

UNIVERSITÉ PARIS-OUEST-NANTERRE-LA-DÉFENSE

UFR, Droit et Science politique

École doctorale de Droit et de Science politique

LA GARANTIE DES SALAIRES EN CAS D'INSOLVABILITÉ DE L'EMPLOYEUR

Thèse de doctorat Mention Droit privé

Présentée et soutenue publiquement

Le 5 décembre 2012, à Nanterre par

Monsieur Stani ONDZE

Directeur de thèse : Monsieur Antoine LYON-CAEN

Professeur à l'Université Paris-Ouest Nanterre-La-Défense

Membres du jury : Madame Corinne SAINT-ALARY-HOUIN

Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole, rapporteur

Monsieur Gilles AUZERO

Professeur à l'Université Montesquieu (Bordeaux IV), rapporteur

Monsieur Philippe LANGLOIS

Professeur émérite de l'Université Paris-Ouest-Nanterre-La-Défense

Monsieur Pascal LOKIEC

Professeur à l'Université Paris-Ouest-Nanterre-La-Défense

Monsieur Antoine LYON-CAEN

Professeur à l'Université Paris-Ouest Nanterre-La-Défense

L'université n'entend donner aucune approbation ni réprobation aux opinions émises dans cette thèse. Elles doivent être considérées comme propres à leur auteur.

SOMMAIRE

(Un plan détaillé figure à la fin de la thèse)

INTRODUCTION.....	1
PREMIERE PARTIE : LA NATURE DE LA GARANTIE.....	33
Titre 1 : Les rapports de la garantie de l'AGS et des privilèges de salaires.....	36
Chapitre 1 : Les caractéristiques des mécanismes de garantie des salaires.....	38
Section 1 : Les privilèges des salariés.....	39
Section 2 : La garantie de l'AGS : un mécanisme collectif original de paiement des salaires.....	85
Chapitre 2 : La complémentarité des mécanismes de garantie.....	105
Section 1 : L'objectif commun de paiement rapide des créances salariales....	106
Section 2 : La conception matérielle de la garantie.....	153
Titre 2 : Les rapports de la garantie de l'AGS et de la sécurité sociale.....	186
Chapitre 1 : La connexité des natures juridiques.....	188
Section 1 : Des assurances obligatoires.....	189
Section 2 : L'eupéanisation des techniques.....	208
Chapitre 2 : Une connexité limitée entre les régimes juridiques.....	240
Section 1 : La convergence des finalités.....	240
Section 2 : Les limites de la connexité entre les régimes.....	272
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	291
SECONDE PARTIE : LA DYNAMIQUE DE LA GARANTIE.....	292
Titre 1 : L'objet de la garantie.....	297
Chapitre 1 : Une conception étendue de l'objet de la garantie.....	300
Section 1 : La nature des créances garanties.....	301
Section 2 : Une délimitation temporelle de la garantie.....	327
Chapitre 2 : La garantie dans ses rapports avec la rupture du contrat de travail.....	362
Section 1 : Une incitation à la rupture du contrat de travail.....	363
Section 2 : L'influence de la garantie sur le licenciement pour motif économique.....	387

Titre 2 : La charge de l'indemnisation des salariés.....	421
Chapitre 1 : À la recherche du responsable de l'indemnisation.....	426
Section 1 : La responsabilité principale de l'employeur.....	427
Section 2 : La substitution du débiteur principal.....	477
Chapitre 2 : Les responsabilités alternatives.....	494
Section 1 : La responsabilité des personnes assimilées à l'employeur.....	495
Section 2 : La responsabilité civile des mandataires de justice.....	516
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	535
CONCLUSION GENERALE.....	538
BIBLIOGRAPHIE.....	548
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	624
TABLES DES MATIÈRES.....	629

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Act. proc. coll.	Actualités des procédures collectives – La lettre Juris-Classeur
Adde	Ajouter
AGS	Association pour la gestion du régime de garantie des salaires
AJ	Actualité jurisprudentielle du Recueil Dalloz
AJDA	Actualité juridique de Droit administratif
Al.	Alinéa
Art.	Article
Ass.	Assemblée
Assedic	Association pour l'emploi dans l'industrie et le commerce
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Bull. Joly Sociétés	Bulletin Joly (mensuel d'information des sociétés)
CA	Arrêt de la Cour d'appel
Cah. dr. ent.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. Ass. plén.	Arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ.	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
Civ. 1 ^{re}	Cour de cassation, première chambre civile
Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
C. ass.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CC	Conseil constitutionnel
CE	Arrêt du Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cf.	Confer ; se reporter à
CGI	Code général des impôts

Concl.	Conclusions
C. mixte	Arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation
Ch. réun.	Arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation
Chron.	Chronique
CJCE	Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne
Comm.	Commentaires
Cons. const.	Décision du Conseil constitutionnel
Contra.	Au contraire
CSBP	Cahiers sociaux du barreau de Paris
C. pén.	Code pénal
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
CSP	Code de la santé publique
CSS	Code de la sécurité sociale
C. trav.	Code du travail
D.	Recueil Dalloz
D. aff.	Recueil Dalloz, cahier affaires
DH	Recueil Dalloz hebdomadaire
DP	Recueil Dalloz périodique
Décis.	Décision
dir.	Sous la direction de
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
doc.	Doctrines
Dr. et patr.	Revue Droit et patrimoine
Dr. ouvr.	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
Éd.	Editeur (édition)
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
Ibid	Au même endroit
Infra	en dessous
IR	Informations rapides
JCP	Juris-classeur périodique (La Semaine juridique)
JCP CI	Juris-classeur périodique, édition commerce et industrie
JCP E	Juris-classeur périodique, édition Entreprise

	(La Semaine juridique, édition Entreprise)
JCP G	Juris-classeur périodique, édition Générale (La Semaine juridique, édition Générale)
JCP S	Juris-classeur périodique, édition sociale (La Semaine juridique, édition sociale)
JCP E et A	Juris-classeur périodique, édition Entreprise et Affaires (La Semaine juridique, édition Entreprise et Affaires)
JO	Journal officiel des lois et décrets de la République française
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
Jur.	Jurisprudence
Jur. soc. Lamy	Jurisprudence sociale Lamy
Jur. soc.	UIMM Jurisprudence sociale de l'UIMM
Liaisons soc.	Liaisons sociales
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
Not.	Notamment
NCPC	Nouveau Code de procédure civile
Obs.	Observations
OIT	Organisation internationale du travail
OMI	Office des migrations internationales
Pan.	Panorama jurisprudentiel du Recueil Dalloz
Préc.	précité
Rapp.	Rapport du conseil à la Cour de cassation
RCA	Responsabilité civile et assurances
RDC	Revue des contrats
RDP	Revue de droit public
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RDT	Revue de droit du travail
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Repons. civ et assur.	Revue de la Responsabilité civile et assurances
RFAS	Revue française des affaires sociales
RFDA	Revue française de droit administratif
RFG	Revue française de gestion

Rev. crit.	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
Rev. soc.	Revue des sociétés
Rev. jurisp. com.	Revue de jurisprudence commerciale
RGAT	Revue générale des assurances terrestres
RIDC	Revue internationale de droit comparé
Rec. CJCE	Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes
RLDC	Revue Lamy de droit civil
RIT	Revue internationale du travail (BIT)
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RSC	Revue de Science criminelle et droit pénal comparé
S	Recueil Sirey
Sem. soc. Lamy	Semaine sociale Lamy
SMIC	Salaire minimum interprofessionnel de croissance
SMIG	Salaire minimum interprofessionnel garanti (jusqu'en 1970)
Soc.	Cour de cassation, chambre sociale
Somm.	Sommaire
Som. com.	Sommaires commentés
s.	Et suivants
sp.	Spécialement
Supra	en dessus
t.	tome
T. confl.	Tribunal des conflits
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
TPS	Travail et protection sociale
TUE	Traité de l'Union européenne
Unedic	Union nationale pour l'emploi dans l'industrie et le commerce
V	Voir

REMERCIEMENTS

La rédaction d'une thèse n'est pas un exercice solitaire ; elle s'inscrit dans un cadre institutionnel et familial. Il est donc normal de remercier les personnes qui ont contribué à sa réalisation. Qu'il me soit permis d'exprimer une reconnaissance particulière à mon directeur de thèse, le professeur Antoine LYON-CAEN, pour l'attention particulière qu'il a accordé à cette thèse. Qu'il me soit également permis de remercier Mmes Marie-Armelle SOURIAU, Isabelle VACARIE et M. Georges BORENFREUND, respectivement ex et co-directeurs de l'Institut de Recherche Juridique sur l'Entreprise et les Relations Professionnelles (IRERP) pour leur soutien matériel et moral. Je remercie par la même occasion Irina RAVALONAHINA et Marie-Gabrielle THIAN, Responsables administratives de l'IRERP et de l'École doctorale pour leurs encouragements ainsi que Mmes Anissa ALLOUACHE, Marie-Katherine PALMIERI, Florence PRÉMILLEUX et Véronique ROSINI, pour leur accueil chaleureux.

Que les membres du jury soient remerciés d'avoir accepté de participer à cette soutenance. Que Paul-Anthelme ADELE, Maxime ALVES-CONDE, Sabrina ALZAIS, Konstantina CHATZILAOU, Aurianne COTHENET, Anne-Catherine CREPLET, Benjamin DADOSVILLE, Carole DAHAN, Nicolas DI CAMILLO, Josepha DIRRINGER, Ylias FERKANE, Anne-Sophie GINON, Barbara GOMEZ, Valéria ILIEVA, Lola ISIDRO, Laurence JOLY, Assata KONÉ-SILUÉ, Sonia LEROY, Isabel ODOUL-ASOREY, Inès MEFTAH, Nathalie MIHMAN, Elsa PESKINE, Valérie PONTIF, Jérôme PORTA, Magali ROUSSEL, Nanga SILUÉ, Morgan SWEENEY, Stéphane VERNAC, soient aussi remerciés pour les lectures et compagnie.

Je remercie Mesdames Alessia ALDE, Raymonde APENDI, Lily DIEBOLD, Cornellie EHINI, Évelyne ÉHINI NGALA, Ange ÉHINI OSSETTÉ, Cindy LEGRAND, Félicité MOUABONGO, Suzanne NGOKA, Jeanne OKAKA, Ève OGNANGO, Sophie VIGNERON. Mes remerciements enfin, à Messieurs René DIEBOLD, Mamadou Adama DIALLO, Mamadou Yaya DIALLO, Moussa KONÉ, Martin MANKOU, Christlain GLODJINON, Bernard MATAKANA, Christian MOUABONGO, Destin NGOKA, Lambert NGOKA, Victor NGOKA, Jean-Marc et Rodrigue OGNANGO, Michel ONDZÉ, Désiré PONGO, Francis ROUSSELOT (Délégation Unedic AGS), Dianguina TOUNKARA (compagnon de route), Victor ZAGURY.

Á

Jeanne NGOKA

Marie Thérèse NGOKA

Alex Lucas ONDZÉ

Jeanna Mariella ONDZÉ

Michel ONDZÉ EHINI

Marguerite ÉKOMBA

Raymonde APENDI OTTENDA

Alexandre GNOUNGOU LHEYET

INTRODUCTION

« [...] les créances salariales sont d'une nature différente des autres créances ; elles représentent la contrepartie du travail fourni par le salarié dans l'entreprise. Il est donc essentiel aux yeux du gouvernement et de la majorité qu'elles fassent l'objet d'une identification et d'une représentation particulières [...] »

J. ROGER-MARCHART¹.

« La loi du 27 décembre 1973 [...] n'a pas d'autre objectif que de donner sur le point pleine sécurité aux travailleurs, mais son effet est aussi d'inciter aux licenciements rapides, la garantie n'étant accordée qu'aux créances salariales existant au jour du jugement ouvrant la procédure »

G. LYON-CAEN².

1.- Garantie et salaire. La *garantie* et le *salaire* sont deux notions qui appartiennent, à l'origine, à la même discipline : le droit civil. Le salaire était considéré comme le *prix*³ du *louage de services* qui « est un contrat par lequel l'une des parties s'engage, moyennant un prix que l'autre partie s'oblige à lui payer, à fournir à cette dernière ses services personnels pour un certain temps ou à accomplir un fait déterminé »⁴. Celui-ci s'oppose au *louage d'ouvrage* qui est un « contrat par lequel une personne (le locateur d'ouvrage ou entrepreneur) s'engage au profit d'une autre (le maître d'ouvrage), à exécuter un travail indépendant

¹ J. ROGER-MACHART, *JO Ass. Nat.*, 11 avr. 1984, p. 1346.

² G. LYON-CAEN, « Le salaire », in traité de droit du travail, sous la dir. G.-H. Camerlynck, 2^e éd., Dalloz, t. 2, 1982, p. 409.

³ Il convient de noter que le prix est « une somme d'argent due par l'acquéreur au vendeur », Cf., G. CORNU, *Vocabulaire juridique*.

⁴ C. civ., art. 1780 : « On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée. Le louage de services, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes » ; Cf., F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, Éd. Bruylant-Christophe Cie 3^e éd., 1878, n° 491 et s. ; L. GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage*, Éd., Durand et Pédone-Lauriel, 3^e éd., 1891, n° 710 et s.

moyennant un certain prix »⁵. En effet, le louage de services qui est caractérisé par la prestation de service subordonnée a évolué avec l'autonomie du droit du travail pour devenir le *contrat de travail*. Ce dernier est un contrat de type particulier qui tient sa source du louage de services, mais le droit du travail n'étant plus inféodé au droit commun, une réglementation spéciale s'applique au contrat de travail, alors que les autres prestations de service qui ne sont pas caractérisées par le lien de subordination restent entièrement soumises au droit commun. Néanmoins, la relation de travail est une convention de droit privé qui reste partiellement soumise aux règles de droit commun⁶. C'est l'existence du contrat de travail qui confère à chacune des parties la qualité d'*employeur* et de *salarié*⁷. Ce contrat est différent du contrat d'entreprise qui est la forme moderne du louage d'ouvrage⁸.

À la vérité, le contrat de travail n'étant qu'une nouvelle appellation du louage de services⁹, le *salaire* relève en partie des règles de droit civil, même s'il ne représente pas exactement le prix que le maître d'ouvrage verse à l'entrepreneur. En effet, le contrat de travail confère aux parties des qualités spécifiques. Par conséquent, l'*essence* de la garantie du salaire, c'est-à-dire sa nature profonde, les éléments caractéristiques de sa propriété ainsi que l'*existence*, de cette garantie, c'est-à-dire ses sources, sa légitimité, sa licéité sont déterminées par le droit du travail. Lequel prend en considération la spécificité du contrat de travail. La prise de distance du droit commun par le droit du travail a permis d'attribuer à la créance de salaire une nature particulière, qui n'est pas concédée aux créances civiles. Elle a aussi permis de lui octroyer les *garanties, notamment de paiement*. Ces garanties sont telles, que des auteurs se sont demandées si « le contrat de travail » était un « modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats »¹⁰. Ces garanties sont beaucoup sollicitées lorsque l'employeur est insolvable. Les études qui ont été réalisées sur la mise en œuvre de la garantie des salaires en cas

⁵ C. civ. art. 1787 : « Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière » ; v., C. civ. art. 1710 et 1792 ; Cass. soc. 21 janv. 1957, *D.* 1957, p. 560 ; 13 févr. 1959, *Bull. civ.* IV, n° 231, p. 189 ; Civ. 3°, 17 juill. 1972, *JCP* 1972, IV, 233 ; Crim. 26 janv. 1967, *Gaz. Pal.* 1967, 1, 133 ; S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2013*, 20^e éd., Dalloz, 2012, p. 564.

⁶ C. trav., art. L. 1221-1.

⁷ Cf., G. VERCKEN, « Le correspondant à la protection des données : une création inachevée ? », *Rev. Lamy Dr immatériel*, 2005, n° 9, Perspectives, Dossier spécial.

⁸ Cf., P. PUY, *La qualification du contrat d'entreprise*, préf. B. Teyssié, éd., Panthéon-Assas, 2002 ; D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 7^e éd., Dalloz, 2010, coll. « Cours », p. 471 et s. ; S. GUINCHARD, J. VINCENT (dir.), *Lexique des termes juridiques 2013*, préc.

⁹ D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, préc., p. 471 ; H. CAPITANT, P. CUCHE, *Précis de législation industrielle*, Dalloz, 1939, n° 480 ; N. OLSZAK, *Histoire du droit du travail*, PUF, 1999, p. 79.

¹⁰ Cf., G. COUTURIER, *Droit du travail, Les relations individuelles de travail*, 3^e éd., PUF, 1996, n° 83 ; P.-Y. VERKINDT, « Le contrat de travail – modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Dalloz 2003, p. 205, n° 14.

d'insolvabilité de l'employeur ont laissé des zones d'ombres en ce qui concerne la nature de cette garantie et la dynamique de cette dernière. L'importance et la spécificité de « la garantie des salaires en cas d'insolvabilité de l'employeur » méritent une nouvelle évaluation.

2.- Salaire et contrat de travail. Pour aborder une telle étude, il faut rappeler l'importance du salaire en droit du travail. Selon le professeur Gérard LYON-CAEN, le droit du travail est « dans sa totalité construit autour de la question du salaire »¹¹, même si cette conception semble aujourd'hui oubliée. Ainsi, le salaire est au cœur des relations individuelles et collectives de travail. La notion de salaire n'a pas pour autant reçu de définition précise¹². Sa définition est relative¹³ et varie en fonction des acceptions, juridique, sociale ou économique¹⁴. À la différence du *prix*, dont le louage de services qualifie la contrepartie de la personne qui loue son service, la contrepartie du *travail* fourni par le salarié est un *salaire* qui a des *spécificités* par rapport à la *créance régie par le droit civil*. Dans son acception juridique, le *salaire*, de son étymologie latine « *salarium* » ou « *salarius* », qui signifie la « rétribution en sel alimentaire », est la contrepartie du travail fourni par le salarié¹⁵ au profit

¹¹ G. LYON-CAEN, « Le salaire », in *Traité de droit du travail*, G.-H. Camerlynck (dir.), 2^e éd., Dalloz, t. 2, 1981, n° 1 ; Cf. Not., G. LYON-CAEN, « Le salaire dans le droit du travail et dans le droit de la sécurité sociale », *Dr. soc.* 1960, n° 12, p. 613.

¹² Cf., P.-H. ANTONMATTEI, « La qualification de salaire », *Dr. soc.* 1997, p. 571 ; F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, 3^e éd., LGDJ coll. « Manuel », 2011, pp. 674 et s. ; E. JEANSEN, « La qualification donnée aux heures d'équivalence est indépendante de la rémunération due », *JCP S* 2011, n° 10, p. 20, note sous Cass. soc. 30 nov. 2010, n° 09-66.672, Sté Fondation Home Saint-Jean c. M. S ; G. COUTURIER, « De quoi le salaire est-il la contrepartie ? », *Dr. soc.* 2011, n° 1, pp. 10-17 ; F. GAUDU, « Le salaire et la hiérarchie des normes », *Dr. soc.* 2011, p. 24.

¹³ Cf., A. ROUAST, « Les avantages complémentaires du salaire », *Dr. soc.* 1948, p. 371 ; F. PIPPI, *De la notion de salaire individuel à la notion de salaire social*, préface de Guy Lambert, LGDJ, Paris, 1966, Coll. « Bibl. d'ouvrages de droit social », t. 8, p. 41.

¹⁴ J. HAUSER, « La notion de salaire et le droit privé », in *Mélanges Despax*, PU Toulouse, 2002, 373 ; P. MORVAN, « Le nouveau droit de la rémunération », *Dr. soc.* 2008, 643 et « Groupe d'entreprises et rémunération du travail », *Dr. soc.* 2010, 748.

¹⁵ Cass. soc. 10 oct. 1979, *Bull. civ.* V, n° 704 ; 7 avr. 2010, n° 07-45.322, *JCP S* 2010, 1286, note D. Everaert-Dumont ; T. REVET, *La force de travail (Étude juridique)*, préf. F. Zenati, Litec, coll. « Bibl. de droit de l'entreprise », 1992, pp. 9 et s. ; E. DOCKÈS, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », *Dr. soc.* 1997, pp. 140 et s. ; G. PIGNARRE, « Le régime juridique de la créance de salaire », *Dr. soc.* 1997, n° 6, p. 589 ; X. LAGARDE, « Prix et salaire », *Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001 ; J. PÉLISSIER, « La détermination des éléments du contrat de travail », *Dr. ouvr.* 2005, 92 ; « Pour un droit des clauses du contrat de travail », *RJS* 5/05, p. 499 ; D. GARDES, *La notion de travail : essai et enjeux d'une définition juridique*, Thèse Toulouse 1 Capitole, 2011, sous la dir. Lise Casaux ; P.-Y. VERKINDT, « Vivre dignement de son travail : entre salaire et revenu garanti », *Dr. soc.* 2011, n° 1, p. 18 et s. ; F. GAUDU, « Le salaire et la hiérarchie des normes », *Dr. soc.* 2011, n° 1, p. 24 et s. ; J.-P. CHAUCHARD, « L'évitement du salaire », *Dr. soc.* 2011, n° 1, p. 32 et s. ; J.-E. RAY, « À travail égal, salaire égal », *Dr. soc.* 2011, n° 1, p. 42 et s. ; J.-D. COMBREXELLE, « Des salaires à la négociation collective », *Dr. soc.* 2011, n° 1, p. 59 et s. ; D. PALLANTZA, *La créance de salaire*, préc., p. 180 ; P. RODIÈRE, « Le salaire dans les écrits de Gérard Lyon-Caen », *Dr. soc.* 2011, n° 1, p. 6 et s.

de l'employeur, qui est titulaire du pouvoir¹⁶. L'absence de définition précise du salaire explique une concurrence avec les notions de *rémunération*¹⁷ ou de *créance salariale* qui considèrent amplement les sommes versées aux salariés dans le cadre d'une relation de travail. La rémunération est ainsi constituée du salaire ou traitement de base et des compléments du salaire, et la créance salariale constituée du salaire, des compléments du salaire et diverses indemnités résultant de la violation par l'employeur des obligations prescrites par le Code du travail tel que le manquement aux règles de maintien de l'emploi lors des licenciements pour motif économique. En revanche, le salaire ne désigne que le prix réel du travail fourni¹⁸. Il est ainsi directement lié au travail¹⁹.

Naguère l'objet des préjugés²⁰, le travail²¹ est aujourd'hui considéré comme un élément de valorisation de la personne, il est inhérent à l'homme²². La valeur sociale du travail²³ voudrait

¹⁶ Cass. soc. 12 juill. 2005, *Dr. soc.* 2005, 1035, obs. J. Savatier (Concernant les ministres du culte) ; 13 déc. 2007, *Dr. soc.* 2007, 242, obs. J. Savatier ; I. VACARIE, « Travail subordonné, travail indépendant : question de frontières », in *Les frontières du salariat*, Actes du colloque du 26 et 27 oct. 1996, Université de Cergy-Pontoise, *Revue d'Ile-de-France, Revue trimestrielle des barreaux* ; D. 1996, p. 103 ; T. AUBERT-MONPEYSSSEN, « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail », *Dr. soc.* 1997, 616 ; A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000, 131 ; F. FAVENNEC-HERY, « Les relations professionnelles entre époux ou le travail sans la subordination », *Dr. soc.* 2002, p. 403 ; M.-L. MORIN, « Sous-traitance et co-activité », in *La subordination dans le travail*, J.-P. CHAUCHARD, A.-C. HARDY-DUBERNET (dir.), La Doc. fr. 2003, p. 115 ; J. SAVATIER, « Entre bénévolat et salariat : le statut des volontaires pour le développement », *Dr. soc.* 2000, 146 ; E. PESKINE, « Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie », *RDT* 2008, p. 371 ; O. LECLERC, Th. PASQUIER, *RDT* 2010, 83.

¹⁷ C. trav., art. L. 3221-3.

¹⁸ J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2012, p. 848.

¹⁹ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, Coll. « Les voies du droit », 1994 ; 2^e éd., PUF, Coll. « Quadrige », 2002 ; Commentaires de G. LYON-CAEN : « Critique d'une critique (sur le livre d'Alain SUPIOT, *Critique du droit du travail*) », *Dr. soc.* 1994, p. 663 ; P. VERGE, G. VALLÉE, *Un droit du travail ? Essai sur la spécificité du droit du travail*, éd., Y. Blais (Québec), 1997 ; A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2005 ; J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 44.

²⁰ Cf., R. CASTEL, *Les Métamorphoses de la question sociale : une chronique du salariat*, Paris, Fayard, 1995, spéc. chap. XIII.

²¹ A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000, n° 2, p. 131 ; X. LAGARDE, « Libres propos sur les évolutions du travail », in *Droit et actualité, Études à J. Bégun*, Litec, Paris, 2004, p. 433.

²² R. THERY, Le travail est de l'homme : dépense de sa vie, instrument de sa subsistance, expression et épanouissement des facultés (« De l'utilisation à la propriété des choses », in *Le droit privé au milieu du XX^e siècle*, Études offertes à G. RIPERT, vol. II, LGDJ, 1950, p. 17) ; R. SAVATIER, « Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation », in *Les problèmes des lacunes en droit*, Études publiées par Ch. PERELMAN, Bruylant, Bruxelles, 1968, p. 529.

²³ Cf., D. MÉDA, *Le Travail : une valeur en voie de disparition*, Paris, Aubier, 1995, chap. IV, « *Le travail, essence de l'homme* » et « Une mise en perspective de la valeur travail », in *Le travail en perspectives*, sous la dir. A. Supiot, LGDJ, coll. « Droit et société », 1998, pp. 33-44 ; R. SALAIS, « Le travail à l'épreuve de ses produits », in *Le travail en perspectives*, préc., p. 45 et s. ; J.-B. DE FOUCAULD, « Société post-industrielle et sécurité économique », in *Le travail en perspectives*, préc., pp. 581-587, spéc. p. 581 ; C. BAUDELLOT et alii, *Travailler pour être heureux ?*, Fayard, 2003 ; F. VATIN, *Le travail et ses valeurs*, éd., Albin Michel, 2008, pp. 23 et s. ; D. MÉDA, *Le travail, une valeur en voie de disparition ?*, Flammarion, 2010 ; *Le travail*, 4^e éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », 2010, p. 4.

que chaque individu ait droit à un travail décent²⁴ afin de pouvoir être utile à la société²⁵, en dépit du stress²⁶, de la souffrance²⁷ pouvant conduire aux suicides²⁸ générés par les nouveaux modes d'organisation du travail. Cela dit, l'employeur est sommé de sécuriser les salariés au travail²⁹ afin d'éviter les accidents et les maladies professionnelles³⁰.

Si les normes internationales prévoient que toute personne qui « travaille à droit à une rémunération équitable et satisfaisante » et que « tous les travailleurs ont droit à une rémunération équitable leur assurant ainsi que leurs familles, un niveau de vie satisfaisant »³¹, le droit au salaire n'est pas en France, constitutionnalisé³², à l'inverse du droit à l'emploi³³. Le

²⁴ Cf., A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 6^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2008, p. 1.

²⁵ Cf., R. CASTEL, « Travail et utilité au monde », in *Le travail en perspectives*, sous la dir. A. Supiot, LGDJ, coll. « Droit et société », 1998, Paris, pp. 15 et s.

²⁶ P.-Y. VERKINDT, « Travail et santé mentale », *Sem. soc. Lamy* 2003, n° 1112, p. 6 ; L. LEROUGE, *La reconnaissance d'un droit à la protection de la santé mentale au travail*, LGDJ, 2005 ; J.-M. VERDIER, A. COEURET, M.-A. SOURIAU, *Droit du travail, Rapports collectifs*, vol. 1, 16^e éd., Dalloz, coll. « Mémentos Dalloz », Paris, 2011, p. 1 ; P. ADAM, « Le harcèlement moral est mort, vive le harcèlement moral ? », *Dr. ouvr.* 2010, p. 117 ; E. RAVIER, « Enjeux et mutations en matière de santé au travail », *JCP S* 2010, n° 30, pp. 23-25 ; S. NICOLET, « Risques psychosociaux : quelle prévention ? », *Les Cah. du DRH*, 2011, n° 176, pp. 27-31 ; F. CHAMPEAUX, L'évaluation des salariés en débat », *Sem. soc. Lamy* 31 janv. 2011, n° 1477, pp. 82-85 suppl. ; F.-G. TRÉBULLE, « L'environnement de travail », *Rev. Environnement*, 2011, n° 1, pp. 20-22.

²⁷ M.-A. MOREAU, « Pour une politique de santé dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2002, p. 817 ; P.-Y. VERKINDT, « Un nouveau droit des conditions de travail », *Dr. soc.* 2008, p. 634 ; A. FABRE, « Santé et sécurité. À la découverte du nouveau Code », *RDT* 2008, p. 145 ; G. PIGNARRE, « Souffrance au travail et réparation des risques professionnels », *RDT* 2010, n° 5, pp. 305-308 ; J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012, p. 3 ; D. RONDEAU, « La souffrance morale liée aux conditions de travail : un point sur l'existant, regard sur l'avenir », *LPA* 26 sept. 2011, n° 191, pp. 6-11 ; E. LAFUMA, « Charge de travail et représentants du personnel », *Dr. soc.* 2011, n° 7/8, p. 758 ; M. GRÉVY, « Les procédures d'urgence », *Dr. soc.* 2011, n° 7/8, p. 764 ; P. LOKIEC, « La mesure du travail – Du quantitatif au qualitatif », *Dr. soc.* 2011, n° 7/8, p. 771 ; L. GAMET, « Risques psychosociaux et prise d'acte de la rupture du contrat de travail », *Dr. soc.* 2011, n° 7/8, p. 776.

²⁸ F. PETIT, « Les suicide au travail : de la faute intentionnelle du salarié à la faute inexcusable de l'employeur », *LPA* 3 juill. 2009, n° 132, pp. 4-9 ; M. DEL SOL, « Reconnaissance de la faute inexcusable de Renault dans le suicide d'un salarié : un arrêt d'appel précurseur en matière de risques psychosociaux », *Lexbase Hebdo, éd. soc.*, 9 juin 2011, n° 443 ; F. CHAMPEAUX, « Suicide et organisation du travail en débat », *Sem. soc. Lamy* 12 sept. 2011, n° 1504, pp. 169-171 suppl.

²⁹ P. SARGOS, « L'évolution du concept de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité », *JCP E* 2003, I, n° 4, p. 121 ; L'émancipation de l'obligation de sécurité de résultat et l'exigence d'effectivité du droit », *JCP S* 2006, n° 1278, p. 27 ; G. PIGNARRE, « L'obligation de sécurité patronale entre incertitudes et nécessité », *RDT* 2006, n° 3, p. 150 ; Y. SAINT-JOURS, « De l'obligation contractuelle de sécurité de résultat de l'employeur », *D.* 2007, n° 43, p. 3024.

³⁰ X. PRÉTOT, « Accidents du travail et maladies professionnelles : le décès de la victime, fait générateur des droits du conjoint survivant », *JCP S* 2009, n° 16, p. 38, note sous Cass. civ. 2^e, 12 mars 2009, n° 08-14.210, CPAM de la Gironde c. Channac ; P.-Y. VERKINDT, « Accidents du travail et maladies professionnelles – Protection de l'emploi des victimes d'accidents du travail : extension du champ d'application de la législation spéciale », *JCP S* 2011, n° 40, pp. 38-40 ; G. VACHET, « Réparation du préjudice économique de la veuve d'une maladie professionnelle liée à l'amiante », note sous Cass. civ. 10 févr. 2011, n° 10-10.089, *JCP E* 2011, n° 40, p. 44 ; F. GUIOMARD, « Accidents du travail et maladies professionnelles », *Dr. ouvr.* 2011, n° 757, p. 530.

³¹ Charte sociale européenne, partie I, § 4.

³² Le Préambule de la Constitution de 1946 considère toutefois le salaire comme une prérogative fondamentale de la personne.

droit à la garantie des salaires nécessite l'existence d'un contrat de travail³⁴ qui donne le pouvoir, l'autorité à l'employeur sur la partie faible du contrat : le salarié³⁵. Le contrat de travail³⁶ peut être conclu pour une durée déterminée³⁷ ou indéterminée³⁸ au nom de la liberté contractuelle. Mais, la Cour de cassation a décidé que « l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donné à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs »³⁹ dont les juges du fond sont tenus d'apprécier⁴⁰. L'employeur ne peut échapper à l'obligation de garantir la créance du salarié en déguisant la nature du contrat qui les rallie.

³³ V., Préambule de la Constitution de 1946, alinéa 5 ; J. PÉLISSIER, « La liberté du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 19 ; A. SUPIOT, « Le travail, liberté partagée », *Dr. soc.* 1993, p. 715 ; F. GAUDU, « La notion juridique d'emploi en droit privé », *Dr. soc.* 1987, 414 ; « Les notions d'emploi en droit », *Dr. soc.* 1996, 569 ; A. SUPIOT, « Du bon usage des lois en matière d'emploi », *Dr. soc.* 1997, 229 ; J. PÉLISSIER (dir.), *Droit à l'emploi*, 2^e éd., Dalloz Action, 1998 ; D. ROUX, *Le principe du droit au travail. Juridicité, signification et normativité*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005 ; J. PÉLISSIER, « Le lien d'emploi », in *Mélanges en l'honneur d'Y. Serra*, Dalloz, 2006, p. 337 ; B. SILHOL, « Droit à l'emploi : brèves réflexions sur la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel », *RDT* 2007, 390 ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 7^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2011, p. 1 ; J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012, pp. 582 et s.

³⁴ Cass. crim. 9 mai 1973, *D.* 1974, 271, note B. Bouloc ; Cass. soc. 10 oct. 1979, *Bull. civ.* V, n° 704 ; Cass. crim. 6 oct. 1980, *D.* 1981, IR. 144 ; Cass. soc. 12 juin 1981, *Bull. civ.* V, n° 539 ; Cass. com. 15 déc. 1987, *D.* 1988, IR. 23 ; J.-M. VERDIER, A. COEURET, M.-A. SOURIAU, *Droit du travail, Rapports individuels*, Vol. 2, 16^e éd., Dalloz, coll. « Mémentos Dalloz », Paris, 2011, pp. 36 et s. ; J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2012, pp. 595.

³⁵ Cf., P. DURAND, « À la frontière du contrat et de l'institution : la relation de travail », *JCP* 1994, I, 337 ; J.-M. BÉRAUD, « Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise », in *Études offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, pp. 55 et s. ; P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir – Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ 2004 ; E. DOCKÈS, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Études offertes à J. Pélissier*, Dalloz 2004, p. 203 et s. ; « Pouvoir patronal et démocratie », *Sem. soc. Lamy suppl.* 1340, du 11 févr. 2008, pp. 85-90 ; A. JEAMMAUD, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », *Sem. soc. Lamy suppl.* 1340, du 11 févr. 2008, pp. 15-26 ; A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, 2010.

³⁶ Cf., J.-P. LE CROM, « La Société d'études législatives face à la question du contrat de travail (1904-107) », *Actes du Colloque « Construction d'une histoire du droit du travail »*, Cahiers de l'Institut régional du travail, Univ. de la Méditerranée, n° spéc., 2001, p. 223 ; G. JACQUEMET, « Contrat de travail », *Dr. ouvr.* 2010, n° 749, p. 669, note sous Conseil de prud'hommes de Paris, 8 juin 2010, Dorat et FO FEC c/ SA Generali Vie ; P. RENNES, « Contrat de travail », *Dr. ouvr.* 2010, n° 742, pp. 252-260 ; I. BERTRAND, « Engagement religieux : existence d'un contrat de travail », *D.* 2010, n° 7, p. 377, note sous Cass. soc. 20 janv. 2010, n° 08-42.207, Mme Marcenac c/ Assoc. La Croix Glorieuse ; P. DARVERS-BORNOZ, « Contrat de travail », *Dr. ouvr.* 2011, n° 753, p. 273, note sous Cass. soc. 18 janv. 2011, n° 09-69.199, Jugheinrich finances holding c. Delimoges et a.

³⁷ C. trav., art. L. 1242-2 et s. ; F. SARAMITO, « Vers un déclin du contrat de travail à durée déterminée », *Dr. ouvr.* 1982, p. 403 ; B. TEYSSIÉ, « Les contrats de travail à durée déterminée », *JCP CI* 1982, 13830 ; A. LYON-CAEN, « Le recours au contrat de travail à durée limitée », *Dr. soc.* 1983, 5 ; J. PÉLISSIER, « Travail à durée limitée et droits des salariés », *Dr. soc.* 1985, pp. 17 et s. ; G. POULAIN, *Les contrats de travail à durée déterminée*, Litec, 1988 ; C. VIGNEAU, « L'accord cadre européen sur le droit du travail à durée déterminée », *Dr. soc.* 1999, p. 928 et s. ; C. ROY-LOUSTAUNAU, « La lutte contre la précarité des emplois : une réforme du CDD, discrète mais non sans importance », *Dr. soc.* 2002, p. 304 et s. ; G. AUZERO, Obs., *RDT* 2008, p. 171 ; B. REYNÈS, Obs. *D.* 2008, Panorama de droit du travail.

³⁸ Cf., J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., 2012, coll. « Précis », p. 347 et s.

³⁹ Cass. ass. Plén. 4 mars 1983, *D.* 1983, 381, concl. P. Cabannes ; Cass. soc. 19 déc. 2000, Labbanne c/ Sté Bastille Taxi et autre, *Bull. civ.* V, n° 437 ; *Dr. soc.* 2001, 227, note A. Jeammaud ; 20 janv. 2010, n° 08-42.207, PBR, *RJS* 4/10, n° 303 ; *JCP S* 2010, 1137, note G. Vachet ; J. SAVATIER, « Vie communautaire et contrat de travail », *Dr. soc.* 2010, 623.

Le salaire étant considéré comme un « élément du contrat de travail »⁴¹, le droit du travail interdit à l'employeur de le modifier sans le consentement du salarié⁴². En pratique, le salaire n'a pas seulement pour source le contrat de travail⁴³. Son existence peut résulter également de la loi, des conventions ou des usages de l'entreprise⁴⁴. Ces sources extérieures au contrat de travail permettent de mieux protéger le salarié qui est soumis au pouvoir de l'employeur.

Le salaire a une essence, une nature particulière qui a conduit le législateur à lui assigner une réglementation spécifique, qu'il s'agisse de la fixation de son montant ou de sa protection⁴⁵. Comme un auteur l'a souligné, le salarié peut renoncer valablement à certaines protections en matière de rémunération⁴⁶. Néanmoins, le salaire est aussi exposé aux risques de l'activité économique dans l'entreprise, en particulier lorsque l'entreprise est placée en procédure collective. Or, le salarié ne doit pas subir les risques de l'entreprise. D'une part, il subit le pouvoir de direction de l'employeur et ne s'immisce pas dans la gestion de l'entreprise. D'autre part, son salaire ne dépend pas en principe des profits de l'entreprise⁴⁷. Cela reste vrai, nonobstant l'apparition de la participation, de l'intéressement ou de l'actionnariat qui permettent aux salariés de tirer profit des résultats de l'entreprise, mais qui n'ont pas le caractère de salaire, voire même de rémunération. Les garanties des salaires sont ainsi liées à l'exclusion des salariés aux risques de l'entreprise.

La créance de salaire rémunérateur du travail a une nature originale qui mérite une protection exceptionnelle par rapport à d'autres créances. Par sa dimension politique et sociale, le salaire

⁴⁰ Cass. soc. 29 janv. 2002, P+B+R, Croix rouge française, *RJS* 4/02, n° 387 ; J. SAVATIER, « La distinction du contrat de travail et des services bénévoles fournis dans le cadre d'une association », *Dr. soc.* 2002, p. 494.

⁴¹ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, 7^e éd., Dalloz, coll. « HyperCours », 2012, pp. 33 et s.

⁴² Cass. soc. 28 janv. 1998, *Bull. civ.* V, n° 40 ; 3 mars 1998, *Bull. civ.* V, n° 40, *Dr. soc.* 1998, 523, note G. Couturier ; *RJS* 3/98, n° 274 et comm. E. Dockès, p. 168 ; 18 avr. 2000, *RJS* 6/00, n° 633 ; 18 juill. 2000, *Dr. soc.* 2000, 1021, obs. C. Radé ; 27 févr. 2001, *RJS* 5/01, n° 562 ; 3 juill. 2001, 2 esp., *Dr. soc.* 2001, 1006 et 1007, obs. C. Radé ; 18 oct. 2006, n° 05-41.643 ; 14 nov. 2007, *JCP S* 2008, 1078, note B. Bossu ; 7 juill. 2008, n° 07-40.799, P, D. 2008, AJ 2083, obs. B. Inès

⁴³ D. PALLANTZA, *La créance de salaire*, thèse Paris I, sous la dir. Grégoire Loiseau, 2011, p. 13.

⁴⁴ Cf., J. PÉLISSIER, « La négociation sur les salaires : problèmes juridiques », *Dr. soc.* 1984, n° 12, p. 678 ; G. BORENFREUND, « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », *Dr. ouvr.* 1997, p. 514 ; F. TERRÉ, « Sur les sources du droit en général et du droit du travail en particulier », in *Les sources du droit du travail*, sous la dir. de B. Teyssié, PUF, Paris, Coll. « Droit, éthique, société », 1998, p. 19 ; J.-E. RAY, *Droit du travail, Droit vivant*, éd. Liaisons, coll. Droit vivant », 2011-2012, n° 34, p. 38.

⁴⁵ Cass. soc. 21 mars 2000, D. 2000, IR. 145.

⁴⁶ A. JEAMMAUD, « La renonciation du salarié », *Dr. ouvr.* 1997, 535 ; X. CARSIN, *Les renonciations en droit du travail*, Thèse Paris I, 2006.

⁴⁷ Cass. soc. 9 avr. 1987, *Bull. civ.* V, n° 213.

constitue « un instrument fondamental de l'intégration de la personne dans la Cité »⁴⁸. Il a des répercussions dans plusieurs domaines notamment social, fiscal et économique. Sa nature est souvent liée à sa finalité, celle de satisfaire aux besoins alimentaires du salarié et des membres de sa famille. Le caractère alimentaire du salaire permet de lui garder une protection exorbitante qui dépasse celle dont bénéficient les titulaires des créances civiles. La créance sociale du salarié lui donne ainsi des prérogatives que le droit civil n'accorde pas aux autres créanciers. Mais comment s'organise la protection des créances alimentaires de salaires ? En effet, la protection des créances de salaires s'organise à travers les garanties de paiement⁴⁹. Cependant, le concept de garantie n'a pas une acception uniforme en droit civil et en droit social. Il est donc important de préciser d'abord cette notion (I), pour évoquer ensuite l'émergence de la garantie de salaires en cas d'insolvabilité de l'employeur (II), et enfin, la méthode de l'étude (III).

I. La notion de garantie

3-. En droit civil. La notion de garantie n'a pas reçu une définition législative. Dérivée du mot germanique *gewähr* (garantie) qui découle lui-même de *wahr* (vrai), garantir signifie étymologiquement, assurer qu'une chose est vraie. C'est le sens de garantie que retient le Code civil avec une notable évolution. Par analogie, la garantie du salaire, c'est l'assurance que son paiement sera effectué.

Le vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant précise, en effet, que la garantie dénote, au sens large, « tout mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire »⁵⁰. Mais en réalité, cette notion est polysémique⁵¹, car elle recouvre plusieurs

⁴⁸ A. MARTINON, « Le salaire », in *Les notions fondamentales du droit du travail*, éd., Panthéon-Assas, 2009, sous la dir. B. Teyssié, n° 283, p. 176.

⁴⁹ Cf., J. ZYROMSKY, *La protection légale du salaire vis-à-vis de l'employeur*, Thèse Univ. Toulouse, sous la dir. J. Marqueste, 1913, p. 7 ; F. GAUDU, « L'ordre public en droit du travail », in *Études offertes à J. Ghestin*, éd., 2001, pp. 363 et s. ; F. CANUT, *L'ordre public en droit du travail*, préface de François Gaudu, LGDJ, Paris, Coll. « Bibl. de l'Institut André Tunc », t. 14, 2007 ; N. MEYER, *L'ordre public en droit du travail. Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, préface de Jean Pélissier, LGDJ, Paris, Coll. « Bibl. droit privé », t. 461, 2006 ; R. VATINET, « L'ordre public », in *Les notions fondamentales en droit du travail*, éd., Panthéon-Assas, sous la dir. B. Teyssié, éd., 2009, pp. 89 et s.

⁵⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF, 2011, V., Garantie, sens 1, p. 436. Cf., B. GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, LGDJ, coll. « Bibl. droit privé », t. XLII, 1964 ; M. COZIAN, *L'action directe*, LGDJ, 1969 ; C. JAMIN, *La notion d'action directe*, LGDJ, Coll. « Bibl. droit privé », préf. J. Ghestin, 1991.

⁵¹ P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Lexisnexis, Litec, 2007, pp. 303-315, spéc. p. 304-313.

techniques protégeant contre des risques pouvant engendrer des pertes⁵². Cependant, elle ne protège pas nécessairement contre le non-paiement d'une dette, à la différence de la sûreté. Cette dernière est un sous-ensemble de la garantie⁵³ qui a pour objet particulier d'assurer ou de garantir le paiement d'une créance⁵⁴. En ce sens, la sûreté permet au créancier de faire face à l'insolvabilité du débiteur⁵⁵. Les privilèges des salariés sont des sûretés légales réelles qui portent sur les biens meubles et immeubles⁵⁶. Ils sont sans dépossession et confèrent aux salariés le droit d'être préférés par rapport aux autres créanciers, même hypothécaires⁵⁷, dans le règlement de la créance⁵⁸.

En somme, la garantie des salaires présente une utilité particulière lorsque les entreprises qui les emploient sont en défaillance⁵⁹, car elles ont souvent une trésorerie dégradée qui les rend incapables d'honorer les salaires ou toutes autres créances et de poursuivre leur activité. Pour obtenir, par exemple, les crédits nécessaires au paiement des créances et à la poursuite de l'activité, les garanties de paiement sont fréquemment demandées. Si la notion de garantie⁶⁰ est ancienne en droit civil⁶¹ parce qu'elle est employée, par exemple, en matière de défauts de la chose vendue⁶², elle connaît désormais d'innombrables déclinaisons, notamment dans les

⁵² P. JOURDAIN, préc., p. 304 ; B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, Thèse Paris, L. Rodstein, 1947.

⁵³ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, 1991, p. 25 ; P. CROCQ, *Propriété et garantie*, préf. Michelle Gobert, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 248, Paris, 1995, p.236.

⁵⁴ P. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés, La publicité foncière*, Cujas, 5^e éd., 1993, n° 2, p. 13.

⁵⁵ D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties de crédit*, 6^e éd., LGDJ, 2008, n° 21 ; C. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 2^e éd., Dalloz, coll. « HyperCours », 2009, p. 6.

⁵⁶ V., C. civ., art. 2323 et s.

⁵⁷ C. trav., art. L. 2324 ; C. LE GALLOU, *Droit des sûretés et droit des procédures collectives*, éditions Larcier, coll. « Méthodes du droit », 2012, p. 104 et s.

⁵⁸ I. AADJAGBA, *Le déclin des sûretés réelles spéciales dans les procédures collectives de redressement des entreprises*, Thèse Paris II, 1988 ; P. CROCQ, « Sûretés et garanties. Le principe de spécialité des sûretés réelles, chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr.* 2001, n° 92, p. 58 ; D. LEGEAIS, « Sûretés et garanties : la règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », *Dr. et patr.* 2001 ; J.-P. BRANLARD, *L'essentiel du droit des garanties de paiement – Les sûretés*, 2^e éd. Gualino, coll. « Carrés Rouge », 2007 ; J.-J. ANSAULT, « Une sûreté judiciaire n'est pas une saisie », *Rev. Lamy droit civil* 2011, n° 79, Actualités, n° 4130, pp. 34-35.

⁵⁹ Il y a eu plus de 52 000 défaillances d'entreprises en 2010 (Source INSEE).

⁶⁰ « (...) le terme "garantie" désigne une obligation au contenu plus énergique encore qu'une obligation de résultat et qui aboutit à protéger le créancier contre un événement aléatoire, de telle sorte que le débiteur ne peut même plus s'exonérer en apportant la preuve d'un cas fortuit (...) » (O. TOURNAFOND, « De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du Code civil », *D.* 2002, p. 2883).

⁶¹ J. BASTIN, *Le paiement de la dette d'autrui*, préf. de Andriessen, LGDJ, coll. « Droit des affaires », 1999, p. 11 et s. ; Ch. HAUSMANN, Ph. TORRE, *Les garanties de passif*, 2^e éd., Formation Entreprise, collec. « Droit des affaires », 2003.

⁶² C. civ., art. 1641 ; Cf., JESTAZ, « Malfaçons de l'immeuble », *Gaz. Pal.* 1969, 2, doct. 225 ; P. MALINVAUD, « La responsabilité du vendeur à raison des vices de la chose », *JCP* 1968, I, 2153 ; « La garantie des vices par le vendeur-promoteur de constructions immobilières », *JCP* 1969, I, 2284 ; C. ATIAS, « La garantie des vices cachés et obligation de conformité », *D.* 1993, chron. 265 ; G. VINEY, « La vente d'une

domaines de l'économie⁶³, de la finance, du commerce⁶⁴, de la location d'appartements⁶⁵. Son utilisation est amplifiée par des crises qui mettent en question la solvabilité des débiteurs d'une obligation de paiement. Sa place dans le domaine juridique ne cesse par conséquent de prendre de l'ampleur. Si le droit civil rassemble plusieurs types de garanties⁶⁶, le droit social dispose aussi des exigences de garantie en faveur des salariés, parmi lesquelles la garantie des salaires en cas d'insolvabilité de l'employeur.

4.- En droit social. L'expression de garantie est également utilisée en droit social. Elle a été employée pour la première fois après la Seconde Guerre mondiale en droit de la sécurité sociale, pour apporter des garanties collectives et non individuelles aux salariés, en matière de protection sociale⁶⁷. Elles impliquent dorénavant toutes les clauses contractuelles ou conventionnelles qui protègent les salariés contre les aléas de leur condition d'existence⁶⁸. Ce sont des garanties relatives à l'emploi⁶⁹, aux ressources⁷⁰ et aux régimes complémentaires de la sécurité sociale tels que la vieillesse et le chômage. Le livre IX du Code de la sécurité sociale prévoit des garanties collectives qui complètent celles nées de l'organisation de la sécurité sociale traditionnelle afin d'assurer une protection complète aux salariés. Selon l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale « les garanties collectives peuvent être instituées par les dispositions législatives, réglementaires, des conventions ou accords collectifs ». Elles ont « pour objet de prévoir, au profit des salariés, des anciens salariés et de leurs ayant droit, la couverture du risque de décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité de travail, d'invalidité

chose défectueuse », *JCP* 1994, I, 3773, n° 12 et s. ; CALAIS-AULOY, in *Mélanges Mouly*, Litec, 1998, t. 2, p. 63.

⁶³ Il est souligné par certains auteurs que « sans sûretés pas de crédit, sans crédit pas d'économie moderne » (Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Cours de droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Cujas, 2000/2001, n° 1).

⁶⁴ Les garanties commerciales sont par exemple relatives à la protection des consommateurs (C. consom., art. L. 211-15 et s.)

⁶⁵ La crise du logement incite les bailleurs à demander parfois plusieurs garanties aux locataires.

⁶⁶ La garantie du bailleur à l'égard du preneur (C. civ., art. 1721 ; 1725 et s.) ; la garantie du cessionnaire de la créance (C. civ., art. 1693 et s.) ; la garantie du constructeur (C. civ., art. 1792 et s.) ; la garantie du vendeur (C. civ., art. 1626 et s.), etc.

⁶⁷ CSS, art. L. 911-1 et L. 911-2. Cf., P. DURAND, « De la convention collective de travail à la convention collective de sécurité sociale », *Dr. soc.* 1960, p. 42 ; J.-J. DUPEYROUX, « Les exigences de la solidarité », *Dr. soc.* 1991, p. 741 ; J. BARTHELEMY, « Garanties sociales et régimes », tiré de « *Solidarité et accord de protection sociale complémentaire* », in Études offertes à J. PELISSIER, *D.* 2004 ; « Protection sociale complémentaire : champ de la règle de neutralité fiscale et sociale des contributions », *Dr. soc.* 2006, p. 1026 ; « Accord de mensualisation et garanties collectives de prévoyance », *Dr. soc.* 2007, p. 472 ; D. RIGAUD, « Les aspects juridiques liés à l'application de la loi Evin aujourd'hui », *Gaz. Pal.* 2010, n° 246-247, pp. 28-31.

⁶⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., p. 438.

⁶⁹ Il peut s'agir de l'interdiction de licencier un salarié pendant la période d'absence pour accident du travail ou maladie.

⁷⁰ Les clauses permettant le maintien du salaire pendant la maladie.

et du chômage, ainsi que la constitution d'avantages sous forme de pensions de retraite, d'indemnités ou de primes de départ en retraite ou de fin de carrière »⁷¹.

Dans cette optique, le droit du travail emploie désormais l'expression de garanties collectives plutôt que celle de garanties sociales, pour exiger un certain nombre de prestations supplémentaires de la part de l'employeur, au bénéfice des salariés. Selon le Code du travail, les garanties sociales sont l'« objet de la négociation collective ». L'article L. 2221-1 de ce code définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi et de travail et de leurs garanties collectives⁷². Les garanties sociales permettent d'exiger des entreprises le versement de certaines prestations complémentaires en plus de celles du régime général. C'est en ce sens que s'inscrivent la portabilité des droits⁷³ et les droits de tirage sur un fonds mutualisé, en dépit de la rupture du contrat de travail. La garantie sociale permet ainsi de prévenir certains risques dont les salariés sont victimes. Par conséquent, les salariés qui ont perdu leur emploi peuvent bénéficier des actions de formation prises en charge par un fonds⁷⁴. La garantie en droit du travail représente des mécanismes collectifs de couverture des risques tels le non-paiement des créances salariales⁷⁵.

II. L'émergence de la garantie des créances salariales

5.- Raisons et protection des salaires. La créance de salaire n'a pas la même nature juridique que la créance civile, elle est une créance sociale qui permet au salarié de subvenir à ses besoins vitaux et à ceux de ses proches. C'est pourquoi a été institué un mode de paiement particulier des créances salariales lorsque l'entreprise est solvable⁷⁶, tant dans le cadre de la

⁷¹ C. séc. soc., art. L. 911-2 ; Cf., P. DURAND, « De la convention collective de travail à la convention collective de sécurité sociale », *Dr. soc.* 1960, p. 42 ; J.-J. DUPEYROUX, « Les exigences de la solidarité », *Dr. soc.* 1991, p. 741 ; J. BARTHÉLÉMY, Les spécificités d'élargissement des accords collectifs », *Dr. soc.* 1997, p. 298 ; « Paritarisme : le concept dans ses aspects juridique », *Rev. politique et parlementaire*, juill.-août-sept. 2001, p. 17 ; « Protection sociale complémentaire : champ de la règle de neutralité fiscale et sociale des contributions », *Dr. soc.* 2006, p. 1026 ; « Le contrat collectif de protection sociale », *Les Cah. du DRH* 2006, n° 120 ; « Accord de mensualisation et garanties collectives de prévoyance », *Dr. soc.* 2007, p. 472 ; « Quand les entreprises n'ont pas le choix de leur organisme de prévoyance », *Les Cah. du DRH*, oct. 2007, n° 136, p. 39.

⁷² Cf., M. BORGETTO, R. LAFORE, R. RUELLAN, *Droit de la sécurité sociale*, 17^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2011, p. 1024.

⁷³ ANI du 11 janvier 2008, art. 14.

⁷⁴ J. BARTHÉLÉMY, « La notion de garantie sociale au Cœur des transformations du droit social », *Les Cah. du DRH* 2008, n° 147.

⁷⁵ C. trav., art. L. 3253-6 : « l'assurance contre le risque de non-paiement de leurs créances ».

⁷⁶ C. trav., art. L. 3241-1 et s.

régularité ou de la sécurité des modes de paiement que de la vérification⁷⁷. Mais lorsque l'entreprise est insolvable, les règles traditionnelles de paiement des créances de salaire ne suffisent plus. Le droit civil s'en est d'abord occupé en attribuant aux salariés les droits de préférence sur le patrimoine de l'employeur afin qu'ils soient payés en priorité par rapport aux autres créanciers de l'entreprise. Cependant, l'assise de ces droits préférentiels sur le patrimoine les rendait inefficaces lorsque ce patrimoine de l'employeur n'avait plus d'actifs suffisants. Le droit du travail a donc, ensuite, pris le relais. Il a concédé aux salariés une garantie originale qui prend en charge les créances salariales, lorsque l'employeur est insolvable. D'abord, la protection spécifique des créances salariales a des raisons (A). Ensuite, elle a commencé par la concession des privilèges de droit commun aux salariés (B), avant qu'il ne soit né, enfin, la garantie de l'Association pour la Gestion du régime de garantie des créances des Salariés, dite AGS (C).

A. Les raisons de la garantie des salaires

6.- Une diversité de raisons. La protection des créances des salariés a des raisons ou des justifications précises. Trois raisons sont actuellement avancées. Deux raisons sont plus anciennes et une nouvelle qui montre l'insuffisance des premières.

Premièrement, la *créance de salaire* en particulier et la *créance salariale* en général bénéficie d'une protection spéciale en cas de procédure collective, en raison de sa nature alimentaire⁷⁸. Cette créance est assimilée à l'« aliment ». Il faut donc donner quelques précisions sur le terme « aliment ». En effet, le droit civil emploie souvent le terme « aliment » pour caractériser une « prestation ayant généralement pour objet une somme d'argent, destinée à assurer la satisfaction des besoins vitaux d'une personne qui ne peut plus assurer elle-même sa propre subsistance »⁷⁹. Ainsi, les aliments se situent dans un système qui est fondé sur un devoir de solidarité familiale ; l'ascendant ou le descendant qui dispose de ressources doit fournir à celui, à son parent ou allié qui est dans le besoin, une pension proportionnelle aux besoins du créancier et aux ressources du débiteur⁸⁰. Il peut s'agir d'une pension alimentaire que les enfants doivent verser à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le

⁷⁷ J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012, p. 901 et s.

⁷⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « L'efficacité des sûretés garantissant les créances salariales », *Dr. soc.* 1987, p. 842 et s.

⁷⁹ Cf., S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2012*, éd., Dalloz, 2011, p. 52.

⁸⁰ C. civ., art. 208 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF/Quadrige, 2011, p. 55.

besoin⁸¹ ou autres prestations. Mais la notion d'aliment est relative et englobe la nourriture, le logement, l'habillement, les frais médicaux, etc⁸².

La nature alimentaire du salaire vise celle qui résulte en droit de la famille « des besoins du créancier et des ressources du débiteur dans le cercle de la parenté ou de l'alliance »⁸³. La nature alimentaire assoit la place particulière qu'occupe le salaire dans les ressources et besoins du salarié et de sa famille. En effet, « le salaire remplit une fonction vitale au profit de millions de travailleurs »⁸⁴. Il a double finalité alimentaire : le salaire assure les conditions décentes de subsistance, d'existence au travailleur et à sa famille⁸⁵. Cette assurance des conditions de vie est protectrice de la dignité humaine.

