plus loin. L'interprétation qu'elle retenait aurait pu avoir un effet pervers : inciter les syndicats à licencier d'emblée tous les salariés dès l'ouverture de la procédure, au détriment d'une éventuelle solution de sauvetage. L'AGS accepta donc d'accorder des dérogations sur demande des syndicats et de prolonger sa

garantie afin de ne pas saboter un projet de concordat ou de cession.

C'est ainsi que cet organisme est devenu, par la volonté de ses dirigeants, un instrument au service du redressement des entreprises.

La loi du 25 janvier 1985 ne fit que consacrer cette évolution décisive, par la combinaison de deux textes : – un alinéa ajouté à l'article L. 143-11-1 du Code du travail étendait la garantie, au-delà des créances antérieures, aux indemnités liées à un licenciement intervenu en période d'observation ou dans le mois suivant l'adoption d'un plan de redressement ;

– un nouvel article L. 143-11-9, relatif aux recours de l'AGS, décidait que celle-ci n'était pas subrogée dans le bénéfice de l'article 40 pour ce type d'avances ; disposition capitale car le remboursement de ces avances, étant ainsi soumis aux délais du plan, ne pesait pas sur le redressement de l'entreprise.

Au demeurant, non seulement l'AGS a initié l'évolution législative qui a fait d'elle un acteur du redressement des entreprises, mais elle a toujours été fidèle, par la suite, à cette nouvelle mission : chaque fois que les textes lui octroient un recours immédiat pour ses avances, elle accepte volontiers d'octroyer des délais à l'entreprise convalescente. On l'observe, aujourd'hui, tant en ce qui concerne les avances couvertes par le superprivilège que pour celles intervenues dans le cadre d'une sauvegarde.

8. La réponse à la question préalable que nous avons cru pouvoir poser est donc réconfortante : au cours de ces quarante ans, le régime de l'AGS n'a pas seulement subi les dérives erratiques que chacun connaît et que déplorent les observateurs raisonnables ; il a, aussi, connu une évolution délibérée, plutôt flatteuse pour cet organisme qui est devenu un instrument au service du redressement des entreprises et non plus un simple organisme social au service des salariés.

9. Si on l'observe maintenant d'un point de vue technique, cette évolution est beaucoup plus complexe à décrire. Pour simplifier, on peut dire qu'elle a conduit à décliner le critère d'intervention de l'AGS sur la base de trois paramètres :

– la procédure, car la garantie n'a plus, désormais, le même domaine selon la procédure collective à laquelle est soumis l'employeur ;

– la nature de la créance, car la garantie couvre seulement certaines créances, dont l'identification est plus ou moins précise ;

– les limites légales qu'il a fallu introduire, au fil des ans, en réaction contre les abus constatés dans la pratique afin de prémunir la collectivité contre une explosion du coût de la garantie.

I. Premier paramètre : la procédure

10. En 1974, il existait déjà deux procédures collectives : le règlement judiciaire et la liquidation des biens. Néanmoins, les règles d'intervention de l'AGS étaient identiques dans les deux procédures. On a déjà cité le texte définissant le domaine de la garantie (*supra* n° 3) et relevé l'interprétation souple qu'en faisait l'AGS (*supra* n° 7).

11. Avec la réforme du 25 janvier 1985, les choses se compliquent. Consacrant le rôle de l'AGS dans le sauvetage des entreprises, la loi introduisait un régime différent selon que l'entreprise bénéficiait d'un redressement judiciaire ou faisait l'objet d'une liquidation judiciaire.

Dans le premier cas, l'AGS prend en charge les indemnités de rupture, sans disposer d'un recours immédiat contre l'employeur, ce qui contribue à financer le plan de redressement. Mais il n'est pas question, alors, de couvrir les salaires : si l'entreprise n'est pas en mesure de les assumer elle-même, elle ne mérite pas un plan de redressement.

Dans le deuxième cas, l'AGS finance les licenciements, évidemment inéluctables. Mais en outre, elle couvre les salaires susceptibles d'être dus à l'occasion d'une période d'observation ayant finalement débouché sur un échec. En somme, sa garantie est l'ultime filet de sécurité, limitant les conséquences, pour les salariés, d'une éventuelle tentative de sauvetage avortée.

C'est dire que, dans les deux cas, l'AGS apporte sa contribution au redressement, soit en facilitant la réussite d'un plan, soit en encourageant les tentatives puisqu'elle limite les conséquences d'une période d'observation infructueuse.

12. Avec la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, la situation se complique encore. Le législateur institue la sauvegarde, procédure collective originale, ouverte à une entreprise qui n'est pas encore en cessation des paiements, sur la seule initiative de son dirigeant.

Cette innovation faisait apparaître de nouveaux problèmes au regard de l'AGS.

D'une part, la garantie ne se justifie pas à l'égard des créances salariales antérieures au jugement d'ouverture puisque, par hypothèse, l'employeur n'étant pas en cessation des paiements est supposé pouvoir y faire face. De fait, les textes ne prévoient pas la garantie de ces créances. Et pourtant, il s'est trouvé des juridictions du fond pour condamner l'AGS à en avancer le montant. Il a fallu un arrêt de la chambre sociale pour rappeler (une fois n'est pas coutume) qu'un texte clair ne doit pas donner lieu à interprétation³.

Autre problème inédit : quelle garantie est due en cas de conversion de la sauvegarde en une classique procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ? L'AGS couvre-t-elle, alors, les créances salariales antérieures au jugement de sauvegarde ? Et celles qui sont nées durant la sauvegarde mais avant le jugement de conversion ? Ce n'est qu'au début de la présente année qu'une réponse précise (et contestable, au demeurant), a pu être donnée à ces questions⁴.

13. Cette évolution est-elle terminée ? Rien n'est moins certain. L'actuel livre 6 du Code de commerce ne connaît pas que les trois procédures collectives évoquées jusqu'ici. Il organise aussi des procédures amiables auxquelles les entreprises ont de plus en plus souvent recours, avec un succès incontestable : mandat *ad hoc*, conciliation, dans ses deux variantes (avec accord constaté ou homologué).

Or à l'occasion des débats engendrés par la préparation de chaque réforme de la matière surgit l'idée d'étendre la garantie de l'AGS à ce type de procédures. Ce débat récurrent n'a pas manqué de refaire surface, ces derniers mois, à l'occasion de l'ordonnance du 12 mars 2014. Les termes en sont connus. Il est évident qu'une telle innovation ne manquerait pas d'intérêt mais aurait un coût considérable. Ses partisans évacuent l'argument au motif que l'innovation aurait pour contrepartie de substantielles économies eu égard au nombre de liquidations évitées par un développement du traitement précoce. Mais bien malin qui peut chiffrer ce raisonnement et ces « contreparties » ! C'est dire qu'une pareille innovation ne se conçoit guère sans une diminution corrélative de la garantie dans ses applications classiques aux procédures collectives.

II. Deuxième paramètre : la nature de la créance

14. Pour identifier les créances des salariés bénéficiant de la garantie, les textes ont recours à plusieurs méthodes : tantôt une formule générale (« les sommes dues aux salariés à la date du jugement d'ouverture » : C. trav., art. L. 3253-8-1°) ; tantôt la désignation d'une catégorie de créances (« les créances résultant de la rupture des contrats de travail » : C. trav., art. L. 3253-8-2°) ; tantôt la désignation d'une créance déterminée (« les contributions dues par l'employeur dans le cadre d'un contrat de sécurisation professionnelle » : C. trav., art. L. 3253-8-3°).