Un auteur a observé, à cet égard, que la nature d'aliment est étendue à tout ce qui permet de vivre⁸⁶. Le législateur n'a pas portant prévu, par exemple, la prise en charge par l'AGS des indemnités chômage qui ont sans conteste également la nature d'aliment. Néanmoins, la nature alimentaire de la créance de salaire ne doit pas être prise intégralement dans le sens du droit civil. C'est en effet une créance alimentaire particulière, *sui generis*⁸⁷. La particularité de la nature alimentaire de la créance du salarié tient d'une part à l'origine de la créance⁸⁸. La créance de salaire ne naît pas dans un rapport de solidarité familiale⁸⁹ comme la créance civile, mais dans le cadre d'une relation de travail. Les créances alimentaires ont été multipliées en dehors de celles prévues par le droit civil⁹⁰. Certaines créances sont qualifiées d'alimentaires par rapport à leur destination et non au regard de leur nature⁹¹. Il en est ainsi de la créance de salaire qui se fonde dans le contrat de travail et non dans le devoir de solidarité

⁸¹ C. civ., art. 205.

⁸² Cf., G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., p. 55 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, les personnes, la famille*, éd., 2004, p. 801 ; C. MEYER, *Le système doctrinal des aliments : contribution à la théorie générale de l'obligation alimentaire légale*, éd., 2004, p. 29.

⁸³ G. LYON-CAEN, préc., n° 3.

⁸⁴ G. LYON-CAEN, cité par C. SOUWEINE, *Les créances résultant du contrat de travail dans le redressement et la liquidation judiciaires*, Thèse Droit, Grenoble II, 1992, p. 2.

⁸⁵ G. LYON-CAEN, cité par C. SOUWEINE, préc., p. 4.

⁸⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, les personnes et la famille*, préc., p. 671.

⁸⁷ D. PALLANTZA, *La créance de salaire*, Thèse, Paris I Panthéon-Sorbonne, 2011, p. 114.

⁸⁸ Cf., P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, 4^e éd., Defrénois, Coll. « Droit civil », 2011, n° 1740, p. 659.

⁸⁹ Par exemple, C. civ., art. 212 (devoir de secours), art. 203 (obligation d'entretien) ; Cf., J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 1, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, Le couple*, PUF, coll. « Quadrige Manuels », 2004, pp. 789 et s.

⁹⁰ Cf., J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, La famille : fondation et vie de la famille*, 2^e éd., LGDJ, 1993, vol. 1, p. 880 ; P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit civil, La famille*, préc., n° 1741, p. 659 ; M. KORNPROBST, *Aliments*, *Rép. Civ. Dalloz* 2005, p. 4.

⁹¹ J. PÉLISSIER, *Les obligations alimentaires : unité ou diversité*, Thèse Lyon, sous la dir. M. Nerson, 1960, LGDJ, 1961.

familiale. Les prestations de la sécurité sociale sont en grande partie fondées sur la logique de la solidarité nationale⁹². Il existe ici une sorte d'extension du devoir de solidarité familiale. En ce qui concerne la créance de salaire, elle ne résulte pas de l'état besogneux du salarié⁹³, mais de son *droit au salaire* qui rémunère sa force de travail⁹⁴. Certains auteurs ont émis des réserves sur la nature alimentaire du salaire⁹⁵, malgré l'exclusion de la nature civile à la créance de salaire⁹⁶. Cela dit, la nature alimentaire de la créance salariale ne peut de nos jours, à elle seule, justifier la protection exorbitante accordée aux créances des salariés. Il a également été avancé pour justifier cette protection, le pouvoir exercé par l'employeur sur le salarié.

Deuxièmement, la créance du salarié bénéficie de la protection en raison du lien de subordination qui met la personne pour le compte de qui le travail est effectué en position de domination par rapport à la personne qui exécute le travail commandé. Le salariat étant caractérisé par la subordination de la personne qui travaille pour autrui, le salarié n'est pas en mesure d'exiger ou de réclamer à l'employeur le paiement de sa créance à l'échéance convenue⁹⁷. La subordination juridique affecte la capacité du salarié de faire valoir son droit de créance. La réclamation de la créance pourrait être considérée par l'employeur comme un comportement inconvenant ou désagréable pouvant l'amener à utiliser son autorité, son pouvoir de direction et son pouvoir disciplinaire contre le salarié créancier⁹⁸ ; celui-ci, de son côté, peut craindre la perte de son emploi. C'est pourquoi les salariés bénéficient d'une protection spécifique qui leur permet d'obtenir le règlement des salaires sans se confronter à l'employeur. C'est le pouvoir de l'employeur qui est la source de la garantie du salaire.

En somme, la nature alimentaire de la créance de salaire et le pouvoir de l'employeur sur le salarié sont des raisons très anciennes de la protection des créances salariales. Elles ne

⁹² G. HUTEAU, *Sécurité sociale et politiques sociales*, 4^e éd., Dalloz Sirey, Coll. « Université », 2008, p. 11.

⁹³ Cf., J. PÉLISSIER, *Les obligations alimentaires : unité ou diversité*, préc., p. 187.

⁹⁴ C. RADÉ, « SMIC et réduction du temps de travail : la politique des petites pas », *Dr. soc.* 1999, n° 12, p. 986 ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 7^e éd., Montchrestien, 2011, n° 1116 et et s., pp. 614-615.

⁹⁵ G. LYON-CAEN, *Droit du travail, Le salaire*, t. 2, éd., Dalloz, 1981, p. 3 ; E. DOCKÈS et alii, *Droit du travail*, 5^e éd., Dalloz, Coll. « HyperCours », 2010, n° 305, p. 263.

⁹⁶ P. RODIÈRE, « Le salaire dans les écrits de Gérard Lyon-Cean », *Dr. soc.* 2011, n° 1, p. 7.

⁹⁷ D. NAZET-ALLOUCHE, *Droit du travail et procédures collectives*, thèse Montpellier, 1983, spéc., n° 282.

⁹⁸ A. JEAMMAUD (Coord.), « Le pouvoir de l'employeur », *Sem. soc. Lamy* 2008, suppl. n° 1340 ; E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, coll. « Bibl. de droit social », 2008, t. 46 ; A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, Coll. « Bibl. de droit social », t. 52, 2010.

suffisent plus à justifier la protection spéciale des créances des salariés. Une troisième justification a été annoncée.

Troisièmement, enfin, l'extension du domaine d'application des garanties de salaires montre les limites des raisons apportées à l'existence des garanties de paiement des salaires. Un auteur a observé que la nature alimentaire et la subordination du salarié à l'employeur n'étaient pas « susceptibles de justifier la situation remarquable des créances résultant du contrat de travail dans le redressement ou la liquidation judiciaire »⁹⁹. Il estime que la justification de la protection spéciale des créances des salariés tient plutôt au fait que « plus que toutes les autres créances, les conditions de règlement du passif salarial sont au cœur du processus de redressement de l'entreprise ». Ainsi, la « volonté de ne pas entraver le redressement de l'entreprise, priorité de la loi du 25 janvier 1985 » serait « le facteur le plus explicatif du traitement particulièrement favorable des créances résultant du contrat de travail dans la procédure collective ».

La garantie des salaires est en définitive justifiée par la nature alimentaire de la créance du salarié, le pouvoir de l'employeur et le service que le salarié rend à l'entreprise. Mais, ces raisons ne semblent pas toujours satisfaire la justification de cette *protection exorbitante*. La protection dont bénéficie le salarié devrait se justifier par sa qualité même, car le droit du travail protège le salarié par son statut en dépit de toute autre considération. En plus, toutes les justifications invoquées ramènent au statut de salarié. Qu'il s'agisse de la raison de la nature alimentaire du salaire, de la subordination ou du profit tiré par l'entreprise de la prestation du salarié. En conséquence, la créance de salaire et la subordination juridique sont profondément liées au statut de salarié.

En outre, la nature alimentaire de la créance salariale a une conséquence importante sur la procédure de vérification des créances des salariés. Du point de vue procédural, les salariés sont ainsi dispensés de déclarer les créances¹⁰⁰. Les procédures individuelles en cours qui les opposent à l'employeur à la date du jugement d'ouverture ne sont ni arrêtées ni suspendues. Leurs actions devant le conseil de prud'hommes se poursuivent de plein droit¹⁰¹. De même, la

⁹⁹ C. SOUWEINE, *Les créances résultant du contrat de travail dans le redressement et la liquidation judiciaires*, thèse Droit, Grenoble 2, 1992, p. 4.

¹⁰⁰ P. PETEL, *Procédures collectives*, 6^e éd., Dalloz, Coll. « Cours », 2009, p. 212 ; A. BOYER, « Créances de salaires et forclusion », *Rev. proc. coll.* 2011, n°1, Focus, pp. 4-5.

¹⁰¹ C. com., art. L. 625-3.

compétence pour trancher les litiges liés à la détermination et au règlement des créances des salariés relève du conseil de prud'hommes et non du juge commercial. Le statut de salarié dans l'entreprise en difficulté déroge ainsi au statut des créanciers ordinaires de l'employeur et le droit du travail infiltre le droit des entreprises en difficulté pour le protéger. En vérité, la créance salariale a dans un premier temps été protégée par les privilèges de droit commun : c'est eux qui ont accordé une protection primaire aux salariés. Mais ceux-ci n'ont pas suffi à protéger efficacement les créances des salariés. Il a été créé ainsi une garantie originale pour suppléer leur inefficacité. Cette garantie mélange les techniques d'assurance et de solidarité.

B. Une garantie supplétive des privilèges

La créance de salaire est une *dette* de l'employeur vis-à-vis du salarié. Il lui incombe en principe de payer cette dette. Lorsqu'il est mis en procédure collective, les salariés bénéficient désormais des privilèges¹⁰² qui leur permettent d'être payés préférentiellement par rapport aux autres créanciers de l'employeur. Ces privilèges sont assis sur son patrimoine et méritent d'être identifiés (1). Ces privilèges sont toutefois apparus inefficaces : la garantie de l'AGS est venue les suppléer. Elle intervient de façon subsidiaire, en cas d'insolvabilité de l'employeur (2)

1. L'identification des privilèges de salaires

7.- Privilège général et superprivilège des salariés. La protection des créances des salariés a commencé par l'attribution d'un privilège général. Le privilège général est « le droit appartenant à un créancier d'être payé sur le prix de vente d'un ou plusieurs biens du débiteur par préférence à d'autres créanciers »¹⁰³. C'est la loi du 28 mai 1838 qui a d'abord accordé ce privilège aux « gens de service ». Il a ensuite été élargi aux ouvriers dont l'employeur était en procédure collective. Il porte sur les biens mobiliers¹⁰⁴ et immobiliers¹⁰⁵ de l'employeur. Cependant, le privilège général est apparu inefficace à cause du faible rang qu'il occupe dans le classement du paiement des créanciers de l'employeur.

¹⁰² Étymologiquement, le mot privilège dérivé de « *privata lex* », signifie une loi prise en faveur de certains.

¹⁰³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Quadrige / PUF, 2011, p. 723.

¹⁰⁴ C. civ., art. 2331, 4^o.

¹⁰⁵ C. civ., art. 2375, 2^o.

Par conséquent, le superprivilège a été créé par le décret-loi du 8 août 1935, pour renforcer l'efficacité de la protection des créances des salariés¹⁰⁶. Il permet ainsi à une partie des sommes dues aux salariés à la date du jugement d'ouverture de bénéficier d'un régime spécial de règlement. Aux termes de l'article L. 3253-2 du Code du travail, « lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire est ouverte, les rémunérations de toute nature dues aux salariés pour les soixante derniers jours de travail sont, déduction faite des acomptes déjà perçus, payées, nonobstant l'existence de toute autre créance privilégiée, jusqu'à concurrence d'un plafond mensuel identique pour toutes les catégories de bénéficiaires. Ce plafond est fixé par voie réglementaire sans pouvoir être inférieur à deux fois le plafond retenu pour le calcul des cotisations de sécurité sociale »¹⁰⁷.

Les privilèges de droit commun ont permis aux salariés d'échapper à la règle d'égalité qui les mettait en concurrence avec les autres créanciers de l'employeur en recouvrant préférentiellement leurs créances¹⁰⁸. Mais les privilèges de droit commun s'avèrent encore insuffisants, soit que le rang est négligeable, soit que les actifs nécessaires n'existent pas dans le patrimoine de l'employeur pour les régler. Ainsi, l'indigence de l'employeur réduit considérablement le gain des privilèges qui garantissent les salaires.

2. L'inefficacité des privilèges de salaires

8.- Obstacles à l'efficacité des privilèges. La protection du droit au salaire à travers les sûretés légales de droit commun est apparue inefficace. Leur efficacité s'est heurtée à plusieurs obstacles. D'une part, les sûretés de droit commun n'emportent pas le règlement rapide et effectif des sommes dues aux salariés parce que leur efficacité est dépendante des actifs disponibles nécessaires. Or, l'employeur en procédure collective ne dispose pas souvent des fonds nécessaires au désintéressement des salariés. De plus, s'il existe de liquidités, les délais de règlement des créances sont lents. Par conséquent, l'insuffisance d'actifs et la lenteur des délais de paiement ne concourent pas à l'efficacité de ces modes de protection des créances des salariés. Les salariés ont besoin d'un règlement rapide et effectif afin de subvenir à leurs nécessités élémentaires et à celles de leurs familles. En réalité, les salariés ne

¹⁰⁶ C. CALOMILI, « L'efficacité du superprivilège des salaires », *LPA*, 11 févr. 2011, n° 30, pp. 20-25.

¹⁰⁷ C. trav., art. D. 3253-1 et C. com., art. 625-7, 1°.

¹⁰⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 2^e éd., PUF, 1987, p. 631.

recouvrent pas une bonne partie des sommes dues qui reste définitivement impayée et, l'infime partie des créances qui est recouvrée, demande un délai très long¹⁰⁹.

D'autre part, les privilèges de salaires subissent une double limitation qui fait obstacle à leur efficacité. En ce qui concerne la première limitation, le privilège ordinaire et le superprivilège ont dans un premier temps un rang dans le règlement des créances. Le privilège ordinaire, lorsqu'il est assis sur les biens meubles, se trouve en concurrence avec d'autres créanciers de l'employeur qui devance le salarié¹¹⁰. En revanche, lorsqu'il porte sur les biens immeubles, le salarié n'est devancé que par les créances de frais de justice¹¹¹. S'agissant du superprivilège, il est une sûreté puissante qui n'est primée que par les privilèges spéciaux.

Pour la seconde limitation, malgré leur dénomination, le privilège général (surtout) et le superprivilège (dans une moindre mesure) couvrent un champ temporel déterminé. Le bénéfice du privilège général n'est accordé que pour la période recouvrant les six derniers mois de travail et le superprivilège les soixante derniers jours.

Au total, toutes ces limites de l'efficacité des privilèges des salariés ont conduit à la création d'un mécanisme original de garantie des salaires qui fonctionne partiellement sur le mode d'une assurance pour consacrer implicitement un véritable droit au salaire.

C. La naissance d'un mécanisme collectif original de paiement des salaires

9.- AGS : un remède. Pour contourner les obstacles à l'efficacité des privilèges qui sont assis sur le patrimoine de l'entreprise insolvable, l'Association pour la Gestion du régime de garantie des créances des Salariés, autrement appelée « AGS » a été créée par la loi du 27 décembre 1973. Ce mécanisme parfois qualifié d'assurance¹¹² se superpose aux privilèges et n'intervient qu'« *en cas d'insolvabilité de l'employeur* », c'est-à-dire lorsque les privilèges ne sont pas mis en œuvre pour les mêmes créances. Comme garantie¹¹³, il est un mécanisme

¹⁰⁹ Cf., Chiffres donnés par F. DERRIDA, *D.* 1974, chron., note n° 8, p. 120.

¹¹⁰ C. civ., art. 2331, 4° ; Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006.

¹¹¹ C. civ., art. 2375, 2° ; Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006.

¹¹² J. GHESTIN, P. LANGLOIS, *Droit du travail*, 3^e éd., Sirey, coll. « Cours élémentaires – droit- économie », Paris, 1979, p. 185.

¹¹³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Quadriga / PUF, 2011, p. 436. Ce sont en effet des « moyens juridiques permettant de garantir le créancier contre le risque d'insolvabilité du débiteur », S. GUINCHARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 16^e éd., Dalloz, 2007, p. 323.

qui prémunit le salarié contre la perte de sa créance en cas de défaillance de l'employeur. Il est en effet mis en œuvre pour garantir les sommes dues aux salariés, y compris ceux détachés à l'étranger ou expatriés¹¹⁴ en exécution du contrat de travail¹¹⁵ dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire ouverte à l'encontre de tout employeur de droit privé¹¹⁶.

En effet, la garantie de l'AGS a connu une évolution extraordinaire ; elle est devenue la pièce maîtresse des procédures collectives¹¹⁷. Pendant longtemps, le droit des faillites¹¹⁸ ne s'occupait essentiellement que de sanctionner la personne qui faillissait¹¹⁹, en prévoyant des sanctions pouvant aller jusqu'à la réduction en esclavage ou en une chose à vendre, voire en la tuant¹²⁰. Le Code de commerce de 1807¹²¹ avait en effet ignoré la qualité de créance alimentaire et de l'emploi. Le salarié « [n'apparaît] pas en cette qualité dans le droit de la faillite, malgré le caractère alimentaire de sa créance. Il n' [est] qu'un créancier comme les autres, qui [peut] seulement venir à la distribution¹²² au marc le franc pour ce qui lui [est] dû en application du contrat de louage de services conclu avec le failli¹²³ ». Ce droit a largement évolué¹²⁴ et les intérêts des salariés y compris financiers sont pris en compte dans la nouvelle

¹¹⁴ C. trav., art. L. 3253-6.

¹¹⁵ C. trav., art. L. 3253-6.

¹¹⁶ J. VALLANSAN, « L'évolution des personnes assujetties à la procédure collective : 1985-2005, la loi du 25 janvier 1985 à 20 ans ! Entre bilan et réforme », *Lamy Dr. aff.*, 2005, n° 80 ; A. MARTIN-SERF, « L'évolution législative et les conflits », *Gaz. Pal.*, 2008, n° 178, p. 9 ; D. TRICOT (dir.), « Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse des intérêts contraires », *Gaz. Pal.*, 2008, n° 178, p. 99.

¹¹⁷ Cf., P. LANGLOIS, « Le règlement des créances salariales dans le redressement judiciaire », *Dr. soc.* 1987, n° spéc. ; Y. CHAGNY, « La situation des salariés de l'entreprise en difficulté », *RJS* 1999, 743 et 819.

¹¹⁸ R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien Domat, 1989 ; C. DUPOUY, *Le droit des faillites en France avant le code de commerce*, thèse, LGDJ, Paris, Coll. « Bibl. d'histoire du droit et droit romain », 1960.

¹¹⁹ J. PAILLUSSEAU, « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », *Études offertes à Roger HOUIN*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 109-150 ; J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986, p. 305 et s. ; C. DUPOUY, *Le droit des faillites en France avant le code de commerce*, préc. ; D. DESURVIRE, « Banqueroute et faillite. De l'Antiquité à la France contemporaine », *LPA* 1991, n° 104, p. 12 ; M.-H. RENAUT, « De la faillite à la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires », *LPA* 1998, n° 14, p. 5-13 ; D. VIDAL, *Droit des procédures collectives, Prévention, Conciliation, Sauvegarde, Redressement, Liquidation*, éd., Gualino, Paris, 2006, p. 18-19 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 6^e éd., Montchrestien, 2009, p. 6 et s. ; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 5^e éd., Dalloz, 2009, p. 16 et s.

¹²⁰ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 5^e éd., Dalloz, Coll. « Dalloz Action », 2009, p. 15.

¹²¹ Y. GUYON, « Une faillite au début du XIXe siècle selon le roman de Balzac « César Birotteau » », *Études offertes à Alfred Jauffret*, 1974, Faculté de Droit d'Aix-Marseille, p. 377 ; J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principe*, t. I, p. 28, n° 14.

¹²² Nous ajoutons du produit des biens de son employeur défaillant.

¹²³ Y. GUYON, « Une faillite au début du XIXe siècle selon le roman de Balzac « César Birotteau » », *Études offertes à Alfred JAUFFRET*, 1974, Faculté de Droit d'Aix-Marseille, p. 377-391, spéc. p. 384-385.

¹²⁴ A. PUTTEMANS, in *Bicentenaire du Code de commerce*, pp. 36 et s. ; J.-L. SOURIOUX, « La vie du mot « commerce » », in *Livre du bicentenaire*, pp. 53-60 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principe*, t. I, p. 4.

conception des procédures collectives. De plus, le droit du travail compénètre le droit des entreprises en difficulté pour assurer la protection des droits des salariés¹²⁵. Un auteur n'a-t-il pas observé que le droit des entreprises en difficulté était le « cousin redouté¹²⁶ » du droit du travail, parce qu'il opère une exclusion de certaines règles protectrices du salarié pour tenir compte des difficultés économiques de l'entreprise ? Le droit des sûretés attribue les privilèges aux salariés afin de garantir le paiement de leurs créances¹²⁷. Les salariés sont désormais « traités en citoyens de l'entreprise »¹²⁸ et l'AGS vient concilier des intérêts de sauvegarde de l'entreprise, du maintien de l'emploi et de l'apurement du passif fixés par le droit des entreprises en difficulté¹²⁹. Pour certains, l'exclusivité de la gestion du mécanisme de garantie des salaires par l'association patronale exprimerait implicitement le rôle économique de la garantie de l'assurance garantie des créances des salariés¹³⁰. Mais, on peut aussi avancer que la prise en compte des intérêts économiques par l'AGS n'est que la conséquence de l'émancipation du droit des entreprises en difficulté. Le mécanisme de garantie des salaires est « un important facteur de paix sociale : elle est devenue un instrument de la réorganisation des entreprises »¹³¹. C'est un « anesthésiant qui va permettre de remodeler une entreprise »¹³². Le mécanisme de garantie des créances salariales a été consacré à la suite d'un mouvement social qui a marqué l'histoire. Toutefois, ce mécanisme

¹²⁵ D. NAZET-ALLOUCHE, *Droit du travail et procédures collectives*, Thèse Montpellier, novembre 1983, spéc., p. 16 ; M. JEANTIN, *Droit du travail et entreprises en difficulté. L'apport de la réforme du droit de la « faillite »*, Droit et Économie, juill. 1984, p. 9 ; P. LAFARGE, P. SAINT-GENIEST, « Le nouveau régime des procédures collectives et son incidence sur le droit du travail », *Gaz. Pal.*, 1985, 2, doct., pp. 567-570 ; H. BLAISE, « La sauvegarde des intérêts des salariés dans les entreprises en difficulté, loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises », *Dr. soc.* 1986, pp. 449-457 ; O. BELL'ASSINOT, in *Le redressement judiciaire et la procédure prud'homale : le principe de la compétence du juge du travail avec la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 (articles 123 à 127)*, *Gaz. Pal.*, 1986, doct., pp. 590-597 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le caractère collectif des procédures collectives », *RJ com.* 1996, n° 9/10, p. 293-301 ; R. VATINET, « L'entreprise en difficulté et ses salariés », *Sem. soc. Lamy* 2003, n° 1140 suppl., *Les lieux du droit du travail, L'entreprise* ; J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012.

¹²⁶ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 7^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2010, p. 467 et s.

¹²⁷ P. DELEBECQUE, « Les sûretés dans les procédures collectives », *JCP N* 1986, I, p. 185 ; M. J. CAMPANA, « La situation des créanciers garantis », *RTD com.* 1987, n° spéc., t. 2, p. 77 ; F. MACORIG-VENIER, *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, Thèse dact. Toulouse, 1992.

¹²⁸ J.-C. MAY, « La triple finalité de la loi sur le redressement et la liquidation judiciaires », *LPA* 1987, n° 141, p. 18-24 ; P. LANGLOIS, « Divorce du droit social et du droit du redressement judiciaire ?, Perspectives du droit économique, dialogue avec Michel Jeantin », *D.* 1999, pp. 419-428.

¹²⁹ J.-C. MAY, « La triple finalité de la loi sur le redressement et la liquidation judiciaires », *LPA* 1987, n° 141, p. 18-24 ; P. LANGLOIS, « Divorce du droit social et du droit du redressement judiciaire ?, Perspectives du droit économique, dialogue avec Michel Jeantin », *D.* 1999, p. 419-428, spéc. p. 419.

¹³⁰ S. DA ROCHA, *Le rôle de l'AGS dans l'indemnisation des salariés, sous la dir. de Bernard Bossu*, Mémoire Master 2, Droit du travail, Lille 2, 2004, p. 20.

¹³¹ T. METEYE, « Les conditions d'intervention de l'AGS », *Dr. soc.* 1987, p. 835.

¹³² M. HENRY, « Le fonds national de garantie des salaires, outil de restructuration du capital », *Dr. ouvr.* 1984, p. 416.

reste peu connu du grand public, parfois même des salariés, alors qu'il est devenu un acteur important de l'activité économique.

10.- D'un mouvement social à la garantie des salaires. L'inefficacité des privilèges de salaires a été dévoilée pendant le placement en procédure collective de l'entreprise *Lip*. Un auteur a estimé que la garantie de l'AGS était « l'enfant naturel du conflit collectif »¹³³, même si certains ont pensé que la consécration de cette garantie n'est pas la conséquence du mouvement *Lip*¹³⁴. Il a été pourtant déclaré par Georges POMPIDOU qu'« il y a un point sur lequel l'affaire *Lip* doit être, pour le gouvernement, une leçon, c'est qu'elle a démontré une insuffisance de notre législation sociale en matière de faillite ; elle a démontré qu'en cas de faillite notre législation sacrifiait les travailleurs à des priorités fiscales ou de sécurité sociale, ou qu'il y avait simplement les lenteurs de la justice en matière de faillite »¹³⁵. Cette affaire a révélé que dans 70% de cas des procédures collectives, les salariés ne pouvaient pas percevoir la totalité de leurs créances, lesquelles restaient impayées à cause de l'impécuniosité de l'employeur.

11.- Mise en place et gestion de l'AGS. Dans la foulée de cette affaire mouvementée, la loi du 27 décembre 1973¹³⁶ a exigé des employeurs l'institution de l'Association pour la Gestion du régime de garantie des créances des salariés¹³⁷. Cette loi est l'« acte de naissance de l'AGS ». Désormais, « tout employeur de droit privé assure ses salariés, y compris ceux détachés à l'étranger ou expatriés mentionnés à l'article L. 5422-13, contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire »¹³⁸.

L'article 2 de la loi du 27 décembre 1973 dispose que « le régime d'assurance prévu à l'article premier sera mis en œuvre par une association créée, dans le délai d'un mois à dater de la publication de la présente loi, par les organisations nationales professionnelles d'employeurs

¹³³ G.-P. QUETANT, « Un regard sur le contentieux prud'homal de l'AGS », *Sem. soc. Lamy* n° 1138, 6 oct. 2003, p. 27.

¹³⁴ G. GORSE, Ministre du travail, Débats parlementaires, Ass. Nat., séance du mercredi 21 nov. 1973, *JO*, 22 nov. 1973, p. 6219 ; G. DOMINGO, *Le régime de l'assurance garantie des créances salariales*, thèse Droit privé, Univ. Robert Schuman, Strasbourg III, 1982, note n° 2, p. 12.

¹³⁵ G. POMPIDOU, Conférence de presse du 22 sept. 1973, cité par G. DOMINGO, *in* Thèse Droit privé, Strasbourg III, 1982, p. 15.

¹³⁶ L. n° 73-1194 du 27 déc. 1973, *JORF* 30 déc. 1973.

¹³⁷ Loi du 27 déc. 1973, art. 1^{er}.

¹³⁸ C. trav., art. L. 3253-6.

les plus représentatives et agréées par le ministre chargé du travail ». Le Conseil National du Patronat français (actuel MEDEF), la Confédération générale des Petites et Moyennes Entreprises (CGPME) et la Confédération nationale de la Mutualité de la Coopération et du Crédit Agricole (CNMCCA) ont créé l'Association pour la Gestion du régime de garantie des créances des salariés. Il existe un conseil d'administration de l'AGS qui est composé de seize administrateurs du MEDEF, huit administrateurs de la CGPME et deux administrateurs de la CNMCCA. Il est présidé actuellement par M. Jean-Charles SAVIGNAC de la Fédération nationale des Travaux publics. Curieusement, il n'y a aucun représentant des salariés (syndicats ou représentants dans l'entreprise) au sein du Conseil d'administration de l'AGS, alors que le mécanisme se veut paritaire, à l'instar de la sécurité sociale¹³⁹. Il est déclaré paritaire simplement parce que la gestion des cotisations et l'indemnisation des salariés sont confiées à l'UNEDIC, qui est un organisme paritaire. En effet, l'AGS a confié la gestion opérationnelle du régime de garantie, c'est-à-dire l'indemnisation des salariés par le biais de centres opérationnels¹⁴⁰, à la Délégation Unédic AGS. Le paritarisme né de cette mission de l'UNEDIC n'est cependant pas suffisant, car la fixation du taux de cotisation à l'AGS est l'œuvre du conseil d'administration au sein duquel, aucun représentant des salariés n'est présent. Chose rare, les syndicats ne réclament d'ailleurs nullement leur implication dans cette institution. Est-ce parce que les salariés ne cotisent pas au régime de l'AGS ? Ou parce que la loi précise que l'AGS est une association patronale ? Pourtant, les conséquences des politiques menées par le conseil d'administration de l'AGS sont importantes. Cette question n'est pas débattue, alors que l'objectif d'un équilibre stable du régime peut conduire à envisager une gouvernance plus large qui inclurait les cotisations salariales, comme dans certains pays de l'Union européenne.

Ainsi, le régime de l'AGS est financé par les seules cotisations des employeurs. Le salarié n'est pas assujéti à la cotisation pour bénéficier de la protection de l'assurance garantie des salaires. Les cotisations sont calculées sur la base des rémunérations qui donnent lieu aux contributions d'assurance chômage. C'est l'AGS qui fixe le taux des cotisations et qui a la responsabilité de l'équilibre du régime de garantie. Le taux de cotisation est passé de 0,40% à

¹³⁹ Cf., M. LAROQUE, *L'évolution des structures de gestion de la sécurité sociale*, éd. Techniques et Économiques, Paris, 1994 ; R. RUELLAN, « Qui est responsable de la sécurité sociale ? », *Dr. soc.* 1995, p. 718 ; M. BORGETTO, « Protéger la démocratie sociale ou démocratiser la protection sociale ? », *Regards CNESSS*, 2001, n° 19, p. 3 ; P. LANGLOIS, « Partenaires sociaux et régimes nationaux de sécurité sociale », in *Mélanges J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 67 ; J.-P. CHAUCHARD, « Représentation collective et protection sociale », *RDSS* 2004, p. 16.

¹⁴⁰ CGEA (Centre de Gestion et d'Études AGS).

0,30% au 1^{er} avril 2011. Les cotisations AGS sont désormais recouvrées par l'ACOSS, par l'intermédiaire des URSSAF¹⁴¹. En dépit de ce transfert de recouvrement, les salariés ou leurs représentants n'ont pas encore un droit de regard sur la gestion du mécanisme, seuls ceux qui financent ont la direction du Conseil d'administration. Or, l'implication des salariés ou de leurs représentants permettrait de détacher à l'AGS, l'image d'un mécanisme patronal afin d'éviter la méfiance à son égard et la promouvoir. La garantie des salaires reste un mécanisme peu connu. Cependant, la stabilisation d'un tel mécanisme a nécessité plusieurs réformes qui caractérisent le destin de l'institution de garantie.

La garantie des créances salariales a connu un destin mouvementé. Ce destin est lié aux évolutions législatives et surtout jurisprudentielles. D'aucuns ont avancé clairement que la garantie des salaires était une « assurance »¹⁴², alors que d'autres estiment qu'il s'agit d'une sorte de « sécurité sociale des salaires »¹⁴³, alors même que la loi du 27 décembre 1973 n'a pas précisé sa nature juridique. De telles dénominations devraient sans aucun doute influencer les finances et le plafonnement de la garantie. Le juge s'est mis à élargir le champ de la garantie à tel point qu'un auteur annonçait que l'AGS était victime de son succès en ces termes : « L'AGS paiera » ; « Que l'AGS paie... ! »¹⁴⁴. Le régime de garantie des salaires est en effet assimilé à une « *banque des entreprises mal gérées* »¹⁴⁵. Cette conception engendre une augmentation des dépenses du mécanisme et risque de déstabiliser son équilibre financier. Cet équilibre est aujourd'hui encore assuré par rapport aux besoins d'indemnisation. Tandis que l'application systématique par la jurisprudence du plafond 13, autrefois en vigueur, laissait déjà augurer le déficit du régime au cours des années 2000¹⁴⁶. L'abaissement des plafonds a été nécessaire et réalisé par le décret n° 2003-684 du 24 juillet 2003 modifiant l'article D. 143-2, devenu D. 3253-5 du Code du travail, pris en application de l'article L. 143-11-8, devenu L. 3253-17 du Code du travail¹⁴⁷. En outre, le mécanisme de garantie des salaires a été maintes fois réformé à travers le droit des entreprises en difficulté¹⁴⁸. L'exigence de garantie des créances des salariés est devenue depuis une obligation communautaire.

¹⁴¹ L'ACOSS recouvre ces cotisations depuis le 1^{er} janvier 2011.

¹⁴² Loi, 27 déc. 1973, art. 3 ; C. SOUWEINE, *Droit des entreprises en difficulté*, 2^e éd., PU Grenoble, 2007, p. 156.

¹⁴³ F. DERRIDA, « Vers la sécurité sociale des salaires ? Commentaire de la loi du 27 décembre 1973 », *D.* 1974, chron. XXV, note n° 9, p. 120.

¹⁴⁴ T. METEYE, préc., p. 827.

¹⁴⁵ In Débats parlementaires, Ass. Nat., séance du mercredi 21 nov. 1973, JO, 22 nov. 1973, p. 6220.

¹⁴⁶ H. BLAISE, « L'extension jurisprudentielle de la garantie de l'AGS », *Dr. soc.* 1987, p. 616.

¹⁴⁷ C. trav., art. D. 3253-5 nouv.

¹⁴⁸ Loi n° 85-98, du 25 janv. 1985 applicable à partir du 1^{er} janv. 1986 ; Loi n° 2005-845, du 26 juill. 2005, JO 27 juill. 2005 ; Loi du 18 déc. 2008 entrée en vigueur le 1^{er} janv. 2009. Cf., A. LYON-CAEN, « La situation des

12.- Exigence européenne de la garantie de salaires. Le mécanisme de garantie de l'AGS a eu un écho au niveau européen. Le législateur européen a, en effet, par une directive n° 80/987/CEE du 20 octobre 1980, imposé aux États membres de l'Union de mettre en place les institutions de garantie des créances salariales « en cas d'insolvabilité de l'employeur ». Cette directive a été modifiée par celles n° 2002/74/CE du 23 septembre 2002 et n° 2008/94/CE du 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur. Mais la France a transposé la directive n° 2002/74/CE que récemment dans la loi du 30 janvier 2008¹⁴⁹ portant sur le développement économique et social. Ainsi, les salariés d'une entreprise située dans un autre État de la communauté européenne, dès lors qu'ils exercent ou exerçaient habituellement leur activité sur le territoire français, voient leurs salaires garantis par l'AGS, lorsque leur employeur se trouve en état d'insolvabilité. Cette obligation faite aux États membres de garantir les créances des salariés fait partie du processus d'harmonisation européenne.

La transposition de la directive concernant la protection des créances des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur est dans la ligne directrice du développement des sociétés européennes auxquelles les procédures collectives sont soumises au règlement (CE) n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité¹⁵⁰ entré en vigueur le 31 mai 2002. Ce règlement permet au tribunal du lieu de situation des intérêts principaux du débiteur d'ouvrir la procédure collective principale et les procédures secondaires aux lieux des intérêts secondaires¹⁵¹. Si une procédure principale est ouverte en France, par exemple, le plan de

salariés et de leurs représentants dans la procédure de redressement judiciaire », *Dr. soc.* 1986, p. 647 ; L. ROZES, « Les droits collectifs des salariés dans la nouvelle procédure », *Ann. Fac. Toulouse*, 1986, t. 34, p. 113.

¹⁴⁹ Loi n° 2008-89 du 30 janv. 2008.

¹⁵⁰ J. BEGUIN, « Un îlot de résistance à l'internationalisation : le droit international des procédures collectives », in *Mélanges Y. LOUSSOUARN* ; Y. GUYON, « La faillite en droit international », in *Mélanges G. DAUBLON*, 2001, p. 141 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les entreprises en difficulté dans l'Union européenne », *LPA* 20 nov. 2001, n° spécial ; M.-N. LEGRAND, « La défaillance des entreprises, le règlement 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité », *Rev. sociétés* 2001, p. 292 ; M.-E. MATHIEU-BOUYSSOU, « Aperçu des règles de droit judiciaire privé relatives aux procédures d'insolvabilité européennes après le règlement communautaire n° 1346/2000 », *D.* 2002, p. 2245 ; D. BUREAU, « La fin d'un îlot de résistance, le règlement du conseil relatif aux procédures d'insolvabilité », *Rev. crit. dr. inter. priv.*, 2002, p. 613 ; A. HONORAT, C. HENRY, « La compétence jurisprudentielle en matière de procédures d'insolvabilité », in *Mélanges J.-P. SORTAIS*, Lausanne, 2003, p. 313 ; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2006, n° 319 et s.

¹⁵¹ CJUE, 21 janv. 2010, aff. C-444/07, MG Probud, pt 42 ; J.-L. VALLENS, « Vers un droit matériel en matière de faillite ? », *LPA* 12 déc. 2003, p. 47 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Le sort des garanties », in *L'effet international de la faillite : une réalité ?*, Dalloz, 2004, coll. « Thèmes et commentaires », spéc., p. 134 ; J.-L. VALLENS, « Procédures d'insolvabilité : la procédure ne produit d'effet en France qu'à partir de son prononcé », *D.* 2010, pp. 1262-1266 ; F. JAULT-SESEKE, « Procédure communautaire d'insolvabilité : application concrète du principe d'universalité », *Bull. mens. d'inf. des sociétés Joly*, 2010, n° 5, pp. 493-498 ; T. MASTRULLO, « Procédures d'insolvabilité transfrontalières : universalité de la procédure principale et

redressement qui est arrêté dans ce pays, intègre les situations des filiales ou succursales situées à l'étranger¹⁵². Ainsi, le règlement 1346/2000 règle les conflits de lois et de juridictions en matière de procédures collectives dans l'Union européenne.

En somme, après avoir bénéficié des privilèges de droit commun¹⁵³, la créance du salarié bénéficie désormais d'une garantie qui lui apporte une protection exorbitante en raison de son statut. La mise en œuvre de ces privilèges et de cette garantie de paiement nécessite qu'une méthode de travail soit déterminée.

III. La méthode de recherche

13.- Objet de la recherche. Une nouvelle étude sur « la garantie des salaires en cas d'insolvabilité de l'employeur » ambitionne d'évaluer les modalités et l'efficacité de la mise en œuvre des garanties de paiement des créances des salariés au cours des procédures applicables aux entreprises en difficulté. Pour procéder à cette évaluation, la *définition de la nature de la garantie* est fondamentale. En effet, à l'aube de la consécration de la garantie de l'AGS, diverses qualifications ont fusé à son égard. La doctrine lui a attribué des qualifications, alors que le législateur du 27 décembre 1973 n'a pris aucun parti sur la nature de cette garantie. D'aucuns l'ont qualifiée d'« assurance des salaires »¹⁵⁴, alors que d'autres auteurs voient en elle, une sécurité sociale des salaires¹⁵⁵. D'où la question : cette garantie a-t-elle véritablement une nature juridique précise ? Les débats doctrinaux ont cessé à ce propos. Pourtant, ni la loi ni la jurisprudence n'ont défini clairement la nature de cette garantie. De plus, il n'a presque jamais été question de rapprocher la garantie de l'AGS aux privilèges de

confiance mutuelle », *Rev. proc. coll.*, 2010, n° 3, p. 38, note sous CJUE, 21 janv. 2010, aff. C-444/07 ; L.-C. HENRY, « L'approche des sûretés réelles dans le droit de l'Union européenne des entreprises en difficulté », *LPA* 2011, n° 30, p. 3 ; C. GAILHBAUD, note sous CJUE, 10 mars 2011, aff. C-477/09, *Gaz. Pal.*, 2011, n° 91-92, pp. 41-43 (la situation des salariés) ; R. DAMMAN, D. CAROLE-BRISSON, « Procédure d'insolvabilité : portée du principe d'universalité », *D.* 2011, n° 7, p. 498, note sous CJUE, 21 janv. 2010, aff. C-444/07, *MG Probud*.

¹⁵² Cass. civ., 1^{re}, 19 nov. 2002, *D.* 2003, 797, note G. Khairallah.

¹⁵³ C. trav., art. L. 3253-1 : « Les créances résultant du contrat du travail sont garanties dans les conditions prévues au 4° de l'article 2331 et au 2° de l'article 2375 du Code civil relatifs aux privilèges sur les biens mobiliers et immobiliers du débiteur. En outre, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, elles sont garanties, conformément aux articles L. 625-7 et L. 625-8 du Code de commerce, dans les conditions prévues aux articles L. 3253-2 à L. 3253-21 ».

¹⁵⁴ J. RIVERO, J. SAVATIER, *Droit du travail*, 13^e éd., PUF, coll. « Thémis droit privé », 1993, p. 635. Ces auteurs notent que l'AGS joue « le rôle d'assurance de l'insolvabilité des entreprises en règlement judiciaire ou en liquidation de biens » ; A. ARSEGUÉL, B. REYNÈS, « L'AGS et la loi de modernisation sociale, de la solidarité à l'assurance ? », *D.* 2003, chron. 502.

¹⁵⁵ F. DERRIDA, « Vers une sécurité sociale des salaires ? », préc.

droit commun qui l'avaient précédé dans la protection des créances des salariés. Il faudrait pourtant emprunter cette voie, car elle justifie mieux la nécessité d'une garantie des salaires indépendante du patrimoine de l'employeur¹⁵⁶.

Depuis, le débat s'est transféré vers d'autres univers. Ce transfert se justifie par l'attention particulière que porte désormais la jurisprudence sur certaines questions, notamment la nature des créances garanties et la responsabilité des co-employeurs ou sociétés mères dans l'indemnisation des salariés. La jurisprudence est aujourd'hui une source essentielle du droit de la garantie des salaires, car la réglementation en la matière est limitée. Dans cette optique, elle a développé vers les années 1998, une conception ample de l'application de la garantie. En ce sens, la garantie de l'AGS ne bénéficie pas seulement aux « créances résultant de l'exécution du contrat de travail » comme prévoit le Code du travail¹⁵⁷, mais également à celles qui se détachent d'une telle exécution. Or, cette conception n'est pas toujours en harmonie avec d'autres prescriptions du droit du travail. Par conséquent, il est important d'étudier en outre la *dynamique de la garantie*.

14.- À la recherche de la nature de la garantie. Dans un premier mouvement, il faut rechercher *la nature de la garantie*. La nature est ce qui est de l'essence, de la substance d'une chose. Elle est l'ensemble des propriétés qui caractérisent juridiquement une chose et permet surtout de déterminer son régime. Elle lui attribue une place dans un système en même temps de la distinguer d'autres objets : sa catégorie, sa définition, sa qualification. Or, la législation et la jurisprudence sociales qui facilitent l'accès à la garantie des salaires ne donnent aucune indication précise sur la nature de la garantie de l'AGS. En l'absence d'une définition légale et jurisprudence, la recherche de cette nature¹⁵⁸ peut s'effectuer, en confrontant, d'une part, la garantie des salaires avec les privilèges de droit commun, et d'autre part, avec la sécurité sociale.

En premier lieu, on peut se demander si la garantie des créances des salariés est un privilège au sens du droit commun. Une telle recherche nécessite que les caractéristiques des

¹⁵⁶ La directive n° 2008/94/CE relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité en fixant les modalités de l'organisation du financement et du fonctionnement des institutions de garantie impose que « le patrimoine des institutions doit être indépendant du capital d'exploitation des employeurs et être constitué de telle façon qu'il ne puisse être saisi au cours d'une procédure en cas d'insolvabilité », art. 5, a.

¹⁵⁷ C. trav., art. L. 3253-6. Cf., *infra*, n° 183 et s.

¹⁵⁸ Cf., *infra*, n° 17.

mécanismes soient dégagées¹⁵⁹. En effet, le privilège général et le superprivilège sont des sûretés réelles qui permettent aux salariés de bénéficier d'un droit de préférence sur les autres créanciers de l'employeur pour le paiement de leurs créances alimentaires¹⁶⁰. Ces privilèges ont pour assiette le patrimoine de l'employeur. Par conséquent, dès l'ouverture de la procédure collective, le patrimoine de l'entreprise doit être évalué afin d'assembler l'actif disponible nécessaire au paiement des créances salariales. Pour éviter que l'employeur puisse dissimiler ses actifs et ne respecte pas les privilèges des salariés, il existe des techniques juridiques permettant l'*enrichissement* du patrimoine de l'entreprise en défaillance. Il peut s'agir de l'obligation faite aux associés de certaines sociétés d'être tenus responsables des dettes sociales et de l'extension de la procédure collective à d'autres sociétés. À côté de ces techniques d'enrichissement, il y a toutefois celles qui *appauvrissent* le patrimoine telles que la clause de réserve de propriété ou la fiducie.

En revanche, le bénéfice des droits de préférence nécessaires au paiement des salaires exige la qualité de salarié, car seule sa créance a ici la nature d'un *aliment*. Cette qualité résulte de la conclusion d'un contrat de travail, mais est accordée par extension aux contrats voisins, à l'exemple du contrat d'apprentissage¹⁶¹.

À l'inverse, la garantie des salaires est un mécanisme collectif de prévention du risque de non-paiement des salaires. Il n'est pas assis sur le patrimoine de l'employeur, mais sur les cotisations préalables y afférentes. C'est ce qui accentue la certitude du paiement des salaires parce que l'insolvabilité de l'employeur ayant alors moins de desseins sur sa capacité financière : les fonds nécessaires au paiement des salaires ont déjà été récoltés lorsque l'entreprise était encore *solvable*¹⁶². Par conséquent, la garantie de l'AGS ne peut avoir la nature d'un privilège. Toutefois, son régime juridique est complémentaire à celui des privilèges, car ils concourent tous au règlement rapide des créances salariales¹⁶³. Mais la garantie de l'AGS étant subsidiaire, elle ne doit être mise en mouvement que si les privilèges ne donnent pas une chance au salarié de recouvrer sa créance. Elle n'est pas le débiteur principal de la *dette de salaire* et demande le remboursement des sommes avancées en se

¹⁵⁹ Cf., *infra*, n° 19.

¹⁶⁰ Cf., *infra*, n° 41 et s.

¹⁶¹ Cf., *infra*, n° 41.

¹⁶² Cf., *infra*, n° 64, 65 et 66.

¹⁶³ Cf., *infra*, n° 71 et s.

subrogeant dans les droits des salariés qui ont reçu des avances¹⁶⁴. En réalité, la protection des créances des salariés est plafonnée dans le montant à verser¹⁶⁵.

Si le débat sur la nature de la garantie des salaires ne s'est pas en revanche essentiellement porté sur sa nature de privilège, la qualification de « sécurité sociale des salaires »¹⁶⁶ lui a été attribuée. Il convient donc, en second lieu, de se demander si la garantie des créances des salariés peut constituer une assurance, soit sociale au sens de la Sécurité sociale, soit ordinaire. Cette question est intéressante, car le droit du travail est difficile à dissocier du droit de la sécurité sociale¹⁶⁷. Peut-on confirmer la nature de sécurité sociale de la garantie des salaires sur le fondement de ces allégations ? Pour appréhender la question, il convient d'analyser les rapports entre la garantie de l'AGS et la sécurité sociale¹⁶⁸. En effet, la garantie des salaires et le modèle de sécurité sociale ont des natures juridiques connexes parce qu'elles sont toutes les deux des assurances obligatoires assujettissant impérativement aux cotisations¹⁶⁹. Le recouvrement de ces cotisations et le mode de gestion sont également similaires¹⁷⁰. Elles sont également fondées sur la solidarité : une solidarité patronale pour l'AGS et une solidarité nationale pour la sécurité sociale¹⁷¹. Ces deux techniques se sont européanisées, malgré l'existence des contradictions apparentes pouvant être constatées dans leur application. Elles assurent ainsi l'égalité de traitement entre les ressortissants européens¹⁷².

En outre, le régime juridique de la garantie des salaires a une connexité avec celui de la sécurité sociale. La garantie des salaires et la sécurité sociale convergent vers la garantie de la sécurité économique des bénéficiaires¹⁷³. Cette garantie de la sécurité économique peut être menacée par le changement de la situation juridique de l'employeur ou la cessation du contrat de travail¹⁷⁴. Le rapprochement entre les régimes de la garantie des salaires et de la sécurité

¹⁶⁴ Cf., *infra*, n° 97, 98 et s.

¹⁶⁵ Cf., *infra*, n° 104, 105 et s.

¹⁶⁶ F. DERRIDA, « Vers la sécurité sociale des salaires ? Commentaires de la loi du 27 décembre 1973 tendant à assurer en cas de règlement judiciaire et de liquidation de biens, le paiement des créances résultant d'un contrat de travail », *D.* 1974, chron., p. 119, n° 1.

¹⁶⁷ J. BARTHELEMY, « Peut-on dissocier le droit du travail et le droit de la sécurité sociale », *Dr. soc.* 2007, p. 787 ; « Droits du travail et de la sécurité sociale : une discipline », *Cah. du DRH* nov. 2008, n° 148.

¹⁶⁸ Cf., *infra*, n° 124.

¹⁶⁹ Cf., *infra*, n° 127.

¹⁷⁰ Cf., *infra*, n° 128 et s.

¹⁷¹ Cf., *infra*, n° 135.

¹⁷² Cf., *infra*, n° 138 et s.

¹⁷³ Cf., *infra*, n° 151, 152 et s.

¹⁷⁴ Cf., *infra*, n° 156, 157 et s.

sociale est toutefois limité. D'une part, la sécurité sociale est construite dans une logique de l'universalité¹⁷⁵, alors que la garantie des salaires se limite aux seuls salariés¹⁷⁶. D'autre part, l'assurance garantie des salaires ne couvre que le risque économique de non-paiement des créances salariales, alors que les risques couverts par la sécurité sociale sont multiples¹⁷⁷. Au total, la garantie des salaires n'est ni une sécurité sociale ou ni une branche ou assurance de celle-ci. C'est une assurance de type particulier dont l'équivalent ne peut être identifié dans le modèle de sécurité sociale existant. C'est peut-être pour cette raison que le débat se situe désormais sur le terrain de la dynamique de la garantie.

15.- La dynamique de la garantie. La dynamique de la garantie des salaires qui fait l'objet de la seconde partie de cette étude focalise aujourd'hui le débat. La *dynamique* est l'efficacité, la puissance d'action d'un remède. Pour étudier la dynamique de la garantie¹⁷⁸, il faut examiner d'un côté, l'objet de la garantie et, de l'autre côté, la charge de l'indemnisation.

En effet, l'*objet de la garantie*¹⁷⁹ a été défini par le Code du travail : il s'agit de la créance qui résulte de l'exécution d'un contrat de travail¹⁸⁰. Dans cette optique, seule la créance de salaire et ses compléments devraient avoir la nature de créances garanties. Or, il n'en est rien, en pratique, car la jurisprudence et la doctrine ne se limitent pas à la prescription légale. Elles ont affirmé que l'exigence de rattachement de la créance à l'exécution du contrat de travail est souple¹⁸¹. Cette souplesse permet par conséquent de garantir les créances qui résultent de la violation par l'employeur des obligations prescrites par le Code du travail ou les conventions collectives¹⁸². L'objet de la garantie a été étendu. En outre, les créances garanties sont limitées dans le temps¹⁸³. Cependant, en fait, il peut être constaté que les rapports entre la garantie des salaires et l'emploi en général et la rupture du contrat de travail en particulier sont complexes parce que la dynamique de la garantie facilite dans une certaine mesure la rupture prématurée du contrat de travail. Ainsi, il existe plusieurs types de ruptures auxquels les créances qui en résultent sont garanties, notamment le licenciement pour motif économique et la rupture

¹⁷⁵ La Complémentaire Maladie Universelle instituée par la loi du 27 juillet 1999.

¹⁷⁶ Cf., *infra*, n° 164, 165, 166, 167 et s.

¹⁷⁷ Cf., *infra*, n° 172.

¹⁷⁸ Cf., *infra*, n° 173, 174.

¹⁷⁹ Cf., *infra*, n° 175 et s.

¹⁸⁰ C. trav., art. L. 3253-6.

¹⁸¹ Cf., *infra*, n° 182 et s.

¹⁸² Cf., H. BLAISE, « L'extension jurisprudentielle de la garantie de l'AGS », *Dr. soc.* 1987, p. 616 ; « Les créances garanties par l'AGS, une jurisprudence évolutive », *Dr. soc.* 1994, p. 778 ; A. CHARBIN, « La garantie de l'AGS, portée réelle de l'évolution jurisprudentielle », *TPS* 1999, chron. 12.

¹⁸³ Cf., *infra*, n° 188.

anticipée du contrat de travail à durée déterminée¹⁸⁴. Néanmoins, la rupture du contrat de travail doit intervenir dans une période de garantie bien déterminée¹⁸⁵, sinon le salarié est déchu de son droit à la garantie¹⁸⁶.

Par conséquent, la garantie de l'AGS influe, notamment sur le régime du licenciement économique qui est pourtant soumis aux exigences procédurales pour sa régularité¹⁸⁷. La prise en charge par l'institution de garantie des créances résultant des ruptures qui sont irrégulières dans la procédure peut avoir plusieurs conséquences¹⁸⁸. D'une part, elle n'incite pas au respect des exigences de procédure ; elle incite en revanche à la rupture du contrat de travail dans une certaine mesure parce que l'employeur vise uniquement la garantie qui est limitée dans le temps et non la conservation de l'emploi¹⁸⁹. D'autre part, la garantie des créances résultant des licenciements irréguliers dans la procédure augmente injustement la charge financière de l'institution de garantie.

Par ailleurs, la dynamique de la garantie des salaires pose également la question de la charge de l'indemnisation¹⁹⁰. En effet, les nouveaux modes d'organisation des entreprises ne permettent pas toujours de déterminer facilement le responsable de l'indemnisation des salariés, car le décideur, c'est-à-dire la personne qui a le pouvoir sur le salarié n'est pas clairement définie dans toutes les situations. Par conséquent, le détenteur du pouvoir n'est pas toujours celui que l'on croit. Or, l'imputation de la responsabilité d'indemniser est largement liée au pouvoir d'agir, de gouverner les salariés ou les entreprises. La recherche du responsable de l'indemnisation est donc nécessaire.

Ainsi, l'employeur est le responsable principal de l'indemnisation parce que c'est lui qui est le titulaire du pouvoir dans l'entreprise, notamment celui de licencier le salarié¹⁹¹. Il peut, toutefois, s'il est une personne morale, confier l'exercice de ce pouvoir à ses représentants ou

¹⁸⁴ Cf., *infra*, n° 213 et s.

¹⁸⁵ C. trav., art. L. 3253-8, 2° ; Cf., *infra*, n° 224 et s.

¹⁸⁶ Cf., *infra*, n° 226.

¹⁸⁷ Cf., *infra*, n° 228 et s.

¹⁸⁸ Cf., *infra*, n° 236 et s.

¹⁸⁹ Cf., M. HENRY, « Le fonds national de garantie des salaires, outil de restructuration », *Dr. ouvr.* 1984, n° 11, p. 415 et « Le sort des créances salariales », *Dr. ouvr.* 1985, pp. 172-180 ; M. COHEN, « Le rôle des représentants du personnel dans les procédures relatives aux difficultés des entreprises », *Dr. ouvr.* 1985, pp. 160-166 ; A. FIORENTINO, *La rupture du contrat de travail en droit anglais. Droit comparé anglais et français*, Préf. De Daniel Berra, PUAM, 2008, p. 533 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficultés*, 7^e éd., Montchrestien, 2011, p. 580 et s.

¹⁹⁰ Cf., *infra*, n° 239 et s.

¹⁹¹ Cf., *infra*, n° 242 et s.

déléataires, mais les actes accomplis par ces derniers engagent sa responsabilité, à cause par exemple, de l'absence de liens juridiques entre les dirigeants de l'entreprise et les salariés qu'ils licencient¹⁹². Sa responsabilité est étendue au regard des indemnités qu'il est tenu de prendre en charge¹⁹³. En revanche, s'il est *insolvable*, l'AGS devient un responsable de substitution¹⁹⁴, mais elle dispose d'un droit de demander le remboursement des fonds avancés aux salariés à l'employeur – *débiteur principal*¹⁹⁵. Néanmoins, la qualité de l'AGS dans la protection des créances salariales est difficile. La Cour de cassation a considéré qu'elle n'était « ni assureur, ni véritable tiers »¹⁹⁶.

Pour éviter que les salariés soient déchus de leur droit au règlement du salaire, donc à l'effectivité du salaire, lorsque l'employeur est insolvable, parce que les conditions du bénéfice de la garantie des créances des salariés ne sont pas remplies, la recherche des responsabilités alternatives est nécessaire¹⁹⁷. Ainsi, le salarié peut exiger sur le fondement de la responsabilité contractuelle, le paiement de sa créance à un co-employeur s'il démontre l'existence d'un lien de subordination à l'égard de l'employeur de fait. En outre, les voies de l'exigence du paiement à la société mère, sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, ont été explorées¹⁹⁸. L'aboutissement des actions extracontractuelles donne au salarié, le droit d'exiger le paiement de sa créance à la société mère.

Dans cette perspective d'expansion de la responsabilité d'indemniser, l'obligation de paiement de la créance salariale peut incomber au mandataire de justice qui n'a pas respecté l'obligation de rompre le contrat de travail dans une période de garantie prescrite par le Code du travail, car c'est le mandataire de justice qui se substitue parfois aux dirigeants pour administrer l'entreprise en défaillance. Par conséquent, le pouvoir qui lui est confié pour gérer l'entreprise génère également la responsabilité délictuelle en cas de faute causant préjudice aux salariés. Il peut ainsi être tenu responsable de l'indemnisation du salarié¹⁹⁹.

16.- Annonce de plan. Si la *nature de la garantie* des créances des salariés ne peut être identifiée dans les privilèges de droit commun, ni dans les assurances sociales ou l'assurance

¹⁹² Cf., *infra*, n° 247 et s.

¹⁹³ Cf., *infra*, n° 251 et s.

¹⁹⁴ Cf., *infra*, n° 270 et s.

¹⁹⁵ Cf., C. ROY-LOUSTAUNAU, obs. sous Cass. soc. 23 oct. 2001, n° 4343 ; *Dr. soc.* 2002, p. 656.

¹⁹⁶ Cass. soc., 23 oct. 2001, n° 4343, *Dr. soc.* 2002, 656, obs. Cl. Roy-Loustaunau.

¹⁹⁷ Cf., *infra*, n° 277 et s.

¹⁹⁸ Cf., *infra*, n° 278 et 287.

¹⁹⁹ Cf., *infra*, n° 293 et s.

traditionnelle, c'est parce qu'elle est une assurance particulière (*Première partie*). Sa *dynamique* est caractérisée par l'objet qu'elle garantit et par l'attribution de la charge de l'indemnisation. Les nouveaux modes d'organisation des entreprises ne facilitent pas la détermination du responsable de l'indemnisation, car le pouvoir de décider n'est pas toujours détenu par la personne qui a l'apparence de l'employeur (*Seconde partie*).

PREMIERE PARTIE : LA NATURE DE LA GARANTIE

SECONDE PARTIE : LA DYNAMIQUE DE LA GARANTIE

PREMIERE PARTIE : LA NATURE DE LA GARANTIE

17.- Incertitude. Les créances des salariés représentent souvent des sommes importantes dès lors qu'une entreprise est mise en procédure collective. Leur traitement constitue par conséquent un enjeu non négligeable. Pour mieux protéger les créances de salaires, il a été prévu des privilèges de droit commun, mais ceux-ci ayant une efficacité limitée, une garantie des salaires a été créée²⁰⁰. La gestion de cette garantie est confiée à l'Association pour la Gestion du régime de garantie des salaires, dite l'AGS. Mais, par commodité, la garantie des salaires est couramment désignée l'AGS comme l'organisme gestionnaire. Par conséquent, l'utilisation du terme « AGS » dans les développements qui suivent peut dans certaines circonstances, désigner la nouvelle garantie des salaires elle-même et dans d'autres l'association qui la gère. La loi du 27 décembre 1973 qui consacre ce mécanisme n'a pas formellement défini sa nature juridique. La jurisprudence est muette sur la question. De plus, la doctrine est divisée entre les auteurs qui lui attribuent la qualification d'assurance²⁰¹ et ceux qui l'analyse comme un mécanisme de sécurité sociale des salaires²⁰². D'où la question : cette garantie a-t-elle véritablement une nature juridique précise ? En l'absence de prise de position de la loi, de la jurisprudence et de consensus au sein de la doctrine, il est intéressant de s'interroger néanmoins sur la nature de l'AGS et de renouveler ainsi un débat ouvert au

²⁰⁰ Loi du 27 déc. 1973, art. 1^{er} ; C. trav., art. L. 3253-6 ; Dir. n° 80/987/CEE, du 20 oct. 1980, *JO L* du 28 oct. 1980, p. 23 ; Dir. n° 2002/74/CE, *JO L* 270 du 8 oct. 2002, p. 10 ; Dir. n° 2008/94/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 oct. 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, art. 2, *JO L* 283, du 28 oct. 2008 ; Cf., J.-L. VALLENS, *L'insolvabilité des entreprises en droit comparé*, Joly éditions, 2011, p. 75 et s. ; S. LAMBERT, *Les difficultés liées à la garantie des créances salariales par l'AGS dans les procédures d'insolvabilité transfrontalières communautaires*, Mémoire Master 2, Opérations et Fiscalité internationales des sociétés, Paris 1, 2011, sous la dir. Michel Menjucq.

²⁰¹ J. TILLHET-PRETNAR, « L'assurance garantie des salaires : Un régime qui a trouvé son équilibre », *Dr. soc.* 1981, n° 2, p. 150 ; A. ARSEQUEL, B. REYNES, « L'AGS et la loi de modernisation sociale : de la solidarité à l'assurance », *D.* 2003, p. 502 ; T. MASTRULLO, « Garantie des créances salariales : organisme compétent », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 6, p. 28, note sous Cass. soc. 7 juill. 2009, n° 08-40.546 ; J.-P. MATTOUT, A. PRÜM, « Résolution du plan et subrogation de l'AGS », *Dr. et patr.* 2009, n° 184, p. 111 ; F.-J. PANSIER, « AGS et sauvegarde de l'entreprise », *Cah. soc. Barr. Paris*, 2009, n° 212, p. 168, note sous Cass. soc. 10 mars 2009, Sté Legal c. P., n° 07-45.326 ; T. MÉTEYÉ, « L'AGS face à la jurisprudence sociale », *Rev. Lamy Dr. aff.*, 2009, n° 39, pp. 96-98, note sous Cass. soc. 3 déc. 2008, n° 07-42.469 ; 24 sept. 2008, n° 06-45.766 ; 4 mars 2009, n° 07-42.381 ; 11 févr. 2009, n° 07-10.583. Il faut noter que l'assurance est « une opération par laquelle une partie, l'assuré, se fait promettre, moyennant une rémunération, la prime (ou cotisation), pour lui ou pour un tiers, en cas de réalisation d'un risque, une prestation (pécuniaire) par une autre, l'assureur (société d'assurance), qui, prenant en charge un ensemble de risques, les compense conformément aux lois de la statistique (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF 2011, p. 75).

²⁰² F. DERRIDA, « Vers la Sécurité sociale des salaires ? Commentaires de la loi du 27 décembre 1973 », *D.* 1974, p. 119 ; C. RADÉ, « Vers la sécurité sociale des salaires ? », *Lexbase Hebdo, éd. soc.*, 12 sept. 2002, n° 38.

lendemain de la loi du 27 décembre 1973²⁰³. Il faut rappeler au préalable que les débats aujourd'hui portent essentiellement sur la mise en œuvre de la garantie : le champ d'application et les plafonds de la garantie²⁰⁴.

Ainsi, l'article L. 3253-6 du Code du travail dispose que tout employeur de droit privé « assure » ses salariés contre le risque de non-paiement des sommes dues en exécution du contrat de travail²⁰⁵. Cette garantie est mise en œuvre par l'Association pour la gestion du régime de Garantie des Salaires créée par les organisations nationales professionnelles d'employeurs représentatives et agréée par l'autorité administrative²⁰⁶. La nature de cette garantie n'étant pas précisée par la loi ni par la jurisprudence et la doctrine, la démarche adoptée, consiste à confronter tout d'abord la garantie des salaires avec les privilèges de droit commun ; ensuite avec l'assurance ordinaire, et enfin avec celles relevant de la Sécurité sociale ?

En effet, la garantie des salaires est un système de solidarité²⁰⁷ qui permet à l'employeur de ne plus supporter seul la charge des salaires. C'est l'ensemble de la communauté des employeurs qui la supporte²⁰⁸, car le risque de défaillance est collectivisée. Le mécanisme collectif, mutualisé de protection contre le risque de non-paiement des créances des salariés a été institué à cause de l'inefficacité des mécanismes de protection des créances salariales

²⁰³ F. DERRIDA, « Vers la Sécurité sociale des salaires ? Commentaires de la loi du 27 décembre 1973 », *D.* 1974, p. 119.

²⁰⁴ E. MAIRE et alii, *Lip 73*, éd., Seuil, 1973.

²⁰⁵ V., Dir. n° 2008/94/CE, art. 1^{er} : « La présente directive s'applique aux créances des travailleurs salariés résultant de contrats de travail ou de relation de travail existant à l'égard d'employeurs qui se trouvent en état d'insolvabilité... ».

²⁰⁶ C. trav., art. L. 3253-14 et L. 3253-17 ; Cass. soc. 19 avril 2005, n° 04-41.362, *Bull. civ. V*, n° 142 ; *RJS* 7/05, n° 744 ; 7 juin 2006, n° 04-46.675, *Bull. civ. V*, n° 207 ; *RJS* 8-9/06, n° 950.

²⁰⁷ Le terme de solidarité signifie « au sein d'une collectivité, lien d'entraide unissant tous ses membres (solidarité nationale), plus précisément : l'état de dépendance mutuelle et obligatoire de s'entraider », base de toutes les institutions de garantie sociale ; principe proclamé par le préambule de la Constitution de 1946, obligeant les Français à s'entraider devant les charges résultant des calamités nationales », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF, 2011, p. 769. Cette notion de solidarité ressemble à celle de fraternité qui exprime « le lien ou idéal d'affection entre ceux qui se traitent ou devraient se traiter comme frères, principe de solidarité entre concitoyens consacré par certaines constitutions ». L'art. 2, de la Constitution française considère la fraternité comme un élément de la devise républicaine française (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc. p. 370). Cf., M. HECQUARD-THERON (dir.), *Solidarité (s). Perspectives juridiques*, LGDJ, 2009, Actes de colloque n° 6, mars 2008, PU sc. soc. Toulouse.

²⁰⁸ T. MÉTEYÉ, « Le nouveau régime de garantie des salaires », *Gaz Pal.* 1986, 1, doct. p. 299 ; P. LANGLOIS, « Les créances salariales et la dynamique du redressement judiciaire », *Dr. soc.* 1987, p. 799 ; A. ARSEGUEL, « Aspects généraux du contentieux prud'homal relatif aux créances salariales depuis la loi du 25 janvier 1985 », *Dr. soc.* 1987, p. 807 ; T. MÉTEYÉ, « Les conditions d'intervention de l'AGS », *Dr. soc.* 1987, p. 827 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « L'effectivité des sûretés garantissant les créances salariales », *Dr. soc.* 1987, p. 842 ; J.-M. VERDIER, A. COEURET, M.-A. SOURSIAC, *Droit du travail, Vol. 2, Rapports individuels*, 16 éd., Dalloz, Coll. « Mémentos », 2011, p. 130.

empruntés au droit commun. Ainsi, le privilège général et du superprivilège qui sont assis sur le patrimoine de l'employeur ne satisfont pas l'objectif du paiement rapide des créances des salariés. Il existe ainsi des interrogations fortes sur la nature de la nouvelle garantie des créances des salariés. Cette technique fonctionne t-elle de la même manière qu'un privilège ou une assurance de la sécurité sociale ? C'est cette question qu'il convient d'appréhender dans les rapports entre la garantie de l'AGS et les privilèges de droit commun (Titre 1), d'une part, et la garantie de l'AGS et la sécurité sociale (Titre 2), d'autre part.

Titre 1 : Les rapports de la garantie de l'AGS et des privilèges de salaires

18.- Distinction et complémentarité. La nature juridique de la garantie des créances des salariés peut être appréhendée par rapprochement et contraste avec la nature des privilèges de salaires de droit commun. La garantie des salaires a été instituée pour combler l'insuffisance des privilèges. L'assurance garantie des salaires qui pallie l'insuffisance des privilèges de salaires paraît différente de ceux-ci. Leur différence de nature se manifeste dans le domaine d'application des privilèges et surtout dans l'affectation du patrimoine de l'employeur à la protection des salaires. Les privilèges des salariés sont des sûretés réelles attribuées par la loi à raison de la qualité de la créance²⁰⁹. La créance du salarié a une nature alimentaire et les privilèges sont en vérité octroyés, en fonction des considérations socio-humanitaires²¹⁰ et économiques. Le salarié ne doit pas supporter la défaillance de l'employeur qui est liée à sa liberté d'entreprendre. En revanche, la garantie des salaires est un instrument collectif, autonome qui ne s'appuie pas sur le patrimoine d'un seul employeur ; c'est une garantie collective. Elle se justifie partiellement comme les privilèges par le caractère alimentaire du salaire. Cependant, l'extension de cette garantie sous-entend son détachement de la qualité de la créance alimentaire du salarié pour se fonder sur la *personne du salarié*. D'ailleurs, les privilèges des salariés recouvrent aujourd'hui des sommes qui dépassent des besoins existentiels des salariés et de leur famille. La garantie de l'AGS est actuellement le seul instrument qui rend certain le paiement effectif des créances des salariés.

En dépit de leur différence, la garantie des salaires gérée par l'AGS et les privilèges de salaires ont des régimes juridiques complémentaires. En effet, ils poursuivent tous le même objectif : celui de rendre effectif le droit au règlement des créances. Les privilèges de droit commun donnent une chance au règlement des créances du salarié en lui offrant le droit de préférence par rapport aux autres créanciers de l'employeur. Il a une priorité de paiement. Tandis que, l'institution de garantie prend en charge de façon indépendante, mais certaine ses créances sans s'appuyer sur le patrimoine de l'employeur. Elle est autonome. La garantie de l'AGS et les privilèges de droit commun sont des techniques qui ont pour effet de stabiliser

²⁰⁹ C. civ., art. 2324.

²¹⁰ Cass. Req. 18 mai 1831, S. 1831, 1, p. 22 ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 8^e éd., Litec, coll. « Manuels », 2010, p. 589 ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome II, 12^e éd., Dalloz, 2008, p. 884 ; C. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 3^e éd., Dalloz, Coll. « HyperCours », 2011, p. 422.

les moyens vitaux des salariés. Elles militent seulement pour le règlement des créances alimentaires. Par conséquent, le champ des créances garanties est limité dans le temps et le règlement des créances des salariés n'est que minimal. Ainsi, la complémentarité de ces techniques est caractérisée par l'objectif commun de règlement rapide des créances des salariés et leur pouvoir de faire échapper les salariés à la règle d'égalité des créanciers dans les procédures collectives qui les empêcherait de bénéficier d'un paiement par préférence.

L'étude des caractéristiques de nature juridique de la garantie de l'AGS et des privilèges de salaires (Chapitre 1) doit ainsi précéder celle de la complémentarité de leurs régimes juridiques (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les caractéristiques des mécanismes de garantie des salaires

19.- Traitement préférentiel des salaires. Les mécanismes de protection des créances des salariés poursuivent l'objectif de règlement rapide de ces créances. Pour réaliser cet objectif, les salariés n'ont pas été soumis aux mêmes règles de paiement que les autres créanciers de l'employeur. Ils bénéficient d'un traitement préférentiel dans les entreprises en difficulté. Ce traitement est assuré par le privilège général²¹¹ et le superprivilège des salaires²¹² qui est une modalité particulière (en raison du renforcement de la protection des salaires) du privilège général. Ces techniques accordent aux salariés, le droit d'être payés sur le prix de vente d'un ou de plusieurs biens de l'employeur²¹³ par préférence à d'autres créanciers. Pour désintéresser les salariés, il est donc nécessaire que le niveau des actifs de l'entreprise en défaillance soit suffisant, sinon elles demeurent largement dérisoires, voire utopiques. Si les actifs sont insuffisants, seule une bonne partie des créances superprivilégiées peut être payée et les créances privilégiées sont en revanche moins réglées. Les créances privilégiées sont devancées par les frais de justice et de dernière maladie et sont en concurrence avec les créances de la Sécurité sociale dans certaines situations. Le sacrifice d'une partie des créances salariales privilégiées est donc certain²¹⁴. En outre, l'efficacité du superprivilège²¹⁵ s'avère en pratique également insuffisante en raison de l'insolvabilité de l'employeur²¹⁶ qui s'accompagne souvent de l'absence des actifs disponibles²¹⁷.

20.- Limite des privilèges. L'assise des privilèges sur le patrimoine de l'entreprise en défaillance les rend fragiles. Pour corriger leur insuffisance, la loi du 27 décembre 1973 a institué un mécanisme collectif original de garantie des salaires. Celui-ci assure, en cas de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires, le paiement des créances résultant

²¹¹ C. civ., art. 2331-4° et 2375-2° ; C. trav., art. L. 3253-1 ; D. 3253-1 ; C. com., art. L. 625-7 et L. 625-8.

²¹² Il est actuellement réglementé aux articles L. 3253-2 et D. 3253-1 C. trav.

²¹³ Cf., Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 2^e éd., PUF, Coll. « Thémis droit », 2011, p. 4 et s. ; C. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, éd., Défrenois-Lextenso, 2009, pp. 63 et s.

²¹⁴ M. POCHARD, « Sécurité de l'emploi et mutations industrielles », *Dr. soc.* 1974, p. 1 ; G. Lyon-Caen, « Les travailleurs et les risques économiques », *D.* 1974, chron. p. 47.

²¹⁵ Le superprivilège a été plusieurs fois amélioré par la loi et la jurisprudence. Cf., F. DERRIDA, « Le « superprivilège » des salariés dans les procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens », *D.* 1973, chron. p. 59 ; « Redressement et liquidation judiciaires : l'avis à tiers détenteur du Trésor face au superprivilège des salariés », *D.* 1996, n° 18, pp. 256-258 ; P.-M. LE CORRE, « Le créancier nanti sur compte-titres bénéficiaire d'un paiement provisionnel confronté au superprivilège des salariés », *Gaz. Pal.* 2009, n° 303-304, p. 27 ; F. PETIT, « Actualité jurisprudentielle : premier novembre – 31 décembre 2010 », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, p. 7 ; C. CALOMILI, « L'efficacité du superprivilège des salaires », *LPA* 2011, n° 30, pp. 20-25.

²¹⁶ Cass. com. 20 nov. 1973, *JCP* 1974, IV, 102, n° 6392, obs. J. A ; *Rép. com. Dalloz*, 1^{re} éd., t. 2, v° Faillite-règlement judiciaire par Houin, n° 92 et s.

²¹⁷ F. DERRIDA, « Vers la Sécurité sociale des salariés ? », *D.* 1974, chron. XXV, p. 119.

de l'exécution du contrat de travail²¹⁸. Mais le mécanisme collectif de garantie des salaires qui est superposé aux privilèges de salaires ne porte pas la même nature juridique que les privilèges. Cette technique oblige les employeurs à cotiser auprès d'une association qui rassemble la communauté des employeurs afin d'assurer leur risque de non-paiement des créances des salariés. L'exigence de cotisation à cette assurance incombe, dans certains pays de l'Union européenne²¹⁹, aux employeurs et aux salariés. En France, le régime de garantie des salaires est fondé sur la solidarité professionnelle et interprofessionnelle des employeurs²²⁰.

En effet, la nature juridique du mécanisme collectif de garantie de l'AGS est différente de celle des privilèges de droit commun parce que ces derniers s'assoient sur le patrimoine de l'employeur. Or, l'employeur en difficulté ne dispose pas toujours de biens suffisants pour le paiement des salaires. Ils sont par conséquent inefficaces. Leur inefficacité a justifié la création d'un mécanisme collectif original garantissant les salaires qui n'intervient qu'« en cas d'insolvabilité de l'employeur » placé en procédure collective. Ce mécanisme financé par la collectivité d'employeurs n'intervient que subsidiairement.

L'étude des caractéristiques des mécanismes de garantie des créances des salariés nécessite que les particularités des privilèges de droit commun garantissant les salaires soient présentées (Section 1) avant celles du mécanisme collectif original de garantie des salaires gérée par l'AGS (Section 2) pour mieux identifier les traits de leurs natures juridiques.

Section 1 : Les privilèges des salariés

21.- Assiette des privilèges de salaires. Les privilèges qui protègent les créances des salariés ont une nature différente de celle du mécanisme collectif de garantie des salaires géré par l'institution de garantie des salaires. Cette différence n'est prévue ni dans la loi ni par la jurisprudence. La doctrine ne s'est pas non plus intéressée à la comparaison de la nature de la garantie de l'AGS par rapport à celle des mécanismes de protection des salaires empruntés au

²¹⁸ C. trav., art. L. 3253-6.

²¹⁹ C'est l'exemple de la Suède.

²²⁰ F. DERRIDA, « Vers la Sécurité sociale des salaires ? », *D.* 1974, chron. p. 120

droit commun. Pourtant, le changement du mode de financement des mécanismes de garantie des créances des salariés peut susciter des interrogations. Nous estimons que ces mécanismes ont des natures juridiques différentes car les privilèges des salariés sont des garanties ayant pour assiette le patrimoine de l'employeur en général et ses biens meubles²²¹ et immeubles²²², en particulier. Le paiement des créances des salariés dépend, par conséquent, de la quantité des biens qu'il dispose. Le mécanisme de l'AGS est en revanche financé par les cotisations des employeurs qui n'ont pas à proprement parler la nature de bien.

22.- Bénéfice d'un droit de préférence. Les privilèges des salariés qui sont assis sur le patrimoine de l'employeur ne sont utiles aux salariés que parce qu'ils ont une portée, une efficacité qui leur permet d'échapper à la concurrence d'autres créanciers de l'employeur. Ainsi, le privilège général et le superprivilège sont des techniques qui ont pour effet, l'attribution aux salariés d'un droit de préférence en raison de la qualité de la créance²²³. Ce droit de préférence leur permet de devancer d'autres créanciers. S'ils sont en face d'autres créanciers privilégiés, « la préférence se règle par les différentes qualités des privilèges »²²⁴. Si « les créanciers privilégiés sont dans le même rang, sont payés par concurrence »²²⁵.

En outre, la différence entre la nature des privilèges et celle de la garantie de l'AGS peut également s'observer à ce niveau. Si les premiers ne servent qu'à l'attribution d'une priorité de paiement dont l'efficacité est considérablement dépendante de la quantité de l'actif du débiteur, la seconde assure le paiement effectif des créances des salariés. En effet, la détermination de l'assiette des privilèges des salariés est, d'une part, important (§ 1). D'autre part, le bénéfice du droit de préférence n'est accordé qu'aux personnes qui remplissent certaines qualités (§ 2).

²²¹ C. civ., art. 2331-4 °.

²²² C. civ., art. 2375-2 °.

²²³ C. civ., art. 2324 ; M. DAGOT, « La notion de privilège », in *Mélanges Ch. Mouly*, t. 2, p. 335 ; P. CROCQ, « L'évolution du droit des garanties », in *Mélanges Ch. Mouly*, préc., p. 326 ; M. CABRILLAC, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, éd., 1991, pp. 31 et s. ; M. ROULAND, *La qualité de la créance*, Thèse Paris X Nanterre, 2007, sous la dir. V. Brémond.

²²⁴ C. civ., art. 2325.

²²⁵ C. civ., art. 2326.

Paragraphe 1 : L'assiette des privilèges des salariés

23.- Délimitation du patrimoine de l'entreprise en difficulté. La créance du salarié est une dette de l'employeur qui doit être réglée sur le patrimoine de l'entreprise en difficulté si elle bénéficie d'un privilège. Il importe donc de délimiter l'assiette des privilèges des salariés. La détermination cette assiette nécessite que la notion de patrimoine soit *a priori* définie. La notion de patrimoine²²⁶ a été inaugurée par AUBRY et RAU²²⁷. Ces derniers ont annoncé une conception personaliste qui est en déclin²²⁸, à cause du développement aujourd'hui de nouvelles acceptions²²⁹. Parmi les nouvelles conceptions, il y a la théorie objective du patrimoine²³⁰ qui instaure une souplesse permettant aux biens d'une personne de circuler : ils peuvent *rentrer et sortir*²³¹. De plus, la théorie objective permet de prendre en considération de nouvelles formes de personnalités morales²³² en limitant l'étanchéité qu'engendre la théorie personaliste du patrimoine. Ainsi, l'entrepreneur individuel peut avoir deux patrimoines dont l'un qualifié, - patrimoine d'affectation²³³ -, permet de garantir ses dettes professionnelles. Le créancier ne peut *in fine* demander le paiement de sa créance sur les actifs intégrés dans le patrimoine personnel, sauf s'il prouve une fraude aux règles de la séparation des patrimoines professionnel et personnel²³⁴. Cette théorie objective présente néanmoins un désavantage pour les salariés parce qu'elle réduit largement le patrimoine et indirectement l'assiette susceptible de les désintéresser.

²²⁶ Cf., J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. « Thémis droit », Paris, 2011, pp. 77 et s.

²²⁷ V., C. civ., art. 2284 du Code civil : « Quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers présents et à venir ». Cf., B. ROMAN, « Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens », *Defrénois* 2009, 38906, p. 508.

²²⁸ S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit français*, LGDJ, 1976 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *Introduction générale*, LGDJ n° 201 et s ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, n° 337 ; Y. PICOD, *D.* 1994, pp. 594 et s.

²²⁹ G. GOUBEAUX, « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens », in *Mélanges Roblot*, LGDJ, 1984, p. 199 ; A. SERIAUX, « Notion de patrimoine », *RTD civ.* 1994, 801 ; F. COHET-CORDEY, « Valeur explicative de la théorie du patrimoine », *RTD civ.* 1996, 819 ; S. LAMBERT-WIBER, « Unité du patrimoine et responsabilité financière des époux communs en biens », *Defrénois* 1999, 1153 ; *Dr. et patr.* janv. 2005, p. 63.

²³⁰ Cf., F. BELLIVIER, *Le patrimoine génétique humain. Étude juridique*, Thèse Paris 1, sous la dir. Jacques Ghestin, 1997 ; M.-A. HERMITTE, M. IACUB, F. BELLIVIER, *Les objets du droit*, Éd. Parenthèses, Marseille, 1999, 318 p. ; F. BELLIVIER, F. BURGAT, S. DESMOULIN-CANSELIER, *Les animaux*, Seuil, Paris, 2009.

²³¹ H. VIALLETON, *Traité pratique de droit civil français, Les biens*, t. 3, 1925.

²³² Cf., J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ.* 1993, p. 705 ; F.-X. LUCAS, « L'efficacité des sûretés réelles et les entreprises en difficulté », 121^o Congrès du Conseil national des Greffiers, *Rev. proc. coll.* 2009, p. 60, n° 11 et s.

²³³ Il convient de rappeler qu'« est personne celui (ou celle) qui a la personnalité juridique, c'est-à-dire celui à qui la loi reconnaît l'aptitude à être titulaire de droits... et débiteur d'obligations... » (P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 13^e éd., LexisNexis, Coll. « Manuel », 2011, pp. 239 et s.)

²³⁴ J. VALLANSAN, « L'EIRL en difficulté », *Rec. proc. coll.* 2011, n° 1, études 2 ; S. SCHILLER, « Quelle perméabilité contractuelle entre le patrimoine affecté et le patrimoine non affecté », *Dr. et patr.*, avr. 2010, n° spéc., p. 88.

En effet, le principe d'*autonomie du patrimoine* des personnes morales devient relative²³⁵ dans les entreprises en difficulté, car les actifs peuvent circuler. L'actif du débiteur qui permet de régler le passif salarial subit parfois d'une part plusieurs opérations d'assemblage ou de reconstitution des actifs (A). Il existe d'autre part des techniques d'enrichissement du patrimoine de l'entreprise en défaillance (B).

A. L'assemblage de l'actif du débiteur

24.- Notion d'actif. La mise en œuvre des privilèges garantissant les créances des salariés n'est possible que si l'actif de l'entreprise en difficulté est au moins équivalent au passif salarial exigible²³⁶ et disponible. L'actif est l'« ensemble des biens et droits évaluables en argent qui constituent les éléments positifs du patrimoine d'une personne (physique ou morale) et forment le gage de ses créanciers »²³⁷. En tout état de cause, l'actif sur lequel est assis les privilèges des salariés ne peut satisfaire leur droit de paiement prioritaire que s'il est disponible. L'actif est disponible²³⁸, lorsqu'il est immédiatement utilisable²³⁹, mobilisable. Entrent dans l'actif disponible, les sommes en caisse, des effets de commerce à vue²⁴⁰, du solde créditeur des comptes bancaires²⁴¹. Ainsi, l'actif d'une société constitué par un immeuble n'est pas disponible²⁴². Cet actif est qualifié de social, lorsque le débiteur est une société²⁴³. Toutefois, le terme d'actifs disponibles nécessaires au paiement des créances des salariés sont employés par le droit des entreprises en difficulté afin d'englober à la fois les *biens* et les *droits* de l'entreprise en difficulté. Le droit civil prévoit simplement que les

²³⁵ Cass. civ. 1^{re}, 6 juill. 1988, *Bull. civ. I*, n° 227 ; 4 janv. 1995, *Bull. civ. I*, n° 6 ; Defrénois 1995, 747, obs. Ph. Delebecque ; Cass. com. 1^{er} oct. 1997, *Bull. civ. IV*, 234.

²³⁶ Cf., B. BRIGNON, *L'actif social. Plaidoyer pour la reconnaissance de la notion*, PUAM, préf. J. Mestre, 2009, p. 41 : « Les frontières de l'actif social ».

²³⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., p. 24 ; F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2012, p. 769 et s.

²³⁸ Cf., C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Montchrestien, 2011, p. 230 et s. ; M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2007, p. 390 et s.

²³⁹ C. DELATTRE, « La notion d'actif disponible au sens de l'article L. 621-1 (devenu L. 631-1) du Code de commerce », *Rev. proc. Coll.* 2007, p. 109.

²⁴⁰ A. LIENHARD, obs. ss Cass. com. 18 déc. 2007, n° 06-16.350, Révol/Bouvet, *D.* 2008, AJ, p. 83.

²⁴¹ V., Cass. com. 11 juill. 1988, Sté Eur. c/ BNP.

²⁴² Cass. com. 27 févr. 2007, n° 06-10.170, *Rev. jurisp. com.* 2007, p. 365, note Ph. Roussel-Galle ; 16 déc. 2008, n° 07-18.044, *Gaz. proc. coll.* 28 avr. 2009, p. 14, obs. C. Lebel.

²⁴³ Cf., Pour l'étude détaillée de la notion d'actif social, B. BRIGNON, *L'actif social. Plaidoyer pour la reconnaissance de la notion*, PUAM, préf. J. Mestre, 2009.

privilèges des salariés portent sur les *biens mobiliers et immobiliers de l'employeur*²⁴⁴. En somme, la protection des créances par des mécanismes de droit commun invite à identifier les biens qui sont affectés au paiement préférentiel des créances salariales (1). Pour avoir une quantité suffisante des biens nécessaires au règlement des créances des salariés, la loi a institué des mesures de protection des actifs (2) pour éviter que certains biens ou droits échappent du patrimoine du débiteur.

1. L'identification des biens affectés à la protection des créances salariales

25.- Évaluation de l'actif. Le paiement des créances bénéficiant des privilèges ne peut être mis en œuvre que si les biens susceptibles de satisfaire cette opération sont identifiés. L'identification des biens dans les entreprises en difficulté passe par l'évaluation de l'actif de l'entreprise. En effet, la procédure collective appréhende le patrimoine de l'entreprise²⁴⁵. Ainsi, la loi exige de façon générale à toutes les entreprises d'évaluer leur actif et passif à l'ouverture de la procédure collective²⁴⁶. Cet inventaire permet d'identifier les biens de l'entreprise grevés de garanties ou susceptibles d'être revendiqués²⁴⁷ qui ne font pas ainsi partie des biens affectés au règlement des créances salariales, car ils ne sont pas disponibles.

26.- Utilité des biens. L'actif du débiteur est *a priori* composé de biens. La notion de bien n'est définie ni en droit des entreprises en difficulté ni en droit du travail. Le droit commun des biens²⁴⁸ considère qu'il s'agit de « toute chose matérielle susceptible d'appropriation »²⁴⁹. Le bien s'oppose à la personne qui peut être son titulaire²⁵⁰. Aux termes de l'article 516 du

²⁴⁴ C. civ., art. 2331-4° et 2375-2°.

²⁴⁵ P. ROUSSEL-GALLE, « La théorie du patrimoine et le droit des procédures collectives », *Rev. Lamy D. civ.* 2010, n° 77.

²⁴⁶ C. com., art. L. 622-6 ; Cass. com. 9 avr. 1991, *D.* 1991, IR p. 127 ; *Rev. proc. coll.* 1991, p. 469, obs. B. Dureuil ; A. LIÉNHARD, *Procédures collectives*, Delmas, 2009, n° 917 ; C. LEBAL, « Les mesures conservatoires dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Rev. proc. coll.* 2008, p. 52, n° 6.

²⁴⁷ Cf., C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Montchrestien, « coll. « Domat droit privé », Paris, 2011, p. 480 et s.

²⁴⁸ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 298, spéc. n° 2 ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, p. 65 et s. ; N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, 3^e éd., Dalloz, Coll. « HyperCours », 2010, p. 1 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 8^e éd., Dalloz, 2010, coll. « Précis », p. 35 ; B. MALLET-BRICOUT, « Fiducie et Propriété », in *Liber Amicorum Ch. Larroumet*, Economica, 2010, p. 297.

²⁴⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., p. 127 ; Cf., F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF, coll. « Droit fondamental », 2008, n° 2, p. 18 ; C. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, 11^e éd., Litec, 2011, n° 1, p. 1.

²⁵⁰ Cf., J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Seuil, 1993 ; C. CARON, H. LECUYER, *Le droit des biens*, 1^{re} éd., Dalloz, Coll. « Cours », 2002, p. 15 ; F. TERRÉ, *Introduction générale au*

Code civil, « tous les biens sont meubles ou immeubles »²⁵¹. Ces derniers ont une utilité particulière dans les mécanismes de droit commun de protection des créances salariales parce que les droits de préférence des salariés se reposent sur eux. Le Code civil prescrit clairement que les biens mobiliers et immobiliers de l'employeur constituent l'assiette de ces mécanismes de protection. Ainsi, les salariés exercent leur droit de préférence sur le prix de vente de ces biens au cours de sa répartition²⁵².

En effet, l'assise des mécanismes de protection des salaires de droit commun sur les biens mobiliers et immobiliers est la caractéristique distinctive principale de leur nature de juridique à celle du mécanisme collectif de garantie de l'assurance garantie des salaires. En outre, les privilèges des salariés portent sur une assiette générale servant au paiement de l'ensemble des créanciers de l'employeur débiteur. Il n'existe pas d'*affectation spéciale* ni individualisation²⁵³ des biens mobiliers et immobiliers nécessaires au règlement des créances salariales. Les biens meubles et immeubles sont en quelque sorte le gage général des salariés. Cette affirmation sera exclue dans l'hypothèse où le débiteur est un entrepreneur individuel à responsabilité limitée, car ses dettes professionnelles sont réglées sur le patrimoine professionnel²⁵⁴. La garantie de l'AGS est un mécanisme mutualisé financé par les cotisations de plusieurs employeurs dans l'objectif de prendre en charge les créances des salariés en cas

droit, 8^e éd., Dalloz, 2003 ; P. MALAURIE, L. AYNES, *Droit civil, Les biens*, 3^e éd., Defrénois, 2007, p. 1 ; G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, 13^e éd., Montchrestien, 2007, n° 1 ; F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF, coll. « Droit fondamental », 2008, n° 2 ; F. BELLIVIER, C. NOIVILLE, *Contrats et vivant. Le droit de la circulation des ressources biologiques*, LGDJ 2009 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 8^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2010, n° 27.

²⁵¹ R. LIBCHADER, « La recodification du droit des biens », préc., n° 27.

²⁵² R. LIBCHADER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil 1804-2004. Le livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297 ; J.-B. SEUBE, « Le droit des biens hors le Code civil », *LPA* 2005, n° 118, p. 4 ; M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006/4, p. 1805.

²⁵³ M. CABRILLAC, C. MOULY, « Le privilège général n'est qu'un simple modalité du droit de gage général reconnu à tout créancier », *Droit des sûretés* n° 582 ; P. CROCQ, obs. *RTD civ.* 1999, 438 ; D. LEGEAIS, *Sûretés et Garanties du Crédit*, 8^e éd., Paris, LGDJ, coll. « Manuel », 2011, p. 467.

²⁵⁴ Ord. n° 2010-1512, 9 déc. 2010 ; Décret n° 2010-1706, 19 déc. 2010 relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *JO* 31 déc. 2010, p. 23450 ; G. NOTTÉ, « Adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'EIRL », *JCP E* 2010, act. 680 ; F. PÉROCHON, « L'efficacité des mécanismes de prévention des risques, l'EIRL », Actes du colloque de Caen du 15 oct. 2010, *Rev. proc. coll.* 2010, dossier 5 ; M. MENJUCQ, « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée : quelle utilité ? », *Rev. proc. collec.* 2010, Repère 2 ; F. VAUVILLÉ, « Brèves observations sur le passif de l'auto-entrepreneur », *Rev. proc. coll.* 2010, étude 3 ; « L'EIRL : un statut hybride entre EI et EURL : Infogreg », *Cah. dr. entr.* 2010, n° 26, p. 49 ; B. SAINTOURENS, « L'Entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *Rev. Sociétés* 2010, p. 351 ; J. PPRIEUR, D. COIFFARD, « Le patrimoine professionnel affecté : l'EIRL », *JCP N* 2010, 1390 ; B. SOINNE, « L'EIRL une évolution juridique, un espoir économique et social », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, p. Repère 1 ; J. VALLANSAN, « L'EIRL en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2011, études 2.

d'insolvabilité de l'employeur²⁵⁵. À l'opposé des privilèges, le mécanisme de garantie de l'AGS ne s'appuie pas sur les biens mobiliers et immobiliers, mais sur les cotisations qui sont en principe prélevées avant le placement en procédure collective de l'employeur. En effet, la cotisation versée par l'employeur permet aux salariés de bénéficier de la prise en charge de sa créance par une institution indépendante. Le versement de cette cotisation crée comme une stipulation au profit du salarié. Pour la mise en œuvre des mécanismes de protection de droit commun, les biens sur lesquels s'appuient les privilèges des salariés doivent appartenir à l'employeur.

27.- Propriété des biens affectés au règlement des salaires. La créance de salaire est une dette de l'employeur dont aucun autre patrimoine ne doit, en principe, supporter la charge du paiement. En effet, elle doit être réglée avec les biens qui sont sa propriété²⁵⁶. Les *biens d'autrui* détenus par l'employeur dans l'exercice de son activité économique ne peuvent servir d'instruments de paiement des salaires, car ils ne sont pas disponibles. Ainsi, le vendeur de meuble qui a conclu une clause de réserve de propriété²⁵⁷ avec le débiteur placé en procédure collective peut valablement revendiquer la restitution de son bien dont la propriété n'est pas transférée²⁵⁸. L'article 544 du Code civil prescrit en effet que « la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements »²⁵⁹. À cet égard, il est admis que dans le cadre des biens à titulaires multiples, la quote-part de l'un des titulaires placé en procédure

²⁵⁵ Cf., *infra*, n° 128 et s.

²⁵⁶ C. civ., art. 544 ; J.-P. LEVY, « Destins du droit de propriété », *Rev. Droits*, 1, 1985 ; A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, Paris, 1989, 336 p. ; M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.* 1997, p. 585 ; J. CARBONNIER, « Renouveau du droit de propriété ? », *Dr. et patr.*, 2001, n° 91 ; F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.* 2006, p. 445, et s. ; F. TERRÉ, P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, préc., p. 91 ; F.-G. TRÉBULLE, « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel », in *Mélanges D. Malinvaud*, 2007, p. 660.

²⁵⁷ F. DERRIDA, « La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives », *D.* 1980, chron. p. 293, n° 5 ; F. PEROCHON, *La réserve de propriété dans la vente des meubles corporels*, Litec, 1988, préf. Mousseron, n° 330 ; A. KORMANN, « Propriétés et procédures collectives. Vers un succédané des sûretés », *Rev. sc. crim.* 1991, p. 64 ; M.-J. CAMPANA, « Variations sur la clause de réserve de propriété », in *Mélanges Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 53 ; E. LE CORRE-BROLY, « Les modifications apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 en matière de revendications et de restitutions », *Gaz. Pal.* 8/10, 2008 p. 48.

²⁵⁸ F. PEROCHON, « L'arevendication favorisée », *D.* 1994, chron. p. 251 ; « Les revendiquants sont-ils heureux ? », in *La loi du 25 janvier 1985 a vingt ans ! Entre bilan et réforme*, *Rev. Lamy dr. aff.* 2005, n° 80, suppl., p. 105 ; M. LAROCHE, *Revendications et propriété. Du droit des procédures collectives au droit des sûretés*, préf. Ph. Théry, Defrenois, 2007, t. 24.

²⁵⁹ C. ATIAS, « Destins du droit de la propriété », *Droits, Rev. fr. théorie juridique*, 1985, p. 9 ; N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, 4^e éd., Dalloz, coll. « HyperCours », 2012, p. 157 et s. ; C. CARON, H. HECUYER, *Le droit des biens*, préc., p. 31.

collective peut être affectée au paiement de son passif²⁶⁰. Il en est ainsi notamment lorsque les biens sont indivis²⁶¹ ou communs²⁶².

En somme, les biens meubles et immeubles constituent l'assiette des privilèges des salariés. Mais l'employeur n'est pas souvent le propriétaire d'un nombre de biens suffisant pour désintéresser tous les salariés. Cette insuffisance est parfois liée à certains actes accomplis par le débiteur qui appauvrissent l'actif de l'entreprise. L'expression d'actifs disponibles inclut également les « droits » dont le débiteur dispose à l'égard de ses propres débiteurs afin de renflouer son actif ou d'exercer certaines mesures nécessaires à sa protection. Le débiteur placé en procédure collective n'est pas soumis à l'arrêt des procédures d'exécution et d'actions et, à l'interdiction stricte de paiement comme ses créanciers. Toutefois, l'acte de disposition est réduit ou surveillé. Ces droits constituent, en effet, la seconde composante de l'actif du débiteur après les biens.

2. La protection de l'actif du débiteur

Le paiement des créances des salariés demande parfois la mobilisation d'une quantité importante d'actifs, car les créances des salariés représentent souvent des sommes considérables. Le patrimoine du débiteur ne doit donc pas être dégradé pour que les actifs puissent correspondre à ces sommes. La protection des actifs étant nécessaire, la loi a prévu

²⁶⁰ Cf., M. SÉNÉCHAL, *L'effet réel des procédures collectives*, Litec, coll. « Bibl. Dr. entreprise », t. 59, n° 14.

²⁶¹ C. civ., art. 815-17 ; J.-P. SÉNÉCHAL, « Indivision et redressement judiciaire », *Deffrénois* 1992, p. 609 ; F. VAUVILLÉ, « Indivision sur procédure collective vaut », *JCP N* 2000, 1357.

²⁶² C. civ., art. 1413 : « Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, et sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu » ; Cass. civ. 1^{er}, 13 déc. 2005, n° 02-17.778 ; F. DERRIDA, « Redressement et liquidation judiciaires d'un époux », in *Mélanges Colomer*, Litec, 1993, p. 153 ; D. 1994, chron. p. 108 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les dangers pour les créanciers de l'époux *in bonis* de l'ouverture d'une procédure collective contre son conjoint », *LPA* 1998, n° 102, p. 6 ; J.-J. DAIGRE, « Le risque d'extension de la procédure collective à l'époux *in bonis* », *LPA* 1998, n° 102, p. 5 ; P. SILMER, « Les interférences des régimes matrimoniaux et des procédures collectives », *LPA* 1998, n° 72 ; P. RUBELLI N, *Régimes matrimoniaux et procédures collectives*, Thèse Strasbourg 3, 1999 ; A. PERRODET, « Le conjoint du débiteur en redressement judiciaire », *RTD com.* 1999, p. 1 et s. ; S. ROBINNE, « Les créanciers hypothécaires de l'époux *in bonis* », *Dr. et patr.*, avr. 2000, p. 38 ; P. RUBELLIN, « Le sort de la communauté lorsque les deux époux sont successivement mis en liquidation judiciaire », *Deffrénois* 2001, 492 ; F.-X. LUCAS, « Protection du conjoint du débiteur en difficulté », *LPA* 12 juill. 2002, n° 139, p. 42 ; L. GRIFFON, « L'extension de la procédure collective au conjoint du débiteur », *Deffrénois*, 2003, 493 ; A. LECOURT, « La délicate articulation du droit des procédures collectives et du droit de la famille », *RTD com.* 2004, 1 ; S. LAMBERT, « Le sort du conjoint *in bonis* », *RTD com.* 2007, 485.

des techniques qui empêchent les créanciers du débiteur d'engager ou de poursuivre des actions individuelles et des procédures d'exécution ainsi que la réception de tout paiement²⁶³.

28.- Un arrêt des procédures et des actions. L'évaluation des actifs nécessaires au paiement des créances ne peut être exacte que si le patrimoine de l'entreprise en difficulté n'est pas sous le coup d'une procédure ou d'une action en justice susceptible de faire sortir du patrimoine un actif. À cet égard, d'une part, les titulaires des créances antérieures²⁶⁴ voient leurs procédures arrêtées²⁶⁵ et les créanciers postérieurs non privilégiés²⁶⁶ ne peuvent, d'autre part, intenter de nouvelles procédures d'exécution²⁶⁷. Par conséquent, tous les créanciers, chirographaires ou détenteurs de garanties sont soumis à la discipline collective de la procédure²⁶⁸. Cette suspension des procédures d'exécution et d'actions en justice évite la *fuite des actifs* nécessaires au paiement des créances et à la sauvegarde de l'entreprise. Elle vise en effet celles qui ont pour objet la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent²⁶⁹ et la résolution pour défaut de paiement d'une somme d'argent²⁷⁰. Toutes les actions qui ne tendent pas au paiement ou à la résolution pour défaut de paiement sont

²⁶³ C. com., art. L. 622-21-I : « Le jugement d'ouverture « interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent, à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent » » ; art. L. 622-21-II : « Sont arrêtées ou interdites « toute procédure d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles ainsi que toute poursuite de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture. Les délais impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits sont en conséquence interrompues » ».

²⁶⁴ Cass. com. 7 juill. 1992, n° 1302 ; 18 févr. 2003, *Rev. proc. coll.* 2003, p. 312, obs. O. Staës ; J.-L. VALLENS, « L'effet du redressement judiciaire sur les instances en cours », *RTD com.* 1991, p. 529 ; F. TASTEVIN, « Le principe de « l'effet attributif immédiat » des saisies et le droit des entres prises en difficulté », *LPA* 1999, n° 207, p. 6.

²⁶⁵ M.-J. CAMPANA, « La situation des créanciers, in *Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises* », *RTD com.* n° spéc. 1986, 171 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les créanciers face au redressement judiciaire de l'entreprise », *LPA* 1992, n° 60 ; J.-J. BISSIEUX, V. CUISSIER, « Les voies d'exécution à l'épreuve des procédures collectives », *Procédures*, 8 sept. 2008, n° 8 ; P. ROUSSEL GALLE, « Les retouches apportées aux règles de l'interdiction des poursuites individuelles et de l'arrêt des voies d'exécution », *Gaz. Pal.* 8/10 mars 2010, p. 21.

²⁶⁶ P.-M. LE CORRE, « La règle de l'interdiction des paiements au lendemain de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Gaz. Pal.*, mars 2009, p. 25.

²⁶⁷ Cass. civ. 1^{re}, 19 déc. 1995, *D. aff.* 1996, 241.

²⁶⁸ J.-P. SORTAIS, « La situation des créanciers titulaires des sûretés et de privilèges dans les procédures collectives », *RTD com.* 1976, 269.

²⁶⁹ Cass. civ. 1^{re}, 8 avr. 1936, *DH* 1936, 348 ; Cass. com. 22 mars 1988, *Rev. proc. coll.* 1990-3, p. 22 ; *Gaz. Pal.* 17/18 févr. 1989, p. 20, obs. C. Saint-Alary-Houin ; 28 févr. 1995, *BRDA* 12/1995, n° 1441 ; 27 avr. 2000, *RJDA* 2000, n° 1013 ; 8 janv. 1991, *RJDA* 4/91, n° 336 ; *Rev. proc. coll.* 1991-4, p. 483, obs. B. Dureuil ; 3 juill. 2007, *RDJA* 1/08, n° 59 ; CA Orléans, 25 oct. 2007, *RDJA* 1/08, n°60, p. 61 ; 28 oct. 2008, *D.* 2008, AJ, p. 2865, note A. Liénhard ; A. LIÉNHARD, « Interdiction de payer une astreinte liquidée après le jugement d'ouverture », obs. sous Cass. civ. 2^e, 11 mai 2006, n° 04-15.918, *D.* 2006, p. 1530.

²⁷⁰ Cass. com. 1^{er} févr. 1977, *JCP* 1978, II, 18873, obs. V. Delaporte ; 22 janv. 1979, *Bull. civ.* IV, n° 25 ; 28 févr. 1995, *JCP G* 1996, I, 3935, n° 13, obs. P. Pétel ; *LPA* 1996, n° 26, p. 19, obs. B. Soinne ; 13 oct. 1998, *RJDA* 12/98, n° 1383, p. 1038 ; 9 déc. 1998, *RJDA* 2/99, n° 195 ; 18 févr. 2003, *Rev. proc. coll.* 2004, p. 233, n° 7, obs. Ph. Roussel-Galle.

recevables²⁷¹. Ceci étant, les créanciers dont les procédures d'exécution et les actions en justice sont arrêtées bénéficient de l'interruption des délais pour la déchéance et la résolution de leurs droits²⁷².

Toutefois, il existe des exceptions à la règle de l'arrêt des poursuites. Ainsi, les créanciers postérieurs privilégiés disposent d'un droit à l'exécution forcée pour le paiement de leurs créances²⁷³. La règle de l'arrêt des poursuites ne s'applique pas également aux situations qui ont produit les effets avant la date du jugement d'ouverture, les situations acquises²⁷⁴ et les actions des créanciers du débiteur contre les tiers²⁷⁵. En revanche, si les nouvelles actions sont interdites définitivement, les actions en cours interrompues peuvent reprendre²⁷⁶ dès lors que le créancier poursuivant a déclaré sa créance²⁷⁷. S'il y a forclusion ou dépassement de délai légal de déclaration de créance, la reprise de l'action est irrecevable²⁷⁸. Pour la reprise de l'instance, le mandataire judiciaire, l'administrateur ou le liquidateur est appelé et mise en cause devant le juge²⁷⁹. Néanmoins, la reprise de l'action ne doit entraîner que la constatation

²⁷¹ Cass. com. 8 déc. 1976, *Bull. civ.* IV, n° 312, rapp. Cass. com. 26 oct. 1999, *RJDA* 12/99, n° 1352 ; *LPA* 2000, n° 24, p. 27 ; Cass. soc. 26 mai 1988, *Rev. proc. coll.* 1989, n° 2, p. 154, obs. C. Saint-Alary-Houin ; 17 oct. 1989, *Rev. proc. coll.* 1990-3, p. 226, obs. C. Saint-Alary-Houin ; Cass. com. 17 oct. 2000, *Rev. proc. coll.* 2001, p. 246, obs. F. Macorig-Venier (la reconstruction d'un ouvrage démoli) ; 25 janv. 2001, *Rev. proc. coll.* 2001, p. 247, obs. Marociq-Venier (le remplacement d'un moteur non conforme) ; 8 déc. 2002, *Rev. proc. coll.* 2002, p. 268, obs. O. Staës (l'exécution de la garantie d'achèvement) ; Cf., C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., pp. 386-387.

²⁷² C. com., art. L 622-21-III ; P. ROUSSEL GALLE, *Gaz. Pal.*, 2009, doct. p. 806.

²⁷³ CA Lyon, 5 juin 2008, *Act. proc. coll.* 2009, n° 2, p. 1, obs. M.-C. Henry ; A. LIÉNHARD, *Code des procédures collectives*, 2009, p. 127.

²⁷⁴ CA Besançon, 22 mars 1989, *Rev. proc. coll.* 1991, n° 2, p. 208, obs. C. Saint-Alary-Houin ; Toulouse, 8 nov. 1990, *Rev. proc. coll.* 1991, n° 1, p. 209, obs. C. Saint-Alary-Houin, préc. n° 2974 ; Cass. civ. 3e, 5 févr. 1997, *RJDA* 4/97, n° 480 ; 4 nov. 1998, *RJDA* 12/98, n° 1385 ; 8 déc. 1999, *RJDA* 2/00, n° 185, p. 163 ; Cass. com. 24 janv. 2006, *Act. proc. coll.* 2007, n° 57, obs. P.-M. Le Corre ; *D.* 2006, AJ, p. 499, obs. A. Liénhard (Le principe d'arrêt des poursuites ne s'applique pas à la procédure de contestation des honoraires d'avocat).

²⁷⁵ Cass. com. 27 oct. 1998, *D. aff.* 1998, p. 1958 ; *RJDA* 3/99, n° 311, p. 256 ; 23 juin 1998, *Bull. civ.* IV, n° 204 ; 22 juin 1999, *RJDA* 10/99, n° 1102 ; Cass. Ch. Mixte, 15 févr. 2000, *Procédures*, 2000, n° 124, obs. C. L. ; Cass. com. 27 avr. 2000, *RJDA* 11/00, n° 1013 ; B. SOINNE, « Le cautionnement et la loi du 25 janv. 1985 », *ALD* 3 oct. 1985 ; M.-J. CAMPANA, « Le cautionnement et l'entreprise en difficulté », *Gaz. Pal.* 1986, 2, p. 717 ; W. LUTZ, M. VERDENNE, « La caution et le nouveau droit du redressement judiciaire », *LPA* 1986, n° 128 ; Y. LIÉNHARD, « Le cautionnement dans le cadre des procédures collectives de redressement et de liquidation judiciaire », *Rev. proc. coll.* 1988, p. 121 ; C.-H. GALLET, « La situation de la caution dans les procédures collectives », *LPA* 1990, p. 11 ; M.-J. CAMPANA, « La situation générale des créanciers dans la procédure », *LPA* 1991, n° 88, p. 27 ; J.-P. DENEUVILLE, « Les incidences de la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actifs le cautionnement », *JCP G* 1996, I, n° 1961 ; B. SAINT-ALARY, C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Le dirigeant-caution », *Dr. et patr.* 1996, p. 42 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., p. 391 ; C. HOUIN-BRESSAND, « Cautions, garants, coobligés », *Rev. proc. coll.* avr. 2008, p. 112.

²⁷⁶ C. com., art. L. 622-22.

²⁷⁷ C. com., art. R. 622-20.

²⁷⁸ Cass. com. 28 avr. 1998, *RJDA* 8-9/98, n° 1006 ; 23 juin 2004, *Rev. proc. coll.* 2005, p. 130, obs. Gorrias.

²⁷⁹ Cass. com. 14 juin 1994, *D.* 1995, somm. comm. p. 26, obs. A. Honorat ; *RTD com.* 1995, p. 482, obs. Martin-Serf ; 17 juill. 2001, *Bull. civ.* IV, n° 153.

de la créance afin qu'elle soit inscrite à l'état des créances²⁸⁰. En somme, l'arrêt et l'interdiction des poursuites sont favorables au paiement des salaires parce qu'elles permettent de maintenir les actifs sur lesquels sont placés les droits réels dans le patrimoine de l'entreprise en défaillance. Ces mesures assurent la protection de l'actif social de la même manière que l'interdiction de payer les créanciers.

29.- Une interdiction des paiements. Les privilèges auxquels bénéficient les salariés ne peuvent être suffisamment mis en œuvre que si d'autres personnes ne sont pas susceptibles de réclamer un paiement à leur employeur en difficulté. En effet, les fonds qu'il dispose, doivent être protégés. Ainsi, l'article L. 622-7, I, du Code de commerce prévoit que « le jugement ouvrant la procédure emporte de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture à l'exception du paiement par compensation de dettes connexes. Il emporte également de plein droit l'interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L. 622-17. Ces interdictions ne sont pas applicables aux paiements des créances alimentaires ». L'interdiction de paiement des créances antérieures est automatique²⁸¹ et générale²⁸². Elle évite les possibilités de discriminations entre les créanciers antérieurs²⁸³ et son inobservation est sanctionnée par l'annulation du paiement. Cette annulation emporte la restitution des sommes perçues. Un tel paiement entraîne la faillite personnelle si le payeur ou le créancier payé a eu connaissance de l'interdiction²⁸⁴. Le débiteur est condamné dans cette hypothèse à un an d'emprisonnement et à 30.000 € d'amende. Et, le créancier antérieur qui a bénéficié d'un avantage par convention postérieurement à la date du jugement d'ouverture est puni de trois ans d'emprisonnement²⁸⁵.

²⁸⁰ Cass. com. 12 juill. 1994, *D.* 1995, somm. comm. p. 24, obs. A. Honorat ; 21 févr. 2006, *Act. proc. coll.* 7 avr. 2006, obs. C. Regnaud-Moutier ; 4 avr. 2006, *RDBF* mai 2006, p. 26, obs. F-X. Lucas ; 16 oct. 2007, *RJDA* 1/08, n° 62, p. 62.

²⁸¹ Cass. com. 3 mars 1998, *RJDA* 7/98, p. 646.

²⁸² Cass. com. 8 juin 1993, *BRDA* 12/93, n° 1080 ; *JCP E* 1993, 3721, p. 510 ; 24 oct. 1995, *Bull. civ.* IV, n° 255 ; *D.* 1996, p. 155, note F. Derrida ; 12 oct. 2004, n° 03-11.615 (pour l'exercice d'un droit de retrait) ; *RTD com.* 2005, p. 417, note P.-Y. Gautier, *JCP* 2005, I, 107, n° 16 ; 14 févr. 2006, *D.* 2006, AJ, 916, obs. A. Liénhard ; 13 nov. 2007, n° 06-14.503, *Bull. civ.* IV, n° 238 ; *LPA* 30 oct. 2008, n° 218, p. 7, obs. J. Traulle ; F. DURAND, « Cession de créances litigieuses, Droit de retrait et procédures collectives », *LPA* 10 nov. 2008, n° 225, p. 6.

²⁸³ Cass. com. 17 nov. 1992, *RJ com.* 1993, n° 1364, p. 123, note A. Honorat ; M.-J. CAMPANA, M.-J. REYMOND DE GENTILLE, *Le principe de l'égalité entre des créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, Sirey, 1973, Coll. « Bibl. droit commercial », t. 25 ; F. PÉROCHON, R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, 8^e éd., LGDJ, coll. « Manuel », Paris, 2009, p. 214, n° 231.

²⁸⁴ C. com., art. L. 653-5.

²⁸⁵ C. com., art. L. 654-13.

Toutefois, il existe aussi des exceptions à ce principe²⁸⁶, notamment le gage, la chose légitimement retenue²⁸⁷, la garantie dans le patrimoine fiduciaire, la réserve de propriété du vendeur²⁸⁸. Les créances d'aliments²⁸⁹ et les salaires font également partie des exceptions à l'interdiction de payer. En effet, les salaires échappent à cette interdiction en raison de leur nature alimentaire. Ils sont en principe payés dès l'ouverture de la procédure collective sur les fonds disponibles²⁹⁰, mais les actifs sociaux nécessaires au paiement des salaires ne sont pas souvent disponibles à la date d'ouverture de la procédure. L'employeur est donc obligé de reconstituer son actif.

30.- Un actif reconstitué. L'actif social nécessaire au paiement des créances des salariés est souvent un actif reconstitué après l'ouverture de la procédure collective. Les actifs sociaux ne sont pas toujours comme les cotisations de l'AGS susceptibles d'être évalués à la date de l'ouverture de la procédure collective pour juger leur capacité à répondre à la quantité des créances salariales à régler. Ainsi, la *reconstitution de l'actif* de l'entreprise en difficulté nécessaire au paiement des créances se réalise par des mesures de conservation qui permettent d'assurer efficacement le *futur* de l'entreprise. Elle permet de réapprovisionner le patrimoine de l'entreprise en actifs²⁹¹. Il est ainsi admis que le mandataire de justice puisse contester certains actes antérieurs à la date d'ouverture de la procédure collective²⁹². En effet, « le mandataire judiciaire désigné par le tribunal a seul la qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers ». S'il n'y a pas de mandataire, « tout créancier nommé contrôleur peut agir dans cet intérêt »²⁹³. En ce cas, la Cour de cassation dans un arrêt *Laroche* a décidé que « le syndic trouve dans les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, qualité pour exercer

²⁸⁶ Il y a des exceptions prévues par le droit cambiaire (Cass. com. 8 oct. 1991, *RJDA* 12/91, n° 1072 ; 4 févr. 1992, *RJDA* 1992-3, n° 284 ; 5 oct. 1993, *RJDA* 2/94, n° 206) ; la compensation permise (J.-M. CALENDINI, « La compensation des créances connexes dans le redressement judiciaire », *Banque et droit*, mai-juin 1992, p. 76 ; A. CROSIO, « Réflexions sur la compensation légale et conventionnelle des créances », *LPA* 1996, n° 148, p. 7) et la validité de délégation (la délégation est l'opération par laquelle le débiteur (délégant) demande à son débiteur (délégué) de régler son créancier (le délégataire) : Cass. com. 26 nov. 2002, *RD banc. et fin.* 2003, p. 102, n° 77, obs. F.-X. Lucas ; 7 déc. 2004, *Act. proc. coll.* 18 févr. 2005, p. 1, obs. C. Saint-Alary-Houin ; 30 mars 2005, *RJDA* 2005, n° 1007, p. 866 ;

²⁸⁷ T. com. Nancy, 22 mai 1986, *Rev. proc. coll.* 1986, n° 4, p. 59, obs. J. Mestre et Ph. Delebecque ; CA Rouen, 12 mars 1992, *RJDA* 1992, n° 391.