Néanmoins, même en présence de la formule la plus ouverte, il existe aussi, dans les textes, une limite de nature à mettre un frein aux interprétations extensives

3 Cass. soc., 10 mars 2009 : JCP E 2009, 1814, n° 13, obs. P. Pétel.

4 Cass. soc., 21 janv. 2014 : Act. proc. coll. 2014, comm. 45, obs. L. Fin-Langer ; JCP E 2014, 1173, n° 8, obs. P. Pétel.

souvent sollicitées par les conseils des salariés : il est précisé que la garantie est assurée aux salariés pour couvrir « les sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail ». Cette limite a toujours existé et figuré en tête des développements consacrés à l'AGS (actuellement à l'article L. 3253-6), ce qui devrait en faire une directive générale utile à l'interprétation des textes subséquents.

15. Cette disposition générale aurait pu éviter les dérives. Si l'on avait voulu maintenir l'AGS dans son double rôle de protectrice des créances vitales du salarié et de facilitatrice des plans de redressement, il était permis de considérer que cette disposition limitait strictement la garantie aux obligations directement engendrées par le contrat de travail.

Or la chambre sociale de la Cour de cassation s'y est refusée. Retenant, au contraire, une interprétation très libre de ce texte, elle n'a pas hésité à étendre la garantie à des créances de dommages-intérêts réparant un dommage subi à l'occasion du contrat de travail et aucunement *en exécution* de celui-ci : on pense, évidemment, à l'extravagant arrêt relatif à des faits de harcèlement sexuel⁵.

De manière générale, la jurisprudence se contente d'un « rattachement » au contrat de travail pour faire supporter par l'AGS, donc par la collectivité, toutes sortes d'indemnités très éloignées de ce que pouvait avoir en vue le législateur raisonnable de 1974 lorsqu'il visait « l'exécution du contrat de travail ». Il suffit d'évoquer l'acharnement de la chambre sociale à sanctionner, aux frais de l'AGS, des manquements purement formels imputés à l'auteur des licenciements, comme la faute consistant à ne pas consulter la Commission territoriale de l'emploi dans des hypothèses où celle-ci est complètement inutile du fait de la mise en place d'une cellule de reclassement *ad hoc*⁶. Ou encore le contentieux relatif au « préjudice d'anxiété » imaginé pour compléter l'indemnisation légale des victimes de l'amiante⁷.

Cet aveuglement n'est pas pour rien dans l'introduction et le renforcement répété d'un troisième paramètre commandant l'intervention de l'AGS : la garantie obéit, désormais, à plusieurs limites légales expresses.

III. Troisième paramètre : les limites légales

16. Ces limites légales, l'AGS les a développées comme des anticorps au contact des différents virus introduits

dans le système par la loi et la jurisprudence. Mais elle n'avait pas le pouvoir de les développer spontanément. Il a fallu, à chaque fois, une intervention législative. On ne peut donc manquer de relever l'inconséquence d'un législateur qui tantôt contribue à charger la barque (*supra* n° 6), tantôt contribue à l'alléger pour lui éviter le naufrage !

Trois limites ont ainsi été successivement introduites dans le régime de la garantie.

A. Le plafond

17. La nécessité de plafonner la garantie est apparue rapidement après l'institution de l'AGS, dès 1975.

Encore faut-il observer que ce plafond était particulièrement généreux. Fixé, en principe, à treize fois le plafond de l'assurance-chômage, il était susceptible de couvrir intégralement des indemnités très importantes dues à un cadre ou un VRP. Il n'était réduit à quatre que dans les hypothèses où un risque d'abus existait.

À la suite de dossiers importants qui ont menacé l'équilibre du régime, il a fallu réduire ce plafond dans d'importantes proportions. Depuis le décret du 24 juillet 2003, les textes prévoient trois plafonds, selon l'ancienneté du contrat de travail, le plafond maximum étant de six fois le plafond de l'assurance chômage. Pour réduit qu'il soit au regard des textes d'origine, ce plafond, proche de 75 000 euros, reste généreux si on le compare aux garanties instituées par les pays comparables à la France (v. *supra* n° 2).

B. Les périodes de garantie

18. Cette contrainte a été introduite par la loi du 25 janvier 1985, lorsque celle-ci a consacré la pratique en étendant la garantie aux créances postérieures au jugement d'ouverture.

Cette innovation était subordonnée à plusieurs impératifs qui justifiaient d'enfermer la garantie dans des délais très stricts. Il convenait, d'abord, de ne pas prolonger inutilement la charge des contrats de travail, qui risque de s'accroître dans des proportions insupportables si l'on n'y prend pas garde. Il convenait, ensuite, d'assurer aux salariés un règlement rapide de la situation, pour leur permettre de tourner la page et de rechercher un nouvel emploi.

19. Il en résulte une charge pesante pour les mandataires de justice. Spécialement dans les entreprises en liquidation judiciaire totalement désorganisées, dont le personnel a déjà cessé toute activité à l'ouverture de la procédure. Ou encore lorsque les délais rigoureux de la garantie AGS doivent être combinés avec les contraintes d'une obligation légale de reclassement souvent illusoire.

Une charge si pesante qu'un professionnel exaspéré a soulevé, à ce sujet, une question prioritaire de consti-

5 Cass. soc., 15 déc. 2004, n° 02-46973. V. plus généralement, sur ces errements, l'éditorial de F.-X. Lucas, « L'AGS et le droit martyrisés par la chambre sociale » : BJS 2009, p. 221.

6 V. dans l'affaire *Moulinex* Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 10-24104.

7 Cass. soc., 25 sept. 2013, n° 12-17667.

tutionnalité devant un conseil de prud'hommes ! Son argument n'était pas fantaisiste : en l'obligeant à licencier le personnel dans les quinze jours du jugement de liquidation tout en le soumettant aux mêmes obligations qu'un employeur *in bonis*, le législateur se serait rendu coupable d'une atteinte au principe d'égalité des citoyens devant la loi. Le raisonnement n'a pas été suivi par la Cour de cassation, qui a refusé de transmettre la QPC⁸, mais la préoccupation des professionnels est désormais bien connue et elle a parfois été prise en considération. Ainsi, la loi de sécurisation de l'emploi n'a-t-elle pas négligé de porter la période de garantie de quinze à vingt et un jours en présence d'un plan de sauvegarde de l'emploi, de façon à la rendre plus compatible avec les contraintes de celui-ci.

C. L'exclusion des indemnités tardives

20. Cette limite légale récente a été introduite en 2004 en réaction contre un type d'abus qui tendait à se répandre et avait coûté fort cher à l'AGS dans une affaire emblématique concernant une compagnie aérienne⁹. La pratique incriminée consistait à acheter la paix sociale aux frais de l'AGS en négociant *in extremis*, avant le jugement d'ouverture ou immédiatement après, un accord d'entreprise prévoyant une forte indemnité¹⁰ pour chaque salarié licencié. Désormais, l'article L. 3253-13 neutralise ce type d'abus en excluant la garantie pour les indemnités

octroyées moins de dix-huit mois avant le jugement d'ouverture.

Cette innovation atteindra-t-elle toujours son but ? On peut craindre que le comportement visé ne se reproduise sous une autre forme : par exemple lorsque l'indemnité convenue en cours de procédure est assumée par un repreneur. Dans ce cas, l'exclusion légale n'a pas lieu de s'appliquer faute d'intervention directe de l'AGS. Et pourtant, l'AGS finance indirectement cet avantage dans la mesure où le repreneur réduit corrélativement son prix de cession, sur lequel cet organisme a vocation à être payé de manière prioritaire. On retrouve là un phénomène bien connu des juristes, dont l'imagination alimente un combat perpétuel qui n'est pas sans évoquer les progrès respectifs de l'épée et du bouclier, ou de l'artillerie et des fortifications.

21. Ainsi ont évolué, en quarante ans, les critères d'intervention de l'AGS. À travers ces règles techniques, on discerne bien les mouvements décrits en introduction. On voit bien comment cet organisme a su tenir le rôle d'acteur social qui lui avait été primitivement attribué, tout comme le nouveau rôle d'acteur économique qu'il s'est donné, en dépit des dérives incontrôlées qu'il a dû subir et qui auraient pu le faire sombrer. C'est dire que, si elle devait adopter une devise, l'AGS serait en droit de revendiquer celle de la ville de Paris : *fluctuat nec mergitur*.

8 Cass. soc., 6 oct. 2011 : JCP E 2012, 1000, n° 11, obs. P. Pétel.

9 T. Métey, « L'évolution du champ d'intervention de l'AGS » : Rev. proc. coll. 2011, dossier 4, spéc. n° 14.

10 Certains n'hésitent pas à la qualifier d'indemnité « supra-légale » pour bien marquer qu'il s'agit de « gonfler » l'indemnité légale de licenciement.

Les grands licenciements collectifs au cours d'une procédure collective (loi du 14 juin 2013 et ordonnance du 12 mars 2014) ^{111t5}

Patrick MORVAN

Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2)

Quelques remarques sur l'élaboration, la validation ou l'homologation des plans de sauvegarde de l'emploi à l'occasion des grands licenciements collectifs au cours d'une procédure collective.

Transposant l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013 « pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés », la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi transfère à l'Administration, sous le contrôle des juridictions administratives, le contrôle de la régularité de la procédure des grands licenciements collectifs (concernant au moins 10 salariés sur une même période 30 jours, dans une entreprise d'au moins 50 salariés) et de la validité du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) que l'employeur est tenu d'élaborer dans ce cadre. Cependant, aucune stipulation de l'ANI n'envisageait le cas des procédures collectives. Les fonctionnaires chargés de le transcrire dans un projet de loi ont dû innover et ce dans un temps record. Il en est résulté des textes d'une rare complexité, jonchés de renvois (du Code du travail au Code de commerce et réciproquement et, de façon encore plus obscure, entre textes du Code du travail). L'usager du droit est convié à un jeu de pistes déconcertant.

Quelques incohérences et oublis ont pu être réparés par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 « portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives ». Les apports de la réforme peuvent être résumés à très gros traits.

Lorsque des licenciements économiques sont prévus par un *plan de redressement judiciaire* (C. com., art. L. 631-19, III) ou par un *plan de cession* (C. com., art. L. 642-5, al. 5), arrêté par le tribunal de la procédure, les salariés ne bénéficient de la garantie AGS qu'à la condition que les licenciements leur soient notifiés dans le délai d'un mois après le jugement. Ce délai est de quinze jours après le prononcé d'une *liquidation judiciaire* ou la fin de la période de maintien provisoire de l'activité ; il a été porté à vingt-et-un jours par la loi du 14 juin 2013 lorsqu'un PSE est élaboré (C. trav., art. L. 3253-8, 5°).

Une course contre la montre s'engage alors pour l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur.

C'est dans ces courts délais que la DIRECCTE est censée opérer un contrôle administratif (restreint ou normal) sur la régularité de la procédure de licenciement (notamment sur l'information-consultation du comité d'entreprise voire du CHSCT) et sur le contenu du PSE avant de prendre une décision de validation de l'accord collectif majoritaire signé avec les syndicats représentatifs ou d'homologation du document unilatéral établi par l'employeur.

Afin que le délai fatidique de la garantie AGS ne soit pas dépassé, le législateur a « ramené » le délai d'instruction de la demande de validation ou d'homologation par la DIRECCTE à *huit jours* (en cas de redressement judiciaire) et à *quatre jours* (en cas de liquidation judiciaire) « à compter de la date de réception de la demande de validation ou d'homologation » (C. trav., art. L. 1233-58, II, al. 2). En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde (étant rappelé que les licenciements prévus par un plan de sauvegarde obéissent au droit commun mais que l'AGS garantit tout de même les indemnités de rupture), le délai d'instruction est « ramené » à *huit jours* à compter de la dernière réunion du comité d'entreprise (C. trav., art. L. 1233-58, III). Dans ces trois hypothèses, par exception, un délai uniforme a été fixé pour l'instruction de la demande, qu'elle soit de validation (d'un accord collectif majoritaire) ou d'homologation (d'un document unilatéral de l'employeur). Au contraire, dans une entreprise *in bonis*, la DIRECCTE dispose d'un délai de 15 jours dans le premier cas et de 21 jours dans le second. Dans tous les cas, le silence de la DIRECCTE à l'expiration du délai légal vaut décision implicite favorable.

Le temps est d'autant plus compté que la demande doit être présentée à la DIRECCTE par l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur, par tout moyen permettant de lui conférer une date certaine, *après* le prononcé du jugement qui arrête le plan ou ordonne la liquidation judiciaire. Avant ce jugement, seule la procédure d'information-consultation des représentants du personnel aura pu être conduite. L'ordonnance du 12 mars 2014 (C. com., art. L. 631-19, III et L. 642-5, al. 5 et 6 modifiés) a clarifié à cet égard la chronologie

des opérations qui était passablement obscure dans la loi du 14 juin 2013 et ne laissait quasiment aucun délai à la DIRECCTE pour examiner la validité du projet de licenciement. Désormais :

- les avis du comité d'entreprise et, le cas échéant, du CHSCT « sont rendus au plus tard le jour ouvré *avant l'audience du tribunal qui statue sur le plan* » de redressement ou de cession. Par exception, en cas de *liquidation judiciaire*, l'avis du CE et, le cas échéant, celui du CHSCT sont rendus dans les 12 jours suivant le jugement ou suivant le terme de la période de maintien provisoire d'activité (C. com., art. L. 641-4, 3°), étant rappelé que les licenciements devront être notifiés dans un délai de 15 jours ou, en cas PSE, de 21 jours à compter de la même date ;
- lorsqu'un PSE doit être élaboré, l'administrateur ou le liquidateur saisit la DIRECCTE pour validation ou homologation du projet de licenciement dans le *délai d'un mois après le jugement arrêtant le plan de redressement ou de cession* ;
- le délai de 8 jours (en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire) ou de 4 jours (en cas de liquidation) imparti à la DIRECCTE pour prendre une décision – explicite ou implicite – « court à compter de la date de réception de la demande, qui est postérieure au jugement arrêtant le plan » de redressement ou de cession. De façon incohérente, la loi du 14 juin 2013 faisait courir ce délai systématiquement dès le lendemain de la « dernière réunion du comité d'entreprise », réduisant à néant le délai d'instruction disponible pour la DIRECCTE ; ce point de départ reste toutefois valable lorsque les licenciements interviennent *au cours de la période d'observation et après prononcé de la liquidation judiciaire (sans plan de cession)*. Afin de résoudre une autre difficulté pratique, l'ordonnance du 12 mars 2014 a prévu que, « à titre exceptionnel, au vu des circonstances et des motifs justifiant le défaut d'établissement du procès-verbal de carence (...), l'autorité administrative peut prendre une décision d'homologation » (C. trav., art. L. 1233-58, II, al. 2) ;
- en outre, une procédure de navette accélérée a été prévue. « En cas de décision défavorable de validation ou d'homologation, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur consulte le comité d'entreprise dans un délai de *trois jours*. Selon le cas, le document modifié et l'avis du comité d'entreprise ou un avenant à l'accord collectif sont transmis à l'autorité administrative, qui se prononce dans un délai de *trois jours* » (C. trav., art. L. 1233-58, II, al. 4). Une règle identique s'applique dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, « lorsque l'autorité administrative rend une décision de refus de validation ou d'homologation » (C. trav., art. L. 1233-58, III, al. 2).

La loi qualifie d'*irrégulière* (et non de nulle) la rupture des contrats de travail intervenue avant que le tribunal ait arrêté le plan de redressement ou de cession et avant la notification de la décision de validation ou d'homologation prise par la DIRECCTE (C. trav., art. L. 1233-58, II, alinéa 3, qui interdit « sous peine d'irrégularité » une telle rupture anticipée). En cas de licenciements intervenus en l'absence de toute décision administrative de validation ou d'homologation ou en cas d'annulation de cette décision, « le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois » (C. trav., art. L. 1233-58, II, al. 5). L'éviction de la nullité permet d'éloigner le spectre de la *réintégration obligatoire* des salariés. Même lorsqu'elle est facultative, la réintégration n'a pas à être proposée (C. trav., art. L. 1233-58, II, al. 5, précisant que l'article L. 1235-16 du même code « ne s'applique pas »).