²⁸⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., n° 822 et s.

²⁸⁹ P.-M. LE CORRE, « La règle de l'interdiction des paiements au lendemain de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Gaz. Pal.*, mars 2009, p. 25 ; R. CHENBER, « Les créances alimentaires et les procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 40, p. 40.

²⁹⁰ C. com., art. L. 625-8.

²⁹¹ Cf., O. BARRET, *L'appauvrissement injuste aux dépens d'autrui en droit privé*, Thèse Paris 1, 1985, p. 118.

²⁹² C. com., art. L. 632-4 ; J.-M. CALENDINI, « Le principe de proportionnalité en droit des procédures collectives », *LPA* 1998, n° 117, p. 50 ; B. BRIGNON, *L'actif social...*, préc., p. 132.

²⁹³ C. com., art. L. 622-20.

une action en paiement de dommages-intérêts contre une personne, fût-elle créancière de la masse, coupable d'avoir contribué, par des agissements fautifs, à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif »²⁹⁴. Il en résulte que les dommages et intérêts payés par le coupable sont réintégrés dans le patrimoine de l'entreprise aux fins de désintéressement des créanciers²⁹⁵. Les actions en reconstitution de l'actif sont en définitive favorables au règlement des créances salariales. Toutefois, l'actif social est honorablement reconstitué, si les actes passés en défaveur de l'entreprise pendant la période suspecte sont annulés.

31.- Nullités de la période suspecte. L'évitement de l'appauvrissement du patrimoine nécessaire au paiement des créances privilégiées, avant l'ouverture de la procédure collective a exigé que les actifs frauduleusement sortis du patrimoine soient récupérés pour reconstituer l'actif social. En effet, certains actes ou paiements accomplis pendant la période suspecte par le débiteur sont annulés²⁹⁶. Les nullités qui frappent ces actes ou paiements permettent de mieux protéger les créanciers en général, les salariés en particulier et, le patrimoine de l'entreprise elle-même. Elles assurent, en réalité, la dynamique de son redressement²⁹⁷, le maintien de l'emploi des salariés dans le cadre de la poursuite de l'exploitation et le règlement des salaires. Ainsi, la réalisation de certains actes de disposition est limitée dans les

²⁹⁴ Cass. com. 7 janv. 1976, *D.* 1976, p. 277, note F. Derrida, J.-P. Sortais ; *Rev. sociétés* 1976, p. 126, note A. Honorat ; D. LEGEAIS, « Le principe de la proportionnalité en droit des sûretés », *LPA* 30 sept. 1998, p. 38 ; T. BRILL-VENKATASAMY, « Le sort des actions en responsabilité à l'encontre de tiers non dirigeants après l'adoption d'un plan de redressement judiciaire », *RJ com.* 1999, p. 1 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, C. MASCALA, « Le commissaire à l'exécution du plan », *J.-Cl. Com.*, fasc. 2405 ; G. BOLARD, « Le droit d'action des mandataires de justice dans les faillites », in *Procédures collectives et droit des affaires, Mélanges A. Honorat*, éd., Frison-Roche, 2000, p. 27 ; C. LEGUEVAQUES, « Responsabilité du banquier, règle de fond, principe de proportionnalité, *requiem for a dream* », *Rev. proc. coll.* 2003, p. 328 ; D.-C. ARAMALLI, « Réforme du soutien abusif de crédit : le point de vue du praticien », *LPA* 18 avr. 2005, p. 6 ; R. DAMMANN, « La situation des banques après la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque et droit* 2005, p. 16 ; P. ROUSSEL-GALLE, « Les contrôleurs gardiens de l'intérêt collectif », *Gaz. Pal.*, 9/10 sept. 2005 ; F. MARICOG-VENIER, C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La situation des créanciers dans la loi de sauvegarde des entreprises », *RD bancaire et fin.*, janv. 2006, p. 61 ; C. LEGUEVAQUES, *LPA* 2006, n° 35, p. 72 ; R. ROUTIER, « Obligations et responsabilités du banquier », *Dalloz référence*, 2008, n° 122.62 ; A.-L. CAPOEN, *La responsabilité des banques à raison des concours apportés aux entreprises en difficulté*, Th. Dactyl. Toulouse, 2008 ; R. ROUTIER, « Les retouches de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *Gaz. Pal.* 8/10 mars 2009, p. 53 ; A. MARTIN-SERF, « Réformes des procédures collectives-sanctions civiles », *Rev. proc. coll.* 2009, p. 99.

²⁹⁵ C. com., art. L. 622-20 ; F.-X. LUCAS, H. LECUYER, *LPA* 2006, n° 29, p. 56 ; C. LEGUEVAQUES, préc., *LPA* 2006, n° 35, p. 73 ; R. ROUTIER, « Les retouches de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *Gaz. Pal.* 8/10 mars 2009, p. 53.

²⁹⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSÉRIÉ, « Nullités de droit et nullités facultatives », *J.-Cl. Com.*, fasc. 2502 ; G. WICKER, « La période suspecte après la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. proc. coll.* 2006, p. 12.

²⁹⁷ D. BRIAND-MÉLÉDO, « Quelques repères sur les nullités de la période suspecte », in *Mélanges Pailhuseau*, Dalloz 2003, p. 385 ; J.-P. ARRICHI, « Les nouveaux cas de nullité de la période suspecte », *Gaz. Pal.* 2005, n° 4, p. 9 ; R. RIPERT, P. THERY, « L'épée de Damoclès (à propos des mesures d'exécution pratiques en période suspecte) », *D.* 2005, p. 1842 ; E. MOUIAL-BASSILANA, *D.* 2006, p. 1959 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., p. 643.

entreprises en difficulté et, ceux accomplis irrégulièrement pendant la période suspecte sont annulés²⁹⁸ afin d'enrichir le patrimoine social. Il existe deux types de nullités des actes ou paiements accomplis au cours de la période suspecte : les nullités de droit²⁹⁹ et des nullités facultatives. L'acte est nul de plein droit lorsqu'il est accompli pendant la période allant de la cessation des paiements à la date du jugement³⁰⁰ par le débiteur³⁰¹ et entre dans le champ de l'article L. 632-1 du Code de commerce³⁰². Elles sont en revanche facultatives, si le créancier bénéficiaire des paiements ou des actes avait connaissance de la cessation des paiements de l'entreprise³⁰³. L'article L. 632-2 du Code de commerce ordonne que « les paiements pour dettes échues effectués à compter de la date de cessation des paiements et les actes à titre onéreux accomplis après cette même date peuvent être annulés si ceux qui ont traité avec le

²⁹⁸ Cf., M.-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, 4^e éd., Dalloz, 2011, coll. « HyperCours », pp. 253 et s.

²⁹⁹ E. KERCKHOVE, « Changement de régime matrimonial et protection des créanciers de la faillite », *D.* 1985, chron. p. 268 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « Nullités de droit, régime des paiements », *J.-Cl. Com.*, Fasc. 2507 ; V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, préf. C. Saint-Alary-Houin, PUAM, 2000 ; S. NEUVILLE, « La transaction suspecte (observations sur la notion de transaction au regard des nullités de la période suspecte) », *D.* 2000, p. 571 ; I. VIAL, *Le principe de l'égalité des créanciers dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, Thèse dactyl. Toulouse, 2002 ; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6^e éd., Dalloz, Coll. « Dalloz Action », 2011, n^o 653 et s.

³⁰⁰ Il convient de noter que cette période est appelée « période suspecte ». Elle ne peut être supérieure à dix-huit mois. Cass. com. 17 juin 1997, *RJDA* 11/97, n^o 1412, p. 967 ; 28 sept. 2004, *D.* 2004, AJ, p. 2716, obs. A. Liénhard ; *D.* 2005, pan. 296, obs. P.-M. Le Corre ; P. DIENER, « Du caractère suspect de l'absence de période suspecte », *D.* 1993, p. 255.

³⁰¹ Cass. com. 30 nov. 1993, *Bull. civ.* IV, n^o 433 ; 21 nov. 1995, *RJDA* 1996, n^o 554.

³⁰² C. com., art. L. 632-1 : **I.** - « Sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants : 1^o Tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière ; 2^o Tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie ; 3^o Tout paiement, quel qu'en ait été le mode, pour dettes non échues au jour du paiement ; 4^o Tout paiement pour dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements, bordereaux de cession visés par la loi n^o 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires ; 5^o Tout dépôt et toute consignation de sommes effectués en application de l'article 2350 du Code civil, à défaut d'une décision de justice ayant acquis force de chose jugée ; 6^o Toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ; 7^o Toute mesure conservatoire, à moins que l'inscription ou l'acte de saisie ne soit antérieur à la date de cessation de paiement ; 8^o Toute autorisation et levée d'options définies à l'article L. 225-177 et suivants du présent code ; 9^o Tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire, à moins que ce transfert ne soit intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée ; 10^o Tout avenant à un contrat de fiducie affectant des droits ou biens déjà transférés dans un patrimoine fiduciaire à la garantie de dettes contractées antérieurement à cet avenant. **II.** - Le tribunal peut, en outre, annuler les actes à titre gratuit visés au 1^o du I faits dans les six mois précédant la date de cessation des paiements ». Cf., M.-T. RIVES-LANGE, « Le sort des sûretés constituées en période suspecte pour garantir le solde d'un compte courant en cours de fonctionnement », in *Mélanges M. Cabrillac*, 1969, p. 428 ; Y. LOUSSOUARN, « Des résolutions amiables au judiciaires de ventes mobilières pendant la période suspecte », *RTD com.* 1949, p. 274 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, « Cession de créance en période suspecte », in *Prospective du droit économique, Dialogue avec Michel Jeantin*, Dalloz 1999, p. 443 ; J.-P. SÉNÉCHAL, « Procédures civiles d'exécution et procédures collectives », *LPA* 1999, n^o 254, p. 34 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSÉRIÉ, « Nullité des dépôts et consignations », *J.-Cl. com.*, Fasc. 2508, n^o 70 et s.

³⁰³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSÉRIÉ, « Nullités facultatives », *J.-Cl. com.*, 1996, fasc. 2510.

débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements »³⁰⁴. Si la nullité est prononcée, elle anéantit l'acte illicite et, a pour effet de reconstituer l'actif de l'entreprise³⁰⁵. Il en résulte que la réintégration des sommes ou des biens illicitement sortis du patrimoine social permet de régler les créances des salariés qui ont des droits réels assis sur l'actif social. La nullité peut également toucher directement le salarié bénéficiaire du droit réel si son contrat conclu pendant la période suspecte est déséquilibré.

32.- Nullité d'un contrat de travail déséquilibré. Le contrat de travail est comme les actes permettant la sortie frauduleuse d'un bien ou le paiement frauduleux d'un créancier susceptible de nullité. Le contrat de travail est, en effet, un contrat commutatif³⁰⁶ auquel les obligations des parties doivent être équilibrées³⁰⁷. S'il arrive que le salarié obtienne des avantages non justifiés ou s'il est conclu pendant la période suspecte de façon déséquilibrée, il est annulable³⁰⁸. En général, les salariés et les cadres en particulier qui ont un savoir-faire, acquièrent un pouvoir conséquent lorsque l'entreprise connaît des difficultés économiques. Ils peuvent obtenir de la part de l'employeur des garanties relatives aux rémunérations ou autres avantages auxquels la contrepartie n'est pas définie. Si les garanties qu'ils obtiennent lors de la conclusion du contrat pendant la période suspecte sont, par exemple, déséquilibrées, le contrat peut être annulé³⁰⁹. Le déséquilibre du contrat est caractérisé par le caractère excessif des obligations de l'une des parties³¹⁰, surtout de l'employeur. En ce sens, le contrat de travail conclu pendant la période suspecte est déséquilibré, lorsque la disproportion des obligations

³⁰⁴ Cass. com. 25 juin 1991, *Rev. proc. coll.* 1992-2, p. 67, obs. Y. Guyon ; 1^{er} févr. 2000, *RJDA* 5/00, n° 570 ; P. ROUSSEL-GALLE, « Les créanciers antérieurs », *Gaz. Pal.*, nov.-déc. 2005, p. 37-25 ; *D.* 2005, p. 1850, obs. A. Liénhard.

³⁰⁵ C. com., art. L. 632-4 ; Cass. com. 20 janv. 2009, n° 08-11.098 (ni l'erreur commune, ni l'apparence ne peuvent faire obstacle aux conséquences vis-à-vis des tiers sous acquéreurs, même de bonne foi, de la nullité édictée par les articles 107 et 108 de la loi du 25 janvier 1985 (C. com., art. L. 632-1 et L. 632-2) ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les dangers pour les créanciers de l'époux in bonis d'une procédure ouverte contre son conjoint », *LPA* 1998, n° 102 ; *Droit des entreprises en difficulté*, préc., p. 666.

³⁰⁶ C. civ., art. 1104.

³⁰⁷ R. VATINET, « Garantie de l'AGS et sort du contrat de travail en cas procédure collective », *Dr. soc.* 2003, p. 287 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Procédures collectives », *J.-Cl. com.*, 2007, Fasc. 2507, n° 41 ; F. VINCKEL, « Le nouveau régime de la période suspecte dans la loi n° 2005-845 du 26 juill. 2005 et le décret n° 2005-1677 du 28 déc. 2005 : une réforme en trompe-l'œil », *JCP E* 2006 ; J.-L. VALLENS, « De la cessation des paiements à l'insolvabilité », *JCP G* 2008, I, n° 148 ; D. GIBIRILA, « Le contentieux de la nullité du contrat de travail conclu en période suspecte », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2010, n° 48.

³⁰⁸ C. com., 632-1, I, 2 ; Cass. soc. 20 mai 1992, n° 90-44.061, *Bull. civ.* V, n° 323 ; 2 déc. 2009, n° 08-43.108, P+B.

³⁰⁹ Cass. soc. 22 sept. 2011, n° 10-11.036 . V., not. CA Paris, Pôle 6, 1 avr. 2010, n° 08/00938 ; 1^{er} avr. 2010, n° 08/00839 ; Douai, ch. prud'hommes, 28 oct. 2011, n° 11/00025 (C. com., art. L. 632-1) ; Versailles, 5^e ch., 20 oct. 2011, n° 10/03213 ; Versailles, 17^e ch., 27 avr. 2011, n° 10/01633.

³¹⁰ Cass. soc. 29 oct. 2002, n° 00.45.612, *Bull. civ.* V, n° 325, p. 312 ; 15 juin 2004, n° 02-41.623, *Bull. civ.* V, n° 163, p. 154, *JCP E* 2004, 1603, note N. Louit-Martinod ; *RTD com.* 2005, p. 416, comm. A. Martin-Serf ; 29 juin 2005, n° 03-44.770,

des parties est notable. Par conséquent, il y a nullité, si la rémunération du salarié est disproportionnée par rapport au travail fourni ou lorsque la rémunération est versée, alors qu'aucune prestation n'a été véritablement accomplie par le salarié. Dans cette dernière hypothèse, il y a *fictivité* du contrat de travail. Cette nullité est fondée sur les présomptions de fraude, il n'y a pas besoin de rapporter la preuve de la fraude³¹¹.

Ceci dit, le mandataire de justice qui surveille ou administre l'entreprise placée en procédure collective doit formuler la demande d'annulation du contrat de travail concerné³¹². La Cour de cassation a ainsi précisé que l'AGS n'a pas la qualité pour demander l'annulation d'un contrat de travail déséquilibré conclu en période suspecte³¹³, alors qu'elle avait déjà dans certaines circonstances admis l'annulation de ce contrat à la demande de l'AGS³¹⁴. Toutefois, l'annulation du contrat de travail conclu en période suspecte n'a pas d'effets rétroactifs. Le salarié reçoit les rémunérations relatives au travail effectivement accompli³¹⁵. Le contrat de travail est annulé pour l'avenir, les prestations antérieures restent valables. Si la non rétroactivité de la nullité est favorable aux salariés, la nullité du contrat conclu en période suspecte réduit à la fois la charge de l'AGS et de l'employeur en défaillance.

Cette analyse de l'annulation du contrat de travail doit être rapprochée de l'étude de la garantie des créances fixées par accord collectif d'entreprise ou engagement unilatéral de l'employeur³¹⁶. En effet, l'accord collectif d'entreprise est annulé si les engagements de l'employeur excèdent ceux que les représentants des salariés prennent au profit des salariés. Cette nullité limite l'application de l'article L. 3253-13 du Code du travail. Cela est surtout le

³¹¹ P. NEISS, « La fraude à l'AGS – L'utilisation des présomptions comme technique de lutte contre la fraude », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2010, n° 48, p. 20 et s.

³¹² Cass. com. 3 juin 1997, n° 96-13.098, *D. aff.* 1997, p. 860 ; Cass. soc. 13 févr. 2008, n° 06-44.234 ; 2 déc. 2009, n° 08-43.104, P+B, *JCP S* 2010, n° 1092, note A. Barège ; D. GIBIRILA, « Le contentieux de la nullité du contrat de travail conclu en période suspecte », préc. ; P. NEISS, « La fraude à l'AGS – L'utilisation des présomptions comme technique de lutte contre la fraude », préc., pp. 60-64.

³¹³ Cass. soc. 25 sept. 2007, n° 06-41.436 ; 13 déc. 2008, n° 06-44.234 ; 2 déc. 2009, n° 00-45.612, *JCP S* 2010, n° 1092. V., Cass. soc. 11 janv. 2012, n° 10-10.439, F-D, Marquant c/ AGS CGEA de Marseille et a., *J.-Cl. Proc. coll.*, Fasc. 2430 et 2450 ; *Act. proc. coll.* 2012, n° 3, p. 6 (En présence d'un contrat de travail apparent, il appartient à l'AGS qui invoque son caractère fictif d'en rapporter la preuve) ; 7 mars 2012, n° 10.22.819, Tirlicien c/ AGS CGEA d'Île-de-France et a. ; n° 10.21.757, F-D, Jabaudon c/ Montravers et a. (Le rôle du juge et des parties, quant à la preuve du caractère fictif d'un contrat de travail, invoqué par le liquidateur ou l'AGS) ; *JCl. Proc. coll.*, Fasc. 2430 ; *JCl. Com.*, Fasc. 2430 ; *Act. proc. coll.* 2012, n° 7, p. 4.

³¹⁴ Cass. soc. 29 déc. 2002, préc. ; P. NEISS, préc.

³¹⁵ Cass. soc. 7 mai 2003, n° 01-42.163, *RJS* 7/03, n° 848 ; 15 mai 2007, n° 06-43.205.

³¹⁶ C. trav., art. L. 3253-13.

cas dans le règlement des suites du licenciement économique³¹⁷. En ce sens, ces nullités permettent de réduire la charge financière de l'employeur et de l'institution de garantie.

En somme, le gel des actifs et les mesures de préservation du patrimoine sont favorables aux salariés et à l'entreprise, car elles réduisent le passif et améliorent l'actif social nécessaire au désintéressement des créanciers. Elles permettent le maintien de l'activité économique et l'emploi. Toutefois, malgré les mesures de protection du patrimoine, l'actif social nécessaire au paiement des salaires peut se révéler négatif, c'est-à-dire indisponible, insuffisant pour désintéresser les salariés. Pour éviter que les salariés se retrouvent dans une situation désespérée, il est possible de trouver quelques techniques d'enrichissement du patrimoine de l'entreprise en défaillance. Elles permettent d'élargir l'obligation de couverture des créances salariales à d'autres patrimoines que celui de l'entreprise en défaillance.

B. Un enrichissement du patrimoine

33.- Réapprovisionnement du patrimoine. L'actif reconstitué du débiteur peut se révéler en définitive insuffisant pour régler les créanciers privilégiés. Les principes d'universalité et d'unicité des patrimoines imposeraient que les créanciers en général et les salariés en particulier ne soient pas payés par *autrui*, car l'obligation de payer les dettes sociales n'incombe qu'à une seule personne. Il a toutefois été inventé des techniques qui rendent perméable la personnalité morale³¹⁸. En effet, si l'affectation spéciale d'un certain nombre de biens au patrimoine professionnel par l'entrepreneur individuel³¹⁹ ou l'auto-entrepreneur³²⁰

³¹⁷ V., Cass. soc. 29 sept. 2009, n° 08-41.723 ; 30 sept. 2009, n° 08-42076, *Bull. civ.* V, n° 213, *JCP S* 2009, n° 1506, note P. Morvan ; 16 juin 2010, n° 09-42.114 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficultés*, 7^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2011, n° 1012, p. 634.

³¹⁸ J.-P. GARÇON, « La séparation de l'actif immobilier et de l'actif commercial par superposition de deux sociétés, civile et commerciale, et la confusion des patrimoines », *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 901 ; « Redressements et liquidations judiciaires. Extension de procédure collective en cas de confusion des patrimoines », *Act. fid. Nov.* 1997, n° 812 ; P.-M. LE CORRE, « La poursuite des associés des sociétés sous procédure collective par les créanciers », *JCP E* 2008, p. 1326.

³¹⁹ C. com., art. L. 526-1, al. 1 à L. 526-7 ; Loi du 11 févr. 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle ; loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 relative à l'initiative économique ; Loi du 19 février 2007 sur la fiducie ; Loi n° 2008-776, 4 août 2008 relative à la modernisation de l'économie étend l'insaisissabilité à tous les biens fonciers bâtis et non bâtis affectés à un usage professionnel ; Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *JO* 16 juin 2010, p. 10984 ; *D.* 2010, Act. 252, obs. A. Liénhard. Cf., E. CHEVRIER, « Modernisation de l'économie : adoption du texte par les députés », *D.* 2008, 1604 ; O. SAVARY, E. DUBUISSON, « Proposition pour un statut de l'entrepreneur individuel : le concept de pro-personnalité face aux conceptions voisines », *Dr. et patr.*, mai 2009, 39 ; S. LEOVICI, « La déclaration d'insaisissabilité par l'entrepreneur individuel », *Dr. et patr.* 2010, p. 49 ; F. MARMOZ, « L'EIRL : nouvelle technique d'organisation de l'entreprise », *D.* 2010, 1570 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI,

remet en cause les principes d'universalité et d'unité des patrimoines, ces principes sont également en perte de vue lorsque le débiteur est une personne morale³²¹. Plusieurs entités possèdent cette dénomination notamment les associations, les syndicats et les collectivités territoriales, auxquelles il convient d'ajouter la société qui peut être définie comme un contrat par lequel « deux ou plusieurs personnes qui conviennent d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter »³²². Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes »³²³. Il faut signaler que dans les sociétés unipersonnelles l'entrepreneur bénéficie des profits et supporte seul les pertes³²⁴.

En effet, pour assurer la protection efficace aux créanciers, notamment les salariés l'autonomie patrimoniale de l'entreprise est relativisée afin de rechercher des responsabilités permettant d'*augmenter les actifs* nécessaires au paiement des créances. Il existe plusieurs techniques d'enrichissement du patrimoine favorables au paiement des salariés, notamment l'élargissement de l'obligation de paiement des salaires sur les biens communs des époux sous le régime de la communauté en cas de mise en procédure collective d'un débiteur personne physique³²⁵. Il est néanmoins convenu de s'intéresser à l'extension de l'obligation de couverture des dettes sociales aux associés (1) et à l'extension de la procédure collective (2).

Traité de droit civil, Les biens, 2^e éd., LGDJ, 2010, n° 7 ; V. GLADEL, « Le projet de loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *D.* 2010, 560 ; E. DUBUISSON, « Projet de loi relatif à l'EIRL – Comprendre la technique et les enjeux », *JCP N* 2010, 1115 ; J. PRIEUR, « Les limites de l'EIRL », *Dr. et patr.*, avr. 2010, 191, p. 78 ; F.-X. LUCAS, « Les dangers de l'EIRL », *préc.*, p. 80 ; C. DE LA RIVIERE, « Unicité du patrimoine pro-personnalité et pluri-personnalité », *Dr. et patr.*, mars 2010, 190, p. 63 ; B. DONDERO, « L'EIRL, ou l'entrepreneur fractionné. À propos de la loi du 15 juin 2010 », *JCP* 2010, p. 679 ; J. VALLANSAN, « L'EIRL en difficulté », *Rec. proc. coll.* 2011, n° 1, études 2.

³²⁰ Loi n° 2008-776, 4 août 2008 relative à la modernisation de l'économie, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009.

³²¹ La personne morale « est un groupement doté, sous certaines conditions, d'une personnalité juridique qui est titulaire des droits et d'obligations », cf., G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF/Quadrige, 2011, p. 680.

³²² C. civ., art. 1832.

³²³ C. civ., art. 1832.

³²⁴ M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « EURL : confirmation des pouvoirs de l'associé unique », *Bull. mens. d'inf. Sociétés Joly* 2010, n° 6, p. 530 ; H. LETELLIER, « Les insuffisances de l'EURL », *Dr. et patr.* 2010, n° 191, p. 73 ; G. BARANGER, « Du faux allègement des obligations de transparence des petites sociétés unipersonnelles », *Bull. mens. d'inf. Sociétés Joly*, 2011, n° 3, p. 184 ; F.-X. LUCAS, « Les nouveaux risques », *Gaz. Pal.* 2011, n° 138-139, p. 57.

³²⁵ Cass. com. 15 mars 2005, n° 03-19.359, *Bull. civ.* IV, n° 171 (la procédure collective ne peut être étendue au conjoint qu'en cas de confusion de patrimoines) ; F. DERRIDA, « La revendication des biens personnels du conjoint en cas de faillite ou d'admission au règlement judiciaire d'un époux », *JCP* 1955, I, 1265 ; A. BAC, « De la difficile conciliation entre le droit des régimes matrimoniaux et le droit des procédures collectives », *JCP E* 1994, n° 2, p. 24 ; F. DERRIDA, « Redressement et liquidation judiciaires et régime de communauté », *D.* 1994, *chron.* p. 108 et « Le sort du passif né du chef du conjoint en cas de redressement judiciaire d'un époux marié sous le régime de la communauté légale », in *Mélanges Colomer*, Litec, p. 153 ; G. MAHINGA,

1. *Un enrichissement par l'élargissement de l'obligation de paiement des dettes sociales aux associés*

34.- Coobligation et solidarité des associés. La loi n'interdit pas aux créanciers de demander le paiement de leurs créances à un codébiteur solidaire dans le cadre des entreprises en défaillance. Cette perspective est favorable aux salariés car elle enrichit indirectement le patrimoine social. En effet, les associés sont dans les sociétés à responsabilité illimitée indéfiniment ou solidairement responsables du passif social³²⁶. Ainsi, le contrat de société qu'ils concluent, est par conséquent un contrat à responsabilité illimitée. Ils doivent couvrir les dettes de la société : ils sont tenus aux « *garanties inhérentes à la forme sociale* »³²⁷ des groupements. Leur obligation de couverture des dettes sociales se manifeste principalement dans les sociétés à risque illimité³²⁸. L'engagement de la responsabilité des associés permet de lever le voile coutumièrement formé par la personnalité morale³²⁹ des sociétés qui cache les associés derrière l'écran. Ils doivent en effet couvrir le risque de défaillance de la société. Cette couverture est favorable aux salariés en particulier qui n'ont pourtant pas de lien de subordination juridique avec les associés. Il existe ainsi une obligation plurale (conjointe ou solidaire)³³⁰ entre la société et les associés. Un auteur a observé que les sociétés à responsabilité illimitée ont une « *personnalité morale [est] atténuée* »³³¹, alors que d'autres ajoutent que cette personnalité est « *en trompe l'œil* »³³². L'obligation de couvrir les dettes sociales par les associés est favorable au règlement des créances des salariés. Elle se présente

« Solidarité et communauté à l'épreuve des procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 1994, p. 7 ; A. PERRODET, « Le conjoint du débiteur en redressement judiciaire », *RTD com.* 1999, p. 29 ; M. STORCK, « L'exécution sur les biens des époux », *LPA* 2000, p. 12 ; S. OBELLIANE, « La discrète résurrection de la présomption mucienne : au sujet de l'arrêt rendu par la Cour de cassation du 16 janvier 2007 », obs. sous Cass. com., 16 janv. 2007, n° 04-14.592, *Bull. civ.* IV, n° 3, *Rev. proc. coll.* 2008, n° 7, p. 41 ; *Rev. proc. coll.* 2007, p. 124 note C. Lebel.

³²⁶ Cass. civ. 1^{re}, 22 nov. 1978, *JCP G* 1980, II, 19296 ; 14 nov. 1989, *Rev. proc. coll.* 1990-3, p. 226, n° 3, note C. Saint-Alary-Houin.

³²⁷ Y. GUYON, « Personnalité morale des sociétés, Reconnaissance », J-cl. *Sociétés*, fasc. 28-10, 1999, n° 51, p. 18 ; L. GODON, *Les obligations des associés*, préf. Y. Guyon, Economica, 1999, n° 54, p. 42 et s. ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. BEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., n° 1105, p. 485.

³²⁸ N. NURIT-PONTIER, « L'obligation aux dettes sociales des associés de sociétés à risque illimité », *Bull. Joly sociétés*, févr. 2008, p. 152 et s.

³²⁹ L. MICHOU (rapp.), *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 1, 2^e éd., LGDJ, 1924, rééd. 1998, n° 74, pp. 172-173.

³³⁰ V. MAZEAUD, *L'obligation de couverture*, préf. P. Jourdain, IRJS Éditions, coll. « Bibl. de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne André TUNC », t. 27, 2010, p. 349.

³³¹ F. DERRIDA, « De la solidarité commerciale », art. préc., n° 33, p. 363 (pour la SNC) ; D. GIBIRILA, « L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles », art. préc., n° 4, pp. 626-627 ; P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 4^e éd., Montchrestien, 2012, n° 1386, p. 887 ; G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », in *Études B. Oppetit*, Litec, 2009, p. 691 et s., n° 5.

³³² P. CATALA, « Trois figures de propriété collective », in *Famille et patrimoine*, PUF, 2000, p. 107 et s.

essentiellement dans deux hypothèses : lorsqu'ils s'engagent dans une société civile ou dans une société commerciale.

35.- Obligations aux dettes sociales d'associés des sociétés civiles. L'associé qui adhère à la création d'une société civile, peut être contraint à régler les dettes sociales. Les sociétés civiles sont celles qui n'ont pas un objet commercial ni en raison de leur forme, de leur nature ou de leur objet³³³. Elles sont souvent utilisées pour la gestion immobilière (SCI)³³⁴ et les professions libérales (SCP)³³⁵. La défaillance de ces sociétés a posé la question de la responsabilité des associés aux dettes sociales.

En effet, l'associé de la société civile a des obligations illimitées, mais conjointes aux dettes de la société. Par conséquent, il doit garantir au profit des créanciers de la société, *salariés* y compris, le paiement de leurs créances. Aux termes de l'article 1857 du Code civil : « À l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social à la date de l'exigibilité ou au jour de la cessation des paiements. L'associé qui n'a apporté que son industrie est tenu comme celui dont la participation dans le capital social est la plus faible »³³⁶. Ils ont une responsabilité indéfinie dès lors que la société (employeur des salariés) débiteur principal est défallante. Le salarié qui est créancier d'une société civile en procédure collective peut, en conséquence, exercer une action en paiement à l'encontre des associés. Ces derniers sont en effet responsables indéfiniment des dettes sociales. Si le patrimoine social est insuffisant, le salarié peut se retourner contre eux. L'action en paiement est effectuée à l'égard de l'ensemble des associés puisque la responsabilité des associés d'une société civile est *conjointe*³³⁷. Chaque associé doit être poursuivi proportionnellement à sa part dans le capital social. La responsabilité des associés étant subsidiaire, le créancier doit préalablement demander le paiement de sa créance à la

³³³ C. civ., art. 1845 : « Ont le caractère civil toutes les sociétés auxquelles la loi n'attribue pas un autre caractère à raison de leur forme, de leur nature, ou de leur objet » ; Cf., M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 24^e éd., Litec, coll. « Manuel », 2011, p. 526 et s.

³³⁴ B. MORTIER, « La gestion des comptes courants de SCI, un enjeu fiscal », *JCP N* 1997, n° 24, p. 826 ; A. DEPONDY, *Les sociétés civiles dans la gestion du patrimoine*, éd. Maxima, p. 218 ; M. COZIAN, « Le charme discret des sociétés civiles immobilières, Les grands principes de la fiscalité des entreprises, doc. 23 ; Le charme des sociétés civiles immobilières : charme intact ou charme fané », *RJ com.* 2004, p. 64.

³³⁵ Cass. com. 20 sept. 2011, n° 10-24.888 (La contribution aux pertes concerne les rapports entre les associés et la société. L'obligation aux dettes sociales qui pèse sur les associés à l'égard des créanciers n'est pas exclusive de l'action en contribution aux pertes ouverte à la société ou à son liquidateur à l'encontre des associés).

³³⁶ Cass. com. 8 juill. 2008, n° 06-21.194, n° 06-21.510 ; Cass. civ. 7 oct. 2010, n° 09-13.659 ; Cass. com. 20 sept. 2011, n° 10-24.888.

³³⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, préc., p. 536 et s. ; P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 4^e éd., Montchrestien, 2011, coll. « Domat droit privé », pp. 910 et s.

société civile, personne morale débitrice. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'action en paiement a demeuré vaine qu'il se retourne contre les associés³³⁸. Il a été décidé que l'ouverture d'une procédure collective ne constitue pas en soi la vanité des poursuites³³⁹. Ainsi, le créancier qui prouve qu'un « commandement aux fins de saisie [est] resté infructueux », peut engager son action en paiement contre les associés sans subir l'attribution ou le retard de la procédure collective³⁴⁰. En revanche, la Cour de cassation a décidé que lorsqu'une société civile est placée en liquidation judiciaire, la déclaration de la créance au passif de la procédure constitue une poursuite vaine³⁴¹. Par conséquent, l'associé qui n'honore pas son obligation conjointe de garantir les dettes sociales perd sa qualité d'associé³⁴².

Cependant, l'obligation des associés aux dettes sociales dans les sociétés civiles est une obligation conjointe et non solidaire³⁴³. Elle n'est pas solidaire parce que la solidarité en matière civile doit être stipulée expressément³⁴⁴. La conjonction de l'obligation existe entre les associés et non entre les associés et la société. Or, c'est la société détentrice de la personnalité morale³⁴⁵ qui est débiteur principal³⁴⁶. L'associé « n'est donc pas un codébiteur principal conjoint, mais bien plutôt un garant de la dette d'autrui »³⁴⁷, à l'égard de qui le créancier a une action³⁴⁸. Dans cette optique, l'associé en sa qualité de garant de la dette

³³⁸ C. civ., art. 1858 : « Les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale » ; V. MARCADÉ, P. PO NT, *Explication du Code Napoléon, t. 7, Sociétés civiles et commerciales*, Paris, 1872, n° 656 et s., pp. 439 et s. ; J.-F. BARBIÉRI, « L'évolution des relations entre les associés et les tiers, in La société civile aujourd'hui, quel intérêt ? », *Bull. Joly Sociétés* 2008, pp. 1054 et s., sp. n° 4 et s.

³³⁹ Cass. com. 6 déc. 2005, *Rev. dr. sociétés* 2006, n° 38, obs. J.-P. Legros.

³⁴⁰ Cass. com. 18 janv. 1994, *JCP E* 1994, II, 363, n° 10, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.

³⁴¹ Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, *JCP E* 2007, 1877, n° 10, obs. J.-J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; *Rev. sociétés* 2007, p. 620, note J.-F. Barbiéri ; Cass. com. 7 juill. 2009, n° 08-13849, *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 48, note F.-X. Lucas.

³⁴² C. civ., art. 1860 : « S'il y a déconfiture, faillite personnelle, liquidation de biens ou règlement judiciaire atteignant l'un des associés, à moins que les autres unanimes ne décident de dissoudre la société par anticipation ou que, cette dissolution ne soit prévue par les statuts, il est procédé, dans les conditions énoncés à l'article 1843-4, au remboursement des droits sociaux de l'intéressé, lequel perdra alors la qualité d'associé ».

³⁴³ Y. CHARTIER, « L'évolution de l'engagement des associés », *Rev. Sociétés* 1980, pp. 1 et s. ; D. GIBIRILA, « L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles », *Defrénois* 1998, pp. 625 et s. ; J. JULIEN, « Observations sur l'évolution jurisprudentielle du sort des associés dans les sociétés civiles », *RTD com.* 2001, pp. 841 et s.

³⁴⁴ V. MAZEAUD, *L'obligation de couverture*, préc., p. 351.

³⁴⁵ Cass. Réq. 23 fév. 1891, *D.* 1891, I, 337, S. 1892, I, 73, note Meynal, *GAJ civ.*, t. 1, 11^e éd., Dalloz, 2000, 15-16 ; Cass. civ. 3^e, 6 févr. 1969, *D.* 1969, p. 434, note B. Bouloc.

³⁴⁶ B. BOULOC, note préc., *D.* 1969, p. 437 ; M. MIGNOT, *Droit des sûretés*, préc., n° 735, p. 273.

³⁴⁷ Cass. com., 23 janv. 2001, *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 481, note A. Couret ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 24^e éd., Litec, 2011, n° 1186, p. 527.

³⁴⁸ Cass. civ. 3^e, 27 févr. 2008, n° 06-18.854 ; C. JAMIN, *La notion d'action directe*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1991, n° 146, pp. 116 et s.

d'autrui qui paie la dette sociale dispose d'une action en remboursement contre la société civile débitrice de la dette³⁴⁹.

En conclusion, l'obligation pour les associés de garantir les dettes sociales est favorable au paiement des créances salariales privilégiées car les salariés pourront se faire payer sur les actifs personnels des associés. Cette obligation de couverture du *risque de défaillance* de la société est liée à leur engagement social et décharge l'AGS. Elle est imbriquée dans la nature du contrat de société. Une telle obligation de garantie existe également dans les sociétés commerciales.

36.- Obligations aux dettes sociales d'associés des sociétés commerciales. L'obligation de couverture des dettes sociales, y compris des créances salariales, incombe aux associés des sociétés commerciales. Les sociétés commerciales peuvent, en effet, être constituées avec une *responsabilité illimitée* des associés, telles que les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite et les sociétés anonymes ou avec un *risque limité* comme les sociétés à responsabilité limitée (SARL), les sociétés par actions³⁵⁰, l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL³⁵¹), l'exploitation agricole à responsabilité limitée (EARL³⁵²), la société par action simplifiée (SAS)³⁵³ à une personne. Ces dernières sont les plus répandues³⁵⁴. Les sociétés sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet³⁵⁵.

En effet, la défaillance des sociétés commerciales à responsabilité illimitée pose la question de la responsabilité des associés aux dettes sociales. Dans ces sociétés, les associés sont tenus de garantir *solidairement* les dettes sociales. Ils ont une double solidarité : tant à l'égard de la

³⁴⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, préc., p. 615.

³⁵⁰ C. com., art. L. 210-1.

³⁵¹ Loi n° 85-697 du 11 juill. 1985

³⁵² Loi n° 85-697 du 11 juill. 1985.

³⁵³ C. com., art. L. 227-1 à L. 227-20 ; Loi n° 94-1 du 3 janv. 1994 ; M. GERMAIN, « La société par actions simplifiée », *JCP E* 1994, I, 341 ; J. PAILLUSSEAU et alii, « La SAS, une nouvelle structure pour les PME et les personnes physiques », *JCP E* 2002, 458 ; H. AZARIAN, *La société par actions simplifiée*, Litec, 2005 ; J.-P. DOM, *La société par actions simplifiée*, éd., Francis Lefebvre, 2007.

³⁵⁴ D. POCHE, « La distinction des sociétés à risques limités et des sociétés à risques illimités à l'épreuve des récentes réformes de la SARL », *LPA* 2007, n° 110, p. 3.

³⁵⁵ C. cic., art. 1845 ; D. POHÉ, « La distinction des sociétés à risques limités et des sociétés à risques illimités à l'épreuve des réformes de la SARL », *LPA* 2007, n° 110, p. 3 ; J. MESTRE, M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial. Droit interne et aspects de droit international*, 28^e éd., LGDJ, Coll. « Manuel », 2009, p. 48 et s.

société qu'à l'égard des autres associés³⁵⁶. Le créancier des salaires de la société en nom collectif, par exemple, peut ainsi poursuivre le paiement de sa dette auprès des associés³⁵⁷. Leur responsabilité au passif social est *solidaire* et non *conjointe* comme dans la société civile³⁵⁸. Par conséquent, le créancier, même le salarié, peut poursuivre le règlement de sa créance contre un *seul* des associés. Celui qui règle la totalité de la dette sociale, a le droit de se retourner contre les autres associés et la société pour demander le remboursement. Il a été souligné que « les associés de ces sociétés ne sont pas seulement des coobligés de la société, mais plus précisément et au même titre qu'elle, sinon davantage encore qu'elle, les coobligés eux-mêmes »³⁵⁹. Pourtant, l'associé n'est pas le codébiteur principal³⁶⁰. L'associé ne peut d'une part, être poursuivi que si l'action de mise en demeure à l'égard de la société est restée infructueuse³⁶¹. L'associé qui paie la dette sociale dispose, d'autre part, d'un recours parfait contre la société qui est la seule débitrice³⁶². Sa couverture « s'analyse en une prise de garantie au nom de la société »³⁶³. L'associé couvre, en effet, le risque externe de la défaillance de la société envers le créancier³⁶⁴.

Il en résulte que l'élargissement de l'obligation de paiement des dettes sociales aux associés des sociétés commerciales à responsabilité illimitée permet d'assurer un véritable droit de créance aux bénéficiaires des privilèges. Ainsi, les salariés qui font partie des bénéficiaires des droits réels garantissant les dettes de l'employeur peuvent exercer leur droit de préférence sur le patrimoine de l'associé *solidaire*. Cette obligation solidaire de paiement des dettes sociales élargit par conséquent le champ du patrimoine affecté à la protection des salaires. Le patrimoine de l'associé est un supplément permettant la couverture des dettes sociales. Par analogie, il peut être envisagé que les sociétés appartenant à un groupe, malgré leur

³⁵⁶ F. DERRIDA, « La solidarité commerciale », *RTD civ.* 1953, p. 330 ; D. FIORINA, « Le régime juridique de la remise de dette consentie à un associé en nom collectif », *D.* 2000, p. 584 ; Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, 11^e éd., Economica, 2001, n° 251, pp. 253-254 ; M. GERMAIN, *Les sociétés commerciales*, in G. Ripert, R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 2, 19^e éd., LGDJ, 2009, n° 1182, p. 149 ; P. MERLE, A. FAUCHON, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 15^e éd., Dalloz, 2011, n° 150, p. 180.

³⁵⁷ Cass. com., 29 sept. 2009, n° 08-19.777, P+B.

³⁵⁸ P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, préc., p. 4.

³⁵⁹ P. PIC, V° *Société*, in Répertoire pratique, t. 11, Dalloz, 1925, n° 877, p. 122.

³⁶⁰ F. DERRIDA, « La solidarité commerciale », art. préc., n° 26, p. 354 ; L. NURIT-PONTIER, « L'obligation aux dettes sociales », art. préc., p. 157.

³⁶¹ M. GERMAIN, *Les sociétés commerciales*, préc., Ph. MERLE, *Les sociétés commerciales*, préc.

³⁶² M. OURY-BRULÉ, *L'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette*, préf. C. Ferry, LGDJ, 2002, n° 35-36, pp. 25-26.

³⁶³ L. GODON, *Les obligations des associés*, préf. Y. Guyon, Economica, 1999, n° 101, pp. 67-69 ; P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 4^e éd., Montchrestien, 2011, n° 1388, p. 888 ; M. MIGONT, *Droit des sûretés*, préc., n° 735, p. 273.

³⁶⁴ M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, Thèse, note 1101, p. 343.

autonomie des patrimoines³⁶⁵ soient exigées à répondre à la défaillance de la société mère. Il ne serait en revanche pas admis qu'une filiale soit condamnée à payer les dettes d'une autre filiale. En réalité, l'obligation aux dettes sociales des associés est proche de l'action en complément du passif à laquelle pouvait³⁶⁶ être l'objet un dirigeant pour insuffisance d'actifs³⁶⁷.

Au total, la remise en cause des principes d'universalité et d'unicité des patrimoines ne se réalisent pas seulement à travers l'obligation faite aux associés des sociétés civiles et certaines sociétés commerciales à responsabilité illimitée de prendre en charge les dettes sociales. Elle se manifeste aussi à travers l'extension de la procédure collective.

2. *Un enrichissement par l'extension des procédures collectives*

37.- Transparence de la personnalité morale. Le droit des sociétés s'est construit autour du principe d'autonomie des patrimoines des sociétés qui est le corollaire de l'unicité du patrimoine. À ce titre, la *procédure collective* ne s'applique qu'à une *seule* personne et appréhende par conséquent *uniquement* son patrimoine³⁶⁸. Elle ne devrait pas être élargie à d'autres sociétés, même pas aux filiales appartenant à un même groupe des sociétés³⁶⁹. Or, les sociétés s'organisent aujourd'hui d'une manière que leurs montages impliquent des mouvements financiers ou des relations commerciales qui peuvent prêter à confusion. Pour parer certains abus relatifs aux imbrications des actifs et à l'intention réelle des associés de

³⁶⁵ Cass. com. 12 févr. 1980, *Bull. civ. IV*, n° 73 ; 5 févr. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 58.

³⁶⁶ L'obligation des dirigeants aux dettes sociales a été supprimée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 ; Cf., C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., p. 864.

³⁶⁷ C. com., art. L. 651-2, al. 2 ; L. 223-22 (pour le gérant de la SARL) et L. 225-251 (pour les administrateurs de SA) ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La responsabilité patrimoniale des dirigeants des sociétés en difficultés », *Rev. proc. coll.* 2001, spéc. n° 13, p. 147 ; M. COZIAN, « Le dirigeant contraint d'acquitter un passif social peut-il déduire de ses revenus imposables les paiements qu'il a effectués ? », *JCP E* 2002, n° 366 ; P. ROUSSEL-GALLE, « Responsabilités et sanctions des débiteurs après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP* 2005, p. 1761 ; T. MONTERAN, « La réforme des responsabilités et des sanctions », *Gaz. Pal.*, 8/10 mars 2008, p. 57 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 23^e éd., 2010, n°282, notes 24 ; P. PÉTEL, « L'adaptation des procédures collectives à l'EIRL », *JCP E* 2011, 1071, n° 15.

³⁶⁸ Cf., F. REILLE, *La notion de confusion de patrimoines, cause d'extension des procédures collectives*, préf. Ph. Pétel, Litec, Coll. « Bibl. de droit de l'entr. », p. 5 et s.

³⁶⁹ J.-J. DAIGRE, « Le redressement judiciaire des groupes de sociétés », *LPA* 19 févr. 1988, n° 22, p. 18 ; F. DERRIDA, « L'unité d'entreprise est-elle une cause autonome d'extension de la procédure de redressement judiciaire ? », in *Mélanges Durrupé*, 1991, p. 29 ; F. AUBERT, M.-C. PINIOT, « La personnalité morale des sociétés face au droit des procédures collectives dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation : de la confrontation à la conciliation », in *Mélanges Bézard*, éd., Petites affiches – Montchrestien, 2002, 287.

créer une société, la jurisprudence par son pouvoir créateur a imaginé la théorie de la confusion des patrimoines et de fictivité des sociétés pour étendre la procédure collective à d'autres sociétés. Cette extension permet d'associer plusieurs personnes dans une même procédure afin que leurs patrimoines soient considérés *indivisibles*. En réalité, le principe d'autonomie des patrimoines *saute* et une *seule* procédure est appliquée à deux ou plusieurs sociétés, surtout appartenant au même groupe³⁷⁰ lorsqu'il y a confusion des patrimoines ou fictivité des sociétés³⁷¹. La personnalité morale³⁷² des entreprises placées en procédure collective est en pratique transparente.

38.- Extension de la procédure pour confusion des patrimoines³⁷³. L'enrichissement du patrimoine nécessaire au paiement des créances salariales peut se réaliser par l'extension de la procédure collective à cause de la confusion des patrimoines. La confusion des patrimoines³⁷⁴ s'oppose à la fictivité de la société³⁷⁵, mais les deux sont les causes de l'extension de la procédure collective. En effet, la confusion des patrimoines exprime l'idée qu'il y a eu

³⁷⁰ Cass. civ. 3e, 6 janv. 1993, *RJDA* 1993, 643 ; P. DIENER, « Mandat d'exploitation et redressement judiciaire », *JCP* 1992, I, 196.

³⁷¹ D. VIDAL, *Droit de l'entreprise en difficulté*, 3^e éd., Gualino /Lextenso, 2010, p. 27.

³⁷² P. DURAND, « L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé », in *Mélanges Ripert*, LGDJ, 1950, t. 1, n° 2, p. 140 ; P. MAULAURIE, « La nature juridique de la personnalité morale », *Deffrénois*, 1990, art. 34848, p. 1068 ; E. SAVAUX, « La personnalité morale en procédure civile », *RTD civ.* 1995, p. 1 ; R. LIBCHABER, « Réalité ou fiction ? Une nouvelle querelle de la personnalité est pour demain », *RTD civ.* 2003, p. 171 ; J. HAUSER, « Les difficultés de recodification : les personnes », in *Le Code civil 1804-2004. Livre bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 206 ; N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé. Éléments pour une théorie*, préf. B. Petit, LGDJ, 2004, p. 29 ; F. ZÉNATI-CASTAING, T. REVET, *Droit des personnes*, PUF, coll. « Manuel », 2006, n° 2, p. 15 ; P. JACQUES, *RTD civ.* 2008, p. 69 ; N. MATHEY, « Les droits et libertés fondamentales des personnes morales de droit privé », *RTD civ.* 2008, p. 207 ; G. CHIRON, *La personnalité morale des sociétés depuis le XIX^e siècle en France, en Allemagne et en Angleterre*, Thèse Paris 2, dir. A. Castaldo, 2008, pp. 121 et s.

³⁷³ F. GISSEROT, « La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de la faillite ? », *RTD com.* 1979, p. 49 ; TRICOT, « La confusion des patrimoines et les procédures collectives », *Rapport Cour Cass.* 1998, p. 165 ; F. REILLE, *La notion de confusion des patrimoines cause d'extension des procédures collectives*, Thèse Montpellier 1, 2005, Litec, coll. « Bibl. dr. entreprise », t. 74, 2006 ; E. MOUIAL BASSILANA, « Le montage SCI/société d'exploitation à l'épreuve de la confusion des patrimoines pour « relations financières anormales » », note sous Cass. com. 13 sept. 2011, n° 10-24.536, *SCI Just'In c/ Sté System'D (FD)*, *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 1, p. 63 ; I. PARACHKEVOVA, « Confusion des patrimoines fondée sur l'anormalité des relations financières : des précisions sur la sous-facturation et sa preuve », note sous Cass. com. 5 juin 2012, n° 11-17.486, *SCI GN*, *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 9, p. 644.

³⁷⁴ Cass. com. 15 févr. 2000, *RJDA* 2000, n° 1003 ; J.-F. BARBIÉRI, « Associés et obligataires d'une société faillie », *LPA* 1992, n° 61, p. 34 ; D. TRICOT, « La confusion des patrimoines et les procédures collectives », *Rapport de la Cour de cassation* 1997, p. 169 ; M. CABRILLAC, « L'extension de la procédure collective du commerçant à son conjoint collaborateur », in *Mélanges A. Honorat*, éd. Frison-Roche, p. 81 ; B. VAILLANT, « Les cas de figure de confusion des patrimoines au regard des procédures collectives », *D. aff.* 1999, n° 146, p. 154 ; P. DELMOTTE, « Les critères de la confusion des patrimoines dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Panorama de jurisprudence 1998-2006 », *RJDA* 6/06, p. 539 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Le rôle de la jurisprudence dans le passage du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », in *Le bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz, 2007, p. 135.

³⁷⁵ Cass. com. 8 févr. 1994, *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 394 ; 13 oct. 1998, *RTD com.* 1999, 189, obs. Laude ; 24 oct. 1995, *D. affaires* 1995, 202 ; *Dr. sociétés* 1995, n° 238, obs. Chaput ; *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 158, note Scholer.

confusion des comptes ou des flux financiers anormaux entre les personnes morales³⁷⁶. La Cour de cassation retient la confusion des patrimoines même, lorsqu'il y a « interdépendance économique » entre les sociétés³⁷⁷. Si la confusion de patrimoines nécessitant l'extension de la procédure collective est souvent constatée dans la gestion des sociétés civiles immobilières³⁷⁸, elle s'accroît désormais en ce qui concerne l'organisation des groupes des sociétés. En ce sens, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé que « l'état de cessation des paiements s'apprécie pour chaque société du groupe par comparaison de l'actif disponible et du passif exigible lequel peut comprendre le compte courant de la société mère qui n'entend plus soutenir sa filiale. Lorsque l'état de cessation des paiements est établi, les biens du demandeur ne peuvent empêcher l'ouverture de la procédure collective »³⁷⁹. En effet, les mandataires de justice et les salariés n'hésitent pas à demander l'extension de la procédure collective ouverte à l'encontre d'une filiale à la société mère pour confusion de patrimoines³⁸⁰. Toutefois, la Cour de cassation a décidé que les conventions de gestion de trésorerie et de change, des échanges de personnel et les avances de fonds par la société mère ne caractérisent pas automatiquement les flux financiers anormaux qui pourraient occasionner une confusion des patrimoines de la filiale et de la société mère³⁸¹. Dans cette lignée, elle a décidé que le fait d'avoir les dirigeants ou les associés communs, le même objet social, la centralisation de la gestion ou la constance des relations commerciales ne suffisent pas à caractériser la confusion des patrimoines³⁸². Ce faisant, lorsqu'une holding verse les avances en compte courant dans le cadre d'une convention de trésorerie à sa filiale ne constitue pas un

³⁷⁶ Cass. com. 26 avr. 2000, *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 693 ; 16 mai 2006, n° 05-14.595, B. 122 ; Cf., A. LAUDE, obs., *RTD com.* 1999, 189

³⁷⁷ Cass. com. 26 mai 1997, Château de la Louve c/ SCP Duval-Forest ès qual., *Defrénois* 1998, p. 1292, note H. Hovasse.

³⁷⁸ C. CUTAJAR, « Le montage société civile immobilière/société d'exploitation à l'épreuve de l'extension jurisprudentielle de la procédure collective », *Bull. Joly Sociétés*, nov. 1999, p. 1057 ; M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « La société civile, outil de séparation des patrimoines », *Dr. et patr.* 2004, n° 128, p. 63 ; H. BERTHOUD-RIBAUTE, « Le sort de la société civile immobilière dans la procédure collective », *RTD com.* 2003, 259.

³⁷⁹ Cass. com. 3 juill. 2012, n° 11-18.026 (FS-PB), Sté Sodimédical ; N. PELLETIER, *La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, Thèse Paris I, 2011 et « L'influence du groupe de sociétés sur les droits des salariés d'une filiale en difficulté », *Bull. Joly Sociétés*, 2012, n° 9, p. 631.

³⁸⁰ TGI Béthune, 11 avr. 2003, *Metaleurop*, *Act. proc. coll.* 2003, n° 95, obs. Soinne ; CA Douai, 2^e ch., sect. 1, 2 oct. 2003, *D.* 2003, note A. Liénhard ; *Rev. proc. coll.* 2004, 123, note. Allain.

³⁸¹ Cass. com. 19 avr. 2005, *Bull. civ.* IV, n° 92, p. 95 ; *D.* 2005, 1225, note A. Liénhard ; *RTD com.* 2005, 541, obs. Champaud et Danet ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 690, note Saint-Alary-Houin ; *Gaz. Pal.* 2005, p. 3, note Lebel ; *JCP* 2005, II, 10088, note Nourru et Menjucq ; Cf., B. GRELON, C. DESSUS-LARRIVE, « La confusion des patrimoines au sein d'un groupe », *Rev. Sociétés*, 2006, n° 2, p. 281.

³⁸² Cass. com. 11 mai 1993, *Bull. civ.* IV, n° 187 ; *D.* 1993, IR, 195 ; 5 avr. 1995, *Rev. Sociétés* 1994, 318, note Guyon ; 16 janv. 2001, *Dr. et patr.* 2001, 107, obs. Porocchia ; 8 janv. 2002, *Dr. sociétés* 2002, n° 110, note Legros.

mouvement financier anormal pouvant caractériser la confusion de patrimoines³⁸³. La Cour de cassation retient généralement la confusion des patrimoines lorsqu'une société ne paie pas la dette qu'elle doit à une autre sans pour autant que la société créancière ne réagisse³⁸⁴. Il en résulte que l'extension de la procédure collective à d'autres sociétés distinctes de celle qui est placée en procédure collective est favorable au paiement des créances salariales privilégiées car les droits réels des salariés vont s'appuyer également sur les biens meubles et immeubles des sociétés auxquelles la procédure est étendue. Mais la confusion des patrimoines n'est pas la seule cause d'une telle extension : il y a aussi la fictivité de la société.

39.- Extension de la procédure pour fictivité de la personne morale³⁸⁵. Les droits de préférence des salariés nécessaires au paiement de leurs créances peuvent s'appuyer également sur le patrimoine d'autres sociétés que leur employeur, s'il y a fictivité de la personne morale. En effet, la notion de fictivité de la personne morale n'est pas figée³⁸⁶ ; elle s'apprécie en fonction des conditions de formation d'une société et principalement l'absence de l'*affectio societatis*, c'est-à-dire la volonté des associés à s'unir. Il peut également s'apprécier à l'égard des tiers, par l'apparence de l'existence d'une personne morale. Si certains auteurs ont souligné que l'acceptation de l'apparence de l'existence de la personne morale est plus pertinente dans le cadre des procédures collectives³⁸⁷, cette notion est distincte de la confusion des patrimoines³⁸⁸. Elle est distincte parce que la fictivité exprime l'absence de la personnalité morale, alors que la confusion des patrimoines manifeste une imbrication des mouvements financiers qui créent un désordre dans les patrimoines des personnes concernées. Elles produisent en définitive les mêmes effets.

³⁸³ CA Versailles, 2 avr. 2002, *JCP E* 2002, n° 41, p. 1627, note Couret ; *Bull. Joly Sociétés* 2002, 923, note Le Nabasque ; *Dr. sociétés* 2002, n° 221, note F.-X. Lucas ; *D.* 2002, somm. 3266, obs. Hallouin ; G. TEBOUL, « Les conventions intragroupe et les procédures collectives », *LPA* 2005, n° 105, p. 5.

³⁸⁴ Cass. com. 7 janv. 2003, *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 405, note F.-X. Lucas.