Ajoutons que les licenciements peuvent intervenir *au cours de la période d'observation*, avant que le tribunal arrête le plan de redressement et bien avant que la DIRECCTE valide ou homologue le projet de licenciement. Toutefois, les licenciements en période d'observation, dans une entreprise tenue d'établir un PSE (ce qui suppose de franchir les seuils précités), sont eux-mêmes soumis à la procédure administrative de validation ou d'homologation par la DIRECCTE (C. com., art. L. 631-17, al. 2 renvoie à l'article L. 1233-58 du Code du travail dans son ensemble et prescrit à l'administrateur de communiquer au juge-commissaire la décision expresse ou implicite de la DIRECCTE).

D'une manière générale, l'employeur qui envisage la *modification du contrat de travail* (« d'un élément essentiel du contrat de travail », continue à dire le législateur alors que ce vocabulaire a été abandonné en 1996 par la jurisprudence !) pour un motif économique, en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception ; celui-ci dispose d'un délai de 21 jours, dans une entreprise *in bonis*, et, désormais, de 15 jours dans une entreprise en redressement ou en liquidation judiciaire pour faire connaître son refus ; à défaut de réponse dans ce délai, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée (C. trav., art. L. 1233-60-1 et art. L. 1222-6, al. 2 et 3 nouveaux).

En somme, dans une entreprise qui fait l'objet d'une procédure collective, l'élaboration d'un PSE puis sa validation ou son homologation seront conduites tambour battant. Aussi bien l'employeur que la DIRECCTE ne disposeront que de quelques jours pour ce faire.

La garantie des salaires dans les procédures transfrontalières ^{111t4}

Laurence-Caroline HENRY

Professeur, université Nice Sophia Antipolis

Membre du CERDP (EA1201)

Parmi les nombreuses difficultés qui se présentent s'agissant d'assurer la prise en charge des créances salariales en présence d'un employeur insolvable, seront abordées ici celles qui résultent de la mise en concurrence de différentes institutions de garantie dans les procédures transfrontalières.

La garantie des salaires dans les procédures transfrontalières ou l'impossible équilibre ! L'aphorisme s'impose au moins dans le droit de l'UE.

Avant tout, il convient de préciser quand l'AGS, dont nous fêtons les 40 ans, peut être sollicitée à l'international. En présence d'une procédure transfrontalière, l'AGS avance les fonds directement aux salariés après présentation des relevés des créances par le syndic étranger (dans les 8 jours de la réception des relevés de créances), quant au domaine de la garantie, il est le même que celui des procédures internes à l'exception des délais qui sont portés à 3 mois à compter de toute décision équivalente à une décision de liquidation ou d'arrêt de plan de redressement¹.

2. En droit international, deux hypothèses se distinguent selon l'obtention ou non de l'*exequatur* du jugement d'ouverture de la procédure étrangère. À défaut d'*exequatur*, l'AGS ne peut pas être sollicitée, l'employeur est encore considéré comme *in bonis* en France. En présence d'un jugement d'*exequatur*, l'AGS peut être sollicitée, à condition que le contrat de travail soit exécuté en France indifféremment de la loi qui lui est applicable. Sur ce point, la jurisprudence est constante, elle est rappelée par la Cour de cassation le 3 juin 2003², le 8 février 2005³, enfin l'*exequatur* est confirmé comme l'unique moyen d'assurer le développement des effets de la procédure étrangère en France par un arrêt du 28 mars 2012⁴. Pour autant, la situation de l'AGS n'est pas confortable car subrogée dans les droits du salarié, elle est nécessairement confrontée à la loi du concours de la procédure collective étrangère...

3. Tout autre est la situation de l'AGS dans l'Union Européenne (UE)⁵. En droit de l'UE, la compétence de l'AGS devient systématique dès lors qu'un lien avec la France – soit par l'intermédiaire de l'employeur soumis à une procédure collective, soit par l'intermédiaire du contrat de travail – est établi.

Une évolution notable caractérise la détermination de l'institution en garantie compétente dans l'Union. Le droit européen rend une garantie des salaires en cas d'insolvabilité de l'employeur obligatoire dans tous les États membres en vertu de directives successives⁶ qui imposent la présence d'une institution protectrice des créances salariales. L'harmonisation est faite *a minima* et elle laisse la place à des divergences nationales importantes quant à l'ampleur de la garantie offerte.

4. Pour comprendre comment, lorsque la France est impliquée, l'AGS est devenue l'institution en garantie des salaires de l'UE aux frais des employeurs français⁷, il faut rappeler l'évolution du droit européen, puis dresser le bilan du droit positif avant d'en mesurer les conséquences inquiétantes. Ainsi il convient de décrire, le temps des hésitations quant aux critères de détermination de l'institution compétente (I). Ensuite, il faut dénoncer le temps des errements (II) pour reconnaître, enfin, que nous sommes entrés dans le temps des inquiétudes (III).

I. Le temps des hésitations : une valse à trois temps

5. L'évolution du droit au sein de l'Union européenne ressemble à une valse à trois temps. Après le choix de l'institution de garantie du lieu d'ouverture de la procédure, le critère du lieu d'exécution du contrat de travail s'est imposé avant qu'une option soit offerte

1 D. Jacotot, « Les créances salariales : un traitement particulier et protecteur », *360° entreprises en difficulté*, (dir.) P. Roussel Galle, LexisNexis 2012, p. 501, spéc. p. 527.

2 Cass. soc., 3 juin 2003, n° 00-45948, F-PBI ; Y. Chagny, « L'AGS doit-elle sa garantie en cas de procédure d'insolvabilité de l'employeur constatée judiciairement à l'étranger ? », *Droit social* 2003. 837 ; D. 2004. 58, obs. L.-C. Henry.

3 Cass. soc., 8 févr. 2005, n° 02-47537.

4 Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2012, n° 11-10639 : LEDEN mai 2012, p. 7, obs. F. Mélin ; D. 2013. 2293, obs. L. d'Avout ; D. 2013. 1503, F. Jault-Seske ; *Rev. Sociétés* 2012. 400, obs. P. Roussel Galle ; JDI Juill. 2012. 15, note L.-C. Henry.

5 L.-C. Henry, « Aspects internationaux du droit social des procédures collectives » : RPC 1/2012 dossier 11.

6 Dir. n° 80/987/CEE, 20 oct. 1980 : JOCE n° L. 283, 28 oct. 1980, p. 23 ; D. 2002/74/CE : JO n° L. 270, p. 10, recodifiée par la directive 2008/94/CE du 22 oct. 2008 : JOUE n° L. 283, 22 oct. 2008, p. 36.

7 Elle est financée par des cotisations patronales obligatoires. Les URSSAF sont chargées du recouvrement et de l'encaissement des cotisations dues par les entreprises.

aux salariés par la jurisprudence entre les deux critères de compétence.

6. Dans un premier temps, en 1980, la jurisprudence est logique et respecte la cohérence du droit des entreprises en difficulté. Dans son arrêt *Mosbæk*⁸, la Cour de justice énonce que l'institution en garantie des salaires compétente est celle du lieu d'ouverture de la procédure en application de la directive n° 80/987/CEE du 20 octobre 1980⁹. L'affaire opposait une salariée danoise – unique représentante de son employeur dans le nord de l'Europe – à son employeur, une société anglaise déclarée en faillite. La question préjudicielle posée par le Danemark concernait la désignation de l'institution en garantie compétente en présence d'une faillite transfrontalière européenne. À cette occasion, la CJCE avait rendu une décision frappée au coin du bon sens. D'abord, elle constatait le silence de la directive de 1980 sur la désignation de l'institution de garantie compétente en présence d'une procédure européenne, mais au nom de l'effet utile du droit européen, elle affirmait que la garantie restait due même dans une situation transfrontalière. Ensuite, la Cour, au nom de l'économie de la directive, désignait comme étant compétente l'institution en garantie des salaires du lieu de l'État ayant ouvert la procédure collective ou ayant décidé la fermeture définitive de l'entreprise de l'employeur (pt 20). Enfin, elle posait les deux conditions à vérifier pour la mise en œuvre de la garantie : la présence d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité d'abord et une décision ouvrant une telle procédure, ensuite. Surtout, la Cour rappelait que la garantie est financée par les employeurs (sauf exception par les pouvoirs publics), par suite, la logique veut que l'institution en garantie compétente soit celle qui a perçu ou aurait dû percevoir les cotisations de l'employeur insolvable (pt 24 et 25).

7. La Cour donnait toute sa cohérence au mécanisme de garantie des salaires en la plaçant dans le périmètre de la procédure collective et en s'assurant que la loi du concours était la même que celle de l'institution garantissant les salaires.

8. Dans un deuxième temps, l'institution de garantie du lieu d'exécution du contrat de travail est entrée en scène mais sous conditions en application de la jurisprudence *Everson et Barrass*¹⁰. L'affaire se démarquait de l'arrêt *Mosbæk* car les salariés travaillaient dans un autre État membre que celui de l'implantation de leur employeur insolvable, mais la société irlandaise

en liquidation judiciaire disposait d'une succursale dans l'État du lieu d'exécution du contrat de travail. La question est donc celle de la désignation de l'institution en garantie compétente lorsque l'employeur a une présence commerciale permanente dans l'État du lieu d'exécution du contrat de travail, la directive applicable étant toujours celle de 1980. C'est au nom de cette seule différence que la Cour de justice désigne comme compétente l'institution du lieu d'exécution du contrat de travail (pt 23). Elle précise que la finalité sociale de la directive conduit à ajouter un critère additionnel à celui de l'arrêt *Mosbæk* pour tenir compte de l'environnement social et linguistique qui est familier aux salariés et que l'employeur a une succursale dans l'État du lieu d'exécution de l'activité des salariés et cotise dans cet État.

9. Ainsi au nom de la finalité sociale de la directive le critère du lieu d'exécution du contrat de travail apparaît mais sous une condition, la présence d'une succursale de l'employeur dans cet État. Le lien avec le lieu de cotisation en faveur du financement de l'institution de garantie compétente est donc maintenu. Malencontreusement, il va disparaître avec l'entrée en vigueur de la directive de 2002 – recodifiée par la directive de 2008 – et la jurisprudence ultérieure de la CJUE.

10. Le troisième temps de la valse jurisprudentielle consacre le *forum shopping social*. La directive du 23 septembre 2002¹¹ comble la lacune du texte précédent en insérant une partie consacrée aux situations transnationales¹². Elle devait être transposée au plus tard le 8 octobre 2005, pourtant loi française n'est intervenue que le 30 janvier 2008¹³ entrant en vigueur pour les procédures ouvertes après le 1^{er} février 2008. L'article 9-1 de la nouvelle directive consacre la compétence de l'institution du lieu d'exécution du contrat de travail sans condition. Le texte est clair, il supprime toute référence à la présence d'une succursale, plus généralement, la présence durable de l'employeur insolvable dans l'État du lieu d'exécution du contrat de travail n'est plus exigée. L'article L. 3253-18-1 du Code du travail qui transpose la directive se contente de prendre acte de cette disposition.

Les textes font disparaître tout lien logique entre le financement et la compétence de l'institution en garantie des salaires. Ils ne se préoccupent plus que de la dimension « protection sociale » de la directive

8 CJCE, 17 sept. 1997, n° C-117/96, *Mosbæk*, Rec. CJCE 1997, I, p. 5017 – Cass. soc., 20 janv. 1998, n° 93-43577 ; LPA, 8 juin 1998, n° 68, p. 17, obs. J.-L. Vallens ; LPA 14 juin 1999, n° 117, p. 22, note A. Honorat et L.-C. Henry.

9 JOCE n° L. 283, 28 oct. 1980, p. 23.

10 CJCE, 16 déc. 1999, n° C-198/98, *Everson et Barrass* : Rec. CJCE 1999, I, p. 8903.

11 D. 2002/74/CE, JO L 270, p. 10, recodifiée par la directive 2008/94/CE du 22 oct. 2008 : JOUE n° L. 283, 22 oct. 2008, p. 36.

12 Chapitre IV.

13 JO n° 0026, 31 janv. 2008, p. 1808, B. Lecourt, « Loi n° 2008-89 du 30 janvier 2008 relative à la mise en œuvre des dispositions communautaires concernant le statut de la société coopérative européenne et la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur » : Rev. sociétés 2008. 209. Sur la condamnation de la France pour transposition tardive, CJUE 27 sept. 2007, n° C-9/07, Commission c/ France.

négligeant le préalable justifiant la mise en œuvre de la garantie des salaires, à savoir, l'insolvabilité de l'employeur constatée par l'ouverture d'une procédure collective.

11. La CJUE n'a pas encore eu l'occasion d'interpréter la directive du 23 septembre 2002 sur ce point précis¹⁴. Pourtant, les juges européens et français se sont emparés de ces dispositions anciennes et nouvelles pour les réécrire en découvrant une option offerte aux salariés dans des textes qui ne la prévoient pas. Cette réécriture du droit inaugure le temps des errements.

II. Le temps des errements : la réécriture des textes par les juges

12. Pour l'AGS confrontée à des situations transfrontalières européennes, le plus inquiétant vient de la jurisprudence. Exploitant l'ambiguïté de la jurisprudence européenne, la chambre sociale de la Cour de cassation adopte une interprétation *contra legem* des textes.

A. La position ambiguë de la CJUE

13. Inventive, mais prudente, en interprétant la directive de 1980, la CJUE maintient la nécessité d'une présence économique stable, caractérisée par l'existence de moyens humains permettant à l'employeur insolvable d'accomplir ses activités dans l'État du lieu d'exécution du contrat de travail¹⁵. Cette exigence assure une corrélation entre l'État membre où les cotisations de financement de la garantie des salaires sont versées et l'institution compétente. Ce lien explique d'ailleurs que dans le silence de la directive de 1980, applicable dans l'affaire *Holmqvist*¹⁶, la Cour souligne, à propos de la détermination de l'institution compétente, que dans l'État membre du lieu d'exécution du contrat, l'employeur n'a aucun établissement et donc n'a versé aucune cotisation. Ceci explique que l'institution du lieu d'ouverture de la procédure, lieu d'établissement de l'employeur, puisse être compétente. Prolongeant l'analyse, dans l'arrêt *Defossez-Sotimon* du 10 mars 2011¹⁷, exclusivement dans le cadre de la directive de 1980, la CJUE souligne que le

texte « n'attribue pas au travailleur la faculté de choisir entre différentes institutions [mais il] n'exclut pas la possibilité, pour le travailleur de se prévaloir, lorsque cela lui est favorable et que le droit national le prévoit, de la garantie d'une institution différente de celle identifiée sur la base de son application » (pt 31). Puis la Cour rappelle que la directive ne prévoit qu'une harmonisation *a minima* laissant aux États la possibilité d'offrir un degré de protection supérieur aux salariés.