³⁸⁵ Cass. com. 29 mai 1990, *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 801 ; 15 janv. 1991, *Bull. Joly Sociétés* 1991, p. 424 ; 13 oct. 1998, *RTD com.* 1999, 189, obs. Laude ; F. DERRIDA, « L'unité d'entreprise est-elle une cause autonome d'extension d'une procédure de redressement judiciaire? », in *Mélanges offertes à J. Durrupé*, p. 29 ; I. PARACHKVOVA, « Retour sur la définition et la sanction de la société fictive », note sous Cass. com. 4 oct. 2011, n° 09-16.793, Sté SAM (FD), *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 1, p. 19.

³⁸⁶ Cf., M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit commercial. Entreprises en difficulté*, préc., p. 167 ; C. HANNOUN, « Extension de procédure et faits postérieurs au jugement d'ouverture », obs. Cass. com. 28 nov. 2000, *Act. proc. coll.* 19 janv. 2001, p. 1 ; *Bull. Joly Sociétés* 2001, n° 67, obs. Saintourens.

³⁸⁷ M. JEANTIN, P. LE CANNU, préc., p. 167.

³⁸⁸ B. SOINNE, « Identité ou diversité des notions de fictivité et de confusion des patrimoines », *LPA* 1995, n° 146, p. 12 ; J.-F. BARBIÉRI, « Confusion des patrimoines et fictivité des sociétés », *LPA* 1996, n° 129, p. 9 ; B. SOINNE, « Unité ou diversité des notions de fictivité et de confusion des patrimoines : péripétie ou point final ? ». À propos de Cass. com., 17 févr. 1998 », *LPA* 1998, n° 70, p. 22.

40.- Effets de l'extension de la procédure collective. L'extension de la procédure collective à d'autres sociétés emporte des conséquences importantes. Les sociétés en cause sont, en effet, considérées comme une *seule personne morale*³⁸⁹ et soumises à une *seule procédure collective*³⁹⁰. Néanmoins, la jurisprudence fait subsister l'autonomie patrimoniale des sociétés impliquées dans la procédure unique en cas de confusion des patrimoines³⁹¹. Dans cette optique, le groupe de sociétés qui est composé des sociétés impliquées dans la procédure commune ne devient pas une personne morale distincte³⁹². En ce sens, le droit de l'Union européenne permet l'ouverture d'une procédure principale dans le pays où se situe, le centre des intérêts principaux et les procédures secondaires dans les autres pays³⁹³. Dans cette perspective, l'extension de la procédure collective peut également être envisagée au niveau européen en cas de confusion des patrimoines³⁹⁴.

L'extension de la procédure collective permet en somme aux salariés d'avoir une assiette large afin de mettre en œuvre leurs privilèges³⁹⁵. Le patrimoine commun des sociétés soumises à la procédure unique est *plus important* que celui d'un débiteur principal seul³⁹⁶. Cet enrichissement est favorisé par la perméabilité de la personnalité morale permettant d'endiguer la fraude qui pourrait entraîner la *fuite* ou la *mise à l'écart* des actifs à travers des montages sociétaires complexes. Elle évite également l'évasion fiscale ou le déniement de la mise en place de véritables plans de sauvegarde de l'emploi. Cette assiette ne bénéficie qu'aux personnes qui ont une certaine qualité, car la portée des mécanismes de protection de droit commun se limite à un cercle défini.

³⁸⁹ Cass. com. 28 mai 1991, *Bull. civ. IV*, n° 182 ; *RTD civ.* 1992, 103, obs. Mestre ; 9 mai 1995, *D.* 1996, 322, note Loiseau.

³⁹⁰ Cass. com. 28 mai 2002, *Dr. sociétés* 2003, p. 23, note J.-P. Legros ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les effets de la confusion des patrimoines et de la fictivité des sociétés en redressement judiciaire, Unité ou dualisme ? », in *Prospective économique*, Dialogue avec M. Jeantin, *D.* 1998, p. 451.

³⁹¹ Cass. com. 26 mai 1999, *LPA* 1999, n° 129, p. 8 ; F. DERRIDA, in *Mélanges M. Cabrillac*, p. 687.

³⁹² Cass. com. 2 avr. 1996, *Bull. Joly Sociétés* 1996, note Le Cannu.

³⁹³ Règl. (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité ; P. HAMEAU, M. RAIMON, « Les faillites internationales. Approche européenne », *RDAl* 2003, 645 ; R. DAMMANN, « Droit européen des procédures d'insolvabilité : problématique des conflits de juridictions et de forum shopping », *D.* 2005, chron. 1779.

³⁹⁴ R. DAMMANN, G. PODEUR, « Les groupes de sociétés face aux procédures collectives », *Rev. Lamy dr. aff.* Mai 2007, p. 65 ; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 3^e éd., Montchrestien, Coll. « Domat droit privé », 2011, p. 475 ; « Droit européen et confusion des patrimoines », *LPA* 2012, n° 120, p. 6.

³⁹⁵ Cass. com. 6 févr. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 35 ; 2. nov. 1993, *D.* 1994, IR p. 5 ; 2 mars 1999, *LPA* 1999, n° 65, p. 9 ; *D. aff.* 1999, n° 155, p. 560.

³⁹⁶ Cf., C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Défaillance économique », *Dr. et patr.* 2009, chron. p. 109.

Paragraphe 2 : La qualité du bénéficiaire des droits de préférence

41.- Le statut requis. Les créances dont l'employeur est débiteur ne bénéficient pas toutes des droits de préférence permettant leur paiement par préférence aux autres créances sur les actifs de l'entreprise en difficulté. Il faut justifier d'un statut particulier pour en bénéficier. Le salarié a un statut qui a été pris en considération pour l'attribution du privilège général et du superprivilège de salaires. Le privilège général et le superprivilège sont des mécanismes de droit commun³⁹⁷ qui accordent un droit de paiement prioritaire au salarié. La spécificité du statut de salarié découle du contrat de travail. Ce dernier a permis à la Cour de cassation de juger que les salariés n'étant ni associés ni gérants de l'entreprise ne pouvaient assumer le risque de l'entreprise du seul fait qu'ils soient au service de celle-ci³⁹⁸. Parmi les différentes modalités des privilèges³⁹⁹, seules deux peuvent être utilisés pour protéger les créances des salariés dans les procédures collectives. Il s'agit du privilège général et du superprivilège de salaires. Ces privilèges légaux garantissent le paiement des créances nées avant le jugement d'ouverture⁴⁰⁰. La jurisprudence leur reconnaît la nature de sûretés. Ainsi, les créances à protéger doivent être déclarées dans la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires du débiteur⁴⁰¹. Par conséquent, le statut de salarié est une qualité commune pour le bénéfice du privilège général et le superprivilège de salaires (A), même s'il existe, toutefois, des particularismes entre ces deux techniques de protection des salaires (B).

A. Le statut de salarié

42.- Existence du contrat de travail. Le bénéfice du droit de préférence permettant le règlement prioritaire de la créance est attribué aux personnes qui sont liées à l'employeur par

³⁹⁷ T. METEYE, A. ARSEGUÉL, « Salaires et accessoires, privilèges et garanties, régime de garantie des salaires », *Juris-Cl. com.*, fasc. n° 26, p. 30.

³⁹⁸ Cass. soc. 22 juin 1993, *D.* 1993, IR, 177 (Si la créance est portée sur un compte, elle est considérée comme payée et le privilège n'a plus de raison d'être) ; G.-H. CAMERLYNCK, G. LYON-CAEN, *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis », 11^e éd., n° 311 ; J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012, préc.

³⁹⁹ B. OPPÉTTIT, « La décodification du droit commercial », *Mélanges Rodière*, 1997, spéc. p. 202 ; P. DELEBECQUE, « Analyse des privilèges », *J.-Cl. civ.*, art. 2092 à 2113, Fasc. 1 et 2.

⁴⁰⁰ Cass. civ. 3^e, 23 mai 1995, B. 131, *RTD civ.* 1995, 206, obs. Crocq.

⁴⁰¹ Cass. com. 4 juill. 2000 et Cass. com. 9 janv. 2001, *RTD civ.* 2001, 399, obs. Crocq.

une relation de travail. Les contrats établissant une relation de travail ont été multipliés⁴⁰². La multiplication de ses contrats a des effets sur le régime de protection des créances des titulaires de ces contrats. La relation de travail, la plus répandue, est celle qui résulte de la conclusion d'un contrat de travail.

En effet, les mécanismes de protection de droit commun des créances salariales sont naturellement attribués *a priori* aux salariés⁴⁰³. La qualité de salarié résulte de l'existence d'un contrat de travail⁴⁰⁴ qui induit l'application des dispositions sociales. Ainsi, les articles 2331, 4° ; 2375, 2° du Code civil et l'article L. 3253-2 du Code du travail⁴⁰⁵ se réfèrent à la qualité de salarié pour attribuer le bénéfice du privilège général et du superprivilège des salaires. Toutefois, la notion de salarié n'a pas reçu de définition légale. La jurisprudence a dégagé trois critères permettant la détermination du statut de *salarié*. Ces critères se recoupent avec ceux qui définissent le contrat de travail⁴⁰⁶. Est salariée, la personne physique qui s'engage à exécuter un travail pour un employeur par la conclusion d'un contrat de travail⁴⁰⁷, qui le place sous la subordination de ce dernier, qui est tenu de lui verser, en contrepartie, un salaire ou un traitement⁴⁰⁸. Les notions de rémunération et de contrat étant déjà abordées⁴⁰⁹, le

⁴⁰² Pour l'étude détaillée des contrats établissant la relation de travail, cf., J.-M. VERDIER, A. COEURET, M.-A. SOURIAU, *Droit du travail, vol. 2, Rapports individuels*, 16 éd., 2011, p. 35 ; B. GÉNIAUT, « Les rapports appréhendés par le droit du travail, branche du droit », *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1494, suppl., p. 28 et s.

⁴⁰³ Cass. ass. plén. 4 mars 1983, *Bull. civ.* n° 3 ; *D.* 1983, p. 381, concl. Cabannes ; *D.* 1984, IR, 164, obs. Béraud. Cf., P. CUCHE, « La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique », *D. H.* 1932, chron. p. 101 ; P. LOKIEC, *Droit du travail, Les relations individuelles de travail*, t. 1, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 2011, p. 331 et s.

⁴⁰⁴ C. trav., art. L. 3253-1 : « Les créances résultant du contrat de travail sont garanties dans les conditions prévues au 4° de l'article 2331 et au 2° de l'article 2375 du Code civil, relatif aux privilèges sur les biens mobiliers et immobiliers du débiteur. En outre, en cas de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, elles sont garanties, conformément aux articles L. 625-7 et L. 625-8 du Code de commerce, dans les conditions prévues aux articles L. 3253-2 à L. 3253-21 » ; J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2012, p. 323.

⁴⁰⁵ C. com., art. L. 625-9.

⁴⁰⁶ Cf., J.-J. DUPEYROUX, « Contrat de travail et garantie des ressources », in *Études offertes à G.-H. Camerlynck*, Dalloz, 1978, p. 83 ; J.-E. RAY, « De Germinal à Internet. Une nécessaire évolution du critère du contrat de travail », *Dr. soc.* 1995, n° 7-8, p. 634 ; T. AUBERT-MONPEYSSSEN, « La définition du salariat par la loi Madelin », *LPA* 1995, n° 114, p. 14 ; P. COURSIER, « La charge de la preuve du contrat de travail », *TPS* 2000, n° 10, p. 3 ; J. SAVATIER, « Vie communautaire et contrat de travail. À propos de Soc. 20 janvier 2010, Association La Croix glorieuse », *Dr. soc.* 2010, n° 6, p. 623.

⁴⁰⁷ Cass. ass. plén. 17 déc. 1965, n° 64-10.476, *Bull. civ. ass. plén.*, p. 2 ; 17 déc. 1965, n° 64-11.548, *Bull. civ. Ass. plén.*, p. 3.

⁴⁰⁸ Cf., *supra*, n° 2 ; P. DURAND, « Rémunération du travail et socialisation du droit », *Dr. soc.* 1942, p. 83 ; F. PIPPI, *De la notion de salaire individuel à la notion de salaire social*, LGDJ, 1966 ; G. LYON-CAEN, « Les travailleurs et les risques économiques », *D.* 1974, chron. 613 ; G. COUTURIER, « La rémunération, élément du contrat de travail », *Dr. soc.* 1998, p. 523 ; C. AUBERT, T. AUBERT-MONPEYSSSEN, « L'individualisation de la rémunération : approches économiques et juridiques », *Rapport de l'IREC pour la CFE-CGC*, mars 2005 ; J. DE ROMEFORT, « Pas de retenue sur le salaire sans salaire : truisme ou sophisme ? », *RDT* 2007, p. 290 ; S. MAURY, « Sur la rémunération au mérite : emprunter les techniques du privé pour moderniser l'État ? », *Dr. soc.* 2008, p. 468, P. MORVAN, « Le nouveau droit de la rémunération », *Dr. soc.* 2008, p. 643 ; G.

paradigme, c'est-à-dire la règle de subordination juridique⁴¹⁰ seulement est examiné, afin d'exclure d'autres types de contrats du champ des privilèges garantissant les créances dont l'employeur peut être débiteur.

43.- Implications de la subordination juridique. Le bénéficiaire du privilège général et du superprivilège est la personne qui est sous la subordination de l'employeur. En effet, le salariat s'est construit sur le paradigme de la subordination juridique⁴¹¹. Cette dernière est caractérisée par le pouvoir exercé par l'employeur commanditaire de la prestation de travail sur le salarié. Elle s'oppose à la subordination économique qui ne génère pas un contrat de travail⁴¹². Or, dès qu'il y a subordination juridique, la jurisprudence conclut qu'il y a forcément contrat de travail⁴¹³. Dans cette perspective, le critère de subordination juridique permet de distinguer le salarié du travailleur indépendant que les rémunérations ne peuvent bénéficier des privilèges en cas de défaillance de l'employeur car il n'est pas soumis à la subordination d'un employeur. Sa créance n'aurait donc pas de nature alimentaire nécessaire à la concession des privilèges et diverses dispositions protectrices du Code du travail.

Par conséquent, le travailleur indépendant⁴¹⁴ qui n'est pas sous le régime du *salariat* ne peut bénéficier des privilèges de salaires, même si l'incitation à la responsabilisation des salariés dans les nouveaux modes d'organisation du travail assouplit la distinction entre le *travail indépendant* et le *salariat*⁴¹⁵. Le travailleur indépendant qui est soumis au droit civil ou au

COUTURIER, « De quoi le salaire est-il la contrepartie ? », *Dr. soc.* 2011, p. 10 ; P. RODIÈRE, « Le salaire dans les écrits de Gérard Lyon-Caen », *Dr. soc.* 2011, n° 1, p. 6 ; G. COUTURIER, « De quoi le salaire est-il la contrepartie ? », *adde*, p. 10 ; P.-Y. VERKINDT, « Vivre dignement de son travail : entre salaire et revenu garanti », *adde*, p. 18 ; J.-P. CHAUCHARD, « L'évitement du salaire », *adde*, p. 32.

⁴⁰⁹ Cf., *supra*, Introduction, n° 2, *Salaire et contrat de travail*.

⁴¹⁰ Cass. civ. 2^e, 6 avr. 2004, n° 02-30.859 ; 2 mars 2004, n° 02-31.092.

⁴¹¹ Cf., A. JEAMMAUD, « Les polyvalences du contrat de travail », in *Mélanges Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 299 ; T. AUBERT-MONPEYSSSEN, « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail », *Dr. soc.* 1997, p. 616 ; A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000, p. 131 ; E. DOCKÈS, « La notion de contrat de travail », *Dr. soc.* 2011, p. 546.

⁴¹² La Cour de cassation a rejeté le critère de la dépendance économique pour la qualification du contrat de travail dans l'affaire des gérants libres de station-service (Cass. soc. 18 nov. 1981, n° 80-12.526, *Bull. civ.* V, p. 665 ; 14 juin 1989, n° 86-17.867 ; 23 nov. 1989, n° 87-10.407).

⁴¹³ Cass. soc. 9 mai 2001, n° 98-46.158, *Bull. civ.* V, n° 155.

⁴¹⁴ Il s'agit notamment de l'externalisation, sous-traitance, réseaux de distribution, télétravail, etc. Cf., J.-E. RAY, « Le droit du travail à l'épreuve du télétravail : le statut du télétravailleur », *Dr. soc.* 1996, n° 2, p. 125 ; P.-H. ANTONMATTÉI, J.-C. SCIBERRAS, « Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ? », *Dr. soc.* 2008, p. 221.

⁴¹⁵ G. LYON-CAEN, *Le droit du travail non salarié*, éd. Sirey, Paris, 1990, pp. 1 et s. ; T. REVET, « L'objet du contrat de travail », *Dr. soc.* 1992, p. 860 ; J. LOJKINE, *La révolution informationnelle*, PUF, Paris, 1993 ; J.-E. RAY, « De Germinal, à Internet. Une nécessaire évolution du critère du contrat de travail », *Dr. soc.* 1995, p. 634 ; P. CHAUMETTE, « Quel avenir pour la distinction travail dépendant/indépendant ? », in *Le travail en perspectives*, sous la dir. A. Supiot, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 79 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, « Le

droit commercial en fonction de la nature de son action⁴¹⁶, n'a pas un statut général stable tel que celui du salarié soumis au Code du travail. Le lien de subordination juridique⁴¹⁷ permet d'assurer la prééminence du statut de salarié sur celui de travailleur indépendant car, l'ordre public social rend le statut de salarié indisponible⁴¹⁸.

Le droit de l'Union européenne, à la différence du droit français, emploie le terme de travailleur salarié⁴¹⁹ pour mieux le distinguer du travailleur indépendant ou du travailleur de la fonction publique. Le travailleur indépendant n'est pas, en revanche, un professionnel indépendant au sens de l'article L. 620-2 du Code de commerce⁴²⁰.

De même, s'il a été envisagé d'étendre les dispositions du Code du travail au travailleur économiquement dépendant qui se distingue du salarié dépendant juridiquement et du travailleur indépendant⁴²¹, le bénéfice des privilèges est exclu pour ce travailleur, car il faut qu'il y ait une dépendance juridique et non économique. Il en est de même du travailleur bénévole qui, en dépit de sa subordination⁴²², n'a pas de salaire à garantir⁴²³. Le bénévolat

contrat de travail défini par son objet », in *Le travail en perspectives*, préc., p. 101 et s. ; A. SUPIOT (Rapport), *Au-delà de l'emploi*, éd., Flammarion, 1999, p. 25 et s. ; A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination juridique », *Dr. soc.* 2000, p. 131 et s.

⁴¹⁶ Cf., P. RODIÈRE, C. CHAMPAUD, « À propos des pompistes de marque », *JCP* 1966, I, p. 1988 ; E. SCHAEFFER, « Le pompiste en station-service », *JCP* 1972, I, 2503 ; F. DEROY, « La vérité sur le faux travail indépendant », *Dr. soc.* 1995, p. 638 ; L. AMIEL-COSME, note sous Cass. com. 3 mai 1997, *D.* 1997, p. 10.

⁴¹⁷ Cf., J.-J. DUPEYROUX, note sous Cass. soc. 13 nov. 1996, *Dr. soc.* p. 1067 ; J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. Précis », 2012, n° 122 et s.

⁴¹⁸ G. CORNU, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, 4e éd., n° 339 ; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil, Introduction*, t. 1, p. 175, n° 99, cité par L. ROZES, « Remarques sur l'ordre public en droit du travail », *Dr. soc.* 1977, p. 311, note 3 ; G. COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Mélanges Flour*, p. 95 et s.

⁴¹⁹ Cf., L. DRIGUEZ, « Notion de travailleur salarié », *Europe*, 2008, n° 10, p. 23, note sous CJCE, 17 juill. 2008, Raccanelli, aff. C-94/07 ; E. JEANSEN, « Droit social européen. Notion de travailleur au sens du règlement 1408/71 », *JCP S* 2011, n° 26, pp. 47-48, note sous CJUE, 10 mars 2011, aff. C 516/09, Tiroler Gebiets Krankenkasse.

⁴²⁰ Cass. com. 12 nov. 2008, n° 07-16.998, P+B+R+I et n° 07-15.648, D.

⁴²¹ V., G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ, 1986, coll. « Bibl. dr. privé, t. n° 190, préf. J. Ghestin ; A. PERULLI, *Travail économiquement dépendant : para-subordination : les aspects juridiques, sociales et économiques*, 2003 ; F. DE BOUARD, *La dépendance économique née d'un contrat*, Bibl. de l'Institut A. Tunc, t. 13, préf. G. Viney, LGDJ, 2007 ; E. PESKINE, « Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie », *RDT* 2008, p. 371 ; J. BARTHELEMY, « Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *Les Cah. du DRH*, juin 2008, p. 35 ; « Para-subordination », *ibid.*, p. 27 ; F. VALDÈS DAL-RÉ, O. LECLERC, « Les nouvelles frontières du travail indépendant. À propos du statut du travail autonome espagnol », *RDT* 2008, p. 296 ; F. HUREL, Rapport à H. Novelli, *En faveur d'une meilleure reconnaissance du travail indépendant*, 10 janv. 2008, p. 20 ; J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 26^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2011, n° 260.

⁴²² Cass. soc. 29 janv. 2002, n° 99-42.697.

⁴²³ J.-J. DUPEYROUX, « Travail et activité sociale », *Dr. soc.* 1995, n° 1, p. 24 ; J. SAVATIER, « Activités bénévoles et statut de chômeur », *Dr. soc.* 1996, n° 6, p. 593, note sous Cass. crim. 27 févr. 1996 ; C. WILLMANN, « L'activité bénévole du chômeur », *Dr. soc.* 1999, n° 2, p. 162 ; F. DE GUILHEME, « Le statut

existe fréquemment dans les associations. Mais il est également permis à l'employeur dont les salariés sont en grève de faire appel à des bénévoles afin de poursuivre son activité⁴²⁴. Toutefois, malgré ces exclusions pour défaut de qualité de salarié, le bénéfice des droits réels garantissant des salaires a été accordé à d'autres personnes que le salarié titulaire du contrat de travail, à proprement parler. La protection des créances a été étendue aux titulaires des contrats voisins du contrat de travail dès lors qu'ils établissent une relation de travail.

44.- Extension du bénéfice aux contrats voisins. La protection du privilège général et du superprivilège des rémunérations ne se limite plus aux créances des titulaires de contrats de travail. Elle bénéficie également désormais aux titulaires des contrats voisins qui établissent une quelconque relation de travail. Ces derniers sont assimilés aux salariés, mais il est parfois délicat d'identifier la subordination juridique dans ces contrats.

D'abord, les mécanismes de protection des créances salariales de droit commun sont accordés aux titulaires de contrats d'apprentissage⁴²⁵. Le contrat d'apprentissage est un accord de volontés⁴²⁶, entre un jeune de 16 à 25 ans non qualifié, qui intègre une entreprise sous la

du bénévole et la frontière avec le salariat. Déflagration aux formations », *Gaz. Pal.* 1999, n° 330, p. 45 ; D. BOULMIER, « L'insertion au sein d'une communauté Emmaüs est exclusive de la caractérisation d'un contrat de travail », note sous Cass. soc. 9 mai 2001, Communauté Emmaüs de la Pointe Rouge c/ Miralles Barons, *JCP E* 2001, n° 45, p. 1777 ; J. SAVATIER, « La distinction du contrat de travail et des services bénévoles fournis dans le cadre d'une association », *Dr. soc.* 2002, n° 5, p. 490 ; M. MORAND, P. COURSIER, « Le contrat de travail solidaire », *Dr. soc.* 2003, n° 2, p. 155 ; J. SAVATIER, « Le travail non marchand », *Dr. soc.* 2009, n° 1, p. 73, note sous Cass. soc. 29 janv. 2002, Ass. Croix Rouges Française c/ M. Huon et a., n° 99-42.697.

⁴²⁴ H. SELLAMI, « Le remplacement des grévistes dans les entreprises privées », *RPS* 1999, p. 151 ; C. RADÉ, « L'entreprise, le bénévole et le gréviste », obs. sous Cass. soc. 11 janv. 2000, *Bull. civ. V*, n° 15 ; *D.* 2000, 369 ; *Dr. ouvr.* 2000, p. 252, note A. de Sanga ; M.-C. HALLER, « Grève : Le recours au bénévolat peut être licite », *Jurispr. soc. Lamy* 2000, n° 52, p. 12.

⁴²⁵ C. trav., art. L. 6211-1 et s. ; S. BALLEET, « La réforme de l'apprentissage », *Dr. ouvr.* 1988, p. 493 ; PAILLISSER, *Sem. soc. Lamy* 1996, n° 798, suppl. ; J.-Y. KERBOUC'H, *Dr. soc.* 2005, 427 ; B. LARDY-PÉLISSIER, « Formation d'apprenti junior », *RDT* 2006, p. 20 ; J.-VERDIER, A. COEURET, M.-A. SOURIAU, *Droit du travail, vol. 2, Rapports individuels*, 16^e éd., Dalloz, 2011, p. 29 ; C. WILLMANN, « Réforme de l'apprentissage, des stages en entreprise : la loi n° 2011-893 du 7 juin 2011 sur l'accès des jeunes aux formations en alternance », *Lexbase Hebdo - éd. soc.* 1^{er} sept. 2011, n° 451 ; *JCP G* 29 août 2011, n° 35 p. 1488 (Loi pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels).

⁴²⁶ Cf., Y. BUFFELAN, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, LGDJ, 1963 ; C. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Thèse Bordeaux, 1968, p. 182, n° 90 ; J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969, p. 21 ; J.-M. BELORGEY, B. BOUBLI, M. POCHARD, *Apprentissage, orientation, formation professionnelle*, Librairies Techniques 1974, p. 48, n° 102 ; J. NÉRET, *Le sous-contrat*, LGDJ 1979, pp. 120 et s. ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat*, LGDJ 1980 ; M. DESPAX, J. PÉLISSIER, *La gestion du personnel*, Cujas, t. 1, 1984, p. 171 ; J.-J. DUPEYROUX, « Droit civil et droit du travail, L'impasse », Avant-propos au colloque « *Droit civil et droit du travail* », *Dr. soc.* 1988, p. 373, n° 16 ; A. LYON-CAEN, « Actualité du contrat de travail, brefs propos », *Dr. soc.* 1988, p. 540 ; G. ALPA, « Le contrat « individuel » et sa définition », *Rev. Inter. dr. Comp.* 1988, p. 329 ; J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.* 1990, p. 147 ; A. SUPIOT, « Pourquoi un droit du travail? », *Dr. soc.* 1990, p. 487 ; F. TAQUET, « Promesse d'engagement et contrat d'apprentissage », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 2, p.

tutelle des travailleurs afin d'acquérir un savoir faire, des compétences auprès d'eux⁴²⁷. Aux termes des articles 2331, 4° et 2375, 2° du Code civil, la protection à laquelle bénéficie le salarié profite également à la personne titulaire d'un contrat d'apprentissage⁴²⁸. En ce sens, la Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé récemment que les créances d'un apprenti dont le contrat d'apprentissage est rompu par le liquidateur dans les quinze jours qui suivent la date du jugement d'ouverture bénéficient du superprivilège⁴²⁹. Ce faisant, l'AGS est tenue de prendre en charge si l'employeur est insolvable⁴³⁰. Mais cette décision a été critiquée⁴³¹, car elle a appliqué à l'apprenti les règles réservées à la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée : la prise en charge indemnités équivalentes aux salaires qui auraient dû être perçus si le contrat d'apprentissage arrivait à son échéance.

En effet, le contrat d'apprentissage peut être rompu par l'une des parties durant les deux premiers mois de l'apprentissage⁴³². Au-delà de cette période, le contrat ne peut être valablement rompu que par accord mutuel écrit⁴³³. En dehors de cet accord, il n'y a que le juge prud'homal qui peut prononcer la rupture pour faute grave, manquements répétés de l'une des parties à ses obligations ou, en raison de l'inaptitude à exercer le métier de l'apprenti⁴³⁴. La rupture unilatérale de l'employeur est sans effet et l'oblige au paiement des salaires que le salarié aurait dû percevoir jusqu'à la date de la résiliation du contrat

67, note sous CA Lyon, ch. soc. 25 août 2009, n° 08/075, Chérifi c/ Me Roche ès qualités ; *Jurispr. soc. Lamy* 2011, n° 293, p. 27, note sous Cass. soc. 15 déc. 2010, n° 09-40.678.

⁴²⁷ C. trav., art. L. 6211-1 et s. et D. 6211-1 et s. Cf., P. QUEF, *Histoire de l'apprentissage. Aspects de la formation technique et commerciale*, LGDJ 1964 ; J.-M. SERVAIS, « Pluralité de formes d'emploi et normes de l'OIT », *Dr. soc.* 1989, pp. 136 et s.

⁴²⁸ Cf., F. TAQUET, « Promesse d'engagement et contrat d'apprentissage », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 2, p. 67, note sous CA Lyon, ch. soc. C, 25 août 2009, n° 08/07513, Chérifi c/ Me Roche ès qual.

⁴²⁹ Cass. soc. 23 mai 2000, *Bull. civ. V*, n° 192 ; *RJS* 2000, 577, n° 838 ; 17 juin 2009, n° 08-40.659 ; 7 juill. 2009, n° 08-40.870 ; T. LAHALLE, « Apprentissage : liquidation judiciaire de l'entreprise et cessation du contrat d'apprentissage », *JCP S* 2008, n° 47, p. 17.

⁴³⁰ Cass. soc. 23 mai 2000, *Bull. civ. V*, n° 192 ; *Dr. soc.* 2000, 910, obs. Vatinet ; *RJS* 2000, 577, n° 838 ; F. TAQUET, « Prise en charge des indemnités de rupture du contrat d'apprentissage en cas de liquidation judiciaire », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 5, p. 59, note sous Cass. soc. 7 juill. 2009, n° 08-40.870.

⁴³¹ F.-X. LUCAS, « L'AGS et le droit martyrisés par la chambre sociale », *Bull. Joly Sociétés*, mars 2009 ; A. BOYER, « Un droit social contre-productif dans les entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.* 2010, p. 8 ; T. METEYÉ, « L'évolution du champ d'intervention de l'AGS. De la sécurité juridique à l'insécurité juridique et économique », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, p. 67.

⁴³² C. trav., art. L. 6222-18 ; Cass. soc. 30 sept. 2009, *Bull. civ. V*, n° 216 ; *JCP S* 2009, 1530, note L. Drai ; L. DRAI, « Apprentissage : résiliation du contrat pendant les deux premiers mois », *JCP S* 2009, n° 48, p. 22.

⁴³³ C. trav., art. L. 6222-18 ; Cass. soc. 5 févr. 1992, *Bull. civ. V*, n° 63 ; *D.* 1992, IR 89 ; *JCP E* 1992, II, 308, note Taquet ; 1^{er} févr. 2005, *Dr. soc.* 2005, 682, obs. Roy-Loustaunau ; *RJS* 2005, 297, n° 424 ; 18 mai 2011, n° 10-11.924, F-D, M. S c/ Cne de Lacanau ; J.-M. BELORGEY, B. BOUBLI, M. POCHARD, *Apprentissage, Orientation, Formation professionnelle*, Librairies techniques, 1974, n° 203 ; V. R. SIRI, *La théorie générale des vices du consentement, entre mythe et réalité ?*, PUAM, 2008 ; A. SIRI, *Le mutuius dissensus*. Notion – Domaine – Régime, Thèse Aix-Marseille III, 2011, n° 172 et « Consentement de l'apprenti à la rupture amiable du contrat d'apprentissage », *JCP S* 2011, n° 47, p. 18.

⁴³⁴ C. trav., art. L. 6222-18.

d'apprentissage par le conseil de prud'hommes⁴³⁵. De même, la démission de l'apprenti après les deux premiers mois de la *liberté de rompre unilatéralement* n'est pas une rupture du contrat d'apprentissage⁴³⁶. Seule la résiliation judiciaire peut mettre fin au contrat d'apprentissage à l'expiration de cette date⁴³⁷. Les créances qui résultent de ces ruptures peuvent bénéficier des privilèges de salaires et de la garantie des créances des salariés, si l'employeur n'a pas de fonds disponibles⁴³⁸. Néanmoins, l'attribution du bénéfice des privilèges de paiement ne se limite pas une fois de plus au contrat d'apprentissage. Il est élargi aux conventions d'initiation à la vie professionnelle et de formation.

Ensuite, le bénéfice du droit de préférence lié aux mécanismes de droit commun de protection des créances des salariés est attribué aux titulaires des conventions d'initiation à la vie et de formation alternée. Ces conventions ont été instituées pour permettre aux jeunes d'acquérir une expérience professionnelle. À l'opposé de l'apprentissage, les conventions d'initiation conclues entre le *stagiaire* et l'*employeur* n'ont pas la qualification de contrat de travail⁴³⁹. Toutefois, le juge ne donne pas une interprétation explicite sur la nature de ces conventions. Le Code civil et le Code du travail prévoient que les créances des jeunes en stage d'initiation à la vie professionnelle qui n'est pas un contrat de travail⁴⁴⁰ ainsi que celles résultant des conventions de formation alternée sont aussi protégées⁴⁴¹.

En somme, le champ des bénéficiaires a été étendu jusqu'aux personnes qui ont un contrat qui n'a pas la nature de contrat de travail. Cette extension concerne également les relations qui ne permettent pas d'identifier même l'ombre d'un contrat. C'est l'hypothèse des droits de préférence qui sont attribués à l'enfant qui a travaillé dans l'exploitation agricole du parent décédé pour son salaire différé⁴⁴². Il en est de même du privilège du conjoint survivant d'un chef d'entreprise commerciale ou artisanale qui a participé à l'activité de l'entreprise durant au moins dix ans gratuitement qui a droit à une créance sur la succession⁴⁴³. En effet, il est délicat dans le cadre familial ou conjugal, c'est-à-dire de l'activité domestique d'identifier une

⁴³⁵ Cass. soc. 4 mai 1999, *Bull. civ.* V, n° 183 ; *D.* 1999, 1096, obs. Roy-Loustaunau ; *RJS* 1999, 513, n° 838 ; *TPS* 1999, n° 253 ; 4 juill. 2006, *RDT* 2006, 239, obs. Lardy-Pélissier.

⁴³⁶ Cass. soc. 23 sept. 2009, *Bull. civ.* V, n° 172.

⁴³⁷ Cass. soc. 23 sept. 2008, *RDT* 2008, 735, obs. Vigneau ; *JCP S* 2008, 1612, note Brissy.

⁴³⁸ Cass. soc. 6 juin 2000, *Bull. civ.* V, n° 215 ; *RJS* 2000, 562, n° 812.

⁴³⁹ Cass. soc. 8 nov. 1989, *Jurispr. soc. UIMM*, n° 90-529, p. 282 ; *D.* 1989, IR, 309 ; 17 juin 1990, *Jurispr. soc. UIMM*, n° 90-529, p. 282 ; 11 oct. 1990 et 13 nov. 1990, *Jurispr. soc. UIMM*, n° 91-535, p. 60.

⁴⁴⁰ Cass. soc. 8 nov. 1989, *JCP* 1990, II, 21445 ; *JCP E* 1990, II, 15766, note H. Blaise.

⁴⁴¹ C. civ., art. 2331, 4° ; L. n° 89-488, 10 juill. 1989, art. 6.

⁴⁴² Décret-Loi du 29 sept. 1939, art. 73 ; C. rur., art. 321-21.

⁴⁴³ L. n° 1008, 31 déc. 1989, art. 14.

subordination juridique caractérisant l'activité salariée⁴⁴⁴. L'identification de cette subordination pose également de problèmes lorsque la personne qui réclame le droit de préférence exerce un mandat social ou à la qualité de salarié.

Enfin, les interrogations se posent en ce qui concerne l'attribution des privilèges de droit commun de protection des créances salariales lorsque la personne qui réclame leur bénéfice à l'employeur par un autre type de contrat. Il peut s'agir du titulaire d'un mandat social ou d'un contrat de société, c'est-à-dire l'associé. En effet, il a été souligné que l'attribution des privilèges de droit commun protégeant les créances salariales est intimement lié à l'existence d'un contrat de travail qui place le salarié sous la subordination juridique de l'employeur⁴⁴⁵. Par conséquent, les personnes qui ne sont pas sous la subordination juridique de l'employeur ne peuvent bénéficier de ces mécanismes. Néanmoins, la seule qualité de dirigeant⁴⁴⁶, d'associé de SARL ou SA⁴⁴⁷ n'exclut pas automatiquement le bénéfice de mécanismes de

⁴⁴⁴ Pour la distinction entre le travail et l'activité Cf., F. GAUDU, « Travail et activité », in *Le travail en perspectives*, sous la dir. A. Supiot, LGDJ, Paris, coll. « Droit et société », 1998, p. 589 et s.

⁴⁴⁵ Cass. soc. 5 nov. 1992, arrêt n° 3495 D, Mommeja c/ Castelferron ; 1^{er} déc. 1993, arrêt n° 3780 D, Dos c/ Massart ; 16 déc. 1993, arrêt n° 4168 D, Amauger c/ Chaignaud ; J. BARTHELEMY, « Avocat salarié, avocat collaborateur : quelle différence en 2009 ? », *Dr. soc.* 2009, n° 12, p. 1195, note sous Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 2009, n° 08-12.966 et « Ordre public et droit du travail », *Les Cah. du DRH*, 1^{er} déc. 2010, n° 171, p. 46 ; E. DOCKÈS, « Notion de contrat de travail », *Dr. soc.* 2011, n° 5, p. 546 ; A. COEURET, « Unité de délégation et pluralité d'entreprises. Qui est pénalement responsable de l'accident du travail ? », *JCP S* 2011, n° 4, p. 251, note sous Cass. crim. 23 nov. 2010, n° 09-85.115 ; L. DUCELLIER, « Le contrat de collaboration libérale de l'avocat en danger », *Lexbase Hebd. éd. Professions*, 17 févr. 2011, n° 64, note sous CA Colmar, 7^e ch., 10 janv. 2011, n° 09/00102 ; T. LAHALLE, « Professions et activités particulières – L'absence de subordination juridique du gérant de succursale exclut l'assimilation à un cadre salarié », *JCP S* 2011, n° 19, p. 18, note sous Cass. soc. 12 janv. 2011, n° 09-70.156, SAS Chantemur France ; T. METEYÉ, A. ARSEGUEL, « Salaires et accessoires », *J.-Cl. Travail*, fasc. 26-30, n° 14.

⁴⁴⁶ Cass. com. 29 sept. 2009, Souliers c. Sté BNP Paribas, n° 08-19.777, note A. Lecourt, *Rev. Sociétés* 2010, n° 5-6, p. 314 ; Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 09-71.288, Gisserot c. Sté Qualium Investissement, *JCP S* 2011, n° 2, p. 165 ; A. PIEDELIEVRE, « Le cumul d'un mandat social et d'un contrat de louage de services », *JCP* 1968, I, 2205 ; P. AUVERGNON, « Cumul des fonctions de président d'une SCOP avec un contrat de travail et garantie de l'AGS », *Bull. Joly Sociétés* 2004, n° 5, p. 703, note Cass. soc. 28 janv. 2004, n° 238 FP, AGS et a. c/ X et autres ; F. TAQUET, « Contrat de travail et mandat social », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 2, p. 24, note sous Cass. soc. 16 déc. 2008, n° 07-45.583 ; A. MARTINON, « Preuve du contrat de travail : le mandataire et l'apparence », *JCP S* 2009, n° 46, p. 26, note sous Cass. soc. 16 sept. 2009, n° 08-40.259, Sté Bahia Impérial ; B. SIAU, Cumul du mandat social et d'un contrat de travail, *Lamy Dr. aff.* 2009, n° 44, pp. 53-54, note sous Cass. soc. 5 nov. 2009, n° 08-43.177, D ; F. TAQUET, « Suspension du contrat de travail pendant la durée du mandat social d'un salarié », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 1, p. 44, note sous Cass. soc. 23 sept. 2009, n° 08-41.397 et n° 08-41.415 ; P.-M. Le CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6^e éd., Dalloz 2011, p. 1782-1783 ; G. AUZERO, « Le gérant minoritaire d'une SARL peut être son unique salarié », *Bull. Joly Sociétés* 2010, n° 6, p. 528, note sous Cass. soc. 10 févr. 2010, n° 09-40.383, AGS-CGEA Annecy ; I. CHERADAME, A. SUAIN, « La question du cumul mandat social et contrat de travail des dirigeants », *Option Finance* 2011, n° 1118, p. 36.

⁴⁴⁷ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, 2^e éd., Litec, 1995, p. 1822 ; A. JACQUEMONT, « Privilège des salaires et garantie de paiement », *Juris-Cl. com.*, fasc. 2450, éd., 2007, n° 8.

protection de droit commun, dès lors qu'il existe un contrat de travail entre lui et la société⁴⁴⁸. L'existence du contrat de travail caractérise par conséquent la présence de la subordination juridique. En présence d'un cumul, mandat social et contrat de travail, il faut disséquer la relation entre le dirigeant et la société afin de déterminer le critère de subordination nécessaire à la protection de ses salaires. Il en est de même de l'associé. Les règles de cumul du mandat social et du contrat de travail doivent donc être respectées. Dans cette optique, le cumul des statuts de salarié et de gérant majoritaire d'une société à responsabilité limitée (SARL) ne facilitant pas la preuve de l'existence d'un lien de subordination⁴⁴⁹, la Cour de cassation n'accorde pas le bénéfice de la protection des privilèges aux gérants de ce type de société⁴⁵⁰. De même, l'absence de subordination juridique entre l'employeur et les sociétés de travail intérimaire⁴⁵¹ et les salariés mis à la disposition de la société débitrice par leur employeur⁴⁵² exclut la protection des salaires.

Il en résulte que les mécanismes de protection des créances salariales empruntés au droit commun ne se limitent plus aux titulaires de contrats de travail qui sont soumis au pouvoir de l'employeur. Les personnes en stage ou en formation alternée bénéficient également de ces privilèges, même s'il n'existe pas dans certains cas, une véritable subordination juridique. Toutefois, la jurisprudence est très regardante sur l'application du critère de subordination dans certaines situations. Elle a décidé, le 19 décembre 2000, que le privilège général des salaires n'est pas applicable à la prestation fournie par une entreprise de location de camions avec chauffeur⁴⁵³. Il en est de même pour les personnes qui exécutent des prestations immatérielles⁴⁵⁴. Les privilèges des salaires ne bénéficient qu'aux personnes physiques qui

⁴⁴⁸ Pour le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail, Cf., F. TAQUET, « Suspension du contrat de travail durant l'exercice d'un mandat social », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 5, p. 56 ; J.-C. PAGNUCCO, « Retour sur la possibilité pour le gérant égalitaire de SARL de cumuler mandat social et contrat de travail », *RDT* 2011, n° 7, p. 433 ; C. PUIGELIER, « Contrat de travail. Effets du cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social », *JCP S* 2011, n° 45, p. 21 ; A. COURET, B. DONDERO, « Le cumul d'un mandat social d'administrateur et d'un contrat de travail dans une SA : apport de la loi Warsmann II », *Gaz. Pal.* 2012, n° 130-131, p. 5.

⁴⁴⁹ Cf., P. LE CANNU, « Subordination et recevabilité », *Bull. Joly Sociétés* 1995, n° 9, p. 772, note sous CA Versailles, 5^e ch. sect. B, 12 mai 1995, GARP-FNGS c/ Dentan et a. ; F. MANSUY, « Les obstacles à la reconnaissance de la qualité de salarié des gérants et associés de SARL », *Bull. Joly Sociétés* 1996, n° 9, p. 689, note sous CA Paris 22^e ch. sect. A, 10 avr. 1996, n° 31312/95, Cordier c/ Me Guillemonat et a.

⁴⁵⁰ Cass. com. 28 janv. 1974, n° 72-12.302, *Bull. civ.* IV, n° 31 ; Cass. soc. 7 févr. 1979, *Bull. civ.* V, n° 122 ; *D.* 1979, IR 367, obs. A. Honorat.

⁴⁵¹ Cass. com. 12 juill. 1993, n° 89-21.255, *Bull. civ.* IV, n° 297 ; *D.* 1999, somm. 369, obs. A. Honorat.

⁴⁵² CA Rouen, 2^e ch., 5 avr. 2001, *RJDA* 2002/3, n° 282, p. 238.

⁴⁵³ Cass. com. 19 déc. 2000, n° 98-12.288, *Bull. civ.* IV, n° 206 ; *JCP E* 2001, chron. 756, n° 17, obs. M. Cabrillac ; *JCP E* 2001, chron. P. 1860, n° 20, obs. Ph. Delebecque et Ph. Simler ; *Defrénois* 2001, p. 868, obs. H. Périnet-Marquet.

⁴⁵⁴ Cass. com. 19 déc. 2000, n° 98-12.050, *Bull. civ.* IV, n° 207 ; *JCP E* 2001, chron. 756, n° 17, obs. M. Cabrillac.

sont susceptibles d'être sous la subordination juridique⁴⁵⁵. En ce sens, il a été décidé le 27 novembre 2007, qu'une mutuelle ne peut bénéficier du privilège général des salaires, par subrogation, pour défaut de versement des cotisations salariales⁴⁵⁶, et cela, peu important que l'organisme de prévoyance ait garanti le salarié en dépit de ce manquement⁴⁵⁷.

Par analogie, il faut souligner que les bénéficiaires des privilèges de droit commun de paiement des salaires sont quasiment les mêmes que les bénéficiaire de la garantie de l'AGS. Le droit à la garantie de l'AGS est largement fondé sur l'existence d'un contrat de travail. Cette exigence écarte l'auto-entrepreneur⁴⁵⁸ qui n'a pas le statut de salarié⁴⁵⁹ du champ de la garantie. Ce dernier noue avec ses clients un contrat d'entreprise dans lequel il fixe librement ses honoraires et supporte le risque d'entreprise qu'il prend. En revanche, le gérant de succursale⁴⁶⁰ rentre dans le champ des bénéficiaires de la garantie des salaires, s'il exerce une gérance salariée et un contrat de gérance mandat⁴⁶¹.

Mais, en dépit du rapprochement de leurs champs personnels le privilège général et le superprivilège des salariés possèdent des particularités, même s'ils participent tous les deux à la protection des créances antérieures⁴⁶². La Cour de cassation énonce qu'il incombe à la personne qui se prévaut de la qualité de sa créance privilégiée de prouver l'existence antérieure d'un lien de subordination avec l'employeur⁴⁶³. La preuve du contrat de travail s'effectue conformément aux règles de droit commun⁴⁶⁴. La présentation d'un bulletin de paye et d'une attestation d'employeur ne constitue pas une preuve suffisante de subordination caractéristique d'un contrat de travail⁴⁶⁵.

⁴⁵⁵ T. com. Seine, 27 juin 1952, *RTD com.* 1952, 640 ; A. JCQUEMONT, « Privilège des salariés et garantie de paiement », *J.-Cl. com.*, fasc. 2450, éd., 2007, n° 7.

⁴⁵⁶ Cass. soc., 27 nov. 2007, n° 06-17.866, NP.

⁴⁵⁷ P.-M. Le CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6^e éd., Dalloz 2011, pp. 1776-1777.

⁴⁵⁸ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009.

⁴⁵⁹ Trib. Com. Caen, 12 janv. 2011, n° 2010/01613.

⁴⁶⁰ C. trav., art. L. 7321-2 et s. ; A. BERNUT-POUILLET, « Succursales françaises. Réflexions sur les responsabilités respectives du gérant et de la maison mère », *LPA* 2000, n° 150, p. 4.

⁴⁶¹ Loi du 2 août 2005 en faveur des PME ; N. FERRIER, « Le statut de gérant-mandataire issu de la loi du 2 août 2005 », *LPA*, 2006, n° 105, p. 4.

⁴⁶² Cass. civ. 3^e, 23 mai 1995, n° 91-14.921, *Bull. civ.* III, n° 131 ; *RTD civ.* 1996, p. 206, obs. P. Crocq ; Cass. soc. 15 mars 1983, n° 82-11.348, *Bull. civ.* IV, n° 159 ; *D.* 1983, IR p. 102, obs. A. Honorat.

⁴⁶³ Cass. soc. 18 déc. 1986, *Rev. proc. coll.* 1989-4, n° 8, obs. B. Soinne ; 6 nov. 1991, *Rev. proc. coll.* 1992-1, p. 198 ; *D.* 1991, IR 276 ; *JCP G* 1992, IV, 105 ; *JCP E* 1992, pan. 85 ; 23 nov. 1994, arrêt n° 4478 D, Beissier c/ SARL Thermalu-Transglass.

⁴⁶⁴ R. VATINET, « Contrats individuels de travail », *J.-Cl. Travail*, fasc. 2-20, n° 65 et s.

⁴⁶⁵ Cass. soc. 18 déc. 1986, préc.

B. Les particularités du privilège général et du superprivilège

Les affinités qu'entretient le privilège général des salariés et le superprivilège n'empêche pas d'identifier le champ temporel et la nature des créances garanties des créances qui sont dédiées à chacun des mécanismes.

45.- Types de créances bénéficiant des droits de préférence. Les créances qui sont susceptibles de bénéficier de ces garanties de paiement sont clairement identifiées par la loi⁴⁶⁶. La protection du privilège général et du superprivilège ne profite pas seulement à la créance de salaire, elle s'applique de façon étendue. C'est incontestablement en suivant l'étendue de ces privilèges de droit commun que l'objet de la garantie de l'AGS a été élargi⁴⁶⁷. L'extension du champ des créances bénéficiant de la protection des sûretés réelles à la majorité des créances a été justifiée par le caractère alimentaire du salaire⁴⁶⁸. Il a été souligné par Mme SAINT-ALARY-HOUIN que le privilège résulte de « la nature alimentaire et de l'importance vitale des créances salariales »⁴⁶⁹. En dépit de la parenté de leur champ, les créances qui bénéficient des sûretés de droit commun peuvent être divisées en deux blocs : d'un côté, les créances privilégiées, et de l'autre côté, les créances superprivilégiées.

46.- Créances privilégiées. Le Code civil prescrit exactement les créances qui doivent bénéficier du privilège général. Les dispositions des articles 2331, 4° et 2375, 2° de ce code désignent les créances privilégiées. Dans cette perspective, l'article L. 3253-1 du Code du travail prévoit que « les créances résultant du contrat de travail sont garanties dans les conditions prévues au 4° de l'article 2331 et au 2° de l'article 2375 du Code civil, relatifs aux privilèges sur les biens mobiliers et immobiliers du débiteur »⁴⁷⁰. Les créances privilégiées sont des « rémunérations de toute nature » due aux salariés et assimilés. L'expression de rémunérations de toute nature permet d'élargir suffisamment le champ des créances privilégiées. Les termes de l'article L. 3252-3 du Code du travail confirment cette logique :

⁴⁶⁶ C. com., art. L. 625-7 ; P. MORAVAN, « Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté », *JCP E* 2005, 1511, n° 38.

⁴⁶⁷ Cf., *infra*, n° 175 et s.

⁴⁶⁸ A. BRUN, « Le privilège des salaires et le décret du 20 mai 1955 », *D.* 1961, chron. p. 193 ; H. BLAISE, « La situation juridique des salariés en cas de faillite de leur employeur », *Dr. soc.* 1968, p. 539 ; T. METEYE, A. ARSEGUEL, « Salaires et accessoires : privilèges et garanties, régime de garantie des salaires », *Juriscl. Trav.* 1997, fasc. 26-30, p. 3, n° 1 et s.

⁴⁶⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « L'efficacité des sûretés garantissant les créances salariales », *Dr. soc.* 1987, p. 842, n° 3.

⁴⁷⁰ V., C. com., art. L. 625-7.

« les rémunérations prévues au premier alinéa de l'article L. 3253-2 comprennent : 1° les salaires, appointements ou commissions proprement dites ; 2° les accessoires et notamment l'indemnité compensatrice prévue à l'article L. 1226-14, l'indemnité compensatrice de préavis prévue à l'article L. 1234-5, l'indemnité de fin de contrat prévue à l'article L. 1243-8 et l'indemnité de fin de mission prévue à l'article L. 1251-32 ». Par conséquent, les privilèges couvrent également les créances nées des indemnités non salariales, comme l'indemnité de licenciement⁴⁷¹. Cette extension du champ des créances privilégiées est somme toute difficile à concilier avec le principe de l'interprétation stricte des privilèges. Toutefois, elle est favorable aux salariés et assimilés. Le champ des créances bénéficiant du superprivilège est également large.

47.- Créances superprivilégiées. Les créances privilégiées ne bénéficient pas toujours d'un paiement rapide à cause du faible rang occupé par le privilège général. Le superprivilège⁴⁷² a été créé pour renforcer le privilège ordinaire⁴⁷³. Il est une « modalité soumise à un régime de faveur du privilège lui-même »⁴⁷⁴. Il vise le paiement rapide des créances d'une partie des bénéficiaires du privilège général, dont il n'est qu'une modalité particulière⁴⁷⁵. En effet, l'article L. 3253-2 du Code du travail prescrit que « lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire est ouverte, les rémunérations de toute nature dues aux salariés, [...], sont payées, nonobstant l'existence de toute autre créance privilégiée [...] »⁴⁷⁶. Le superprivilège bénéficie également de manière extensive aux créances des salariés. Il couvre les salaires, les accessoires du salaire, les indemnités de congés payés⁴⁷⁷ et de préavis⁴⁷⁸, l'indemnité de précarité d'emploi⁴⁷⁹, l'indemnité de précarité due au terme du CDD⁴⁸⁰. Il profite également aux contributions que l'employeur doit dans le cadre d'une convention de reclassement personnalisé⁴⁸¹. En revanche, les dispositions qui déterminent les créances superprivilégiées ne disent rien sur les indemnités de licenciement ou les dommages-

⁴⁷¹ C. civ., art. 2331, 4° et 2375, 2° ; C. SOUWEINE, *Droit des entreprises en difficulté*, 2^e éd., 2007, PU Grenoble, p. 154.

⁴⁷² C. trav., art. L. 3253-2 à L. 3253-4.

⁴⁷³ F. DERRIDA, « Le superprivilège des salaires dans les procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens », *D.* 1973, p. 59.

⁴⁷⁴ A. HONORAT, « Privilège des salariés », *J.-Cl.*, fasc. 2605, n° 41.

⁴⁷⁵ T. MÉTEYÉ, A. ARSEGUEL, « Salaires et accessoires », n° 43, préc.

⁴⁷⁶ V., C. com., art. L. 625-7 et L. 625-8.

⁴⁷⁷ C. trav., art. L. 3253-4.

⁴⁷⁸ C. trav., art. L. 1234-5.

⁴⁷⁹ C. trav., art. L. 1251-32.

⁴⁸⁰ C. trav., art. L. 1243-8.

⁴⁸¹ Cf., J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012, p. 920.

intérêts pour défaut de cause réelle et sérieuse ou de procédure⁴⁸². Or, les articles 2331, 4° et 2375, 2° du Code civil indiquent clairement que l'indemnité de licenciement et les dommages-intérêts dus pour défaut de cause réelle et sérieuse ou de manquement aux exigences de procédure constituent des créances privilégiées. Toutefois, le superprivilège est étendu à la garantie de la catégorie spéciale des créances des façonniers.

48.- Créances superprivilégiées des façonniers. Les créances des façonniers bénéficient désormais du superprivilège de la même manière que les salariés ou les apprentis. C'est une catégorie spéciale des créances superprivilégiées. En effet, l'article L. 3253-5 du Code du travail prévoit que « les sommes dues aux façonniers par leurs donneurs d'ordres sont payées, lorsque ces derniers font l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, nonobstant l'existence de toute autre créance privilégiée à l'exception de celles garanties par l'article L. 3253-2, à due concurrence du montant total des rémunérations de toute nature dues aux salariés de ces façonniers... ». Le superprivilège qui leur est accordé permet de compenser le droit de rétention sur les objets ouvrés, façonnés dont ils avaient droit⁴⁸³. Ils ont en conséquence le droit préférentiel de paiement des créances identique à celui des salariés, alors que les façonniers sont des professionnels indépendants⁴⁸⁴. Ces derniers n'avaient pas le droit au paiement préférentiel des créances, il n'y a pas longtemps parce qu'ils étaient considérés comme des *employeurs indépendants*. La situation juridique des façonniers a été rapprochée à celle des salariés. Cette situation atypique laisse penser que le façonnier est un professionnel indépendant dans l'exercice de son activité et, devient salarié qui bénéficie du règlement préférentiel en raison de ses créances superprivilégiées en cas de procédure collective. Tandis que le salarié reste toujours juridiquement dépendant de son employeur. Néanmoins, les sommes superprivilégiées impayées des façonniers ne bénéficient pas de l'assurance garantie des salaires⁴⁸⁵.

Il en résulte que le champ des créances garanties par le privilège général est proche de celui du superprivilège. Si le superprivilège ne couvre pas l'indemnité de licenciement ou les dommages-intérêts résultant de la rupture du contrat de travail, il couvre les créances des façonniers auxquelles la loi ne précise pas si elles rentrent dans le champ du privilège général

⁴⁸² Cf., J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 920.

⁴⁸³ J. VALLANSAN, *Difficultés des entreprises. Commentaire article par article du livre VI du Code de commerce*, 5^e éd., Litec, coll. « Litecprofessionnels », 2009, n° 243.

⁴⁸⁴ P. MORVAN, « Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté », *JCP E* 2005, 1511, pp. 1751 et s., n° 38.

⁴⁸⁵ P. MORVAN, « Le droit social dans la réforme des entreprises en difficulté », *JCP E* 2005, 1511, n° 38.

ou non. Le privilège général et le superprivilège ont toutefois un trait commun qui est de couvrir uniquement les créances antérieures. Ces mécanismes ont les mêmes fondements⁴⁸⁶, mais ils restent deux types de privilèges distincts⁴⁸⁷. Il est par conséquent nécessaire de relever leurs spécificités relatives à la nature juridique ; au moment, au temps de la mise en œuvre et au périmètre temporel.

49.- Particularité des natures juridiques. Le privilège général et le superprivilège auxquels bénéficient les salariés sont à première vue d'une même nature. À y regarder de près, il n'en est rien. En effet, si le privilège général des salaires peut être qualifié de sûreté réelle, cela n'est pas évident pour le superprivilège des salariés. En dépit de son assise sur le patrimoine, - les biens mobiliers et immobiliers de l'employeur -, le superprivilège n'a pas la nature d'une sûreté. Il est un droit de paiement prioritaire sur les fonds disponibles de l'employeur. Il a été observé par Mme SAINT-ALARY-HOUIN, que la garantie du superprivilège est un droit de « prélèvement » qui permet à son « titulaire de ponctionner l'actif en étant payé immédiatement sur les fonds disponibles sans qu'une situation de concours ne se présente vraiment »⁴⁸⁸. Cette nature de droit de paiement prioritaire est tirée de l'article L. 3253-2 du Code du travail qui précise les modalités d'application du superprivilège en cas d'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. En outre, le superprivilège est distinct du privilège général des salariés parce qu'il ne peut être mis en mouvement que si une procédure collective est ouverte.