14. À ce stade, il est utile d'établir le bilan de la jurisprudence de la CJUE. Dans sa décision de 2011 deux points ressortent. D'abord, en application de la directive de 1980, si l'employeur ne dispose pas d'un établissement dans l'État membre du lieu d'exécution du contrat de travail, l'institution en garantie compétente est celle du lieu d'ouverture de la procédure. Ensuite, la directive de 1980 n'attribue pas d'option au salarié, mais elle ne s'oppose pas, si le droit national le prévoit, à ce qu'un travailleur « puisse se prévaloir de la garantie salariale de l'institution nationale, conformément au droit de cet État membre, à titre complémentaire ou substitutif, par rapport à celle offerte par l'institution désignée comme étant compétente en application de cette directive, pour autant, toutefois, que ladite garantie donne lieu à un niveau supérieur de protection du travailleur ». S'emparant de la jurisprudence de la CJUE et l'interprétant très librement la chambre sociale réécrit le droit européen.

B. Les errements de la chambre sociale de la Cour de cassation

15. La Cour de cassation s'appuie sur la jurisprudence de la CJUE, mais, contrairement aux apparences, elle ne s'y conforme pas. Elle la déforme pour offrir une option au salarié qu'elle crée de toute pièce en dépit de toute logique juridique et économique.

Deux décisions de la Cour de cassation sont particulièrement remarquables, mais une troisième retient aussi l'attention.

16. La première décision de la chambre sociale date du 21 septembre 2011, elle reste fidèle aux audaces de la CJUE¹⁸ puisqu'elle prend acte de la réponse que la CJUE apporte à sa question préjudicielle posée dans l'affaire *Defossez-Sotimon*. La Cour de cassation reprend les termes de l'arrêt interprétatif : « pour le paiement des créances impayées d'un travailleur qui a habituellement exercé son activité salariée dans un État membre autre que celui où se trouve le siège de son employeur déclaré insolvable avant le 8 octobre 2005, lorsque cet employeur n'est pas établi dans

14 Elle a interprété la directive quant aux conditions à vérifier par le salarié (CJUE, 17 nov. 2011, n° C-435/10), quant à la limitation des garanties offertes aux salariés sur une question préjudicielle des juges portugais (CJUE, 28 nov. 2013, n° C-309/12, FGS IP), quant à l'intervention de l'institution de garantie aux différentes étapes de la procédure collective (sur la Dir. 2008/94/CE : CJUE, 18 avr. 2013, n° C-247/12).

15 CJUE, 16 oct. 2008, n° C-310/07, *Holmqvist* : Rec. I p. 7871 ; RTD com. 2010. 207, note J.-L. Vallens ; RDT 2009. 333, note F. Jault-Seske ; BMIS 2009. 163, note R. Dammann et M. Robinet.

16 Pts 19 à 23.

17 CJUE, 10 mars 2011, n° C-477/09, *Defossez c/ Wiart et a.* ; Gaz. Pal. 2 avr. 2011, p. 42, note C. Gaihlbaud ; Europe 2011. Comm. 5, obs. L. Driguez ; RJS 2011. 442, note M. Schmitt ; JCP S 2011, n° 22-23, p. 37, note E. Jeansen.

18 Cass. soc., 29 sept. 2011, n° 08-41512 : Bull. civ. V, n° 194 ; D. 2011. 2400 ; RTD eur. 2012. 505, obs. I. Rueda ; BJE janv. 2012, p. 29, note A. Donnette ; LEDEN nov. 2011, p. 7, obs. G. Dedessus-Le-Moustier ; Rev. proc. coll. 2011. 171, note M. Menjucq ; LPA 3 janv. 2012, p. 3, obs. L.-C. Henry.

cet autre État membre et remplit son obligation de contribution au financement de l'institution de garantie dans l'État membre de son siège, c'est cette institution qui est responsable des obligations définies par cet article ». Sur ce fondement, elle casse la décision de la cour d'appel qui avait désigné comme compétent l'institut en garantie des salaires belge, État membre dans lequel était exécuté le contrat de travail du salarié.

La situation de l'AGS est d'ores et déjà inconfortable en raison de cette jurisprudence, les hypothèses de son intervention se multiplient. Elle peut être sollicitée sur deux fondements distributifs : soit le lieu d'exécution du contrat travail en présence d'un établissement dans le même État membre, soit le lieu d'établissement de l'employeur, État membre du lieu d'ouverture de la procédure collective à son encontre.

17. Si ce n'est que cela ! La situation resterait prévisible. En outre, elle respecte le lien entre la charge de la cotisation et la compétence de l'institution assurant la protection. Le pire encore à venir est déjà en germe dans l'arrêt *Defossez*. Reprenant les termes de l'arrêt de la CJUE du 10 mars 2011¹⁹, la chambre sociale introduit la possibilité de reconnaître une option au salarié pour solliciter l'institut en garantie de salaires qui lui offre les prestations les plus protectrices. Elle ajoute – sans que cela ne soit pertinent dans l'affaire jugée – « la directive 80/987 ne s'oppose pas à ce qu'une législation nationale prévoie qu'un travailleur puisse se prévaloir de la garantie salariale de l'institution nationale, conformément au droit de cet État membre, à titre complémentaire ou substitutif par rapport à celle offerte par l'institution désignée comme étant compétente en application de cette directive, pour autant, toutefois, que ladite garantie donne lieu à un niveau supérieur de protection du travailleur ». C'est mot pour mot le contenu de l'arrêt de la CJUE.

L'inquiétude pointe : un *forum shopping* social se dessine. Le salarié confronté à une procédure transfrontalière pourrait solliciter l'institution en garantie de salaires – à titre principal ou complémentaire – qui lui propose les meilleures prestations. Il bénéficie d'une option entre l'institution du lieu d'ouverture de la procédure et celle du lieu d'exécution de son contrat de travail.

18. Confirmant les inquiétudes, l'arrêt de la Cour de cassation du 11 avril 2012²⁰, en application de la directive de 1980, confirme que le salarié ne renonce pas à solliciter, à titre complémentaire la garantie de l'AGS, du seul fait qu'il a obtenu du Fonds de fermeture des entreprises de l'Office national de l'emploi

en Belgique, la garantie partielle des créances fixées au passif de son employeur. Mieux « que la garantie assurée par l'institution du pays dans lequel est établi l'employeur peut être complétée par celle du pays dans lequel s'accomplissait le travail, dans la limite du plafond de garantie qui s'y applique » En l'espèce, le représentant employé par une société belge placée en liquidation judiciaire avait saisi le fonds de fermeture des entreprises de l'office national de l'emploi belge, institution de garantie du lieu d'établissement de l'employeur où est ouverte la procédure. Cette démarche ne le prive pas de demander l'intervention de l'AGS à titre complémentaire, institution en garantie du lieu d'exécution de son contrat de travail. La solution est donnée en se référant expressément à l'arrêt *Defossez-Sotimon* de la CJUE.

19. Les errements de la chambre sociale de la Cour de cassation ne s'arrêtent pas là, il faut compter avec les dérives de la décision *Sociel*²¹. La décision rendue par la chambre sociale du 4 décembre 2012 confirme toutes les inquiétudes par son interprétation créatrice du droit européen et français. La Cour de cassation, soucieuse d'assurer une protection extensive aux salariés, n'hésite pas à remplacer un législateur français comme européen le trouvant sans doute timoré.

Pour comprendre l'ampleur de l'audace de la Cour de cassation, il faut rappeler les faits. La société *Sociel* a son siège en France. Un de ses salariés est employé comme électricien sur les chantiers situés en Allemagne. Le 15 février 2010, la société *Sociel* est placée en liquidation judiciaire tandis que le salarié est licencié pour motif économique le 21 novembre 2003. Le caractère exceptionnel de la situation de ce salarié doit être précisé. Onze des salariés de la société *Sociel* travaillant en Allemagne, également licenciés, mais après l'ouverture de la liquidation judiciaire, ont été pris en charge par l'institution de garantie allemande. Or comme le montrent les dates, le salarié sujet de toutes les attentions de la chambre sociale a été licencié en application du droit français avant l'ouverture de la procédure liquidative²².

En l'espèce, la directive de 2002 – introduisant une modification substantielle du droit²³ – est applicable à l'exclusion de la directive de 1980. Ce nouveau texte – recodifié en 2008 – précise dans son article 9 que l'institution en garantie des salaires compétente en présence d'une procédure transnationale est celle du lieu d'exécution du contrat de travail. Sans ouvrir aucune option aux salariés. L'article L. 3253-18-1 du

19 En citant la date des conclusions de l'avocat général et non celle de l'arrêt...

20 Cass. soc., 11 avr. 2012 : D. 2012. 1123 ; RDT 2012. 422, obs. L. Driguez ; Rev. crit. DIPR 2013, p. 210, note J.-M. Jude.

21 Cass. soc., 4 déc. 2012, n° 11-22166 : D. 2013. 691, note R. Dammann et F. Thillaye ; *ibid.* 1503, obs. F. Jault-Seske ; RDT 2013. 437, obs. F. Jault-Seske ; Rev. crit. DIP 2013. 518, note D. Jacotot.

22 Nous remercions Maître Gall-Heng pour nous avoir apporté ces précisions.

23 Constat fait par la CJUE dans l'arrêt *Defossez-Sotimon*, préc.

Code du travail transposant la directive se contente de confirmer le critère du lieu d'exécution du contrat posé par le droit européen et n'introduit pas d'avantage d'option.

20. Forte de tous ces éléments, la Cour de cassation fait œuvre créatrice en réécrivant le droit français et européen. Reprenant la position de la CJUE dans sa jurisprudence relative à la directive de 1980²⁴, la chambre sociale considère qu'en dépit du texte clair de l'article 9 de la directive de 2002, cette dernière « ne s'oppose pas à ce qu'une législation nationale prévoie qu'un travailleur puisse se prévaloir de la garantie salariale, plus favorable, de l'institution nationale, conformément au droit de cet État membre ». La chambre sociale offre un bel exemple d'interprétation inventive d'un texte clair. Pour ce faire, il fallait qu'elle parvienne à démontrer que le droit français prévoit que le salarié dispose du droit de se prévaloir de la garantie salariale la plus favorable. Elle qualifie le travailleur affecté aux chantiers allemands et exécutant son contrat de travail en Allemagne de salarié détaché ou expatrié pour lui appliquer l'article L. 3253-6 du Code du travail²⁵. Ainsi la Cour de cassation devine la possibilité d'une option en faveur de la garantie la plus favorable en application du droit français.

Ce faisant la Cour de cassation estime que les deux conditions posées par l'arrêt *Defossez-Sotimon* pour l'interprétation de la directive de 1980 sont vérifiées dans le cadre de la mise en œuvre de la directive de 2002. Elle constate une garantie plus favorable en France qu'en Allemagne et trouve une possibilité de choix offerte au salarié dans le Code du travail français.

21. Les extrapolations de la Cour de cassation sont nombreuses pour parvenir à vérifier le syllogisme judiciaire justifiant sa solution ultra-protectrice du salarié. Pourtant, il faut reconnaître que la CJUE a ouvert la boîte de Pandore car, s'il est vrai que la nouvelle directive comporte un article clair pour désigner l'institution en garantie des salaires compétente, elle poursuit les mêmes objectifs que la première directive et assure tout comme elle une harmonisation *a minima*. L'interprétation téléologique audacieuse de la Cour de cassation s'inscrit dans la logique de protection systématique des salariés qui est celle de la chambre sociale. Au demeurant, on peut comprendre et même souscrire à la détermination des magistrats de protéger à tout prix les salariés. Cependant, on peut regretter qu'à défaut de tenir compte du contexte européen, elle fragilise l'AGS, prenant le risque de générer des

effets pervers et de remettre en cause l'excellente protection offerte par la France²⁶.

22. Il est indispensable de mesurer les conséquences de l'arrêt *Sociel*, la jurisprudence française aboutit à une protection irréflectée qui ouvre le temps des inquiétudes.

III. Le temps des inquiétudes : une protection irréflectée

23. Pour mesurer les conséquences de l'état du droit positif, il convient de placer les solutions arrêtées dans leur entier contexte et les sources d'inquiétude se multiplient.

La première source d'inquiétude consiste dans la multiplication des lois applicables auxquelles l'AGS est confrontée dans les procédures d'insolvabilité transnationales européennes. Or l'éclatement des lois applicables est un facteur de difficultés. En effet, plusieurs textes sont applicables concomitamment.

24. Le règlement (CE) n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité définit le domaine d'intervention respectif des lois concernées. La loi applicable au contrat de travail se voit octroyer un large domaine, le considérant n° 28 du règlement précise qu'elle concerne les effets de la procédure collective sur la poursuite ou la cessation des relations de travail, sur les droits et les obligations de chaque partie. Son article 10 visant le contrat de travail énonce : « les effets de la procédure d'insolvabilité sur un contrat de travail et sur le rapport de travail sont régis exclusivement par la loi de l'État membre applicable au contrat de travail ». Pour déterminer la loi applicable au contrat de travail, il convient de se référer à la convention de Rome du 19 juin 1980 (art. 3 et 6 § 2) puis du règlement *Rome I*²⁷ (art. 3 et 8, § 2). Les parties peuvent désigner la loi applicable au contrat de travail. Si elles restent silencieuses sur ce point, la loi du lieu d'exécution du contrat de travail est applicable. Le domaine reconnu à la loi du contrat de travail est donc important, il relègue la loi du concours, celle de la procédure collective, au second rang. Prévalence est donnée à la loi du contrat de travail pour ce qui est des conséquences de l'ouverture d'une procédure collective sur les relations de travail. La loi applicable au contrat de travail s'impose également pour le licenciement des salariés puisque les textes précisent que la loi du contrat de travail s'applique à la cessation des relations de travail.

La loi applicable à la procédure d'insolvabilité est marginalisée. Une faible part est reconnue à la loi du

24 Directive qui, rappelons-le, ne prévoit rien quant à la désignation de l'institution en garantie des salaires compétente en cas de procédure transnationale.

25 Cet article est sans lien aucun avec loi de 2008 transposant la directive de 2002.

26 L.-C. Henry, « La réforme oubliée, la protection des salariés face à l'insolvabilité de l'employeur » : D. 2013. 2410.

27 Règl. (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOUE n° L. 177, 4 juill. 2008, p. 6.

lieu d'ouverture de la procédure (cons. 28). Elle régit le sort des créances des travailleurs en déterminant si elles sont garanties ou non par un privilège et quel est le rang octroyé à ce privilège. Ainsi seules les créances salariales dépendent de la loi de la procédure d'insolvabilité.

25. Cette dissociation peut paraître inévitable, elle est néanmoins regrettable. En effet, l'institution en garantie des salaires compétente en présence d'une procédure transnationale se trouve coincée entre les dispositions souvent divergentes de la loi du contrat de travail et de la loi du concours.

En effet, la répartition des lois applicables orchestrée par le règlement insolvabilité²⁸ est complétée par les dispositions de la directive s'attachant à la protection des salariés en cas d'insolvabilité de leur employeur. L'article 9 désigne l'institution du lieu d'exécution du contrat de travail, cette règle de compétence sous-entend que l'institution désignée applique sa propre loi, loi du for.

Ainsi l'AGS applique la loi française avec les adaptations qui sont prévues à ces situations transfrontalières. Elle doit appliquer le droit français pour ce qui est de la garantie offerte, mais elle peut être confrontée à une loi étrangère régissant la procédure d'insolvabilité de l'employeur lorsqu'elle intervient au titre de la compétence du lieu d'exécution du contrat de travail. Dans ce cas, la loi du concours est différente de la loi du contrat de travail. Elle peut même être confrontée à une troisième loi si la loi applicable au contrat de travail ne coïncide pas avec celle du lieu d'exécution du contrat de travail !