50.- Particularité du temps de la mise en œuvre. Le privilège ordinaire et le superprivilège ont permis aux salariés qui contribuent par leur travail à l'épanouissement de l'entreprise de ne pas subir les conséquences du placement en procédure collective de l'employeur. Toutefois, le superprivilège est un type particulier de privilège. Le privilège général⁴⁸⁹ et le superprivilège⁴⁹⁰ attribuent aux salariés un droit de préférence pour le paiement de leurs créances. En dépit de l'objectif de règlement préférentiel des créances salariales, le privilège est le droit véritable du créancier d'être payé sur le prix de vente d'un ou plusieurs biens du

⁴⁸⁶ C. trav., art. L. 3253-1 et s.

⁴⁸⁷ P. MORVAN, « Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté », *JCP E* 2005, n° 38, p. 1511

⁴⁸⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Rapport de synthèse du Colloque », in *Sûretés et procédures collectives : morceaux choisis*, LPA 2000, n. 188, p. 40.

⁴⁸⁹ C. cv., art. 2331, 4° et 2375, 2° ; C. trav., art. L. 3253-1 et C. com., art. L. 625-7, 2°.

⁴⁹⁰ C. trav., art. L. 3253-2 ; F. DERRIDA, « Le superprivilège des salariés dans les procédures de règlement et de liquidation des biens », *D.* 1973, chron. 59 ; M. RAMACKERS, « Le superprivilège des salariés », *D.* 1989, chron. 301.

débiteur par préférence à d'autres créanciers⁴⁹¹, alors que le superprivilège est une garantie permettant à son bénéficiaire d'être payé avant tous les autres créanciers au moins sur une partie de sa créance⁴⁹². Ils ne sont pas mis en œuvre systématiquement au même moment. Le superprivilège ne peut être mis en œuvre que « lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire est ouverte » à l'égard de l'employeur⁴⁹³. Tandis que les salariés peuvent mettre en œuvre le privilège général en l'absence de toute procédure collective. Cette analyse est déduite de l'article L. 3253-1 du Code du travail qui dispose : « les créances résultant du contrat de travail sont garanties dans les conditions prévues au 4° de l'article 2331 et au 2° de l'article 2375 du Code civil, relatifs aux privilèges. En outre, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, elles sont garanties, conformément aux articles L. 625-7 et L. 625-8 du Code de commerce, dans les conditions prévues aux articles L. 3253-2 à L. 3253-21 ». Les rémunérations qui bénéficient des sûretés de droit commun ne disposent pas du même périmètre temporel selon qu'il s'agit d'un privilège général ou d'un superprivilège.

51.- Particularité du périmètre temporel. L'étendue temporelle du privilège ordinaire et du superprivilège n'est pas identique, en dépit du fait qu'ils sont couramment tous les deux qualifiés de privilèges. En effet, le périmètre temporel du privilège et le superprivilège couvre les créances antérieures, c'est-à-dire de la gestion antérieure de l'entreprise en difficulté. Mais le champ temporel n'est pas analogue entre la protection du privilège et du superprivilège. L'étendue temporelle du privilège ordinaire est plus large que celui du superprivilège.

En premier lieu, la qualification de privilège général, laisserait penser qu'il n'existe pas de périmètre temporel des créances privilégiées auxquelles le paiement est prioritaire. Il n'a pas été le cas, parce que les dispositions qui octroient le privilège ordinaire aux salariés limitent également temporellement les créances garanties⁴⁹⁴. Le caractère général de ce privilège ne serait donc que symbolique. Il existe deux limitations temporelles dans le cadre du privilège général. Une limitation temporelle précise, d'un côté, et des limitations temporelles moins précises, de l'autre côté. On trouve un régime général de la limitation temporelle et des régimes spéciaux. Ainsi, l'article 2331, 4° du Code civil dispose que le privilège général

⁴⁹¹ N. SEMPE, *Essai de contribution à une théorie générale des privilèges*, Thèse Bordeaux, 1996 ; M. DAGOT, « La notion de privilège », in *Mélanges Mouly*, Litec, 1998, t. 2, 335 ; M. ROULAND, *La qualité de la créance*, thèse Paris X, 2007.

⁴⁹² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., p. 897.

⁴⁹³ C. trav., art. L. 3253-2.

⁴⁹⁴ C. civ., art. 2331, 4° et 2375, 2°.

couvre « les rémunérations des gens de service pour l'année échue et l'année courante ; le salaire différé résultant du contrat de travail pour l'année échue et l'année courante ; la créance du conjoint survivant ; les rémunérations pour les six derniers mois des salariés, apprentis et l'indemnité des jeunes en stage d'initiation à la vie professionnelle ». Cette disposition présente par conséquent plusieurs catégories de périmètres temporels. De façon générale, la créance de ces personnes ne peut bénéficier d'un droit de préférence que si elle est née dans le temps imparti. La période de protection de créances salariales qui précède la date du jugement d'ouverture est fondamentale. La jurisprudence surveille le respect de l'exigence de l'antériorité des créances privilégiées par rapport à la procédure collective⁴⁹⁵. La limitation temporelle du privilège général couramment évoquée est d'abord celle des six mois de travail précédant la date du jugement d'ouverture qui intéresse les salariés, les apprentis et les jeunes en stage d'initiation à la vie professionnelle. La jurisprudence énonce que les six derniers mois de salaires antérieurs ne doivent pas précéder immédiatement le jugement d'ouverture⁴⁹⁶. Cette limitation temporelle est, ensuite, élargie dans certaines situations précises. En effet, les rémunérations des gens de service et le salaire différé résultant du contrat de travail sont couverts pour l'année échue et l'année courante. Cela signifie qu'ils sont couverts douze mois au lieu de six comme précité. Il existe enfin des hypothèses où aucune limitation temporelle n'est prévue⁴⁹⁷. Il s'agit notamment de la créance du conjoint survivant ; l'indemnité de fin de contrat⁴⁹⁸ et l'indemnité de précarité d'emploi⁴⁹⁹ ; l'indemnité d'inobservation du délai-congé⁵⁰⁰ et compensatrice de l'article L. 1226-14 du Code du travail, etc⁵⁰¹. Il en résulte que limitation temporelle du privilège général englobe une bonne partie du champ spatial du superprivilège et surtout de l'assurance garantie des salaires. Cet englobement réserve un périmètre limité au superprivilège.

En second lieu, le périmètre temporel du superprivilège est réduit. La restriction du champ temporel de cette sûreté est justifiée par sa finalité strictement alimentaire⁵⁰². Pourtant, le

⁴⁹⁵ Cass. com. 16 janv. 1961, *JCP G* 1961, II, 12104 ; Cass. soc. 15 mars 1983, n° 82-11.348, *Bull. civ.* IV, n° 159 ; *D.* 1983, IR, p. 102, obs. A. Honorat ; Cass. civ. 3e, 23 mai 1995, n° 91-14.921, *Bull. civ.* III, n° 131 ; *RTD civ.* 1996, p. 206, obs. P. Croq.

⁴⁹⁶ Cass. soc. 15 mars 1983, n° 82-11.348, *Bull. civ.* IV, n° 159 ; *D.* 1983, IR p. 102, obs. A. Honorat.

⁴⁹⁷ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6^e éd., Dalloz, 2011, pp. 1755-1756.

⁴⁹⁸ C. trav., art. L. 1243-8.

⁴⁹⁹ C. trav., art. L. 1251-32.

⁵⁰⁰ C. trav., L. 1234-5.

⁵⁰¹ C. civ., art. 2331, 4^o.

⁵⁰² L. BOY, R. GUILLAUMOND, A. JEAMMAUD et alii, *Droit des faillites et restructuration du capital*, PU Grenoble, 1982, coll. « Critique du droit », p. 86 ; D. HENNEBELLE, *Essai sur la notion de salaire*, préf. Harard Vachet, PUAM, 2000, p. 360.

superprivilège des salaires est une garantie plus forte que le privilège⁵⁰³. Il a été institué par le décret-loi du 8 août 1935, mais sa consécration n'a pas entraîné la suppression du privilège général⁵⁰⁴. Or, la suppression du privilège général aurait dû simplifier le système de protection des créances des salariés. À tout le moins, la conservation du privilège général a toute son utilité, car le superprivilège n'a pas un champ temporel très étendu. Il permet d'assurer au minimum la finalité alimentaire du salaire⁵⁰⁵.

En pratique, la limitation temporelle du champ du superprivilège peut également inciter l'employeur à rompre prématurément le contrat de travail. Cette rupture peut présenter un intérêt si l'AGS est par la suite appelée à intervenir en cas d'insolvabilité de l'employeur. Les créances superprivilégiées rentrent suffisamment dans le champ d'application de la garantie des salaires. Il existe également des régimes particuliers de limitations des créances privilégiées et superprivilégiées pour les Voyageurs, Représentants ou Placiers (VRP) et les marins.

52.- Régimes spéciaux des VRP et marins. Comme pour le privilège général, le superprivilège a également un régime spécial de limitation temporelle. Le régime spécial s'applique aux créances des VRP et des marins. En effet, le champ temporel du superprivilège de salaires est de 90 jours pour les voyageurs, représentants, placiers⁵⁰⁶ et les marins du commerce⁵⁰⁷. En outre, les marins peuvent bénéficier d'un champ temporel plus étendu si le versement de leurs salaires se rallonge au-delà de cette période légale de trois mois. Ceci étant, le superprivilège protège les créances nées pendant une période qui ne précède pas immédiatement le jugement de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. Il peut couvrir les créances qui sont nées quatre-vingt-dix jours avant la date du jugement d'ouverture, au lieu de soixante jours comme dans la limitation générale. Ce sont les soixante

⁵⁰³ F. DERRIDA, « Le superprivilège des salaires dans les procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens », *D.* 1973, p. 59.

⁵⁰⁴ P. MORVAN, « Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté », *JCP E* 2005, n° 38, p. 1511.

⁵⁰⁵ L. BOY, R. GUILLAUMOND, A. JEAMMAUD et alii, *Droit des faillites et restructuration du capital*, P.U.G. 1982, Coll. « Critique du droit », p. 86.

⁵⁰⁶ C. trav., art. L. 7313-8.

⁵⁰⁷ R. REZENTHEL, « La situation juridique des marins sur les navires saisis », *Rev. dr. maritime français* 1998, n° 584.

ou quatre-vingt-dix jours de travail effectif non payés qui sont pris en compte⁵⁰⁸. Le salarié qui a quitté l'entreprise avant le jugement peut éventuellement bénéficier du superprivilège⁵⁰⁹.

En définitive, le privilège et le superprivilège bénéficient essentiellement aux titulaires d'un contrat de travail qui sont sous la subordination de l'employeur. Cette exigence de subordination est favorable au salariat et exclut le travailleur indépendant du bénéfice de la protection. La protection de ces sûretés a été étendue aux titulaires des contrats voisins, notamment ceux qui ont conclu un contrat d'apprentissage, de stage ou de formation en alternance. Le titulaire d'un mandat social ou l'associé ne bénéficie des privilèges que s'il a, en plus de son contrat de mandat ou de société, un contrat de travail. En réalité, les mécanismes de protection de droit commun ne couvrent pas l'ensemble des créances concernées. Il existe des limitations temporelles parce qu'ils ne concourent qu'à la garantie des moyens de subsistance des bénéficiaires. La protection est minimale. Toutefois, la restriction du champ temporel du superprivilège diminue l'efficacité de cette technique. Il devrait être d'une efficacité redoutable, s'il n'a pas été enfermé dans cette limite temporelle. Cette efficacité lui permettrait d'absorber tous les actifs du débiteur afin de régler les créances salariales⁵¹⁰.

Il en résulte que le bénéfice des droits de préférence garantissant les salaires est limité aux personnes qui sont liées à l'employeur par un contrat de travail ou tout autre contrat établissant une relation de travail. Le contrat de travail étant caractérisé par le lien de subordination, un représentant ou délégué de l'employeur ne jouit des privilèges de salaires que s'il possède en dehors de son mandat social, un véritable contrat de travail. L'étendue des créances protégées est large dans la mise en œuvre du privilège et du superprivilège de salaires, même si ce dernier a une nature différente du premier et ne peut être mis en mouvement que si une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire est ouverte. Le périmètre temporel du privilège est plus étendu que celui du superprivilège. Ces deux sûretés ont, toutefois, les difficultés comparables. En effet, l'attribution du privilège ou du superprivilège ne suffit pas à concrétiser l'objectif de paiement rapide des créances des salariés. Il faut encore que l'entreprise ait des actifs disponibles. Force est de constater que l'attachement des sûretés garantissant les créances salariales aux biens mobiliers et

⁵⁰⁸ Cass. soc. 7 mai 1987, n° 84.14.068, *Bull. civ.* IV, n° 285.

⁵⁰⁹ L. n° 2005-841 du 26 juill. 2005 ; L. 13 juill. 1967 ; Cass. soc. 15 mars 1983, n° 82-11.348, *Bull. civ.* V, n° 159 ; *D.* 1983, somm. p. 342, obs. A. Honorat.

⁵¹⁰ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, préc., p. 1753 et s.

immobiliers de l'employeur en difficulté ne permet pas de mettre en œuvre effectivement ces privilèges. La quantité des biens affectés à la mise en œuvre des privilèges n'est pas toujours satisfaisante. Les gages donnés par le privilège ordinaire et le superprivilège pour la protection salariale sont insuffisants, voire incertains. La cause principale de cette insuffisance est l'assise des privilèges sur le patrimoine d'un seul employeur⁵¹¹. Ce dernier placé en procédure collective n'a pas toujours des actifs sociaux nécessaires au paiement effectif des salaires. Les privilèges de salaires sont des sûretés réelles⁵¹² qui portent sur l'ensemble du patrimoine de l'employeur⁵¹³. Même si l'employeur a des actifs disponibles, les salariés n'occupent pas toujours un rang principal dans l'ordre de paiement des dettes de l'employeur pour qu'ils soient réellement protégés⁵¹⁴. Par conséquent, les privilèges des salariés qui sont assis sur les biens mobiliers et immobiliers deviennent inefficaces dès lors que l'employeur ne dispose plus de biens suffisants pour régler les créances salariales. Pour pallier cette insuffisance, un mécanisme collectif original de paiement des créances salariales géré par une association patronale désignée : *l'Association pour la Gestion du régime de garantie des créances des Salariés* (AGS), a été institué. Son intervention est indépendante des biens mobiliers et immobiliers de l'employeur.

Section 2 : La garantie de l'AGS : un mécanisme collectif original de paiement des salaires

53.- Renforcement de la capacité de paiement. Face à l'insuffisance des mécanismes de protection empruntés au droit commun, le législateur a consacré la garantie collective pour accentuer le paiement des créances des salariés. La garantie des créances salariales⁵¹⁵ est un mécanisme qui intervient en principe indépendamment du patrimoine de l'employeur insolvable. Ce mécanisme est géré par une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901, sur

⁵¹¹ Cf., Y. CHAGNY, « La situation des salariés de l'entreprise en difficulté », *RJS* 1999, n° 10, p. 751.

⁵¹² M. PLANIOL, G. RIPERT, E. BECQUE, *Traité pratique de droit civil français*, t. XII, n° 252.

⁵¹³ Elles doivent porter sur l'ensemble du patrimoine professionnel affecté par l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ou celui de l'auto-entrepreneur.

⁵¹⁴ Cf., infra, n° 82 et s.

⁵¹⁵ C. trav., art. L. 3253-6 : « Tout employeur de droit privé assure ses salariés, y compris ceux détachés à l'étranger ou expatriés mentionnés à l'article L. 5422-13, contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire ».

les associations⁵¹⁶. La garantie des salaires est, en quelque sorte, *extrapatrimoniale*. Elle fonctionne selon une technique différente de celle du privilège et du superprivilège⁵¹⁷. En effet, si l'impécuniosité de l'employeur anéantit totalement l'efficacité des mécanismes de protection des créances salariales de droit commun, l'AGS est un mécanisme collectif financé par les cotisations de toute la communauté des employeurs et ne subit pas les effets de l'insolvabilité de l'employeur.

54.- Autonomie de la garantie de l'AGS. La garantie des salaires est un mécanisme qui est autonome vis-à-vis du patrimoine de l'employeur insolvable. Cette autonomie est caractérisée par le mode de financement de la garantie des créances des salariés. En effet, les cotisations nécessaires au financement de la garantie sont prélevées sur l'ensemble de la communauté des employeurs⁵¹⁸, alors que les privilèges sont assis directement sur le patrimoine d'un seul employeur placé en procédure collective. L'efficacité de la garantie est également améliorée par le fait que l'institution de garantie est tenue de prendre en charge la créance du salarié, même si son employeur n'a pas honoré à sa cotisation⁵¹⁹.

Il existe en effet une solidarité entre les employeurs ; ceux qui sont solvables cotisent pour la prise en charge des dettes de ceux qui sont insolvable⁵²⁰. Les membres de l'association des employeurs se trouvent en situation de codébiteurs des créances des salariés par l'effet de la socialisation, de la mutualisation de la couverture du risque de non-paiement des salaires (§ 1). Or, les mécanismes de protection des créances salariales de droit commun sont des techniques individualistes qui laissent la responsabilité du paiement des créances à un seul employeur. Tandis que, la collectivisation, mieux encore la socialisation de la prise en charge du risque de non-paiement des créances des salariés renforce l'efficacité du mécanisme de garantie (§ 2).

⁵¹⁶ Loi du 1^{er} juillet 1901, art. 1^{er} : « L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager les bénéfices. Elle est régie quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations ». « Les associations des personnes pourront se former librement sans autorisation ni déclaration préalable, mais elles ne jouiront de la capacité juridique que si elles se sont conformées aux dispositions de l'article 5 » (art. 2). « Toute association qui voudra obtenir la capacité juridique prévue par l'article 6 (la capacité d'ester en justice, de recevoir les dons, d'acquérir à titre onéreux, d'administrer, etc.) devra être rendue publique par les soins de ses fondateurs » (art. 5).

⁵¹⁷ C. trav., art. L. 3253-14.

⁵¹⁸ Cf., *infra*, n° 128 et s.

⁵¹⁹ C. trav., art. L.3253-7 : « Le droit du salarié est garanti indépendamment de l'observation par l'employeur tant des prescriptions de la présente section que des obligations dont il est tenu à l'égard des institutions prévues à l'article L. 3253-14 ».

⁵²⁰ Pour la solidarité interprofessionnelle dans la garantie de l'AGS, Cf., *infra*, n° 137.

Paragraphe 1 : La mutualisation du paiement des créances salariales

Les mécanismes de protection des créances des salariés de droit commun ne s'appuient que sur le patrimoine d'un seul employeur. Cette individualisation de la responsabilité ne les rend pas totalement efficaces. Le mécanisme collectif de paiement des salaires est une technique collective légale prescrite par la loi du 27 décembre 1973. Cette loi, qui a exigé la collectivisation de la prise en charge des créances des salariés, a connu quelques aménagements. Mais le législateur n'a pas été très prolixe dans la réglementation de la garantie des créances salariales. Les fondements de la garantie des salaires sont limités (A). En outre, la *créance salariale* étant une *dette* de l'employeur qui a noué une relation de travail avec le salarié, il fallait des justifications fortes pour légitimer la *mutualisation* de la couverture des créances salariales en cas d'insolvabilité d'un employeur (B).

A. Les fondements de la garantie collective des salaires

Le mécanisme de garantie des salaires français n'a pas connu une floraison législative. Il y a peu de lois consacrées spécialement à la garantie de l'AGS. Son développement s'est fait à travers les lois relatives aux procédures collectives. Néanmoins, ces dernières n'ont pas suffi, car la jurisprudence a pris une part active à l'évolution du mécanisme de garantie. Il convient ainsi de préciser les fondements législatifs et réglementaires du système de garantie des salaires (1) avant de souligner la place prépondérante de la jurisprudence de la Cour de cassation dans l'évolution de ce mécanisme (2).

1. Les fondements législatifs et réglementaires

55.- Textes spéciaux. Le mécanisme de garantie des salaires a été institué par la loi du 27 décembre 1973. L'article 1^{er} de cette loi avait imposé aux employeurs la création d'un organisme chargé de récolter les cotisations patronales en vue de garantir les créances des salariés en cas de risque de non-paiement de l'un d'entre eux, placé en procédure de règlement ou de liquidation de biens. L'obligation d'assurer le risque de non-paiement des sommes dues aux salariés en exécution du contrat de travail est intégrée à l'article L. 3253-6 du Code du travail. Elle incombe à « tout employeur de droit privé ». L'AGS couvre les

créances des salariés qui exercent leur activité en France et, ceux détachés à l'étranger ou expatriés⁵²¹.

La loi du 27 décembre 1973 n'avait fixé aucune limite à la garantie des salaires. C'est la loi du 27 décembre 1975, qui a délimité les champs temporel et matériel de la garantie des salaires. Cette dernière loi a prévu deux plafonds. D'un côté, le plafond 13, qui était 13 fois le plafond mensuel des contributions du régime d'assurance chômage pour les créances qui résultaient des dispositions législatives, réglementaires ou conventionnelles nées d'un contrat de travail conclu au moins six mois avant la date du jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. De l'autre côté, le plafond 4, qui était 4 fois ce même plafond, pour les autres créances et, surtout celles nées d'un contrat de travail qui n'a pas duré au moins six mois avant la date du jugement d'ouverture. Par conséquent, les créances qui ne résultaient pas des dispositions législatives, réglementaires ou conventionnelles étaient écartées du plafond 13. Suite à l'application extensive du plafond 13, par la Cour de cassation, un déficit a été constaté à l'AGS. Sous la pression de la Délégation Unedic AGS, le décret n° 2003-684 du 24 juillet 2003⁵²², a consacré de nouveaux principes de plafonnement et, a abaissé les montants de la garantie⁵²³. Il existe désormais trois plafonds réduits au lieu de deux. D'abord, le plafond 6, qui est 6 fois le plafond mensuel des contributions du régime d'assurance chômage, pour le contrat de travail conclu deux ans avant la date du jugement d'ouverture. Ensuite, le plafond 5, qui est 5 fois le plafond mensuel de cette assurance, dès lors que le contrat de travail est conclu au moins six mois et, moins de deux ans avant la date du jugement d'ouverture. Enfin, le plafond 4, qui est de 4 fois le plafond mensuel de l'assurance chômage, si le contrat de travail est conclu moins six mois avant la date du jugement d'ouverture. Le décret gouvernemental de 2003 a abaissé les plafonds afin de rétablir l'équilibre financier de l'association patronale de garantie des salaires. Depuis cette réforme, l'AGS a fait des réserves de fonds permettant d'assurer les créances salariales, même en temps de crises économiques dégradant les capacités de financement des entreprises.

Par ailleurs, le droit de l'Union européenne prévoit, dans la directive n° 80/987 du 20 octobre 1980 relative à la protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, modifiée par

⁵²¹ C. trav., art. L. 3253-6.

⁵²² C. trav., art. L. 141-11-8 et D. 143-2, anc.

⁵²³ Cf., T. MÉTEYÉ, « Garantie AGS : jusqu'où peut-on aller trop loin ? », *Dr. soc.* 2002, p. 972.

celles n° 2002/74/CE du 23 septembre 2002 et n° 2008/94/CE du 22 octobre 2008⁵²⁴, des dispositions spéciales de garantie des salaires⁵²⁵. Toutefois, le mécanisme s'est plus développé à travers les réformes du droit des entreprises en difficulté.

56.- Textes généraux. Le droit des entreprises en difficulté a eu une influence notable sur le mécanisme de garantie des salaires. En effet, depuis sa création, la garantie des créances salariales n'avait pas connu une évolution immense tant que ce pan de droit ne s'était pas intéressé à elle. C'est la loi du 25 janvier 1985⁵²⁶, relative au redressement et à la liquidation judiciaires qui a amorcé le processus en étendant le champ de la garantie aux créances salariales postérieures. L'objectif étant de limiter les licenciements et de favoriser la poursuite de l'activité⁵²⁷. En outre, la loi du 26 juillet 2005⁵²⁸, dénommée « Sauvegarde des entreprises » qui a consacré la procédure de sauvegarde, a élargi la garantie aux créances nées après le jugement d'ouverture de cette procédure. Elle a également étendu l'application de l'assurance garantie des salaires aux personnes exerçant des professions libérales à titre individuel, car elles sont dorénavant soumises aux procédures collectives. Dans cette perspective, la directive du 23 septembre 2002, relative à la protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur a été transposée en droit français par la loi du 30 janvier 2008⁵²⁹ portant sur le développement économique et social.

Le nombre réduit des textes spéciaux relatifs à la garantie des salaires, montre le caractère limité de l'intérêt que porte le législateur sur le droit de garantie des salaires. Pourtant, il existe encore des lacunes dans l'interprétation de certaines dispositions générales du droit des entreprises en difficulté qui traitent de la garantie des salaires. L'absence de précision de certains textes donne au juge le pouvoir d'influencer les modalités de la mise en mouvement de la garantie des salaires. En réalité, le Code du travail se contente souvent de renvoyer, en ce qui concerne la garantie des salaires, aux dispositions du Code de commerce. Or, les prescriptions du Code du travail qui protègent le salaire et l'emploi ne sont pas toujours conciliables avec les finalités des procédures collectives. Par conséquent, il faut s'associer au

⁵²⁴ Dir. n° 2008/94/CE du 22 oct. 2008, *Act. proc. coll.* 2009, n° 92.

⁵²⁵ Cass. soc. 21 sept. 2011, n° 08-41.512, *Act. proc. poll.* 2011, n° 16, pp. 6-7, note L. Fin-Langer ; cf., *infra*, n° 159 ; F. MÉLIN, « La protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur. Loi du 30 janvier 2008 transposant la directive 2002/74/CE du 23 septembre 2002 », *JCP E* 2008, act. 94.

⁵²⁶ Loi n° 85-98, du 25 janv. 1985, relative au redressement et liquidation judiciaires des entreprises.

⁵²⁷ Cf., R. VATINET, « Les droits des salariés face aux difficultés économiques des entreprises : un exemple d'interprétation du droit commercial et du droit du travail », *JCP E* 1985, II, n° 14546, pp. 461 et s.

⁵²⁸ Loi n° 2005-845, JO 27 juill. 2005.

⁵²⁹ Loi n° 2008-89.

vœu de ceux qui appellent à la création d'un *droit social spécial* des entreprises en difficulté⁵³⁰. À l'état actuel du droit de la garantie des salaires, la jurisprudence joue un rôle prépondérant.

2. *Le rôle prépondérant de la jurisprudence de la Cour de cassation*

57.- Évolution jurisprudentielle constante. Le nombre réduit des textes relatifs au droit de la garantie des salaires a donné à la jurisprudence de la Cour de cassation une place essentielle dans la mise en œuvre de la garantie des créances salariales. La Cour de cassation a, d'un côté, interprété de façon controversée les anciens plafonds 4 et 13 de la garantie⁵³¹, et d'un autre côté, elle est en train d'interpréter de manière libérale, l'étendue des créances garanties⁵³². Dit autrement, la jurisprudence sociale joue aujourd'hui un rôle important dans l'indemnisation des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur. Le mécanisme de garantie des salaires est devenu, *essentiellement jurisprudentiel*. Le débat actuel sur l'indemnisation des salariés des entreprises placées en procédure collective tourne autour des solutions jurisprudentielles. Le juge décide des types de créances qui rentrent dans le champ de la garantie des créances salariales. Et, quel est le montant de la garantie. Le juge ne se limite plus à appliquer simplement la loi. Il se met à créer certaines obligations à l'AGS auxquelles la légalité est susceptible d'être contestée. Or, la mission première du juge est d'appliquer la loi et, non de la créer⁵³³. En réalité, il est la « bouche de la loi »⁵³⁴. En droit de la garantie des salaires, la situation semble inversée, car le juge a pris le pouvoir et, joue un rôle quasi-normatif en imposant certaines charges financières qui n'ont pas été prescrites par le législateur à l'institution de garantie.

⁵³⁰ P. LAFARGE, L. SERFATI, F. SICARD, *Procédures collectives et droit du travail*, Nathan, 1990, p. 51 ; J. GRANGÉ, S. DUMAS, « Le sort des salariés dans les procédures collectives : un dispositif largement inadapté », *Sem. soc. Lamy* 2003, n° 1135, forum, p. 7 ; A. BOYER, *Protection des salariés et sauvetage de l'entreprise : quête d'un équilibre*, PUAM, 2006 ; « Un droit social contre-productif dans les entreprises en difficulté », *Gal. Pal.* 2010, éd. spéc., doct. pp. 8-12.

⁵³¹ Cf., *infra*, n° 176, 177 et s.

⁵³² Cf., *infra*, n° 182 et s.

⁵³³ Cf., B.-M. METOU, *Le rôle du juge dans le contentieux international*, Bruylant, Bruxelles 2012 ; M. ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen, du marché intérieur à la coopération civile*, Thèse Paris Ouest Nanterre La Défense, 2011, sous la dir. M.-L. Niboyet ; F. GUIOMARD, « Rôle respectif des parties et du juge dans la preuve des discriminations syndicales », *RDT* 2012, n° 9, p. 514 ; J.-B. SEUBE, T. REVET, « Le rôle du juge et fondement de la demande en matière de servitude », *Dr. et patr.* 2012, n° 215, p. 102 ; D. LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, 1972.

⁵³⁴ Cf., in Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois, *Le Dialogue des juges*, Dalloz, 2009 ; J.-C. MARIN, « Le juge est-il toujours la bouche de la loi ? », *JCP G* 2011, n° 51, pp. 2536-2539.

Deux aspects caractérisent la prépondérance de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation sur le mécanisme de garantie des salaires. D'une part, le juge interprète extensivement la condition du rattachement de la créance à l'exécution du contrat de travail prévue à l'article L. 3253-6 du Code du travail⁵³⁵. Si cette jurisprudence a évolué positivement pour les salariés, les autorités de l'AGS regrettent parfois les libertés prises par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans l'obligation de garantie des salaires. En effet, le juge introduit parfois dans le champ de la garantie des créances qui n'ont pas directement de caractère alimentaire. Le débat a été soulevé en ce sens, lorsque la Chambre sociale de la Cour de cassation a accordé d'importantes indemnités au titulaire d'un contrat d'apprentissage pour la rupture de son contrat de travail lors d'une liquidation judiciaire, et exigé la prise en charge de ces créances par l'institution de garantie des créances salariales⁵³⁶.

D'autre part, la liberté à laquelle la Chambre sociale de la Cour de cassation se livre dans l'application des plafonds démontre aussi sa prépondérance. Ainsi, elle a appliqué systématiquement le plafond 13, sous l'ancien régime de plafonnement en mettant en danger le mécanisme de garantie, alors que le plafond 4, maintenait en équilibre les finances du mécanisme⁵³⁷. La situation dans laquelle se trouvait l'institution de garantie a incité un auteur à relever « la faillite de l'AGS⁵³⁸ ». Le gouvernement était obligé d'intervenir par un décret n° 2003-684 du 24 juillet 2003, afin de limiter l'application systématique par la Cour de cassation du plafond 13.

Il en résulte qu'exiger à l'AGS de prendre en charge systématiquement les créances en cas de placement de l'employeur en procédure collective produit divers effets. Elle peut augmenter le taux de cotisation des employeurs qui peut avoir un effet direct sur l'emploi des salariés. Cette charge pourrait créer des déficits entraînant la disparition du mécanisme. Or, la disparition de ce mécanisme emporterait avec elle la paix sociale dans les entreprises en défaillance, et leur priverait d'un soutien financier certain et non négligeable. Le législateur et le gouvernement doivent veiller à ce que la garantie des salaires ne soit pas dénaturée. Les créances qui doivent être prises en charge sont celles qui présentent véritablement une nature alimentaire, car sa mission originelle est de prendre en charge les créances alimentaires et non d'enrichir les individus. La garantie de l'ensemble des créances du salarié serait en train de

⁵³⁵ Cf., *infra*, n° 182 et s.

⁵³⁶ Cass. soc. 17 juin 2009, n° 08-40.659 ; 7 juill. 2009, n° 08-40.870.

⁵³⁷ Pour l'étude des plafonds, Cf., *infra*, n° 104, 112 et s.

⁵³⁸ B. SOINNE, préc.

transformer la finalité du mécanisme. Le juge élargit le champ de la garantie parce qu'il semble tenir compte du caractère supposé assurantiel de la garantie des salaires. L'étendue du pouvoir du juge dans l'interprétation du droit de la garantie des salaires s'illustre parfaitement avec les dernières décisions de la CJUE⁵³⁹ qui permet à un salarié de bénéficier à la fois de la garantie de l'institution de garantie compétente et de l'institution de garantie incompétente⁵⁴⁰.

Eu égard à ce qui précède, la garantie des créances des salariés qui corrige les lacunes des privilèges n'a pas la même nature que les privilèges des salariés. Elle est une sorte de *garantie personnelle* qui n'est pas directement assise sur le patrimoine de l'employeur. Son financement ne s'appuie pas sur les seuls biens meubles et immeubles d'un employeur en difficulté. La garantie assurantielle extrapatrimoniale des salaires résulte de la combinaison de la technique des privilèges et de l'assurance⁵⁴¹. Cette technique originale joue désormais un rôle important dans les procédures collectives. La création de ce mécanisme mutualisé de la prise en charge du risque de non-paiement des créances salariales a des justifications.

B. Les justifications de la mutualisation de la prise en charge du risque d'insolvabilité

58.- Diversité des raisons. Les raisons qui sont à l'origine de la mutualisation du risque de non-paiement des créances salariales sont multiples. Ces raisons sont, en partie, identiques à celles qui ont justifié l'attribution des privilèges aux salariés. La mutualisation de la couverture d'un risque d'insolvabilité permet aux employeurs de partager le coût du risque à travers l'assurance. Cette socialisation de la protection contre le risque dilue la responsabilité individuelle de chaque membre de la communauté d'employeurs. Il fallait donc des raisons solides pour collectiviser la couverture du risque. Quatre raisons peuvent justifier cette mutualisation.

59.- Primauté des créances non salariales. La première justification la création d'un mécanisme collectif de paiement des créances salariales est la modestie du rang qu'elles

⁵³⁹ CJUE, 10 mars 2011, Defossez, aff. C-477/09 ; v., Not. Cass. soc. 21 sept. 2011, n° 08-41.512 ; CA Colmar, 9 juin 2011, n° 10/2652, Me Gall-Heng ès qual. c/ Zimmerman ; F.-X. LUCAS, « L'AGS, vache à lait universelle », *Dr. soc.* 2011, n° 11, p. 1 ; G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, « La condamnation de l'instrumentalisation du droit des faillites en France des droits de l'AGS », *Dr. soc.* 2012, n° 2, p. 7.

⁵⁴⁰ Cf., *infra*, n° 139, 140, 141, 142 et s.

⁵⁴¹ D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 7^e éd., LGDJ, 2009, p. 469.

occupent dans la mise en œuvre du privilège général des salaires⁵⁴². Les créances salariales sont ainsi primées par des frais de justice⁵⁴³, les cotisations de sécurité sociale⁵⁴⁴ et les impôts, c'est-à-dire les créances du Trésor public⁵⁴⁵. Par conséquent, le rang des créances des salariés étant modeste, les actifs de l'employeur qui sont affectés au règlement des créances privilégiées ne suffisent pas à payer toutes les dettes de l'employeur. Le salarié est désarmé en dépit du droit de préférence dont il dispose. Son privilège est inefficace dès lors que l'employeur n'a pas d'actifs suffisants. La prise en charge des créances par l'AGS permet aux salariés d'échapper à la concurrence des autres créanciers et au principe d'égalité de traitement des créanciers dans les procédures collectives⁵⁴⁶

60.- Inefficacité liée à l'insuffisance des actifs. La seconde raison tient au fait que les privilèges des salariés portent sur les actifs de l'employeur en défaillance. Les actifs sur lesquels sont assis les privilèges des salariés sont essentiellement les biens meubles⁵⁴⁷ et les immeubles⁵⁴⁸. Or, très souvent, l'actif mobilier et immobilier de l'employeur est insuffisant pour couvrir les créances des salariés⁵⁴⁹. En l'absence d'actif disponible, l'exercice de ces privilèges ne peut plus se réaliser. Dès lors, les privilèges dont bénéficient les salariés perdent toute leur utilité. En outre, le faible rang occupé par les salariés sur le partage du prix de vente des biens mobiliers et immobiliers de l'employeur insolvable, qui restent la seule richesse de l'entreprise, les défavorise. Par conséquent, la priorité de paiement des salariés n'est pas absolue, mais relative puisque d'autres créanciers passent avec eux, notamment les créanciers des frais de dernière maladie et des frais de justice. L'exploration de la voie d'un mécanisme original fondé sur les techniques assurantielles et de solidarité interprofessionnelle est

⁵⁴² Cf., F. DERRIDA, « Vers la Sécurité sociale des salaires ? », *D.* 1974, chron. p. 119.

⁵⁴³ C. civ., art. 2331, 1^o et art. 2375, 1^o ; Ord. n^o 59-71 du 7 janv. 1959 ; Ord. n^o 2006-346 du 23 mars 2006 ; Cass. com. 31 mars 1998, *Bull. civ.* IV, n^o 120 ; *D.* 1998, somm. 327, obs. A. Honorat ; *JCP* 1998, II, 10105, rapp. Rémerly. v., Not. Cass. com. 19 oct. 1970, *Gaz. Pal.* 1971, 1, 72 ; 17 nov. 1970, *Bull. civ.* IV, n^o 305 ; 5 déc. 1995, *Bull. civ.* IV, n^o 285 ; *D.* 1996, somm. 389, obs. S. Piedelièvre ; *RTD civ.* 1996, 433, obs. Crocq ; *JCP* 1996, I, 3942, n^o 10, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque ; CA Dijon, 3 avr. 1980, *Gaz. Pal.* 1982, 2, 424, note Chartier.

⁵⁴⁴ CSS, art. L. 243-4 ; Ord., 4 oct. 1945.

⁵⁴⁵ C. civ., art. 2327, al. 1^{er} ; M. COZIAN, *Le privilège du Trésor*, Litec, 1970.

⁵⁴⁶ Cf., F. MACORIG-VENIER, *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaire*, Thèse dactyl. Toulouse, 1992 ; M. CABRILLAC, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », in *Mélanges A. Breton*, p. 32 ; F. POLLAUD-DULIAN, « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *JCP G* 1998, I, n^o 138 ; C. LEVAQUES, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux », *Gaz. Pal.* 2002, n^o 29, p. 18 ; R. NEMEDEU, « Le principe d'égalité des créanciers : vers une double mutation conceptuelle. Étude à la lumière du droit français et Ohada des entreprises en difficulté », *RTD com.* 2008, n^o 2, p. 241 ;

⁵⁴⁷ C. civ., art. 2331, 4^o.

⁵⁴⁸ C. civ., art. 2375, 2^o.

⁵⁴⁹ Cf., Y. GUYON, « Les droits des salariés dans la liquidation collective des biens de l'entreprise », *Dr. soc.* 1974, pp. 138 et s.

légitimée. Ce mécanisme consacre une responsabilité collective de la communauté des employeurs dans la couverture du risque lié à l'activité économique des entreprises. Toutefois, il existe une raison commune à l'institution du mécanisme original de garantie des salaires et des privilèges de droit commun. C'est la nature alimentaire de la créance du salarié.

61.- Nature alimentaire de la créance du salarié. La mise en place de la garantie des créances des salariés est comme pour les privilèges justifiée principalement par la nature alimentaire de la créance du salarié⁵⁵⁰. Néanmoins, la créance n'est pas entendue ici dans le même sens que celle retenue en droit de la famille : « des besoins du créancier et des ressources du débiteur dans le cercle de la parenté ou de l'alliance »⁵⁵¹, mais plutôt de sa place particulière dans les ressources et besoins du salarié et de son foyer. En effet, « le salaire remplit une fonction vitale au profit de millions de travailleurs »⁵⁵². Il faut par conséquent « assurer dans les conditions décentes la subsistance du travailleur et de sa famille »⁵⁵³. La protection des salaires a ainsi pour objectif de maintenir les moyens de subsistance des salariés. Le développement spectaculaire des garanties de paiements des salaires supposent qu'elles ne concourent plus seulement à la conservation des moyens de subsistance. Elles cherchent désormais à protéger la personne humaine⁵⁵⁴ et sa dignité.

Il en résulte que les salariés ne doivent pas supporter les conséquences de la défaillance des entreprises⁵⁵⁵, car n'ayant pas le droit de participer aux profits de l'entreprise, ils ne doivent pas non plus endosser le risque d'insolvabilité de l'employeur. Cette justification de la protection de la personne est valable tant dans le cadre des privilèges de salaires que dans celui de la garantie de l'AGS. La combinaison de ces techniques est mise œuvre pour atteindre cet objectif. Ainsi, le *droit au salaire* est une prérogative fondamentale consacrée solennellement par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946⁵⁵⁶ et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. C'est un droit social fondamental au même titre que le droit à l'emploi. Le salarié ne doit pas subir les pertes de la défaillance de

⁵⁵⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « L'efficacité des sûretés garantissant les créances salariales », *Dr. soc.* 1987, pp. 842-851.

⁵⁵¹ G. LYON-CAEN, préc., n° 3.

⁵⁵² G. LYON-CAEN, cité par C. SOUWEINE, *Les créances résultant du contrat de travail dans le redressement et la liquidation judiciaires*, Thèse Droit, Grenoble II, 1992, p. 2.

⁵⁵³ G. LYON-CAEN, cité par C. SOUWEINE, préc., p. 4.

⁵⁵⁴ D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 7^e éd., Paris, LGDJ, 2009, coll. « Manuel », 2009, p. 496.

⁵⁵⁵ D. LEGEAIS, préc., p. 496 ; L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés, La publicité foncière*, 5^e éd., Defrénois, coll. « Droit civil », 2011, p. 211.

⁵⁵⁶ J. RIVERO, G. VEDEL, « Les problèmes économiques et sociaux dans la Constitution de 1946 », *Dr. soc.* 1947, fasc. XXXI.

l'entreprise qui l'emploie, car son salaire n'est pas en réalité déterminé en fonction des profits qu'elle réalise.

En réalité, l'employeur ayant le pouvoir de gestion de l'entreprise⁵⁵⁷, l'insolvabilité qu'il subit, est caractérisée par les fautes de gestion auxquelles, le salarié subordonné ne peut être associé. La créance du salarié doit être payée en dépit du placement de l'employeur en procédure collective⁵⁵⁸. En tout état de cause, la modestie du rang accordé au salarié par les privilèges de droit commun et la nature alimentaire ne suffisent plus à justifier l'institution de la garantie des salaires. Une raison supplémentaire a été invoquée.

62.- Participation du salarié à la sauvegarde de l'entreprise. La liste des raisons de la consécration de la garantie des créances salariales a été étendue à la quatrième raison. La nature alimentaire du salaire et l'insuffisance des privilèges de droit commun ne peuvent plus, à elles seules justifiées la protection favorable des salaires. Il a été observé par un auteur que l'intensité de la faveur à l'égard des salariés est justifiée par la contribution des salariés au redressement de l'entreprise⁵⁵⁹. En effet, le système de la protection des créances résultant du contrat de travail par les privilèges ne s'occupe absolument pas d'une possibilité de sauvetage de l'entreprise. Ils n'ont pour objectif que de régler le passé du débiteur en vendant les actifs. Or, la réalisation des actifs entraîne sans aucun doute la liquidation de l'entreprise. La procédure collective n'ayant plus pour seule finalité la fermeture de l'entreprise défailante, l'objectif des privilèges est inadapté. Surtout, la loi du 13 juillet 1967, avait déjà séparé la situation de l'entreprise de celle des dirigeants, il était donc logique qu'un mécanisme particulier prenne en considération toutes les finalités de la procédure collective. Ainsi, le paiement des créanciers n'est plus l'objectif principal des procédures collectives. Le secours des entreprises en difficulté par l'intervention de la garantie de l'AGS devient économiquement et socialement préféré au paiement des créances. La logique de sauvetage des entreprises en difficulté a rendu le système de protection des privilèges de droit commun inadapté et dépassé⁵⁶⁰. Dès lors que l'employeur est insolvable, l'institution de garantie qui est

⁵⁵⁷ A. JEAMMAUD (Coord.), « Le pouvoir de l'employeur », *Sem. soc. Lamy* 2008, suppl. n° 1340 ; E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, coll. « Bibl. de droit social », 2008, t. 46 ; A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, Coll. « Bibl. de droit social », t. 52, 2010.

⁵⁵⁸ D. NAZET-ALLOUCHE, *Droit du travail et procédures collectives*, thèse Montpellier, 1983, spéc., n° 282.

⁵⁵⁹ C. SOUWEINE, *Les créances résultant du contrat de travail dans le redressement et la liquidation judiciaires*, thèse Droit, Grenoble 2, 1992, p. 4.

⁵⁶⁰ Cf., J.-V. GRUAT, « Régimes de garantie des créances salariales en cas de faillite », *Rev. inter. séc. soc.* 1980, vol. 33, p. 67 ; A.-S. BRONSTEIN, « Protection des créances salariales en cas d'insolvabilité de

une personne externe à la relation de travail prend en charge les créances des salariés. L'AGS étant une personne morale, les cotisations versées par les employeurs aux fins de couvrir le risque de non-paiement des salaires deviennent après l'encaissement ses propres actifs. Les sommes versées par l'institution de garantie aux salariés ne correspondent donc pas exactement aux actifs de l'entreprise en défaillance. L'institution de garantie est un organisme extérieur à la procédure collective, elle n'est même pas un organe de la procédure collective légalement désigné. Pourtant, elle prend une part active dans l'activité économique des entreprises placées en procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires⁵⁶¹. Son intervention accentue la capacité de paiement des créances des salariés.

Paragraphe 2 : L'accentuation de la capacité de paiement des salaires

La garantie collective du risque d'insolvabilité a été créée pour accentuer la capacité de paiement des créances salariales. À l'opposé des mécanismes de protection des créances des salariés de droit commun qui donnent une chance limitée au règlement des créances salariales, l'intervention de l'institution de garantie des salaires assure le paiement effectif des créances des salariés. Cette assurance est caractérisée par l'autonomie du mécanisme collectif de garantie des salaires par rapport au patrimoine de l'employeur (A), et, son indépendance par rapport à l'obligation de cotiser de l'employeur (B).

A. Une garantie autonome du patrimoine de l'employeur

63.- Opposition de natures juridiques. La nature des privilèges de droit commun qui protègent les créances des salariés est différente de celle de la garantie collective de leurs créances. La protection des créances des salariés à travers les privilèges de droit commun est en effet très attachée au patrimoine de l'entreprise en défaillance. Les privilèges sont financés par la vente des biens mobiliers et immobiliers de cette entreprise. En revanche, la garantie des salaires est un mécanisme collectif financé par les cotisations de plusieurs employeurs de

l'employeur : du droit civil à la sécurité sociale », *Rev. inter. du Travail* 1987, vol. 126, pp. 795-812 ; P. CHAUMETTE, « De l'abandon de marins – Vers une garantie internationale de paiement des créances salariales ? », *Dr. soc.* 1999, p. 872.

⁵⁶¹ C. trav., art. L. 3253-6.

droit privé⁵⁶². Ces cotisations sont désormais recouvrées par l'ACOSS, par l'intermédiaire des URSSAF⁵⁶³. Le taux de cotisations est fixé à 0,30% depuis le 1^{er} avril 2011. Ainsi, les actifs n'étant pas toujours disponibles dans l'entreprise en défaillance, les mécanismes de protection de droit commun n'accordent aux salariés qu'une protection incertaine à cause du risque d'*insuffisance d'actifs* de l'employeur en difficulté. La garantie des salaires est un mécanisme de nature juridique différente et apparaît plus efficace que les privilèges de droit commun, car elle ne fonctionne pas de la même façon qu'eux. L'AGS est une « association patronale » qui assume sa mission de façon autonome sans s'appuyer sur les biens mobiliers et immobiliers de l'employeur. La garantie collective des salaires n'est pas par conséquent la nature d'une sûreté afin qu'elle soit assise sur le patrimoine de l'employeur. L'institution de garantie se substitue à l'employeur en cas de défaut de paiement des créances des salariés. Elle intervient de manière subsidiaire⁵⁶⁴, car l'employeur demeure le débiteur principal de la créance salariale et non cette institution⁵⁶⁵. Cette *intervention subsidiaire* ne signifie cependant pas comme le sous-entendent certains auteurs⁵⁶⁶, que la garantie des salaires joue un rôle secondaire. Le rôle de l'AGS dans la protection des créances des salariés est *essentiel* et *propre à sa nature*. Elle est une garante de « premier rang »⁵⁶⁷. C'est simplement l'intervention qui est subsidiaire et, non sa place dans les procédures collectives.

En pratique, l'insuffisance des mécanismes de protection de droit commun explique le rôle renforcé de la garantie des salaires dans les procédures collectives. Elle peut par conséquent être considérée comme une *garantie autonome*⁵⁶⁸. La garantie autonome « est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues. Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie. Sauf convention contraire, cette

⁵⁶² C. trav., art. L. 3253-6 ; P. LAFARGE, L. SERFATI-APTER, T. MÉTEYÉ, « Le nouveau régime de garantie des salaires », *Gaz. Pal.* 1986, 1, doct. p. 299 ; P. LAFARGE, « Champ d'application et organisation financière de l'AGS », *Dr. soc.* 1987, p. 827 ; H. BLAISE, « Les créances garanties par l'AGS, une jurisprudence évolutive », *Dr. soc.* 1994, 778.

⁵⁶³ In *Rapport d'activité Délégation Unédic AGS 2011*, p. 19.

⁵⁶⁴ Cf., *infra*, n° 270.

⁵⁶⁵ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « L'efficacité des sûretés garantissant les créances salariales », *Dr. soc.* 1987, n° 12, p. 842 et s.

⁵⁶⁶ R. LAMORIL, *La garantie du paiement des salaires en cas de règlement ou de liquidation des biens de l'employeur (Commentaires de la Loi n° 73-1194 du 27 décembre 1973)*, Thèse Lille II, 1977 ; M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 6^e éd., Litec, coll. Manuels, 2002, p. 495 ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, 2010, coll. « Manuel », p. 495.

⁵⁶⁷ P. MORVAN, *Restructuration en droit social*, préc., p. 765.

⁵⁶⁸ Pour l'étude détaillée de la garantie autonome ou à première demande, cf., C. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 2^e éd., Dalloz 2009, p. 145 et s.

sûreté ne suit pas l'obligation garantie »⁵⁶⁹. En effet, le rôle de la garantie des créances des salariés dans les procédures collectives instaure une relation triangulaire : *employeur – salarié – AGS*. L'employeur est tenu de verser une cotisation à l'AGS qui garantit la créance du salarié. Néanmoins, tous les employeurs ne sont pas tenus d'assurer leurs salariés contre le risque d'insolvabilité⁵⁷⁰.

64.- Remède à l'insolvabilité de l'employeur. La garantie des salaires est un remède au défaut de paiement des créances salariales par l'employeur. Elle est une « alternative » aux privilèges de droit commun que détiennent les salariés sur le patrimoine de l'entreprise. Ainsi, la garantie des salaires remédie à l'insolvabilité de l'employeur en cas de procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires. Elle ne soumet pas les salariés au critère d'ordre de règlement des créances des salariés comme dans les sûretés de droit commun. La garantie des salaires n'a pas pour assise le patrimoine de l'employeur, mais les cotisations de l'ensemble des employeurs. Elle n'assure que les créances dues aux salariés et aux personnes qui leur sont assimilées. Par conséquent, les frais de justice ou autres dettes de l'employeur sont exclus du domaine d'application de la garantie. L'accentuation de la capacité de paiement des créances des salariés réside également dans le fait que l'AGS est un tiers au contrat de travail qui n'assume qu'une seule mission : le paiement rapide des créances des salariés.

65.- Intervention d'un tiers garant solvable. L'AGS n'est pas un cocontractant du salarié. En principe, il ne lui incombait pas de régler les créances des salariés. Mais, la mutualisation de la couverture du risque de non-paiement des salaires a fait d'elle un garant. Elle est un organisme gestionnaire de la garantie des salaires. Elle est donc un tiers, étrangère à la relation qui unit l'employeur et ses salariés créanciers et, à la procédure collective. Dit autrement, elle n'est pas liée par l'obligation principale, c'est-à-dire la relation de travail entre l'employeur et le salarié dont résulte la créance garantie. En effet, l'employeur qui cotise au mécanisme de garantie des salaires effectue, en quelque sorte, une *stipulation* à destination du salarié bénéficiaire de l'assurance des salaires. La relation d'assurance des salaires qui lie l'employeur et l'institution de garantie n'a aucun effet sur le contrat de travail. L'institution de garantie apporte une garantie comme si elle était la caution de l'employeur soumis à

⁵⁶⁹ C. civ., art. 2321 ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-J. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 2^e éd., Sirey, 2010, Coll. « Sirey Université », pp. 242 et s.

⁵⁷⁰ Cf., *infra*, n° 128 et s.

l'obligation d'assurance. N'étant pas partie à la procédure collective, elle n'est pas tenue de respecter l'*ordre de paiement*, car les procédures de paiement des privilèges de droit commun ne s'appliquent pas à elle. Elle prend en charge les créances de salaires, même si le défaut de paiement de l'employeur est constaté en ce qui concerne les créances qui n'ont pas la nature salariale ou qui sont assimilées au salaire. Son intervention joue au détriment des autres créanciers de l'entreprise. Les salariés échappent à la règle de concours des créances privilégiées à laquelle sont soumis les autres créanciers. L'absence de la concurrence des autres créanciers de l'employeur permet de leur assurer un paiement certain, indépendamment de la cotisation de l'employeur.

B. Une garantie indépendante de l'obligation de cotiser

66.- Assurance du paiement effectif. La mutualisation de la couverture du risque de non-paiement des créances salariales a permis aux salariés d'être rassurés que leurs créances seront réglées en cas d'insolvabilité de l'employeur. Cette assurance est également caractérisée par l'absence de lien direct entre l'obligation de cotisation de l'employeur⁵⁷¹ et l'obligation de prendre en charge les créances des salariés de l'institution de garantie des salaires⁵⁷². En effet, l'inexécution de l'obligation de cotiser de l'employeur n'influe pas sur le droit à la garantie du salarié⁵⁷³. Si la loi exige que l'employeur puisse assurer ses salariés, elle ne soumet pas l'intervention de l'institution de garantie des salaires, à la satisfaction effective de cette obligation. Cette absence de lien direct entre la cotisation et la satisfaction de l'obligation de cotiser distingue la garantie des salaires de l'assurance privée.

En réalité, la garantie des salaires est un mécanisme social qui a pour finalité d'apporter la paix sociale dans l'entreprise en défaillance. Une telle finalité ne pouvait être atteinte si le bénéficiaire de la garantie était directement lié à la satisfaction effective par l'employeur de son obligation de cotiser. En effet, si la garantie des salaires est, en partie, inspirée du système de l'assurance⁵⁷⁴, comme toutes les garanties sociales, elle n'est pas une assurance⁵⁷⁵. Cette

⁵⁷¹ C. trav., art. L. 3253-6 et L. 3253-18 ; Cf., *infra*, n° 141 et s.

⁵⁷² C. trav., art. L. 3253-7.

⁵⁷³ C. trav., art. L. 3253-7.

⁵⁷⁴ R. LAMORIL, *La garantie du paiement des salaires en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens de l'employeur*, thèse Droit, Lille II, 1977, p. 16.

⁵⁷⁵ L'assurance est une « opération par laquelle une partie, l'assuré, se fait promettre moyennant la prime à son profit ou celui d'un tiers en cas de réalisation d'un risque, une prestation (pécuniaire) par l'autre, l'assureur qui

dernière rattache la prise en charge du risque à la satisfaction de la cotisation. Or, l'article L. 3253-7 du Code du travail prescrit que « le droit du salarié est garanti indépendamment de l'observation par l'employeur tant des prescriptions de la présente section que des obligations dont il est tenu à l'égard des institutions prévues à l'article L. 3253-14 »⁵⁷⁶.

Ainsi, si les termes de « tout employeur de droit privé doit assurer ses salariés contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail »⁵⁷⁷, invite à penser que la garantie des salaires est un système d'assurance. La conception du législateur « va au-delà du mécanisme de l'assurance ordinaire »⁵⁷⁸. Les cotisations de l'employeur ne sont pas des primes d'assurance et l'AGS n'est pas un assureur, au sens traditionnel du mot. Les cotisations de l'employeur sont des charges patronales. En outre, l'AGS est une association patronale à but non lucratif. Le taux de cotisation de l'AGS est identique pour toutes les entreprises. Il s'applique pour chaque embauche. La fixation du montant de la garantie des salaires est également indépendante de la satisfaction par l'employeur de son obligation de cotisation.

67.- Fixation du montant de la garantie dissociée de la cotisation. Le montant de la garantie des créances des salariés est également indépendante de la cotisation de l'employeur. En effet, la *garantie des salaires* est un mécanisme légal dont le taux de cotisations à l'AGS est forfaitaire. Il est identique quelle que soit la taille de l'entreprise qui est soumise à l'obligation de cotiser. Cette situation est inédite en droit du travail, car il prévoit souvent des seuils pour l'application de ce type de mesures. L'obligation de mettre en place un comité d'entreprise, par exemple, n'incombe qu'à l'entreprise qui emploie au moins 50 salariés⁵⁷⁹, et de mettre en place une délégation du personnel à celle qui emploie un effectif d'au moins 11 salariés⁵⁸⁰. En droit de la garantie des créances des salariés, il n'a pas été choisi de déterminer le montant de la cotisation en fonction de l'effectif de l'entreprise. Ainsi, le montant, c'est-à-

prenant en charge l'ensemble de risques, les compense conformément aux lois de la statistique » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., p. 75).

⁵⁷⁶ V., Dir. n° 2002/74/CE, art. 5, c ; CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-69/08, Raffaello Viscio c/ Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) : « La directive européenne n'impose pas que la prise en charge des créances des salariés par l'institution de garantie soit soumise à la satisfaction de l'employeur aux cotisations y afférentes ».

⁵⁷⁷ C. trav., art. L. 3253-6.

⁵⁷⁸ R. LAMORIL, *La garantie du paiement des salaires en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens de l'employeur*, thèse Droit, Lille II, 1977, p. 16.

⁵⁷⁹ C. trav., art. L. 2321-1 ; Cf., J.-M. VERDIER, A. COEURET, M.-A. SOURIAU, *Droit du travail*, vol. 1, *Rapports collectifs*, 16^e éd., p. 124 et s.

⁵⁸⁰ C. trav., art. L. 2314-16 et s ; Cf., J.-M. VERDIER, A. COEURET, M.-A. SOURIAU, *Droit du travail*, vol. 1, *Rapports collectifs*, 16^e éd., p. 111 et s.

dire « l'étendue matérielle » de la garantie des créances des salariés ne dépend pas de l'importance de la cotisation de l'employeur. Le montant de la garantie des créances salariales n'est pas lié au taux de cotisation de l'employeur.

Il en résulte que la garantie des salaires est un mécanisme national unique de couverture des créances salariales en cas d'insolvabilité de l'employeur. La prise en charge des créances des salariés est réalisée par les Centres de gestion et d'études AGS (CGEA) indépendamment du taux de cotisation de l'employeur. Ils sont tenus de prendre en charge toutes les créances qui rentrent dans le champ d'application de la garantie car, c'est un mécanisme légal obligatoire. Les plafonds prescrits par la loi sont d'ordre public, même s'ils sont détachés du taux de cotisation de l'employeur. Les dispositions relatives à la garantie des salaires sont impératives et s'imposent à l'employeur et aux salariés. Par conséquent, l'AGS peut être considérée comme une association patronale qui gère une mission de service public, même si la *Délégation Unedic AGS*⁵⁸¹ n'est pas intégrée dans *Pôle emploi*. Elle joue un rôle primordial dans les procédures collectives ; elle est devenue même la matrice des procédures collectives. Ainsi, le sauvetage de l'entreprise en défaillance dépend de l'intervention de l'institution de garantie des salaires. Elle n'a pas un rôle secondaire, elle assume un enjeu majeur dans les entreprises en défaillance. La subsidiarité qui gouverne l'intervention de la garantie des salaires n'est qu'un élément procédural et, non une condition fondamentale de son existence. Dans cette optique, elle garantit la dette de l'employeur, *débiteur principal* ; elle peut intervenir également dans les situations où la responsabilité solidaire des employeurs d'un groupe est en cause. Telle est l'hypothèse des associations régies par la loi de 1901, qui ont pour objectif essentiel, la mise à disposition de ses membres, des salariés titulaires d'un contrat de travail. En dépit de la responsabilité solidaire des sociétaires du passif salarial⁵⁸², l'institution de garantie prend en charge les créances de ces salariés. La *coresponsabilité* des sociétaires n'exonère pas l'institution de garantie de son obligation⁵⁸³. Toutefois, l'autonomie de l'intervention de l'institution de garantie par rapport à la cotisation de l'employeur ne doit pas être poussée trop loin, car l'équilibre financier du mécanisme auquel dépend sa capacité de paiement est lié à la compensation entre les cotisations et les dépenses.

⁵⁸¹ C'est un établissement de l'Unedic créé en 1996. Il assure la gestion technique et financière de l'AGS.

⁵⁸² C. trav., art. L. 1253-8 et L. 1253-21.

⁵⁸³ Cass. soc. 1er déc. 1993, *Bull. civ.* V, n° 297 ; 9 mars 2004, *Bull. civ.* V, n° 74 ; *adde*, chron. P. Fadeuiche, *Sem. soc. Lamy* 2004, n° 1189, p. 6.

68.- Possible déstabilisation de l'équilibre financier. La prise en charge des créances des salariés dont l'employeur n'a pas cotisé peut à long terme menacer la stabilité financière du mécanisme, si les modalités de remboursement ne sont pas renforcées. La subrogation qui permet à l'AGS de récupérer les sommes avancées ne joue pas toujours totalement⁵⁸⁴, alors qu'elle a payé la *dette d'autrui*. Sa subrogation a des limites car les droits de l'AGS sont assis sur le patrimoine de l'entreprise insolvable puisque ce sont des privilèges qui lui sont accordés. En effet, si l'entreprise ne réalise pas des actifs nécessaires, l'institution de garantie devra attendre certainement jusqu'à la liquidation de l'entreprise afin qu'elle vienne partager le prix de vente des actifs qui seront réalisés. Néanmoins, la Délégation Unedic AGS a mis en place à la suite de la crise qu'elle a connue dans les années 2000, un système de réserves de fonds qui lui permet de faire face à l'absence de satisfaction par l'employeur de son obligation de cotiser. Il est toutefois important de trouver des moyens permettant de perpétuer l'équilibre financier de l'association gestionnaire.

69.- Perspectives d'un équilibre financier constant. Les moyens permettant de maintenir l'équilibre financier de l'association patronale qui prend en charge les créances des salariés sont divers. Pour limiter les effets du manquement à l'obligation de cotiser, il peut être envisagé de majorer la cotisation ou de pénaliser tout retard de paiement des cotisations. Il en est de même du retard ou du remboursement des avances dans l'hypothèse où l'employeur n'a pas cotisé. Il peut également être envisagé que l'État soit appelé à prendre en charge les créances des salariés dont l'employeur n'a pas cotisé, car le droit européen fait peser l'obligation de mettre en place les institutions de garantie sur lui, et non sur les entreprises. De surcroît, il prend déjà en charge sous certaines conditions le *chômage partiel* ou *technique* des salariés⁵⁸⁵. Mais, la prise en charge des créances des salariés dont l'employeur n'a pas satisfait à la cotisation par l'État, peut l'inciter à instaurer un nouvel impôt, car il est toujours réticent pour financer ce genre de mesures sociales. Cependant, la majoration ou la pénalisation du manquement à l'obligation de cotiser, présente des inconvénients. D'une part, l'employeur peut estimer que la majoration ou la pénalisation de l'absence de cotisation est une charge sociale pesant sur l'emploi. D'autre part, la logique de *solidarité interprofessionnelle* entre l'ensemble des employeurs⁵⁸⁶ qui fonde la garantie des salaires pourrait être remise en cause.

⁵⁸⁴ Cf., *infra*, n° 276.

⁵⁸⁵ C. trav., art. L. 5122-1 ; Cf., B. SIHOL, *Le chômage partiel*, LGDJ, 1998 ; P. LOKIEC, « Le chômage partiel : pour une autre approche », *Dr. soc.* 2009, p. 393 ; J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2012, p. 380 et s.

⁵⁸⁶ Cf., *infra*, n° 137.

En définitive, l'indépendance de la garantie des salaires vis-à-vis de l'obligation de cotiser et du patrimoine de l'employeur est favorable au paiement des créances des salariés. Elle accentue la capacité collective de paiement des créances de salariés et réduit le risque d'insolvabilité de l'institution de garantie elle-même. Un tel risque remettrait en question sa fonction de *garant solidaire* des créances salariales. Toutefois, l'autonomie de la garantie des salaires doit être appréhendée dans le souci de garder l'équilibre financier du mécanisme. Cet équilibre dépend à la fois des cotisations recouvrées et de l'étendue des créances garanties. Ainsi, les privilèges des salariés sur le patrimoine de l'entreprise en défaillance sont transmis à l'institution de garantie afin qu'elle recouvre rapidement les fonds avancés et maintienne l'équilibre financier. En outre, le plafonnement du montant de la garantie qui est fixé indépendamment de la cotisation de l'employeur permet de stabiliser les finances de l'organisme de garantie s'il demeure raisonnable. En tout état de cause, la garantie des salaires est un mécanisme collectif autonome qui n'est pas assis sur le patrimoine de l'employeur comme les privilèges ; elle est financée par les cotisations de la communauté des employeurs. Par conséquent, elle n'a ni la nature d'un privilège des salaires. Cette différence de technique de fonctionnement confère à la garantie de l'AGS une autonomie qui renforce la capacité collective des employeurs à lutter contre le risque d'insolvabilité.

Conclusion du chapitre 1

La nature juridique de la garantie des salaires est différente de celle des privilèges des salariés. L'opposition de leurs natures est essentiellement caractérisée par la distinction des modes de financement. Les mécanismes de protection des créances salariales empruntés au droit commun sont des sûretés légales assises sur le patrimoine d'une seule entreprise en difficulté, alors que la garantie des salaires est un mécanisme collectif financé par les cotisations de plusieurs employeurs. Ces cotisations sont, en principe, recouvrées avant la date du placement en procédure collective de l'entreprise, c'est-à-dire avant son insolvabilité qui nécessite l'intervention du mécanisme collectif de protection. Le recouvrement des cotisations nécessaires au paiement des salaires est réalisé préalablement à la date de cessation des paiements. Or, l'évaluation des actifs disponibles du patrimoine de l'entreprise nécessaires au règlement des créances des salariés se réalise après l'ouverture de la procédure collective. Ainsi, la *solidarité interprofessionnelle* permet à l'ensemble des entreprises, *in bonis* surtout, de couvrir les salariés contre le risque de non-paiement de l'un d'entre eux. La créance qui est prise en charge, est celle du titulaire d'un contrat de travail ou assimilés.

En effet, l'absence d'une assise de la garantie des salaires sur le patrimoine de l'entreprise en difficulté la rend autonome. Cette autonomie renforce la capacité de paiement des créances des salariés. D'une part, la garantie des salaires est un mécanisme légal qui oblige l'institution de garantie à prendre en charge la créance du salarié dès lors que les actifs de l'entreprise placée en procédure collective sont *indisponibles*. D'autre part, l'indépendance de l'obligation de garantie des salaires à l'égard du manquement de la satisfaction de l'obligation de cotiser de l'employeur lui permet d'assumer véritablement sa *finalité* de porteur de *paix sociale* dans l'entreprise en défaillance. Or, l'absence d'actifs rend impossible la mise en œuvre des mécanismes de protection des créances des salariés de droit commun. Toutefois, la nature de la garantie des salaires ne peut être comprise entièrement si le régime juridique des privilèges et de la garantie des salaires n'est pas analysé, en même temps que leurs natures juridiques. Il existe en effet des interférences, des entremêlements entre la nature et le régime de ces mécanismes de paiement des créances des salariés.

Chapitre 2 : La complémentarité des mécanismes de garantie

70.- Exigence générale du paiement rapide. L'Association de Gestion du « régime » de garantie des créances des Salariés a été créée pour réaliser le paiement rapide des créances des salariés. Elle est instituée pour pallier la lenteur du paiement des privilèges de droit commun. L'étude de la nature de la garantie des créances des salariés ne peut être comprise que si son régime est examiné en même temps que celui des mécanismes de protection des créances salariales de droit commun. En effet, la différence de natures juridiques qui vient d'être indiquée n'empêche pas la garantie des salaires et les privilèges des salaires d'avoir des régimes juridiques complémentaires. En pratique, les règles qui gouvernent les régimes de la garantie des salaires et les sûretés réelles de salaires poursuivent la même finalité. La complémentarité des régimes est caractérisée également par le fait que la garantie de l'AGS n'intervient que lorsque l'employeur agent payeur principal est insolvable. Depuis la loi du 26 juillet 2005, la justification de l'insolvabilité est recommandée dès lors qu'une procédure de sauvegarde est ouverte. Cette exigence confirme le caractère subsidiaire de l'intervention de l'institution de garantie.

L'objectif commun de règlement rapide et effectif des créances des salariés est rendu possible par le droit de préférence qu'accordent les privilèges aux salariés et la prise en charge de leurs créances par l'AGS qui se substitue à l'employeur défaillant. Ainsi, le droit de préférence tiré des privilèges donne par conséquent aux salariés la chance de percevoir de façon prioritaire leurs créances, alors que la garantie collective de l'AGS assure, certifie effectivement le paiement des créances salariales en cas d'insolvabilité de l'employeur. Ces priorité et assurance ne profitent toutefois qu'à une partie des créances ayant un caractère alimentaire. En effet, les mécanismes de protection des créances salariés ont un champ d'application matériel limité qui prend en considération la finalité alimentaire minimale de la protection. Par conséquent, l'objectif commun de paiement rapide des mécanismes de protection des créances des salariés (Section 1) ne vise que le paiement minimal de ces créances (Section 2).

Section 1 : L'objectif commun de paiement rapide des créances salariales

71.- Chance et assurance du paiement. Le paiement effectif des créances des salariés est l'objectif commun de la garantie de l'AGS et des mécanismes de protection des créances salariales de droit commun. Ce règlement effectif ne se réalise que parce que les salariés bénéficient des prérogatives qui leur permettent d'être payés avant les autres créanciers. Ainsi, les privilèges des salariés accordent des droits de préférence aux salariés afin qu'ils puissent être préférés dans le règlement des créances aux autres créanciers de l'employeur. C'est la priorité de règlement qui leur donne la chance de paiement à leurs créances. Cette chance du paiement des salaires qui se réalise à travers le droit de préférence dont ils bénéficient est précaire, car ils occupent souvent un rang faible dans l'ordre de paiement. Parfois, l'employeur insolvable ne dispose plus d'actifs mobiliers et immobiliers nécessaires au paiement. Dans cette hypothèse, les salariés ne reçoivent qu'une petite partie de leurs créances privilégiées. Le paiement des salaires devient incertain. Or, la garantie des salaires qui fonctionne selon une modalité différente de celle des privilèges évite tout retard dans le règlement des créances des salariés. Elle donne l'assurance du paiement des créances salariales. Elle joue un rôle important et assure le paiement rapide et effectif grâce à son indépendance vis-à-vis du patrimoine de l'employeur. Pour que les créances salariales soient payées rapidement par l'AGS, la modalité de reconnaissance des créances salariales est simplifiée. Le mandataire judiciaire doit vérifier rapidement les créances salariales, car les créances prises en charge par l'institution de garantie sont limitées⁵⁸⁷. Les mécanismes de protection des créances permettent aux salariés de bénéficier d'un paiement préférentiel (§ 1), alors que le mécanisme collectif de l'AGS assure un paiement effectif si le traitement préférentiel ne suffit pas (§ 2).

⁵⁸⁷ C. trav., art. L. 3253-8 ; M. HENRY, « Les nouvelles règles de vérification et de paiement des créances salariales », *Dr. soc.* 1986, 681.

Paragraphe 1 : Le paiement préférentiel des créances salariales

Le droit de préférence dont bénéficient les salariés à raison de leurs privilèges permet, d'une part, qu'ils dévancent les autres créanciers de l'employeur (A). Ce droit de préférence favorise, d'autre part, le paiement de leurs créances dans les délais plus courts (B).

A. L'exercice du droit de préférence

Le bénéfice des droits de préférence présente un intérêt particulier pour les salariés. Les privilèges de droit commun accordent aux salariés un droit de préférence qui leur permet de primer (1) les autres créanciers de l'employeur. Son action en paiement s'exerce dans un cadre spécifique (2).

1. La primauté des créances salariales

72.- Priorité de paiement des créances antérieures. Les privilèges accordent des droits aux salariés sur les biens meubles et immeubles de l'employeur. Ils sont résolument tournés vers la protection du passé. La protection des créances antérieures seulement peut avoir des inconvénients sur la poursuite de l'exploitation. Ainsi, elle peut décourager les fournisseurs de biens, de services ou de capitaux d'apporter leur secours nécessaire au maintien de l'activité de l'entreprise puisqu'ils sont devancés par les salariés dans le recouvrement des créances.

En effet, le droit de préférence des salariés qui est tiré des mécanismes de droit commun leur permet d'être payés prioritairement avant les autres créanciers de l'employeur. En revanche, s'ils se trouvent en concurrence avec les autres créances, l'article 2325 du Code civil précise que : « entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités des privilèges ». Les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang, sont payés par concurrence⁵⁸⁸. Les privilèges des créances des salariés permettent de sécuriser la situation économique des salariés. Ces privilèges leur donnent la chance de percevoir les créances dues par l'employeur.

⁵⁸⁸ C. civ., art. 2326 ; P. SIMLER, P. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 5e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2009, p. 651 et s.

Cependant, le classement des créances bénéficiant des privilèges n'attribue pas toujours aux salariés un rang satisfaisant pour la mise en œuvre de leurs droit de préférence. Ainsi, l'infériorité du classement pénalise les salariés qui se trouvent primés par les titulaires de sûretés plus fortes et efficaces. Le rang du salarié dans le règlement des créances dues par l'employeur est différent selon que son droit de préférence porte sur un bien mobilier ou un bien immobilier.

73.- Primauté modeste sur les meubles. Le privilège général des salaires occupe un rang très faible qui ne permet pas toujours aux salariés de recouvrer leurs créances. Les créances des salariés sont primées d'abord par les frais de justice qui sont classés au premier rang des privilèges généraux sur les meubles⁵⁸⁹ et immeubles⁵⁹⁰ de l'employeur. Ce sont des frais qui permettent de sauvegarder et de réaliser l'actif de l'employeur. Ils participent à la sauvegarde du patrimoine de l'employeur. Ces frais permettent également le recouvrement des créances de l'employeur qui sont profitables aux créanciers⁵⁹¹. Ensuite, le privilège de salaires est primé par les frais de l'inhumation du débiteur⁵⁹². Enfin, le droit de préférence du salarié est enfin primé par les frais de dernière maladie. Ce privilège permet d'assurer au débiteur malade les soins nécessaires. L'article 2331, 4° du Code civil classe le privilège des salariés sur un bien meuble au quatrième rang après les créances du Trésor, les frais de justice, les frais funéraires et les frais de dernière maladie⁵⁹³. Ce rang ne donne pas la certitude du règlement des créances salariales. Les fonds résultant de la vente du bien mobilier de l'employeur ne permettront pas de régler les créances salariales. En revanche, le privilège général a un rang léger et est apparu inefficace en raison de la faiblesse de ce rang et de l'insuffisance des actifs. Pour corriger son inefficacité le superprivilège a été créé.

74.- Primauté satisfaisante sur les immeubles. La créance du salarié occupe un rang plus ou moins confortable si son privilège s'exerce sur un bien immobilier de l'employeur. En effet, l'article 2375, 2° du Code civil prévoit que les créances privilégiées sur la généralité des

⁵⁸⁹ C. civ., art. 2331, 1° ; Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006.

⁵⁹⁰ C. civ., art. 2375, 1° ; Ord. n° 59-71 du 7 janv. 1959 ; Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006 ; Cass. com. 31 mars 1998, *Bull. civ.* IV, n° 120 ; D. 1998, Somm. 327, obs. A. Honorat ; *JCP* 1998, II, 10105, rapp. Rémerly.

⁵⁹¹ Cass. com. 19 oct. 1970, *Gaz. Pal.* 1971, 1, 72 ; 17 nov. 1970, *Bull. civ.* IV, n° 305 ; 5 déc. 1995, *Bull. civ.* IV, n° 285 ; D. 1996, somm. 389, obs. S. Piedelièvre ; *RTD civ.* 1996, 433, obs. Crocq ; *JCP* 1996, I, 3942, n° 10, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque ; CA Dijon, 3 avr. 1980, *Gaz. Pal.* 1982, 2, 424, note Chartier.

⁵⁹² Cass. civ. 15 mars 1897, *DP* 1897, 1, 280.

⁵⁹³ D. ROUSSEAU (dir), *Mémo social, Travail et emploi, sécurité sociale, Retraite*, éd. Liais. soc. Quotidien, Hors-série, mars 2011, p. 476 et s.

immeubles sont : les frais de justice ; les créances des salariés et assimilés. Elle obtient le 3^e rang après les impôts et les frais de justice⁵⁹⁴. L'exercice du droit de préférence sur l'immeuble donne la probabilité du paiement de la créance salariale. Cette probabilité du règlement de la créance du salarié est plus importante s'il exerçait son superprivilège⁵⁹⁵.

75.- Subsidiarité du droit de préférence sur les immeubles. L'action en paiement du salarié doit obéir à la règle de la hiérarchie entre les biens meubles et immeubles. En effet, l'application du privilège général aux immeubles est subsidiaire. La règle de subsidiarité entre les meubles et les immeubles impose que le salarié exerce dans un premier temps son droit de préférence sur les biens meubles avant dans un deuxième temps d'exercer ce droit sur les immeubles. Cette subsidiarité exige que l'action en paiement sur les immeubles ne puisse avoir lieu que si les meubles sont insuffisants pour désintéresser le créancier. L'action en paiement s'exerce principalement sur les biens meubles et secondairement sur les immeubles. Or, le salarié occupe un rang appréciable qui lui permet d'avoir la chance de recouvrer sa créance lorsque son action porte sur les immeubles. Si la règle de subsidiarité peut être justifiée par le fait que les créances privilégiées sont souvent moins importantes, le besoin de conserver le patrimoine immobilier de l'employeur afin qu'il poursuive son activité l'est également. Ainsi, l'exercice du droit de préférence *a priori* sur les locaux de l'entreprise compromettrait toute idée de sauvegarde ou de redressement de l'entreprise.

La règle de subsidiarité de l'action en paiement sur les immeubles qui est prévue à l'article 2376 du Code civil entraîne l'imputation large du paiement des créances privilégiées sur le patrimoine mobilier de l'employeur. En effet, « lorsqu'à défaut de mobilier les créanciers privilégiés mentionnés à l'article 2375 se présentent pour être payés sur le prix d'un immeuble en concurrence avec les autres créanciers privilégiés sur l'immeuble, ils priment ces derniers et exercent leurs droits dans l'ordre indiqué audit article ». Il faut en effet que les meubles soient insuffisants pour que le privilège général s'applique aux biens immobiliers. La jurisprudence applique de façon souple ce principe et n'oblige pas le créancier privilégié à initier la discussion sur les meubles avec le débiteur⁵⁹⁶. Il appartient en revanche aux personnes titulaires de sûreté spéciale sur l'immeuble du débiteur d'obliger le créancier

⁵⁹⁴ D. ROUSSEAU (dir.), préc., p. 477.

⁵⁹⁵ V., C. trav., art. L. 3253-2 et L. 3253-3 ; Cf., *supra*, n° 58 et s. ; F. DERRIDA, « Le superprivilège des salariés dans les procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens », *D.* 1973, chron. p. 59 ; M. RAMACKERS, « Le superprivilège des salariés », *D.* 1989, chron. p. 301.

⁵⁹⁶ CA Lyon, 13 févr. 1940, *JCP* 1942, II, 1547, note Becqué.

bénéficiaire du privilège général à demander en premier le paiement de sa créance sur les biens meubles. Le créancier chirographaire ne bénéficie pas de la faculté d'exiger le créancier privilégié à poursuivre en priorité le règlement de sa créance sur les biens mobiliers du débiteur. À cet égard, le créancier privilégié qui commet une faute ou néglige la poursuite du règlement de sa créance sur les meubles est déchu de son droit de préférence ; car il s'est mis personnellement dans l'impossibilité d'agir sur le patrimoine mobilier du débiteur⁵⁹⁷. Cependant, le principe de la subsidiarité ne s'applique pas aux créanciers bénéficiaires du privilège de l'article 40⁵⁹⁸ et du superprivilège des salaires qui corrige l'inefficacité du privilège général. Cette inefficacité est due à la modestie du rang occupé par le privilège ordinaire des salariés et l'insuffisance des actifs dans l'entreprise en défaillance⁵⁹⁹.

76.- Puissance du superprivilège. Le superprivilège qui est attribué aux salariés améliore le paiement de leurs créances parce qu'il occupe un rang plus élevé que le privilège général. En effet, l'article L. 3253-2 du Code du travail dispose que « les rémunérations de toute nature due aux salariés pour les soixante derniers jours de travail sont payées nonobstant l'existence de toute autre créance privilégiée ». Le superprivilège est un type particulier de privilège qui place donc le salarié devant tous les autres créanciers de l'employeur. Le salarié qui bénéficie du superprivilège dispose d'une priorité absolue de paiement malgré la présence des créanciers privilégiés. Par conséquent, le salarié qui bénéficie d'un superprivilège passe avant celui qui n'a que le privilège ordinaire. Il est assis comme le privilège général sur les meubles et immeubles de l'employeur. Le superprivilège exclut tout concours, toute concurrence entre les salariés et les autres créanciers⁶⁰⁰. Malgré la chance qu'ils accordent aux salariés de recouvrer leurs créances, le privilège et le superprivilège ont une efficacité relative⁶⁰¹. Ainsi, les créances privilégiées des salariés sont primées par les créances salariales nées régulièrement après la date du jugement d'ouverture. Il en est de même des créances bénéficiant du privilège de la conciliation⁶⁰². En pratique, le bénéfice des droits de préférence de paiement permet aux salariés d'exercer une action directe contre l'employeur débiteur.

⁵⁹⁷ Cass. civ. 24 févr. 1932, *DH* 1932, 217 ; CA Lyon, 12 juin 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 2, 686, note Béjat et Lafarge.

⁵⁹⁸ Loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce.

⁵⁹⁹ A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Litec, coll. « Manuel », 2011, pp. 647-648 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2011, pp. 666-667.

⁶⁰⁰ Cass. com. 6 juill. 1993, *D.* 1993, 530, note Crackers ; *RJS* 1993, 588, n° 988.

⁶⁰¹ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6^e éd., Dalloz 2011, p. 1777.

⁶⁰² C. com., art. L. 611-11.

2. L'action en paiement du salarié

77.- Action directe et conservation du privilège général. Le créancier privilégié dispose d'une action directe⁶⁰³ qui lui permet d'obtenir le paiement sans avoir à employer la procédure contraignante de saisie-attribution. Le règlement de la créance se réalise parfois dès la naissance de la créance du débiteur principal à l'encontre du sous-débiteur. Il s'agit d'une action directe parfaite⁶⁰⁴. Le titulaire du privilège devient instantanément créancier du sous-débiteur et n'est pas en concurrence avec d'autres créanciers du débiteur. Ceci étant, l'action de ces derniers est inopérante car la créance qu'ils peuvent saisir appartient déjà au créancier privilégié. Cependant, l'attribution de la créance ne se fait parfois qu'après qu'une action directe ait été mise en œuvre par son titulaire. C'est en effet, l'hypothèse d'une action imparfaite⁶⁰⁵ qui ne protège pas le titulaire de l'action contre les actions des autres créanciers diligents. Cette action directe est une sorte de voie d'exécution simplifiée⁶⁰⁶.

Par ailleurs, le privilège général des salaires en dépit de son faible rang conserve un intérêt. Les champs temporel et matériel de la garantie de l'AGS étant limités, il complète cette assurance. Il protège également les créances qui n'entrent pas dans le champ du superprivilège. Les créances qui restent impayées après la mise en œuvre de la garantie des salaires et du superprivilège relèvent du domaine du privilège général. En revanche, à raison de la rétrospectivité de la protection, si les privilèges peuvent garantir le paiement des créances antérieures dans la procédure de sauvegarde, l'intervention de l'institution de garantie est exclue⁶⁰⁷. Par conséquent, le droit de préférence des salariés devrait permettre le paiement rapide de leurs créances.

B. Les délais de paiement

78.- Paiement accéléré. Le bénéfice du privilège et du superprivilège a un effet direct sur les délais de paiement des créances des salariés. En effet, la priorité qu'ils bénéficient leur

⁶⁰³ C. JAMIN, *La notion d'action directe*, LGDJ 1991; *Les obligations*, n° 1090 s.

⁶⁰⁴ B. STARCK, Rép. civ., V° Action directe, n° 83 ; Cass. com. 5 oct. 1993, *D.* 1995, 169, note Acanthocéphale ; 24 mars 1998, *RTD civ.* 1998, 932, obs. Gautier.

⁶⁰⁵ C. civ., art. 1753 (L'action directe du bailleur contre le sous-locataire) ; C. com., L. 132-8 (L'action directe du voiturier).

⁶⁰⁶ P. SIMLER, P. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 5^e éd., Dalloz 2009, p. 655.

⁶⁰⁷ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6^e éd., Dalloz 2011, p. 1777.

garantie un paiement rapide de créances. C'est le mandataire judiciaire qui est responsable du paiement de ces créances. Ainsi, les sommes privilégiées sont versées directement aux salariés dans les trois mois du jugement d'ouverture de la procédure collective lorsque le mandataire judiciaire ou le liquidateur dispose de fonds nécessaires⁶⁰⁸. Ce délai de paiement est long et ne coïncide pas avec l'objectif de paiement rapide des créances alimentaires, ce qui rend relative l'efficacité de ce privilège.

Pour les créances superprivilégiées, il faut noter que le superprivilège⁶⁰⁹ a une étendue temporelle réduite⁶¹⁰. Il a une puissance plus forte que le privilège général. L'administrateur judiciaire doit payer les créances superprivilégiées dans les dix jours suivant le prononcé du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde sur l'ordonnance du juge-commissaire dès lors qu'il dispose encore des fonds nécessaires à cette opération⁶¹¹. Il verse immédiatement aux salariés ou à l'AGS⁶¹² à titre provisionnel une somme équivalente à un mois de salaire resté impayé au regard du dernier bulletin de paye. En revanche, lorsqu'il n'a pas de fonds disponibles, il doit régler les créances superprivilégiées avec les premières rentrées de fonds⁶¹³. Le superprivilège des salariés prime le privilège accordé aux personnes dont l'accord est homologué à la suite de la procédure de conciliation permettant ainsi un « nouvel apport en trésorerie en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité »⁶¹⁴.

En effet, les créances superprivilégiées bénéficient d'une priorité absolue⁶¹⁵. Contrairement au privilège général, ils priment les frais de justice et les privilèges liés à la procédure collective. Les salariés recouvrent leurs créances dans un délai assez court. Il est prévu que l'administrateur qui dispose des fonds ou qui a eu la rentrée des fonds⁶¹⁶ parce que les débiteurs de l'employeur ont réglé ses créances doit payer les créances superprivilégiées dans

⁶⁰⁸ C. trav., art. L. 3253-19, 4° : « Le mandataire judiciaire établit les relevés des créances dans les conditions suivantes : (...) pour les autres créances, dans les trois mois suivant l'expiration de la période de garantie ».

⁶⁰⁹ C. trav., art. L. 3253-2 ; C. com., art. L. 625-7 ; F. DERRIDA, « Le superprivilège des salariés dans les procédures de redressement judiciaire », *D.* 1973, p. 59.

⁶¹⁰ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, préc., p. 1774.

⁶¹¹ C. trav., art. L. 3253-19 ; C. com., art. L. 625-8.

⁶¹² T. com. Rouen, 24 juin 1988, *D.* 1991, jurisprudence., p. 490.

⁶¹³ C. com., art. L. 625-8 ; L. 631-18 et L. 641-14.

⁶¹⁴ Loi du 25 juill. 2005 ; C. com., art. L. 611-11 ; L. 622-17, II et L. 641-13 (le privilège des créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins de la poursuite de l'activité) ; P. MORVAN, *Restructuration en droit social*, 2e éd., Litec, coll. « Litecprofessionnels », 2010, p. 754.

⁶¹⁵ Y. PICOD, *Droit des sûretés*, PUF 2008, p.259.

⁶¹⁶ C. trav., art. 3253-19, 1°.

les dix jours qui suivent le jugement d'ouverture⁶¹⁷. C'est la fraction alimentaire de la créance du salarié qui bénéficie du règlement rapide. Elle doit permettre aux salariés de vivre en dépit de la situation difficile de leur employeur. La provision dont l'administrateur verse immédiatement dès l'ouverture de la procédure permet aux salariés d'assurer leurs besoins de subsistance. Cette provision est versée avant l'élaboration des relevés des créances qui fixent le montant de la créance garantie⁶¹⁸. Toutefois, comme pour le privilège général, le superprivilège des salaires a une efficacité réduite dès lors que le patrimoine de l'employeur est vidé de toute substance. Il devient lui aussi illusoire⁶¹⁹ pour défaut d'actifs.

En somme, la dépendance des privilèges de salaires au patrimoine de l'employeur rend la protection des créances salariales incertaine. Il est évident que l'efficacité du privilège général de salaires est incertaine⁶²⁰. L'actif de l'employeur est souvent insuffisant et toute chance de règlement rapide des créances salariales est anéantie⁶²¹. L'attachement du superprivilège aux biens mobiliers et immobiliers de l'employeur produit quasiment les mêmes effets que le privilège général. Force est de constater que certaines créances ne sont jamais perçues malgré le privilège ou le superprivilège dont elles bénéficient. À cet effet, l'intervention de l'AGS donne l'assurance du paiement rapide des créances salariales. Elle garantit la gestion rétrospective, immédiate et prospective, alors que les mécanismes de protection des créances salariales de droit commun ne garantissent que la gestion rétrospective de l'entreprise. Pour eux, l'avenir semble d'une importance minime. Cette institution originale garantit le risque de non-paiement de l'employeur. Son paiement est certain puisqu'il ne dépend pas en principe du patrimoine de l'employeur. Le mécanisme collectif de garantie des créances salariales a une efficacité certaine et incontestable.

⁶¹⁷ C. com., art. 625-8.

⁶¹⁸ L. 25 janv. 1985, art. 129, modifiée par la loi n° 475, 10 juin 1994.

⁶¹⁹ Y. PICOD, *Droit des sûretés*, PUF 2008, p. 259.

⁶²⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « L'efficacité des sûretés garantissant les créances salariales », *Dr. soc.* 1987, n° 12, pp. 842-851, spéc. p. 842, § 5.

⁶²¹ Cf. *infra*, n° 340 et s.

Paragraphe 2 : La certitude du paiement des salaires par l'AGS

La garantie de l'AGS joue un rôle important dans l'indemnisation des salariés dans les entreprises en défaillance⁶²². Le paiement des créances salariales ne peut être certain que si l'AGS est mise en mouvement dès lors que l'entreprise difficulté n'a pas de fonds disponibles (A)⁶²³. La mise en mouvement nécessite que soit préalablement reconnu et établi les relevés de créances. Ces relevés suscitent parfois des contentieux (B). S'il n'y a aucun contentieux, l'AGS doit payer les avances dans les délais précis. Comme l'AGS ne fait qu'avancer des sommes (du crédit) à l'employeur, ce dernier est tenu de rembourser les sommes avancées (C).

A. La mise en mouvement de la garantie

79.- Subsidiarité de l'intervention de l'AGS. Le régime de l'AGS est complémentaire de celui des privilèges des salariés parce qu'elle poursuit comme eux le paiement des créances des salariés. Son intervention subsidiaire en cas de défaillance de l'employeur⁶²⁴ signifie que les privilèges n'ont pas permis au salarié d'obtenir le règlement de sa créance en dépit du droit de préférence dont il bénéficie⁶²⁵. Les privilèges de salaires n'assurent donc pas absolument au salarié le paiement effectif de sa créance alimentaire. Il n'y a pas de fonds disponibles dans l'entreprise. La preuve de l'absence de fonds disponibles incombe à l'AGS⁶²⁶ dans la procédure de redressement et de liquidation judiciaires. Elle incombe en revanche au mandataire judiciaire dans la procédure de sauvegarde. Cette preuve de l'insuffisance des fonds prouve également le caractère subsidiaire de l'obligation de l'AGS, car le droit commun du paiement du salaire n'est nullement modifié⁶²⁷. En revanche, l'AGS assure absolument le paiement rapide et certain des salaires⁶²⁸. En effet, la crise financière et

⁶²² Cf., J. TILLHET-PRETNAR, « Un aspect nouveau du salaire, l'assurance des salaires », in *Mélanges Camerlynck*, p. 167 ; T. METEYÉ, « La place de l'AGS dans les procédures collectives : quelques questions à Thierry Météo », *Rev. proc. coll.* 2008, n° 3, p. 11, note sous Cass. soc. 14 févr. 2007, n° 05-45.887 ; Cf., Not., *Fixation, calcul et paiement du salaire*, in *RF Social* 2010, n° NS 98, p. 2-99.

⁶²³ Cass. soc. 1^{er} déc. 1993, *Rev. proc. coll.* 1995, p. 243, obs. F. Taquet ; B. SOINE, obs., *Act. Proc. coll.* 2001, p. 1.

⁶²⁴ Cass. soc. 9 mars 2004, *Bull. civ.* V, n° 74, p. 67.

⁶²⁵ Cass. soc. 9 mars 2004, *Bull. civ.* V, n° 74, p. 67.

⁶²⁶ Cass. soc. 21 oct. 1998, *Bull. civ.* V, n° 441 ; A.-L. PÉRIÈS, préc.

⁶²⁷ T. MÉTEYÉ, A. ARSEQUEL, préc., n° 112.

⁶²⁸ G. GORSE, in *Débats parlementaires, Sénat, séance du 12 déc. 1973*, *JO* 13 déc. 1973, p. 2810 ; B. TALON, in *Débats parlementaires, Sénat, séance du 12 déc. 1973*, *JO* 13 déc. 1973, p. 2811.

monétaire qui s'est déclenchée en 2008 a nécessité la mise en œuvre fréquente du régime de garantie à cause de la multiplication des défaillances d'entreprises⁶²⁹ durant les premières années. Cette crise a eu pour conséquence l'augmentation du montant des avances. Malgré le retour à l'équilibre du régime, le montant global avancé même s'il redescend à 1,95 milliards était « proche de son plus haut niveau historique »⁶³⁰. Toutefois, cette garantie collective de paiement n'assure que le règlement rapide des créances de nature salariale qui ont un « caractère vital pour son titulaire »⁶³¹. Ce paiement des avances ne peut être réalisé rapidement que si la reconnaissance des créances salariales s'effectue par une procédure spéciale pouvant évidemment susciter de contentieux.

80.- Reconnaissance des créances salariales. L'objectif de paiement rapide des créances des salariés ne peut être atteint que si la reconnaissance de leurs créances s'effectue aussi promptement. En effet, les créances des salariés doivent être contrôlées avant le paiement des avances par l'AGS⁶³². Les modalités de reconnaissance du passif salarial ont largement été modifiées⁶³³. Les salariés sont dispensés de déclarer les créances, mais il appartient désormais à l'AGS d'effectuer la déclaration⁶³⁴. La mise en œuvre de la garantie des salaires est devenue l'une des clés du succès des procédures collectives [...] notamment de la sauvegarde⁶³⁵ de l'entreprise. Il existe ainsi une procédure particulière de vérification des créances des salariés. En somme, le mandataire judiciaire doit procéder à l'établissement des relevés de créances⁶³⁶.

⁶²⁹ L'INSSE annonce plus de 52000 défaillances d'entreprises en 2010.

⁶³⁰ J.-C. SAVIGNIC (Président de l'AGS), « Retour à l'équilibre dans une conjoncture moins défavorable mais toujours fragile », in *Rapport d'activité de la Délégation Unédic AGS 2010*, éditorial, p. 2.

⁶³¹ G. GORSE, in *Débats parlementaires*, Ass. Nat., séance du 21 nov. 1973, *JO* 22 nov. 1973, p. 6213.

⁶³² C. com, art. L. 622-24 ; M. COHEN, « Le rôle du représentant du personnel dans les procédures relatives aux difficultés des entreprises », *Dr. ouvr.* 1985, p. 160 ; M. JEANTIN, « Le représentant des salariés », *Dr. soc.* 1986, p. 664 ; L. SERFATI-APTER, P. LAFARGE, « Le représentant des salariés dans la loi du 25 janvier 1985 », *Gaz. Pal.* 1986, II, doct. p. 657 ; B. TEYSSIÉ, « Le représentant des salariés dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires », *JCP E* 1986, II, 14677 ; B. SOINNE, « Principes et pratique de la nouvelle vérification des créances », *Rev. proc. coll.* 1986, p. 1 ; M. HENRY, « Mécanismes de vérification et de détermination des créances et mise en œuvre de la garantie AGS », *Dr. soc.* 1986, p. 678 ; Y. CHAPUT, « Éléments de réflexion sur les délais de déclaration des créances en matière de faillite », *JCP E* 1988, II, 15 236 ; « Déclaration des créances et responsabilité du représentant des créanciers », *Rev. proc. coll.* 1988, p. 149 ; R. CHENDEB, « Les créances alimentaires et les procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2009, étude 21 ; D. PALLANTZA, *La créance de salaire*, Thèse Paris I, 2011, pp. 553 et s.

⁶³³ A. ARSEGUÉL, P. LAROQUE, « Les salariés et la nouvelle procédure », *LPA* 16 oct. 1985, n° 124, p. 4 ; R. VATINET, « Les droits des salariés face aux difficultés économiques des entreprises : un exemple d'interprétation du droit commercial et du droit du travail », *JCP E* 1985, II, n° 14546, p. 461 ; A. ARSEGUÉL, *Les droits individuels des salariés en matière d'emploi et de créances*, Ann. Univ. C. soc. Toulouse, t. XXXIV, 1986, p. 153 ; M. JEANTIN, « Vérification des créances salariales », *J.-Cl. Com.*, Fasc. 2600.

⁶³⁴ C. com., art. L. 622-24.

⁶³⁵ M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2007, p. 370.

⁶³⁶ F. DERRIDA, « Vers la sécurité sociale des salaires ? », *D.* 1974, chron. p. 128 ; A. HONORAT, « La loi du 27 décembre 1973 sur l'assurance insolvabilité au profit des salariés d'un employeur en état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens », *Defrénois* 1974, n° 13 ; R. LAMORIL, *La garantie du paiement des*

Ainsi, la garantie de l'AGS n'étant pas générale⁶³⁷, le contrôle est nécessaire. L'admission des créances salariales ne se fait pas comme celle des créances des autres partenaires de l'entreprise. Les relevés sont établis selon les règles de l'article L. 625-1 du Code de commerce⁶³⁸. Ils ont la valeur d'un état des créances⁶³⁹. Cette mission de vérification est principalement confiée au mandataire judiciaire⁶⁴⁰ ou au liquidateur⁶⁴¹. Le représentant des salariés⁶⁴² et le juge-commissaire jouent un rôle subsidiaire. Ainsi, le représentant des salariés et le juge-commissaire n'interviennent que dans les délais très précis pour ne pas nuire à l'urgence, la rapidité de l'établissement des relevés des créances. Par conséquent, la vérification permet d'écarter les créances qui n'ont pas un lien avec le contrat de travail. L'état des créances est établi à partir des documents et informations fournies par les salariés, l'employeur, l'administrateur et le représentant des salariés⁶⁴³. La comptabilité et le registre du personnel⁶⁴⁴ permettent de vérifier facilement les créances des salariés. Les créances des salariés sont vérifiées même si l'entreprise n'est pas en mesure de payer les créances chirographaires⁶⁴⁵.

81.- Ordre d'établissement des relevés. Le mandataire judiciaire établit les relevés des créances selon un ordre déterminé. Cet ordre est fixé à l'article L. 3253-19 du Code du travail⁶⁴⁶. L'ordre d'établissement des relevés des créances détermine par ailleurs indirectement la priorité de règlement des créances des salariés. Le mandataire judiciaire doit d'abord établir dans les dix jours qui suivent le jugement d'ouverture, le relevé des créances

salaires en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens de l'employeur (Commentaire de la loi n° 73-1194 du 27 décembre 1973), Thèse Lille 1977 ; C. VIGNEAU, Privilèges et garanties affectant la créance de salaire en cas d'insolvabilité d'un employeur, DEA, Droit social, Bordeaux 1, 1991.

⁶³⁷ C. trav., art. L. 3253-8.

⁶³⁸ L'article L. 3253-19 du Code du travail dispose que « les relevés des créances salariales doivent mentionner l'identité de chaque salarié ; la nature de son contrat de travail ; la date de son entrée dans l'entreprise ; l'emploi occupé et sa qualification ; l'exercice ou non d'un mandat social ; la date de rupture du contrat de travail ; les sommes déjà versées et celles qui restent à payer » ; Déc. n° 2005-1677, 28 déc. 2005, art. 119. Cf., M. HENRY, « Les interférences des compétences de la juridiction commerciale sur le déroulement du procès prud'homal », *Dr. ouvr.* 1982, p. 77 ; « Le sort des créances salariales », *Dr. ouvr.* 1985, p. 179 ; M. JEANTIN, « Aspects du droit social de l'avant-projet de la loi relatif au traitement des difficultés des entreprises », *Dr. soc.* 1983, p. 469 ; A. ARSEGUEL, « Les droits individuels des salariés en matière d'emploi et de créances », *RF compt.* Sept. 1986, p. 31 et oct. 1986, p. 36 ; P. LAFARGE, « La situation des salariés et l'AGS », *RJ com.* févr. 1987, n° spéc., p. 178.

⁶³⁹ C. com., art. 108, D.

⁶⁴⁰ C. trav., art. L. 3253-19.

⁶⁴¹ C. com., art. L. 641-4.

⁶⁴² C. com., art. L. 621-4.

⁶⁴³ C. com., art. 108, D.

⁶⁴⁴ C. trav., art. L. 620-3.

⁶⁴⁵ CA Versailles, 24 févr. 1989, *D.* 1989, somm., 373, obs. A. Honorat.

⁶⁴⁶ C. com., art. L. 625-1.

superprivilégiées. Il doit ensuite établir dans les dix jours suivants l'expiration des périodes de garantie prévues au 3^o de l'article L. 3253-8 du Code du travail⁶⁴⁷, le relevé des salaires et indemnités dues au salarié bénéficiaire d'une proposition de la convention de reclassement personnalisé et les sommes dues au salarié au cours de la période d'observation, des quinze jours suivants la liquidation, au cours du mois suivant la liquidation pour les représentants des salariés et pendant le maintien provisoire de l'activité ou les quinze jours suivants la cessation du maintien de l'activité. Il doit enfin établir dans les trois mois qui suivent le prononcé du jugement, les créances non superprivilégiées exigibles à la date du jugement d'ouverture de la procédure et les relevés des autres créances garanties par l'AGS sont établis dans les trois mois qui suivent l'expiration de la période de garantie. Le relevé des créances a la valeur juridique d'un état de créances⁶⁴⁸. Mais le salarié dont les relevés n'ont pas été établis dans les délais légaux peut valablement demander directement leur paiement devant le bureau de jugement du conseil prud'homal⁶⁴⁹. Pour éviter des contentieux, le représentant des salariés et le juge-commissaire sont associés à l'établissement des relevés des créances salariales.

82.- Rôle du représentant des salariés et du juge-commissaire. Les créances des salariés ont une nature alimentaire qui nécessite que leur reconnaissance ne soit pas totalement laissée à la discrétion du mandataire judiciaire. En effet, le représentant des salariés doit assister à la vérification des créances de salaires et des relevés qu'il appose sa signature⁶⁵⁰. Pour cela, les documents et les informations nécessaires lui sont transmis par le mandataire judiciaire afin d'apprécier les éléments qui ont permis l'établissement des relevés de créances⁶⁵¹. Il appartient cependant au juge-commissaire de trancher d'éventuelles difficultés relatives à

⁶⁴⁷ P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, préc., p. 787.

⁶⁴⁸ P. ROSSI, « La vérification des créances résultant d'un contrat de travail : les faux amis », *LPA* 2002, n° 138, p. 18.

⁶⁴⁹ Cass. soc. 26 févr. 2003, *Bull. civ.* V, n° 69 ; F. SARAMITO, « AGS et garantie des créances établies après l'ouverture de la procédure collective », *Dr. ouv.* 2002, p. 383.

⁶⁵⁰ C. com., art. L. 625-2 et L. 625-4 ; Cf., Not., G. LYON-CAEN, « L'intervention des salariés dans les procédures collectives », in *La refonte du droit de la faillite*, *Pub. Univ. Lille*, 1978, p. 97 ; M. JEANTIN, « Le représentant des salariés », *Dr. soc.* 1986, p. 664 ; L. ROZES, « Les droits collectifs des salariés dans la nouvelle procédure », *Ann. Fac. Toulouse*, t. 34, p. 113 ; H.-J. LEGRAND, « Les attributions des représentants du personnel dans une entreprise en difficulté », *Dr. ouvr.* 1998, pp. 106 et s. ; R. VATINET, « Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP S* 2005, n° 15, 1230, pp. 9 et s. ; C. HANNOUN, « Les salariés et leurs représentants, acteurs des procédures collectives », in *Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, préc., p. 23 ; J.-L. VALLENS, « Réflexions sur le thème : les salariés et leurs représentants, acteurs des procédures collectives », in *Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, préc., p. 41 ; R. BLINDAUER, « Les salariés dans les procédures collectives, plutôt spectateurs qu'acteurs », in *Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, préc., p. 49 ; B. SAINTOURENS, P. DUPRAT, « Les droits des salariés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Gaz. proc. coll.* 8/10 mars 2008, p. 40 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., p. 290.

⁶⁵¹ C. com., art. L. 625-4 ; Décret du 28 décembre 2005, art. 118 sur la procédure de vérification des créances salariales.

l'établissement des relevés de créances⁶⁵². Le mandataire judiciaire est tenu d'informer chaque salarié de l'admission ou du refus de sa créance⁶⁵³. La Cour de cassation décide que, s'il ne l'informe pas, le délai de forclusion pour pouvoir contester les créances ne peut courir⁶⁵⁴. Les salariés dont les créances sont admises sont informés de la date du paiement des créances. Il appartient en principe à l'employeur de payer les créances dans les périodes d'établissement de relevés⁶⁵⁵. Lorsque le mandataire judiciaire a cessé ses fonctions, les relevés complémentaires de créances sont établis par le greffier du tribunal ou le commissaire à l'exécution du plan sur qui incombe par conséquent la charge de reverser les sommes perçues aux salariés et organismes créanciers⁶⁵⁶. La signature des relevés par le juge-commissaire les donne le caractère administratif⁶⁵⁷. C'est un visa qui ne décide pas sur l'admission ou le rejet des créances à payer. Les relevés de créances sont déposés au greffe du tribunal de la procédure et transmis à l'AGS avant le terme du délai prévu pour chaque catégorie de créances à régler. Les relevés visés par le juge-commissaire sont opposables aux salariés dès lors qu'ils sont informés par tout moyen⁶⁵⁸. Toutefois, la procédure d'établissement des relevés de créances est complexe lorsque certains salariés concernés se trouvent dans un autre État de l'Union européenne. Une procédure spéciale a été prévue pour ces salariés⁶⁵⁹.

À cet égard, les salariés doivent informer leur représentant de l'existence des créances. L'administrateur qui dispose des éléments permettant la détermination du passif salarial dans le cadre de ses fonctions doit les fournir au mandataire judiciaire. Avec ces éléments, le mandataire judiciaire vérifie la réalité des créances des salariés et établit les relevés des créances. Ces relevés précisent l'identité de chaque salarié, la nature du contrat de travail, la date de son entrée dans l'entreprise, l'emploi occupé et sa qualification. Il doit également

⁶⁵² M. HENRY, « Les nouvelles règles de vérification et de paiement des créances salariales », *Dr. soc.* 1986, p. 678.

⁶⁵³ Décr. 28 décembre 2005, art. 120.

⁶⁵⁴ Cass. soc. 25 juin 2002, *JCP E* 2002, 1380, p. 1526, note P.-P. ; *RTD com.* 2003 ; p. 568, obs. A. Martin-Serf.

⁶⁵⁵ C. trav., art. L. 3253-19.

⁶⁵⁶ C. trav., art. L. 3253-15.

⁶⁵⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2011, pp. 436-438.

⁶⁵⁸ Décret du 28 décembre 2005, art. 120.

⁶⁵⁹ C. trav., art. L. 3253-18-1 à L. 3253-18-4 ; Cf., J.-L. VALLENS, « Les créanciers et le règlement 1346/2000 », *LPA* 2001, n° 231, pp. 33-38 ; J.-P. RÉMERY, « Les aspects européens de la déclaration des créances dans une procédure collective ouverte en France », *Contribution au colloque du Congrès des greffiers des tribunaux de commerce*, Lille, 13 septembre 2002 ; M. MENJUCQ, « Les apports du règlement du 29 mai 2000 concernant le rôle des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires au redressement et à la liquidation des entreprises dans les procédures communautaires », *LPA* 2003, n° 248, p. 10 ; J.-L. VALLENS, « Vers un droit matériel européen en matière de faillite ? », *LPA* 2003, n° 248, p. 47 ; M. GUILLAUME, « Ouverture des procédures collectives européennes », *LPA* 2003, n° 248, pp. 4-6.

préciser si le salarié exerce ou non d'un mandat social. Pour le salarié licencié, il indique la date de rupture du contrat, les acomptes versés et ceux restant dus. Le mandataire judiciaire informe individuellement les salariés⁶⁶⁰ de la nature des créances et du montant des créances admises ou rejetées. Par conséquent, la reconnaissance des créances salariales soulève plusieurs contentieux. L'AGS est toutefois tenue d'avancer les sommes dues aux salariés qui figurent sur le relevé malgré la contestation d'un tiers⁶⁶¹. Elle est également tenue de payer les créances établies par décision de justice exécutoire même si les délais de garantie sont expirés. Les décisions de justice s'opposent à l'AGS de plein droit⁶⁶². En réalité, la vérification des créances des salariés présente une importance capitale, car elle est souvent la source d'un contentieux. Ce dernier est lié soit directement au refus d'intégrer la créance salariale sur le relevé soit au refus de garantir de l'institution de garantie.

B. Le contentieux de la mise en mouvement de la garantie

83.- Diversité et motifs. Le contexte économique difficile qui a entraîné la multiplication du nombre de procédures collectives est accompagné d'une augmentation du nombre des affaires ouvertes au titre de la garantie des salaires⁶⁶³. Les motifs de contentieux⁶⁶⁴ sont à 50% liés à la contestation de la rupture⁶⁶⁵. En général, dans les contentieux de litiges multiples⁶⁶⁶, les

⁶⁶⁰ Cass. soc. 12 oct. 2004, *Rev. proc. coll.* 2005, p. 49, obs. F. Taquet.

⁶⁶¹ C. trav., art. L. 3253-15.

⁶⁶² C. trav., art. L. 3253-15.

⁶⁶³ Le rapport d'activité de la Délégation Unédic AGS 2010 signale plus de 24 444 au 31 mars 2011 pour l'année 2010 et 27 113 affaires au 31 mars 2010 pour l'année 2009, p. 5. Plus de 58,7% concerne les interventions en liquidation judiciaire d'office. Si la procédure de sauvegarde a été instituée pour prévenir la cessation des paiements, son caractère mixte (à la fois procédure collective et entreprise *in bonis*) ne motive pas sa demande. Pour les employeurs la demande d'une procédure de sauvegarde qu'elle soit, est peu rassurant aux yeux des salariés et du public. On note 1312 procédures de sauvegarde en 2010, alors qu'elles étaient 507 en 2006, l'année de son institution. L'AGS est intervenue 229 fois en 2006 et 256 fois en 2010. En revanche, l'AGS est intervenue dans 48% de cas lorsque la procédure est convertie en liquidation judiciaire en 2009. L'AGS a effectué 84,1% d'interventions pour les SARL et les entreprises de moins de 10 salariés en 2010. Elle est intervenue à la hauteur de 0,6% dans les de 100 salariés et plus. Elle intervient dans 52,4% pour les entreprises de moins de 5 ans d'existence.

⁶⁶⁴ Le nombre de procédures devant le Conseil des prud'hommes concernant la garantie des salaires a augmenté ces deux dernières années à cause de multiples défaillances d'entreprises et du nombre de bénéficiaires. Il a atteint 42 758 procédures en 2010 (In *Rapport d'activité de la Délégation Unédic AGS 2010*, p. 20). Cf., A. SUPIOT, « Le déclin de la conciliation prud'homale », *Dr. soc.* 1985, p. 229 ; P. CLEMENT, A. JEAMMAUD, E. SERVERIN, F. VENNIN, « Les règlements non juridictionnels des litiges prud'homaux », *Dr. soc.* 1987, p. 55 ; C. ORLAC, « Proposition de réforme de la juridiction prud'homale », *Dr. soc.* 1992, p. 373.

⁶⁶⁵ In *Rapport d'activité de la Délégation Unédic AGS 2010*, préc., p. 21.

⁶⁶⁶ Les litiges multiples sont des affaires dans lesquelles des centaines de salariés se regroupent pour demander l'indemnisation à l'AGS. C'est souvent les avocats qui sont à l'initiative de ce contentieux. Ils font au préalable des procès tests pour évaluer la position du juge.

avocats des salariés dont les créances sont garanties touchent d'importants honoraires et cherchent à étendre le champ de la garantie à toutes les créances salariales. Si un contentieux sur cinq tentés par les salariés ou les mandataires judiciaires porte sur le mode de calcul de la créance, la majorité est liée à la contestation de la rupture du contrat de travail⁶⁶⁷. En revanche, les contentieux initiés par l'AGS sont répartis de la manière suivante : 32% pour le motif de la modification de la situation juridique de l'employeur⁶⁶⁸ ; 27% pour les créances non garanties et 13% pour le mode de calcul de la créance⁶⁶⁹. S'agissant des litiges multiples, c'est-à-dire les contentieux qui regroupent de 2 à plus de 500 salariés où l'AGS est défenderesse sont liés la plupart du temps à la modification de la situation juridique de l'employeur ou aux créances non garanties. En 2010, plus de 23 000 salariés ont fait partie de litiges multiples. Dans cette perspective, il convient de noter que 28 820 jugements ont été rendus en 2010 par les juges prud'homaux. Au moins 17% des décisions ont été frappées d'appel à l'initiative des salariés. C'est ainsi qu'on dénombre 8 556 arrêts de la Cour d'appel. Enfin, 8% des décisions de la Cour d'appel ont fait l'objet de pourvois en cassation dont 56% formulés par les salariés⁶⁷⁰.

Le contentieux de la vérification des créances des salariés⁶⁷¹ se présente sous deux aspects. Le premier aspect concerne les litiges en cours opposant le salarié et l'employeur à la date du jugement d'ouverture. Le second aspect est celui qui permet aux salariés, à l'AGS et aux tiers de contester les relevés des créances pour protéger leurs droits. C'est un contentieux postérieur à l'établissement des relevés des créances salariales. La compétence des litiges relatifs aux créances salariales appartient au conseil de prud'hommes. L'action devant cette juridiction peut d'abord être l'acte du salarié (1). L'institution gestionnaire du mécanisme collectif de garantie, l'AGS agit souvent ensuite par voie d'exception en refusant d'accorder sa garantie à une créance salariale (2). Les tiers bénéficient également enfin d'un droit à agir en matière de mise en mouvement de la garantie des salaires (3).

⁶⁶⁷ In *Rapport d'activité de la Délégation Unédic AGS 2010*, préc., p. 21.

⁶⁶⁸ C. trav., art. L. 1224-1.

⁶⁶⁹ In *Rapport d'activité de la Délégation Unédic AGS 2010*, préc., p. 21.

⁶⁷⁰ In *Rapport d'activité de la Délégation Unédic AGS 2010*, préc., p. 22.

⁶⁷¹ O. BELL'ASSINOT, « Le redressement judiciaire et la procédure prud'homale », *Gaz. Pal.* 1986, doct. p. 590 ; A. ARSEGUEL, « Aspects généraux du contentieux prud'homal relatif aux créances salariales depuis la loi du 25 janvier 1985 », *Dr. soc.* 1987, 807 ; A. SUPLOT, *Les juridictions du travail, Droit du travail*, Dalloz 1987, n° 64 ; F. DERRIDA, « La notion de partie dans les décisions relatives au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises », *D.* 1989, doct. p. 77, n° 22.

1. L'action du salarié

Le salarié dispose de plusieurs circonstances qui lui permettent d'agir en justice lors de la mise en mouvement de la garantie des créances des salariés. Il agit fréquemment pour contester un relevé de créances⁶⁷². Mais en pratique, il existe trois hypothèses dont le salarié peut agir. Outre, l'action en contestation d'un relevé des créances, il peut aussi poursuivre les instances en cours dont il est partie et contester le refus de l'AGS à garantir sa créance fixée dans le relevé de créances établi par le mandataire judiciaire.

84.- Contestation du relevé de créances. Le salarié peut agir en justice pour contester le relevé de créance établi par le mandataire judiciaire. En effet, le mandataire judiciaire qui a l'obligation d'établir les relevés des créances salariales⁶⁷³ peut omettre ou refuser d'inclure une créance dans le relevé qu'il élabore⁶⁷⁴. Il peut également admettre simplement une partie de la créance du salarié. Ainsi, l'omission, le refus d'inscrire ou l'inscription partielle d'une créance salariale sont la première cause de l'action en contestation du salarié. Son action est portée directement devant le bureau de jugement du conseil de prud'hommes⁶⁷⁵ pour contester le relevé des créances établi par le mandataire judiciaire. Il peut être représenté ou assisté par le représentant des salariés⁶⁷⁶. L'action en contestation du relevé des créances doit être intentée dans les deux mois du dépôt du relevé au greffe et de sa publication⁶⁷⁷. Il appartient au mandataire judiciaire d'informer le salarié du dépôt du relevé au greffe. Ce n'est qu'à cette condition que le salarié peut tomber sous le coup de la forclusion⁶⁷⁸.