26. Il faut souligner que cette dissociation pose un problème de cohérence²⁹. La loi du concours fixe le caractère ou non privilégié des créances salariales et le rang qu'elles occupent dans l'ordre du paiement collectif des créanciers. Or il y a, souvent, une corrélation logique entre le degré de protection de la garantie de paiement des salaires offert aux salariés et le rang privilégié de paiement accordé par la loi du concours au paiement des créances salariales. Ainsi pour ce qui est du droit français, en redressement ou en liquidation judiciaire, l'AGS garantit le plus haut degré de protection aux salariés dans l'UE³⁰. Après paiement elle est subrogée dans les droits des salariés avancés par ses soins³¹, le rang des créances salariales est très élevé – on évoque le privilège général et le super privilège des

salaires³² – ce qui laisse à l'AGS l'espoir de recouvrer dans le cadre de la procédure une partie des sommes avancées. Ce recouvrement lui permet d'assurer un équilibre financier précaire en complément des cotisations versées par les entreprises installées en France. Dissocier les deux aspects du traitement des créances salariales en soumettant à deux lois différentes la garantie de paiement et le traitement des créances salariales par la loi du concours ruine l'équilibre introduit par la législation française. La remarque peut être étendue à d'autres droits nationaux, le traitement différencié des créances salariales n'est pas une solution anodine.

27. La pertinence de ces critères de rattachement mérite réflexion. Les créances salariales s'inscrivent autant dans le droit du travail que dans la loi de l'insolvabilité. En réalité, elles n'ont besoin d'être garanties qu'en raison des difficultés économiques de l'employeur ; sans elles pas d'intervention de l'AGS. De ce point de vue, seule la loi du concours est pertinente comme le souligne le considérant 28 du règlement n° 1346/2000. En même temps, les créances garanties par l'institution protectrice mise en place dans chacun des États membres en application des directives européennes, naissent de l'exécution du contrat de travail. L'article 1^{er} de la directive de 2008 énonce que sont concernées les créances résultant de contrats de travail ou de relations de travail. La pertinence de la loi applicable au contrat de travail est donc indiscutable. Bref, c'est la quadrature du cercle, comment démêler ces deux aspects apparemment indissociables puisque la garantie des salaires a pour objet les créances salariales qui naissent de l'exécution du contrat de travail et pour cause l'insolvabilité de l'employeur.

28. À ne pas vouloir trancher entre l'un ou l'autre de ses rattachements, le droit international privé européen perd en cohérence. De deux choses l'une : ou la cause du déclenchement de la garantie des salaires est privilégiée et il faut revenir aux origines du droit européen et reconnaître la compétence pour le tout de la *lex fori concursus* ou la protection du salarié qui doit rester dans la bulle protectrice de son environnement linguistique et juridique et il faut poser comme unique critère la loi du lieu d'exécution du contrat de travail.

En réalité, cette solution fait son chemin. L'article 9 de la directive de 2008 désigne l'institution de garantie des salaires du lieu d'exécution du contrat de travail. Le règlement de *Rome 1* désigne à titre subsidiaire, loi du lieu d'exécution du contrat de travail pour régir ce dernier. La Cour de cassation, par un

28 Et qui ne devrait pas changer dans le prochain règlement.

29 L.-C. Henry, art. préc.

30 À titre d'exemple entre la France et l'Allemagne, Rapport AGS 2012, p. 32.

31 Donnant naissance aux créances super privilégiées, v. P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action 2013-2014, spéc. n°s 694-51 et 694-52.

32 P.-M. Le Corre, préc., n°s 961-20 et s. et n°s 693-03 et s. et Pour une clarification du traitement des créances de remboursement des avances de l'AGS, D. 2014, Point de vue, p. 378.

arrêt du 27 novembre 2013, donne compétence à la juridiction du lieu d'exécution du contrat de travail³³. Progressivement ce critère s'impose.

29. Il semble dès lors nécessaire d'aller jusqu'au bout de la logique et retirer le sort des créances salariales de la *lex fori concursus*. Il faudrait réformer le règlement insolvabilité sur ce point et retirer tout le droit social de la loi du concours pour le soumettre à la compétence des autorités et à la loi applicable du lieu d'exécution du contrat de travail. Ce choix permettrait à l'AGS de garder le rang que lui offre le droit français dans les répartitions assurées à l'étranger lorsqu'elle est subrogée dans les droits des salariés. Par souci de cohérence, la directive de 2008 devrait enfin être modifiée pour harmoniser les modes de financement de la garantie en précisant que les cotisations sont dues à l'institution du lieu d'exécution du contrat de travail. Autant d'adaptations qui risquent en pratique de s'avérer difficiles³⁴.

En l'état du droit positif, il est possible – si l'employeur dont les salariés travaillent en France a un établissement sur le territoire national et si cela est opportun au regard de l'employeur en difficulté – de demander l'ouverture d'une procédure secondaire pour obtenir l'application de la loi française du concours aux créances salariales. Cette demande est offerte au syndic de la procédure principale, mais elle dépend également des dispositions de la loi de l'État membre sur le territoire duquel l'ouverture de la procédure secondaire est demandée (Règl. n° 1346/2000, art. 29). La proposition de révision du règlement prévoit un possible refus à la demande d'ouverture de la part de la juridiction saisie pour ne pas mettre à mal les objectifs poursuivis par la procédure principale, mais en l'état du texte actuel, un tel refus n'est pas envisagé.

Par ce biais l'AGS subrogée dans les droits des salariés indemnisés retrouvent le rang qui est le sien, super privilège compris et la cohérence entre les lois applicables se trouve rétablie.

30. La seconde source d'inquiétude résulte de l'absence d'uniformisation du droit au plan européen. Ce manque d'uniformisation est un vecteur d'incohérence, mais tout espoir d'uniformisation risque d'être voué à l'échec tant les degrés de protection sont différents d'un État à l'autre. Les chiffres fournis par la Commission dans le rapport accompagnant l'adoption de la directive de 2002 montrent que l'AGS et le fonds belge sont les institutions les plus sollicitées pour les montants les plus élevés³⁵. L'absence de coïncidence entre l'État membre de versement des cotisations et l'institution compétente pour assurer la garantie des salaires fait naître une sorte de concurrence déloyale qui grève la compétitivité des États membres les plus protecteurs. Pour l'instant, dès qu'un lien est établi avec la France, l'AGS finance la protection élevée des salariés de l'UE³⁶.

Un espoir d'harmonisation du droit européen de l'insolvabilité aurait pu naître de la recommandation de la Commission du 12 mars 2014 relative à la nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises³⁷. Mais ce texte, qui sert de fondement au rapprochement matériel des droits de l'insolvabilité en Europe, ignore totalement le volet social de la matière. La déception est grande, elle est sans doute à la mesure d'un impossible rapprochement des législations nationales dans un domaine caractérisé par des différences notables d'un État membre à l'autre. Néanmoins, le nombre relativement peu important des procédures concernées ne devrait pas être un prétexte pour ne rien faire.

33 Cass. soc., 27 nov. 2013, FS-PB, n° 12-20426, D. 2013, p. 2859, obs. B. Ines – Cass. soc., 27 nov. 2013, n° 12-24880, FS-PB : D. 2013 actu 17 déc. 2013, obs. M. Peyronnet.

34 L.-C. Henry, « La réforme oubliée, la protection des salariés face à l'insolvabilité de l'employeur » : D. 2013 p. 2410, spéc. n° 19 et s.

35 Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, COM (2011) 84 final, spéc. p. 13 et 14.

36 L.-C. Henry, préc. spéc. n° 21 et s.

37 JOUE n° L. 74, 14 mars 2014, p. 65 ; LEDEN 2 mai 2014, p. 1 ; F.-X. Lucas, Act. proc. coll. n° 9, mai 2014, comm. 166 ; Rev. Sociétés, juin 2013. 497 ; L.-C. Henry ; Gaz Pal. 2014, à paraître, L.-C. Henry.