Pour que le salarié puisse exercer effectivement le droit de contestation, le mandataire judiciaire doit lui rappeler le délai de forclusion. S'il n'effectue pas cette formalité, l'action du salarié qui intervient après les deux mois du dépôt et de la publication du relevé est recevable

⁶⁷² C. com., art. L. 625-1.

⁶⁷³ C. trav., art. L. 3253-19.

⁶⁷⁴ C. com., art. L. 625-1, al. 2 ; Cass. soc. 9 nov. 2005, n° 03-47.963 ; CA Toulouse, 2e ch., 21 mai 2008, n° 07/01855.

⁶⁷⁵ En revanche, l'article L. 625-5 exclut explicitement le préliminaire de conciliation. V., TGI Paris réf., 7 juill. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, 2, 563, obs. Marchi (aucune autre procédure n'est admise) ; CA Montpellier, 5 nov. 1987, *D.* 1989, somm., 79, obs. A. Honorat ; Paris, 22 janv. 1987, *D.* 1987, somm., 293, obs. A. Honorat ; *JCP* 1987, C.I., 16619, n° 17, obs. Cabrillac et Vivant ; Cass. soc. 4 déc. 1991, *JCP E* 1992, 138, n° 20, obs. Cabrillac et Pétel ; A. SUPIOT, « Déclin de la conciliation prud'homale », *Dr. soc.* 1985, 225.

⁶⁷⁶ L. n° 85-98, 25 janv. 1985, art. 123, al. 2 et 125, al. 3

⁶⁷⁷ Cass. soc. 8 janv. 2002, n° 99-41.520, *Bull. civ.* V, n° 2, p. 2 ; 25 juin 2002, n° 00-44.704, *Bull. civ.* V, n° 6, p. 203 ; *D.* 2002, p. 2406 ; *JCP E* 2002, n° 166, *JCP E* 2002, n° 1380, obs. P. P. ; 26 mars 2003, n° 01-41.747, *Bull. civ.* V, n° 118, p. 113, *JCP E* 2003, n° 23.

⁶⁷⁸ C. com., art. L. 621-125, al. 2 ; Cass. soc. 9 nov. 2005, n° 03-47.963, *Bull. civ.* V, n° 314.

parce que le délai de forclusion lui est inopposable⁶⁷⁹. En effet, la Cour de cassation décide que la forclusion ne s'oppose pas aux salariés qui n'ont pas reçu une note individuelle d'information⁶⁸⁰. Le mandataire judiciaire qui est tenu d'indiquer le point de départ du délai de forclusion est cité devant le conseil de prud'hommes⁶⁸¹. C'est lui qui établit les relevés de créances salariales. Le salarié qui réclame par son action en contestation l'inscription de la créance au relevé doit mettre en cause le mandataire judiciaire. Sinon, l'action est irrecevable⁶⁸².

Dans cette perspective, la publication des relevés des créances au journal d'annonces légales⁶⁸³ n'empêche pas le salarié dont la créance est omise⁶⁸⁴ d'obtenir auprès du Conseil des prud'hommes un relevé de forclusion dès lors qu'il justifie que la non-déclaration de sa créance ne lui est pas imputable. Cette demande de relevé de forclusion doit être effectuée dans un délai d'un an à compter du jugement d'ouverture⁶⁸⁵. En conséquence, le juge prud'homal ne condamne pas pécuniairement l'employeur, mais il fixe la créance du salarié qui doit être portée à l'état de créance afin qu'elle soit prise en charge par l'institution de garantie. À cet effet, la Cour de cassation a écarté le commencement du délai de la forclusion à l'égard d'un salarié en décidant d'une part « que le représentant des créanciers avait déposé le relevé de créances résultant des contrats de travail, non pas dans les trois mois suivant le prononcé du jugement d'ouverture de la procédure collective, mais postérieurement à l'expiration du délai »⁶⁸⁶. D'autre part, elle énonce que « le salarié dont les relevés de créances résultant du contrat de travail n'ont pas été établis dans les délais légaux, est recevable à demander le paiement desdites créances [...] sans que puisse lui être opposé le délai de forclusion »⁶⁸⁷.

⁶⁷⁹ Cass. soc. 25 juin 2002, *Act. proc. coll.* 2002, n° 181, obs. Regnaut-Moutier ; *RTD com.* 2003, 568, obs. Martin-Serf ; 4 déc. 2002, *Sem. soc. Lamy* 2003, n° 1138, p. 26, obs. Quéant et p. 36, obs. Taquet.

⁶⁸⁰ Cass. com. 25 juin 2002, *JCP E* 2002, 1380, n° 13, obs. P. P ; *LPA*, 15 avr. 2003, n° 75, p. 10.

⁶⁸¹ C. trav., art. L. 143-11-4 ; Cass. soc. 30 mai 1990, n° 87-43.422, *Bull. civ. V*, n° 253, p. 152 : « Le salarié a le droit d'agir contre les institutions mentionnées à l'article L. 143-11-4 du code du travail qui refusent de régler une créance figurant sur le relevé des créances salariales afin qu'elles soient condamnées à garantir la créance dont il réclame le paiement ».

⁶⁸² Cass. soc. 16 déc. 1992, Robinet, n° 89-43.900, *Bull. civ. V*, n° 596, p. 375, *JCP G* 1993, IV, p. 63, n° 548.

⁶⁸³ Art. 120, al. 3, D.

⁶⁸⁴ Cass. soc. 10 oct. 1990, *D.* 1990, 532 ; CA Nancy, 16 janv. 1991, *JCP E* 1991, 100, n° 8, obs. P. P.

⁶⁸⁵ C. com., art. 621-46, al. 2 ; Cass. soc. 22 juin 1993, *JCP E* 1993, panorama, n° 1111 ; 8 janv. 2002, *Bull. civ. V*, n° 2 ; *RTD com.* 2003, 568, Martin-Serf ; CA Toulouse, 2e ch., 21 mai 2008, n° 07/01855.

⁶⁸⁶ Cass. soc. 8 janv. 2002, *Bull. civ. V*, n° 2.

⁶⁸⁷ Cass. soc. 26 janv. 2003, *Dr. soc.* 2003, n° 6, p. 667.

Le mandataire judiciaire doit méticuleusement respecter la totalité des procédures d'information et de dépôt de relevés de créances selon la nature de chaque créance. Les délais légaux d'accomplissement sont importants : les créances superprivilégiées doivent être relevées rapidement⁶⁸⁸, les créances exigibles à la date du jugement d'ouverture dans les trois mois suivant le prononcé du jugement⁶⁸⁹; les salaires et les indemnités de congés payés couvertes en application du 3° de l'article L. 3253-8 et les salaires couverts par le dernier alinéa de cette disposition dans les dix jours suivant l'expiration des périodes de garantie prévues au 3°. Les autres créances sont relevées dans les trois mois suivant l'expiration de la période de garantie. Par conséquent, tout manquement à la procédure d'information individuelle ou collective par le mandataire judiciaire rend le délai de forclusion inopposable aux salariés concernés. Les solutions adoptées par la jurisprudence sont en faveur des salariés car elles évitent la perte du droit de créance à cause du délai de forclusion. Par conséquent, le risque de perte de la garantie de l'AGS est réduit. Cette garantie est également donnée dans le cadre de la poursuite des actions en cours des salariés.

85.- Poursuite de l'instance en cours. Les litiges qui opposent le salarié et l'employeur peuvent être en cours à la date du jugement d'ouverture. Ces litiges peuvent entraîner la naissance des créances qui vont poser la question de l'intervention de l'institution de garantie. En effet, les instances ou procédures en cours des salariés à la date de l'ouverture de la procédure collective sont soumises à la procédure particulière⁶⁹⁰. Elles continuent⁶⁹¹ en dépit de l'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires⁶⁹². Il convient de rappeler que la soumission des procédures des salariés pendantes devant le Conseil de prud'hommes à la date du jugement d'ouverture à la règle de l'arrêt des actions a été critiquée⁶⁹³ et abandonnée⁶⁹⁴. La poursuite des instances en cours permet à certaines

⁶⁸⁸ Dans les dix jours suivant le prononcé du jugement d'ouverture de la procédure (C. trav., art. L. 3253-19, 1°).

⁶⁸⁹ C. trav., art. L. 3253-19, 2°.

⁶⁹⁰ C. com., art. L. 625-3 ; Cass. soc. 30 sept. 1997, n° 94-44.943, *D.* 1997, IR, p. 219 ; 5 janv. 2005, *RJS* 3/2005, n° 278 ; 3 juin 2009, n° 07-45.267 ; F. SARAMITO, « Les instances prud'homales en cours au jour du jugement déclaratif de règlement judiciaire ou de liquidation des biens », *Dr. ouvr.* 1976, p. 252.

⁶⁹¹ C. com., art. L. 625-3 ; v., CA Aix, 4 janv. 1989, *D.* 1989, *D.* 1989, somm., 373, obs. A. Honorat.

⁶⁹² V., Cass. soc. 17 sept. 2003, *Bull. civ.* V, n° 234, p. 243 ; 24 nov. 2004, *Bull. civ.* V, n° 300, p. 272 ; *RTD* com. 2005, 174, obs. Vallens ; 7 juill. 2004, *Bull. civ.* V, n° 201, p. 187 ; N. MAGGI-GERMAIN, « La dualité contentieuse tribunal de commerce – conseil de prud'hommes dans le règlement des défaillances d'entreprise », *LPA* 12 août 1998, n° 96, p. 3.

⁶⁹³ F. SARAMITO, « Les instances prud'homales en cours au jour du jugement déclaratif de règlement judiciaire ou de liquidation des biens », *Dr. ouvr.* 1976, p. 252 ; M. HENRY, préc., p. 77.

⁶⁹⁴ E. ETIENNOT, « L'action prud'homale et le contentieux de la créance salariale dans les entreprises en difficulté », *RJS* 1993, n° 4 ; M. JEANTIN, *J.-Cl. com.*, Fasc. 2600, n° 24 et s. ; M. HENRY, préc., p. 80-81.

créances qui ne sont pas déterminées lors de l'établissement des relevés des créances salariales d'être fixées par le juge.

Toutefois, la procédure qui subsiste à la date du jugement d'ouverture est continuée en présence du mandataire judiciaire ou celui-ci est dûment appelé. L'employeur est tenu de l'informer de l'existence de ces procédures. Le mandataire judiciaire informe en revanche la juridiction saisie et l'AGS de l'action en cours⁶⁹⁵. S'il ne le fait pas, la décision prud'homale est opposable à la procédure collective⁶⁹⁶. De ce fait, le salarié qui est partie à l'instance doit être informé de l'ouverture de la procédure collective dans les dix jours du jugement. Le défaut d'information n'est pas une cause de nullité de la procédure prud'homale. Il n'est pas nécessaire que l'institution de garantie soit mise en cause dans la sauvegarde et le redressement⁶⁹⁷. Elle reste mise en cause dans la liquidation judiciaire⁶⁹⁸.

En pratique, la continuation des instances prud'homales en cours évite une condamnation pécuniaire à l'égard de l'employeur⁶⁹⁹. Le Conseil de prud'hommes doit se limiter à la détermination du montant des sommes à inscrire sur l'état des créances. La Cour de cassation a énoncé qu'il ne peut exiger « au liquidateur de l'employeur à payer les sommes fixées par décision de justice au salarié »⁷⁰⁰, puisque le titre exécutoire obtenu permet simplement au salarié d'en réclamer le paiement à l'institution de garantie. Ainsi, les « décisions rendues par la juridiction prud'homale sont portées sur l'état des créances déposé au greffe du Tribunal de commerce »⁷⁰¹. Elle avait déjà adopté une telle position en précisant que le juge prud'homal ne peut condamner le représentant des créanciers à payer des sommes dues aux salariés dès lors qu'elles résultent d'une décision de justice⁷⁰². En conséquence, l'AGS est tenue d'avancer les sommes équivalentes aux créances définitivement arrêtées par décision de justice en dépit du dépassement des périodes de garanties⁷⁰³. Le salarié peut également agir en justice lorsque l'institution de garantie refuse d'indemniser sa créance.

⁶⁹⁵ Cass. soc. 12 avr. 2005, *Bull. civ.* V, n° 132, p. 114.

⁶⁹⁶ Cass. soc. 24 nov. 2004, préc.

⁶⁹⁷ Loi du 26 juill. 2005, art. 123, D ; A. LIENHARD, *Code des procédures collectives annoté*, 2006, p. 201.

⁶⁹⁸ C. com., art. L. 641-14, al. 2 et 3 et art. 123, D.

⁶⁹⁹ Cass. soc. 6 juin 1989, *Bull. civ.* V, n° 424 ; 15 juin 1995, *Rev. proc. coll.* 1996, 121, obs. Taquet.

⁷⁰⁰ Cass. soc. 6 juin 1989, préc. ; 12 juin 1997, *Rev. proc. coll.* 1997, 473, obs. F. Taquet ; 27 oct. 1998, *D.* 2001, somm. 114, obs. Derrida ; *JCP* 1999, I, 183, n° 20, obs. Morvan ; 19 avr. 2000, *Act. proc. coll.* 2000, n° 135.

⁷⁰¹ C. com., art. L. 625-6.

⁷⁰² Cass. soc. 8 avr. 1992, *Bull. civ.* V, n° 252 ; *D.* 1992, IR 187.

⁷⁰³ CA Grenoble, 19 janv. 1989, *D.* 1991, somm., 109, obs. Derrida.

86.- Contestation du refus de garantie. Le salarié exerce souvent une action en justice pour réclamer l'inscription de sa créance au relevé établi par le mandataire judiciaire. Mais il a aussi le droit d'agir en justice lorsque l'AGS refuse de régler une créance inscrite sur le relevé des créances salariales⁷⁰⁴. Elle a un droit propre de contestation⁷⁰⁵. L'institution de garantie informe le mandataire judiciaire de ce rejet⁷⁰⁶. Ce dernier a la charge d'informer les salariés concernés par le refus de garantie⁷⁰⁷. Les salariés dont la garantie est refusée peuvent saisir le Conseil de prud'hommes pour réclamer la prise en compte de leurs créances⁷⁰⁸. C'est lui qui a la compétence exclusive en la matière⁷⁰⁹. Cependant, les salariés doivent mettre en cause le mandataire judiciaire, l'employeur ou l'administrateur lorsqu'il assure l'administration de l'entreprise en procédure collective⁷¹⁰. Il appartient donc au mandataire judiciaire d'exiger le paiement de la créance salariale par l'institution de garantie. Le salarié ne peut adresser son action directement à l'encontre de l'institution de garantie afin qu'elle paie sa créance.

En pratique, si la créance du salarié résultait d'une décision du juge, il peut encore saisir le conseil de prud'hommes lorsque l'AGS refuse de la payer. Cette nouvelle action n'a pas pour objet l'inscription de la créance. Elle demande au juge d'exiger à l'institution de garantie le respect de la première décision qui fixe la créance du salarié⁷¹¹. En conclusion, si l'état des créances⁷¹² est établi en l'absence de toute contestation les salariés doivent être payés dans les délais prédéterminés par la loi. La paye des salariés est en principe assurée par l'employeur. Ce n'est qu'à défaut de fonds disponibles que le mandataire judiciaire demande le concours de l'institution de garantie. De ce fait, elle dispose des moyens de défense.

⁷⁰⁴ C. com., art. L. 625-4 .

⁷⁰⁵ Cass. soc. 2 et 3 mai 1978, *Dr. soc.* 1979, n° 1, p. 37 ; F. DERRIDA, « L'AGS devant la Cour de cassation », *Dr. soc.* 1979, n° 1, p. 39 ; A. HONORAT, cité par H. BLAISE, *Dr. soc.* 1982, n° 3, p. 190 ; T. MÉTEYÉ, « Les conditions d'interventions de l'AGS », *Dr. soc.* 1987, n° 12, p. 834.

⁷⁰⁶ C. com., art. L. 625-4.

⁷⁰⁷ C. com., art. L. 625-4, al. 1er et art. 121, al. 2, D.

⁷⁰⁸ C. com., art. L. 625-5; Cass. soc. 21 mars 1989, *D.* 1991, somm. 108, obs. Derrida.

⁷⁰⁹ Cass. soc. 21 mars 1989, *JCP E* 1989, 15599, obs. P. Pétel ; Cass. com. 17 juin 1992, *JCP E* 1995, I, 238, n° 18, obs. Cabrillac et Pétel.

⁷¹⁰ L. n°85-98, 25 janv. 1985, art. 125, al. 2.

⁷¹¹ Cass. soc. 22 juin 1993, n° 91-40.448, *Bull. civ.* V, n° 172, p. 117, *D.* 1993, I.R., p. 186

⁷¹² C. com., art. L. 625-6 ; D. 28 décembre 2005, art. 5.

2. La défense de l'AGS

87.- Refus de garantie d'une créance inscrite au relevé. L'obligation de l'AGS de garantir les créances de salaire se limite en principe à celles qui sont établies par les relevés de créances du mandataire judiciaire⁷¹³. L'institution de garantie des salaires⁷¹⁴ dispose d'un droit de contester l'obligation de garantie et les relevés de créances⁷¹⁵. Elle peut refuser la couverture partielle ou totale de la créance figurant sur le relevé⁷¹⁶. Elle s'inscrit souvent dans le cadre d'une voie d'exception, car elle intente rarement des actions directes⁷¹⁷. Les modalités de défense de l'AGS ont connu des évolutions. En effet, l'institution de garantie des salaires doit informer le mandataire judiciaire de son refus dans le délai de 5 ou 8 jours selon la nature de la créance concernée. Ce délai est identique à celui de la transmission de chaque relevé de créances à l'AGS par le mandataire judiciaire⁷¹⁸. Mais, un arrêt de la Cour de cassation du 20 mai 1992 a considéré que le refus d'assurer une créance salariale par l'assurance garantie n'est pas soumis aux dispositions de l'article L. 143-11-7 devenu L. 3253-21 du Code du travail⁷¹⁹. Elle précise ainsi que si l'institution de garantie est tenue de verser les créances qui figurent sur le relevé au mandataire judiciaire dans un délai de 5 ou 8 jours⁷²⁰, la recevabilité de son action exceptionnelle de refuser la garantie d'une créance salariale n'est pas renfermée dans ce délai. Or, l'article 121 du décret d'application de la loi du 26 juillet 2005 prévoit que l'institution de garantie des salaires doit indiquer non seulement la nature de la créance refusée, mais également son montant et les raisons du refus d'assurer.

⁷¹³ C. trav., art. L. 3253-15 et L. 3253-19.

⁷¹⁴ Le contentieux engagé par l'AGS porte essentiellement la vérification des créances des salariés, les délais de transmission des relevés et le refus de garantie (C. com., art. L. 625-1, L. 625-2, L. 625-3 et L. 625-4). La Délégation Unédic AGS répond à peu près à 40 000 convocation par an devant les juridictions. Par conséquent, le budget des avocats est le 2^e de la DGEA. Cela montre la volonté de mettre en œuvre le régime de garantie dans les conditions légales. V., Cass. soc. 6 juin 2000, n° 98-42.083, *Bull. civ.* V, n° 215, p. 169 ; H. BLAISE, « Panorama de jurisprudence récente concernant l'AGS », *Dr. soc.* 1982, pp. 185 et s. ; « La sauvegarde des intérêts des salariés dans les entreprises en difficulté », *Dr. soc.* 1985, p. 449 ; J.-M. SPORTOUCH, « Les recours au juge du provisoire en droit du travail », *Dr. soc.* 1986, p. 503 ; A. SUPLOT, « Les pouvoirs et la formation de référé », *Dr. soc.* 1986, p. 535 ; P. LAFARGE, T. MÉTEYÉ, « L'AGS et le contentieux prud'homal dans la procédure de redressement et liquidation judiciaires des entreprises », *Gaz. Pal.* 1987, I, doct. pp. 391 et s.

⁷¹⁵ Cass. soc. 18 oct. 2007, n° 06-43.848 [arrêt n° 2117 FS-P+B] ; P. LANGLOIS, *Dr. soc.* 1987, p. 199 ; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 5^e Dalloz, 2009, n° 694.21.

⁷¹⁶ C. com., art. L. 625-4 ; Cass. soc. 19 févr. 2002, *Gaz. Pal.* 19-20 juill. 2002, p. 24 ; 29 sept. 2004, *Rev. proc. coll.* 2005, p. 48, obs. F. Taquet ; 9 février 2005, *Rev. proc. coll.* 2005, p. 48, obs. F. Taquet.

⁷¹⁷ V., Cass. soc. 21 mars 1989, *JCP E* 1989, 15599, n° 18, obs. Ph. Pétel ; 17 juin 1992, *Dict. perm. Difficultés des entreprises*, bull., p. 8088 ; TGI Paris, 7 juillet 1986, *Gaz. Pal.* 1986, II, 563, note J.-P. Marchi ; CA Dijon, 10 févr. 1987, *JCP E* 1988, 15118.

⁷¹⁸ C. trav., art. L. 3253-20 ; Cass. soc. 20 mai 1992, *Bull. civ.* V, n° 302.

⁷¹⁹ Cass. soc. 20 mai 1992, *D.* 1993, somm. p. 367, obs. A. Honorat.

⁷²⁰ C. trav., art. L. 3253-21.

En pratique, l'absence de délai pour l'AGS de contester la garantie d'une créance inscrite au relevé de créances est défavorable aux salariés car le mécanisme de garantie des salaires doit permettre le paiement rapide des créances salariales. Il est donc préférable que l'action de l'AGS soit soumise aux délais de 5 ou 8 jours afin d'assurer l'objectif de paiement rapide des créances des salariés.

Dans cette optique, l'institution de garantie informe le mandataire judiciaire de son refus d'assurer la créance du salarié. Il appartient au mandataire judiciaire d'informer le salarié concerné et le représentant des salariés. Il convient de rappeler que l'information du mandataire judiciaire permet au salarié d'intenter l'action contre l'institution de garantie en mettant en cause le mandataire judiciaire, l'employeur ou l'administrateur devant le Conseil de prud'hommes⁷²¹. Toutefois, l'AGS peut également contester les créances établies par décision de justice.

88.- Refus de garantir une créance établie par décision de justice. La poursuite des instances en cours présente un intérêt pour le salarié parce que le juge peut définir sa créance qui rentre dans le champ de la garantie des créances salariales même après l'ouverture de la procédure collective. En effet, l'AGS est en principe tenu d'avancer les sommes correspondant à des créances établies par décision de justice devenue exécutoire, même si les délais de garanties sont expirés⁷²². La décision de justice exécutoire est par principe opposable à l'institution de garantie⁷²³. Mais il existe des circonstances que l'AGS refuse d'accorder sa garantie au salarié en dépit de la détermination de la créance par le juge. Elle refuse cette garantie dès lors qu'elle met en cause l'existence ou le montant de la créance définitivement établie par décision de justice. Cette action empiète donc la règle de l'autorité de la chose jugée⁷²⁴ parce que la créance déterminée par le juge prud'homal n'a plus la force de la chose jugée⁷²⁵. Pourtant, la Cour de cassation précise que la « chose jugée entre le créancier et le

⁷²¹ Cass. soc. 1^{er} févr. 2001, *Act. proc. coll.* 2001, n° 64.

⁷²² C. trav., art. L. 3253-15, al. 2 ; Loi du 17 juillet 2001, art. 38 ; Cass. soc. 18 nov. 2003, *RJS* 1/2004, n° 51.

⁷²³ C. trav., art. L. 3253-15, al. 3.

⁷²⁴ Cf., D. TOMASIN, *L'autorité de la chose jugée*, LGDJ 1976, p. 174, n° 227 ; J. HÉRON, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, Mélanges en l'honneur de R. Perrot, Dalloz, 1996, p. 131 ; L. WEILLER, « Renouvellement des critères de l'autorité de la chose jugée : l'assemblée plénière invite à relire Motulsky », *D.* 2006, p. 2135 ; P. MAYER, « Réflexions sur l'autorité négative de la chose jugée », in *Mélanges en l'honneur du Doyen J. Héron*, LGDJ, 2008, p. 331.

⁷²⁵ V., C. civ., 1351.

débiteur est opposable à la caution solidaire »⁷²⁶, excepté la fraude⁷²⁷. Elle précise par ailleurs que « la décision irrévocable d'admission de la créance au passif de la procédure collective a autorité de la chose jugée et s'impose à la caution⁷²⁸. Il en est de même de la décision de rejet de la créance⁷²⁹. En matière de garantie des créances salariales cette voie n'a pas été empruntée. L'institution de garantie peut valablement contester la créance salariale fixée par décision de justice.

En effet, « l'expression [créances établies par décision de justice exécutoire] implique que la décision qui fixe la créance ne puisse faire l'objet d'un recours de quelque nature que ce soit [...] l'AGS peut refuser le règlement de sommes correspondant à une créance établie [...] par un jugement prud'homal rendu en dernier ressort ou un arrêt de la Cour d'appel si ces décisions sont frappées d'un pourvoi en cassation [...] puisque la décision qui la fixe est susceptible d'être cassée dans un premier temps, puis, le cas échéant, infirmée »⁷³⁰. Ainsi, la décision qui établit une somme s'opposant à l'AGS est donc celle dont les délais de recours sont épuisés ou celle rendue par la Cour de cassation. La somme doit être établie par une décision définitive qui est assimilée à la décision « irrévocable ».

En pratique, la possibilité qui est accordée à l'institution de garantie de refuser le paiement des créances salariales définies par une décision de justice réduit la dynamique expansionniste de la garantie des salaires⁷³¹. La restriction des sommes correspondant aux créances établies par décision de justice à celles des décisions définitives évite que le salarié soit parfois dans l'obligation de restituer les avances perçues indûment. Mais la Cour de cassation ne retient pas cette interprétation restrictive de l'expression « des sommes correspondant à des créances établies par décision de justice exécutoire ». Par conséquent, la décision de la cour d'appel qui est frappée d'un pourvoi conserve sa force de la chose jugée⁷³² et s'impose ainsi à l'AGS. Cette position a été réaffirmée par la Cour de cassation⁷³³.

⁷²⁶ Cass. com. 15 juill. 1987, n° 85-17.829, *Bull. civ. IV*, n° 182 ; 18 janv. 2000, n° 96-20.798, *Bull. civ. IV*, n° 11, *JCP G* 2000, IV, n° 1413.

⁷²⁷ Cass. civ. 1^{re}, 14 févr. 1990, n° 88-17.817, *Bull. civ. I*, n° 42, *Gaz. Pal.* 1990, 1, pan. P. 117.

⁷²⁸ Cass. com. 15 oct. 2002, n° 99-17.695, *RD bancaire et fin.* 2003, p. 30, obs. F.-X. Lucas ; 24 avr. 2007, n° 06-11.997.

⁷²⁹ Cass. com. 19 oct. 1993, n° 91-11.952, *Bull. civ. IV*, n° 351, *RJDA* 1994, n° 201.

⁷³⁰ Rép. min. n° 34918, *JO Ass. Nat.* du 22 févr. 1988, p. 789 ; n° 4441, *JO Sénat* du 20 juill. 1989, p. 1112.

⁷³¹ Cf., *infra*, n° 173 et s.

⁷³² Cass. ordonnance, 13 oct. 1991, *Dr. soc.* 1993, n° 9/10, p. 764.

⁷³³ Cass. soc. 1^{er} juin. 1994, *Bull. civ. V*, n° 183 ; *D.* 1995, 76, note C. Souweine ; *Dr. soc.* 1994, n° 9/10, p. 814, obs. F. Derrida ; *RJS* 1994, 586, n° 991.

Il n'est pas en effet exigé que la créance du salarié soit définitivement établie, il est simplement nécessaire que la décision de justice soit exécutoire⁷³⁴. Partant, les décisions des juges du fond rendues en dernier ressort sont exécutoires et le pourvoi formé contre elles ne suspend pas leur exécution. Ce faisant, l'opposabilité de ces décisions obligent l'institution de garantie à prendre en charge les créances établies par toutes les décisions exécutoires⁷³⁵. Toutefois, si la position adoptée est favorable aux salariés bénéficiaires de la garantie des salaires, elle n'est pas exempt des actions en répétition de l'indu de la part de l'AGS à l'encontre des salariés qui auraient reçues précipitamment des avances.

Le refus de l'AGS à prendre en charge la créance du salarié se fonde sur plusieurs causes. Mais la multiplication des actions en contestation de l'institution de garantie peut compromettre son rôle de règlement rapide des créances des salariés car elle tend à retarder le délai de paiement de la créance. Ainsi, l'AGS dispose d'un droit propre de contester le paiement des avances à un salarié. Ce droit est, cependant, de plus en plus limité dans la pratique. Par conséquent, la présentation des relevés des créances par le mandataire judiciaire à l'AGS ne donne pas droit mécaniquement à la prise en charge des créances relevées. L'AGS peut refuser de payer ces créances. Ce droit de refus a été consacré par la loi du 25 janvier 1985 qui élargit le champ de la garantie aux créances postérieures. Il serait la contrepartie de l'extension du champ de la garantie. Les actions de cette institution sont souvent liées à la contestation de l'existence de l'obligation de payer de l'employeur ou de l'existence de sa propre obligation subsidiaire de garantir les salaires. Elle peut contester la réunion des conditions de sa mise en mouvement.

89.- Un droit de fait. Le droit propre de l'AGS à refuser la garantie des salaires n'a été ni inclus ni exclu de la loi du 27 décembre 1973. Mais la Cour de cassation a accepté le droit propre de refus de la garantie dès l'instant où les conditions de sa mise en œuvre ne sont pas réunies⁷³⁶. Cependant, le droit de contester n'était reconnu que pour la nature de la créance ou sa date de naissance. L'institution de garantie des salaires ne pouvait contester l'existence ou le montant des créances. Cette distinction a été critiquée par la doctrine en soulignant que la jurisprudence « semblait faire une distinction, qui n'apparaissait aucunement justifiée »⁷³⁷.

⁷³⁴ Cass. soc. 18 nov. 2003, *RJS* 1/04, n° 51.

⁷³⁵ Cass. soc. 5 juin 2012, n° 11-17.73, *M. X c/ AGS*, Me Y. ès qual. Liq. jud. Sté CCL transports, F-D, note C. Gailhbaud, *Gaz. Pal.* 3-4 août 2012, p. 33.

⁷³⁶ Cass. soc. 2 et 3 mai 1978, *Dr. soc.* 1979, n° 1, p. 37.

⁷³⁷ A. HONORAT, cité par H. BLAISE, *Dr. soc.* 1982, n° 3, p. 190.

Elle s'est montrée extrêmement prudente, en comptant peut-être sur l'intervention du législateur⁷³⁸. La Cour de cassation a en revanche abandonné cette distinction et interprète extensivement l'expression de droit propre de l'AGS de refuser de faire des avances⁷³⁹. De ce fait, l'AGS peut contester le principe et l'étendue de sa prise en charge dès lors que les conditions de la mise en œuvre ne sont pas réunies. Il a été souligné par un auteur que « le caractère très général du « droit propre » de l'AGS se trouve ainsi nettement affirmé »⁷⁴⁰. Alors qu'un autre auteur note que « dès l'entrée en application de ce régime, il était apparu légitime de lui reconnaître le droit lorsqu'il l'estimait utile, de refuser de faire l'avance d'une créance »⁷⁴¹. La consécration d'un droit propre de refuser une avance des sommes dues aux salariés est favorable à l'institution de garantie des salaires. Elle retarde le paiement et désavantage les salariés qui ont besoin de moyens de subsistance.

D'origine jurisprudentielle, le droit propre de contestation de l'AGS a depuis la loi du 25 janvier 1985 acquis un fondement légal. Ainsi, l'article L. 621-127 du Code de commerce dispose que l'AGS a le droit de refuser « pour quelque cause que ce soit de régler une créance figurant sur le relevé des créances résultant d'un contrat de travail »⁷⁴². Ce droit de refus concerne à la fois les créances superprivilégiées, privilégiées et chirographaires. Il peut porter sur une partie de la créance ou sur sa totalité. Il peut également porter sur une créance antérieure ou postérieure. La contestation de l'AGS est la « forme de contestation la plus simplifiée qui soit »⁷⁴³. Partant, elle peut contester le principe et le champ matériel de la garantie sans enfreindre la loi⁷⁴⁴. Elle a simplement l'obligation de faire connaître son refus d'indemniser au mandataire judiciaire qui est tenu d'informer immédiatement le salarié concerné⁷⁴⁵. Cette obligation doit être accomplie dans les délais prévus pour le versement des avances des fonds nécessaires au mandataire judiciaire⁷⁴⁶. Elle doit en outre préciser la nature, le montant de la créance refusée et les motifs de son refus. En somme, le droit de l'institution de garantie de refuser d'avancer des fonds nécessaires de la garantie des salaires a été simplifié. Le champ de la contestation est large car les causes de la contestation ont été multipliées. Ainsi, la jurisprudence interprète extensivement les textes pour accorder à

⁷³⁸ F. DERRIDA, « L'AGS devant la Cour de cassation », *Dr. soc.* 1979, n° 1, p. 39.

⁷³⁹ Cass. soc. 12 mai 1980, *Dr. soc.* 1983, n° 3, p. 191.

⁷⁴⁰ H. BLAISE, « Panorama de jurisprudence récente concernant l'AGS », *Dr. soc.* 1982, n° 3, p. 190.

⁷⁴¹ T. MÉTEYÉ, « Les conditions d'intervention de l'AGS », *Dr. soc.* 1987, n° 12, p. 834.

⁷⁴² Loi du 25 janv. 1985, art. 125, al. 1^{er}.

⁷⁴³ T. MÉTEYÉ, « Les conditions d'interventions de l'AGS », *Dr. soc.* 1987, n° 12, p. 834.

⁷⁴⁴ Cass. soc. 19 févr. 2002, *Gaz. Pal.* 19-20 juill. 2002, p. 24.

⁷⁴⁵ C. com., art. L. 621-127 ; Cass. soc. 20 mai 1992, *Bull. civ.* V, n° 302.

⁷⁴⁶ Cf., C. trav., art. L. 3253-21.

l'institution de garantie plusieurs possibilités de contestation. Le refus de la couverture est fréquemment fondé sur les textes légaux en général et le Code du travail en particulier.

En effet, la jurisprudence accepte le refus de la couverture des créances dès lors que l'AGS invoque diverses causes. Il peut s'agir d'un contrat de travail fictif⁷⁴⁷, de l'absence du contrat de travail dans le cadre d'une personne bénéficiaire du mandat social⁷⁴⁸, d'un contrat rompu par la volonté du salarié⁷⁴⁹, d'une créance qui n'est pas rattachée à l'exécution du contrat de travail⁷⁵⁰, la novation de la créance⁷⁵¹, etc. Ces modes de défense sont anciens. S'ajoutent à eux, les nouveaux modes de refus de la couverture de l'institution de garantie des salaires. Ainsi, l'AGS peut invoquer la nullité d'une décision du conseil de prud'hommes qui la condamne à la prise en charge de diverses créances salariales dès lors qu'elle n'a pas été mise en cause dans les conditions de l'article 124 de la loi du 25 janvier 1985⁷⁵². Elle peut aussi refuser la créance de rappel de salaire admise par l'ordonnance du juge-commissaire à titre de privilège général en dépit de l'absence de recours⁷⁵³. L'institution de garantie des salaires peut invoquer la nullité d'une clause de non-concurrence pour refuser sa couverture⁷⁵⁴. Elle peut contester le principe et le champ du bénéfice net et des capitaux indiqué par l'attestation de l'inspecteur des impôts ou du commissaire aux comptes⁷⁵⁵. De même, elle peut invoquer la fraude dans l'accomplissement des formalités, le rapprochement avec la proximité de la procédure collective⁷⁵⁶ ou de la violation de l'article L. 122-12 devenu 1224-1 du Code du travail⁷⁵⁷ pour refuser sa couverture. Par ailleurs, la requalification du contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée a posé la question du droit de l'AGS a demandé cette requalification.

90.- AGS et la requalification du CDD en CDI. La requalification du contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée par l'AGS s'était posée. La jurisprudence avait admis en pratique la contestation de l'institution de garantie presque en toute circonstance. Qu'il s'agisse de la contestation de la mise en œuvre ou de l'étendue de la

⁷⁴⁷ Cass. soc. 17 déc. 1987, *Bull. civ.* V, n° 767.

⁷⁴⁸ Cass. soc. 16 mai 1990, *Bull. civ.* V, n° 227.

⁷⁴⁹ Cass. soc. 12 déc. 1991, *Bull. civ.* V, n° 576.

⁷⁵⁰ Cass. soc. 24 févr. 1993, *Bull. civ.* V, n° 65.

⁷⁵¹ Cass. soc. 20 juin 1990, *Bull. civ.* V, n° 301.

⁷⁵² Cass. soc. 29 févr. 2000, *Bull. civ.* V, n° 80.

⁷⁵³ Cass. soc. 14 mars 2000, *Bull. civ.* V, n° 102.

⁷⁵⁴ Cass. soc. 13 juin 2001, *Dr. soc.* 2001, n° 9/10, p. 891.

⁷⁵⁵ Cass. soc. 10 févr. 1999, *Dr. soc.* 1999, n° 4, p. 413.

⁷⁵⁶ Cass. soc. 29 févr. 2000, n° 99/00039.

⁷⁵⁷ Cass. soc. 6 juill. 1999, *Bull. civ.* V, n° 322 ; 25 juin 2002, *Sem. soc. Lamy* n° 1138, 6 oct. 2003, p. 35.

garantie. Dans cette optique, elle a attribué dans un premier temps, un droit propre de l'AGS à demander la requalification d'un contrat de travail à durée déterminée⁷⁵⁸. Elle énonce qu'elle « peut se prévaloir des dispositions du Code du travail pour demander que le contrat soit requalifié, peu important qu'aucune fraude n'ait été commise à son égard »⁷⁵⁹. Ainsi, l'institution de garantie pouvait se prévaloir des irrégularités d'un contrat de travail à durée déterminée passé en violation du droit du travail et obtenir la requalification de ce contrat en contrat à durée indéterminée⁷⁶⁰. Ce droit permettait de réduire l'étendue de la garantie des salaires. Cette position a été dans un second temps abandonnée. En effet, la requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée est une sanction qui assure la protection du salarié en cas de violation des règles du contrat de travail à durée indéterminée. Ainsi, « le contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise »⁷⁶¹. Il n'est conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire⁷⁶². Dès lors qu'il est conclu en méconnaissance des dispositions légales, il « est réputé à durée indéterminée »⁷⁶³. À cet effet, le salarié a l'option soit de demander la requalification de son contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée ou de ne pas demander cette requalification pour bénéficier d'une indemnité de requalification⁷⁶⁴. Cette indemnité de requalification est assimilée à l'indemnité de licenciement et des dommages et intérêts pour licenciement irrégulier.

⁷⁵⁸ Cass. soc. 13 févr. 1991, *Dr. soc.* 1991, p. 418 ; 1^{er} déc. 1993, *RJS* 1/94, n° 8 ; 12 avr. 1995, *Dr. soc.* 1995, n° 6, p. 601 ; 17 janv. 1996, *RJS* 3/96, n° 252 ; 7 mai 1996, *RJS* 6/96, n° 658 ; 15 juin 1999, *Juriste. soc. Lamy* n° 43, 5 oct. 1999, p. 8 ; 9 avr. 2002, n° 00-42.961, AGS et a., c./ Delattre.

⁷⁵⁹ Cass. soc. 1^{er} déc. 1993, n° 91-45.780, Assédic de Lille et a. c./ Verhack.

⁷⁶⁰ Cass. soc. 12 avr. 1992, *D.* 1995, jurispr., p. 461, note C. Roy-Loustaunau ; *Gaz. Pal.* 1996, p. 29 ; *Dr. soc.* 1995, p. 601 ; 1^{er} mars 1994, n° 92-44.669, Verheyde et a. c./ AGS.

⁷⁶¹ C. trav., art. L. 1242-1 ; Cass. soc. 4 déc. 1996, *RJS* 1997, 20, n° 9 ; 8 janv. 1997, *Cah. soc. Barr. Paris* 1997, 69, A. 13 ; 29 sept. 2004, *RJS* 2004, 888, n° 1251 ; 26 janv. 2005, *D.* 2005, Pan. 2499, obs. Péliissier ; *Dr. soc.* 2005, 573, obs. Roy-Loustaunau ; *RJS* 2005, 258, n° 350 ; *Dr. ouvr.* 2005, 396 ; 11 oct. 2006, *RJS* 2006, 936, n° 1253 ; *Dr. soc.* 2007, 642, obs. Roy-Loustaunau ; 15 févr. 2006, *Bull. civ.* V, n° 66 ; 27 juin 2007, *Bull. civ.* V, n° 114.

⁷⁶² C. trav., art. L. 1242-2 ; Cass. soc. 11 avr. 1991, *Bull. civ.* V, n° 184 ; *D.* 1991, IR 131 ; *RJS* 1991, 368, n° 686 ; 29 mai 1991, *Bull. civ.* V, n° 271 ; *D.* 1991, IR 170 ; *Dr. soc.* 1991, 635 ; *RJS* 1991, 428, n° 816 ; 10 janv. 1991, *D.* 1991, IR 39 ; *RJS* 1991, 165, n° 314 ; 29 oct. 1996, *D.* 1996, IR 258 ; *RJS* 1996, 802, n° 1231 ; 7 févr. 2007, *D.* 2007, AJ 661 ; *RDT* 2007, 235, obs. G. Auzero ; 26 nov. 2008, *D.* 2009, AJ 25 ; *RDT* 2009, 97, obs. Auzero ; *RJS* 2009, 125, n° 144 ; *JCP S* 2009, 1161, obs. Bousez ; 13 janv. 2009, *D.* 2009, AJ 376 ; *RJS* 2009, 209, n° 231 ; *JCP S* 2009, 1159, obs. Bousez ; 4 févr. 2009, *RJS* 2009, 281, n° 320 ; *JCP S* 2009, 1336, obs. Bousez ; L. CASAUX, « Travail saisonnier », *Dr. soc.* 1988, p. 175 ; M. GOLESTANIAN, « Contrat de remplacement », *Dr. ouvr.* 2001, p. 98 ; G. VACHET, « Contrat de remplacement », *Jurisp. soc. Lamy* 2007, n° 213-1 ; R. MARIÉ, « Définition du motif d'accroissement temporaire d'activité dans les contrats à terme fixe », *JCP S* 2008, p. 1349.

⁷⁶³ C. trav., art. L. 1245-1 : « Est réputé à durée indéterminée tout contrat de travail conclu en méconnaissance des dispositions des articles L. 1242-1 à L. 1242-4, L. 1242-6 à L. 1242-8, L. 1242-12, alinéa premier, L. 1243-11, alinéa premier, L. 1243-13, L. 1244-3 et L. 1244-4 ».

⁷⁶⁴ Cass. soc. 22 mars 2006, *D.* 2006, IR 945 ; *RDT* 2006, 21, obs. Péliissier ; *Dr. soc.* 2006, 796, obs. Roy-Loustaunau.

Dans un second temps, la Cour de cassation a opéré un revirement. Elle interprète strictement ce texte en énonçant que les « dispositions prévues par les articles L. 122-1 et suivants du Code du travail⁷⁶⁵ ont été édictées dans un souci de protection du salarié qui peut seul se prévaloir de leur inobservation »⁷⁶⁶ excepté les situations où l'AGS prouve la fraude à sa garantie⁷⁶⁷. En analysant les décisions du juge, M. Pierre LYON-CAEN souligne que la jurisprudence applique le principe général du droit selon lequel la nullité relative sanctionne les règles relevant de l'ordre public de protection⁷⁶⁸. Cette jurisprudence a été maintes fois confirmée⁷⁶⁹. Ce faisant, l'employeur qui n'est pas protégé par ces dispositions ne peut demander la requalification du contrat de travail. Il en est de même du juge qui ne peut requalifier d'office le contrat de travail à durée déterminée⁷⁷⁰.

En revanche, la Cour de cassation avait admis qu'en dehors du salarié, l'institution de garantie des salaires pouvait également demander cette requalification⁷⁷¹. Dans une décision du 1^{er} décembre 1993, elle énonce que « l'AGS qui a un droit propre pour contester le principe et l'étendue de sa garantie, dans tous les cas où les conditions de celle-ci ne paraissent pas remplies, peut se prévaloir de l'inobservation des dispositions prévues par les articles L. 122-1

⁷⁶⁵ Devenus art. L. 1242-1 et s. C. trav.

⁷⁶⁶ Cass. soc. 4 déc. 2002, n° 00-43.750, FP-P+B+R+I, AGS de Paris et a., c./ M. X. et a., *Bull. civ. V*, n° 367, p. 362 ; 11 déc. 2002, n° 01-40.126 ; 7 avr. 2004, n° 02-40.231, *Bull. civ. V*, n° 106, p. 95. V., également Cass. soc. 16 juill. 1987, n° 85-45.258, Huguenot c./ Goguet, *Bull. civ. V*, n° 481 ; C. ROY-LOUSTAUNAU, *D.* 1994, jurispr. p. 580, n° 11.

⁷⁶⁷ Cass. soc. 25 janv. 2006, n° 03-45.444. Cf., R. VATINET, « Garantie de l'AGS et sort du contrat de travail en cas de procédure collective », *Dr. soc.* 2003, n° 3, p. 287, note sous Cass. soc. 4 déc. 2002, AGS de Paris c./ M. X., n° 00-43.750 ; 29 oct. 2002, Mlle El Haou c./ CGEA de Rennes et a., n° 00-45.612 ; C. RADÉ, « Seule la fraude autorise l'AGS à demander la requalification d'un contrat à durée indéterminée – chronique d'un revirement annoncé », *Lexbase Hebdo – éd. soc.* 19 déc. 2002, n° 52, note sous Cass. soc. 4 déc. 2002, n° 00-43.750 et n° 00-44.303 ; N. LOUIT-MARTINOD, note sous Cass. soc., 15 juin 2004, n° 02-41.623, *JCP E* 2004, n° 44, p. 1743 ; F.-J. PANSIER, « Confirmation du revirement sur la recevabilité de l'AGS à demander la requalification », *Cah. soc. Barr. Paris* 2004, n° 162, p. 315, Comm. sous Cass. soc. 7 avr. 2004, Mme Laravine c./ M. Piec et a., n° 02-40. 231, *Bull. civ. V*, n° 106, p. 95 ; P. MORVAN, « L'AGS n'est pas recevable, sauf fraude, à demander la requalification d'un CDD en CDI », *JCP S* 2005, n° 16, p. 28, note sous Cass. soc. 29 juin 2005, n° 03-47.642, Ichalalen c./ Mauras ; C. RADÉ, « Seule l'hypothèse d'une fraude autorise l'AGS à contester le montant des créances garanties en exécution d'une transaction », *Lexbase Hebdo – éd. soc.* 2 févr. 2006, n° 200, note sous Cass. soc. 25 janv. 2006, n° 04-45.444, AGS c. M. Vincent Sénéquier-Crozet ; F. BOUSEZ, « Contrat de travail à durée déterminée : l'AGS n'est pas recevable, sauf fraude, à la demander la requalification d'un contrat à durée déterminée », *JCP S* 2008, n° 8, p. 21, note sous Cass. soc. 18 oct. 2007, n° 06-43.848 ; P. NEISS, « La fraude à l'AGS – L'utilisation des présomptions comme technique de lutte contre la fraude », *Rev. Lamy Dr. aff.* 2010, n° 54, pp. 60-64.

⁷⁶⁸ P. LYON-CAEN, « Le droit propre de l'AGS, en matière de requalification de CDD, doit-il être remis en question ? », *Dr. soc.* 2003, n° 3, p. 293.

⁷⁶⁹ Cass. soc. 13 févr. 1991, *Dr. soc.* 1991, p. 418 ; 17 janv. 1996, *RJS* 3/96, n° 252 ; 10 juill. 2002, n° 00.44.534.

⁷⁷⁰ Cass. soc. 7 mai 1996, *RJS* 6/96, n° 658.

⁷⁷¹ Cass. soc. 19 mai 1998, *Bull. civ. V*, n° 267 ; *RJS* 1998, 536, n° 829 ; *D.* 1998, IR 166.

et suivants du Code du travail⁷⁷², pour demander la requalification du contrat »⁷⁷³. Par ailleurs, la requalification acceptée par le juge à la demande de l'institution de garantie est « opposable à tous, y compris au salarié »⁷⁷⁴. Ainsi, l'institution de garantie peut se fonder sur la méconnaissance des règles de fond et de forme du contrat de travail à durée déterminée pour demander sa requalification. Cette dernière présente en pratique des avantages financiers importants pour l'institution de garantie des salaires. Elle évite d'alourdir la charge financière de l'AGS puisqu'en matière de rupture anticipée des indemnités pourraient être mises à la charge de l'AGS. Mais la reconnaissance du droit de l'AGS de demander la requalification du contrat de travail a été critiquée. Si un auteur a souligné que « cette solution était inéquitable vis-à-vis d'un salarié qui en aucune manière ne peut être considéré comme responsable de l'irrégularité dont il est la première victime »⁷⁷⁵. Un autre estimait qu'il n'est pas normal que « l'AGS dispose de plus de droits que l'employeur »⁷⁷⁶. Or, la Délégation Unedic AGS remarque que l'irrecevabilité de la demande de requalification a des inconvénients sur le régime de garantie⁷⁷⁷. En effet, « une garantie légale accordée au salarié ne devrait pas logiquement se retourner contre lui »⁷⁷⁸. Partant, le droit de l'institution de garantie de demander la requalification du contrat limite le droit du salarié d'en demander cette requalification et diminue le montant de la créance du salarié. Le droit propre de l'AGS de demander la requalification du contrat de travail s'oppose à l'intérêt du salarié d'obtenir une meilleure indemnisation.

En conséquence, le droit propre de l'institution de garantie à demander la requalification du contrat à durée déterminée a été limité⁷⁷⁹ par la Cour de cassation dans une décision du 23 octobre 2001⁷⁸⁰. En effet, « l'AGS en présence d'un contrat à durée déterminée comportant la définition précise de son motif n'est pas recevable à contester la régularité du contrat à durée

⁷⁷² C. trav., art. L. 1242-2 et s.

⁷⁷³ Cass. soc. 1^{er} déc. 1993, *RJS* 1/94, n° 8 ; 12 avr. 1995, *Dr. soc.* 1995, n° 6, p. 601.

⁷⁷⁴ Cass. soc. 15 juin 1999, *Jurisp. soc. Lamy* 1999, n° 43, p. 8.

⁷⁷⁵ F. TAQUET, préc.

⁷⁷⁶ J.-E. TOURREIL, « La requalification par le juge d'un CDD en CDI, à la demande de l'AGS, diminue le passif de l'entreprise », *Jurisp. soc. Lamy* 1999, n° 43, p. 9.

⁷⁷⁷ T. MÉTEYÉ, « Garantie AGS : jusqu'où peut-on aller trop loin ? », *Dr. soc.* 2002, pp. 972 et s.

⁷⁷⁸ H. BLAISE, note sous Cass. soc. 12 avr. 1995, *Dr. soc.* 1995, n° 6, p. 602.

⁷⁷⁹ Cass. soc. 23 oct. 2001, *Doc. soc.* 2002, n° 6, p. 656 ; 10 juill. 2002, n° 00-44.534 ; 11 déc. 2002, n° 01-40.126 ; J.-E. TOURREIL, « La requalification par le juge d'un CDD en CDI, à la demande de l'AGS, diminue le passif de l'entreprise », *Jurisp. soc. Lamy* 1999, n° 43, p. 9 ; P. LYON-CAEN, « Le droit propre de l'AGS, en matière de requalification de CDD, doit être remis en question ? », *Dr. soc.* 2003, n° 3, p. 293 ; C. CHARBONNEAU, « Action en requalification du contrat à durée déterminée : une action de pure protection du salarié », *Cah. soc. Barreau Paris*, n° 147, p. 68 ; M.-C. HALLER, « L'AGS ne dispose plus d'un droit autonome à faire requalifier un contrat à durée déterminée », *Jurisp. soc. Lamy* 2003, n° 115, p. 10 ; G.-P. QUETANT, « Un regard sur le contentieux prud'homal de l'AGS », *Sem. soc. Lamy* 2003, n° 1138, p. 28.

⁷⁸⁰ Cass. soc. 23 oct. 2001, *Dr. soc.* 2002, n° 6, p. 656.

déterminée ». Il n'existe plus qu'un seul motif pour lequel l'AGS peut demander la requalification du contrat de travail. Ceci étant, l'AGS ne peut demander la requalification du contrat de travail que si le motif de recours du CDD ne figure pas dans le contrat de travail. Ainsi, l'apparence de la régularité du contrat empêche l'institution de garantie de demander sa requalification. Le droit à la demande de requalification du contrat de l'AGS est réduit. Un auteur note que le caractère général de la motivation de l'arrêt exprime qu'il faut « établir une distinction selon le fondement de la demande en requalification »⁷⁸¹. Cette distinction peut ainsi être établie selon que la demande relève des conditions de fond ou de forme du contrat à durée déterminée.

Par un revirement total, la jurisprudence a condamné expressément toute requalification à la demande de l'institution de garantie des salaires. Cette interdiction n'existe plus, si l'AGS apporte la preuve d'une fraude à la garantie⁷⁸². La Cour de cassation précise en effet que « les dispositions prévues par les articles L. 122-1 et suivants du Code du travail⁷⁸³ relatives aux contrats à durée déterminée ont été édictées dans un souci de protection du salarié, qui peut seul se prévaloir de leur inobservation; qu'il en résulte que l'AGS n'est pas recevable, sauf fraude qu'il lui appartient de démontrer, à demander la requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée »⁷⁸⁴. La seule exception de la possibilité pour l'AGS de demander la requalification du contrat de travail est la fraude⁷⁸⁵, pour laquelle l'AGS assume la charge de la preuve. Il peut y avoir fraude lorsque l'employeur en difficulté et le salarié signent un CDD pour que l'indemnité de la rupture anticipée soit prise en charge par l'institution de garantie des salaires. L'institution de garantie doit démontrer l'existence de la fraude entre l'employeur et le salarié pour demander la requalification du contrat. Partant, « l'action de l'AGS sera plus une action en inexistance du contrat plutôt que d'une demande de requalification »⁷⁸⁶.

⁷⁸¹ C. ROY-LOUSTAUNAU, note sous Cass. soc. 23 oct. 2001, *Dr. soc.* 2002, n° 6, p. 658.

⁷⁸² P. MORVAN, « L'AGS n'est pas recevable, sauf fraude, à demander la requalification d'un CDD en CDI », *JCP S* 2005, n° 16, p. 28 ; F. BOUSEZ, « Contrat de travail à durée déterminée : l'AGS n'est pas recevable, sauf fraude, à demander la requalification d'un contrat à durée déterminée », *JCP S* 2008, n° 8, p. 21 ; P. NEISS, « La fraude à l'AGS – L'utilisation des présomptions comme technique de lutte contre la fraude », *Rev. Lamy Dr. aff.* 2010, n° 54, pp. 60-64.

⁷⁸³ C. trav., L. 1242-1 et s.

⁷⁸⁴ Cass. soc. 4 déc. 2002, *Dr. soc.* 2003, n° 3, p. 297.

⁷⁸⁵ Cass. soc. 11 déc. 2002, n° 01-40.126.

⁷⁸⁶ C. CHARBONNEAU, « Action en requalification du contrat à durée déterminée : une action de pure protection du salarié », *Cah. soc. barr. Paris*, n° 147, p. 68.

L'exclusion absolue de l'action en requalification du contrat de travail à durée déterminée de l'AGS a été largement saluée par la doctrine parce que le dispositif relatif à la requalification est protecteur du salarié. Pour certains, « ce revirement de la Cour de cassation est tout à fait compréhensible »⁷⁸⁷ car « la solution mérite d'être approuvée »⁷⁸⁸. Même si les critiques se faisaient rares, M. HALLER note que la preuve de la fraude « ne sera pas aisée à rapporter et n'entraînera que de très rares requalifications, ce qui va peser un peu plus sur les comptes de l'AGS »⁷⁸⁹. En effet, la preuve de droit commun que l'AGS est tenue de rapporter est difficile à remplir.

En réalité, la limitation des postulats pour lesquels l'action en requalification du contrat de travail de l'AGS est recevable réserve largement le droit de la requalification du contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée au salarié. Ainsi, la limitation du droit propre de demander la requalification du CDD en CDI tient de la qualité de l'institution de garantie. Elle n'est « ni assureur, ni véritable tiers, l'AGS débiteur substitué est chargé de remédier à l'insolvabilité de l'employeur et ne se trouve en aucun cas subrogé dans les droits de ce dernier »⁷⁹⁰. La jurisprudence estime que l'AGS n'a pas d'intérêts propres qui puissent lui accorder ce droit. L'AGS est seulement incitée à « traquer les vrai-faux contrats »⁷⁹¹. En revanche, la « prétendue fraude aux droits de l'AGS n'est pas opposable aux salariés qui n'ont pas été parties à l'accord collectif de travail » soupçonné de fraude⁷⁹². En effet, les avantages ne doivent pas être consentis par l'employeur dans un accord collectif alors que l'entreprise est déjà confrontée à une situation financière obérée qui l'empêche par conséquent de faire face aux indemnités octroyées. Cela constitue une fraude au détriment de l'institution de garantie des salaires. Par ailleurs, le fait pour la « société d'un groupe de signer avec les partenaires sociaux un accord collectif tendant à voir réparer l'inégalité affectant les conditions financières du départ de ses salariés en cas de licenciement économique en vue d'harmoniser celles-ci avec les conditions financières en vigueur au sein des autres sociétés du groupe ne saurait à lui seul être assimilé à une fraude aux droits de l'AGS »⁷⁹³. Mais la

⁷⁸⁷ F. TAQUET, préc.

⁷⁸⁸ C. CHARBONNEAU, préc.

⁷⁸⁹ M.-C. HALLER, « L'AGS ne dispose plus d'un droit autonome à faire requalifier un contrat à durée déterminée », *Jurispr. soc. Lamy* 2003, n° 115, p. 10.

⁷⁹⁰ C. ROY-LOUSTAUNAU, préc., p. 658.

⁷⁹¹ G.-P. QUENTANT, « Un regard sur le contentieux prud'homal de l'AGS », *Sem. soc. Lamy* 2003, n° 1138, p. 28.

⁷⁹² Cass. soc. 29 sept. 2009, n° 08-41.723, n° 08-41.724, n° 08-41.725 et n° 08-41.772 à n° 08-41.786 et n° 08-42.532.

⁷⁹³ Cass. soc. 16 juin 2010, n° 09-42.114 ; 14 sept. 2010, n° 08-41.180.

Cour de cassation a témoigné que le caractère fictif d'un contrat de travail peut caractériser la fraude aux droits de l'institution de garantie⁷⁹⁴. Dans cette perspective, la Cour de cassation a précisé que la fraude du repreneur lors d'une cession judiciaire exclut la garantie de l'institution de garantie des salaires⁷⁹⁵.

En conclusion, l'action en répétition de l'indu ne suppose ni la mauvaise foi, ni la fraude de l'*accipiens*⁷⁹⁶. En effet, le salarié ne perçoit les avances de l'AGS que s'il remplit les conditions de garantie prévues aux articles L. 3253-6 et suivants du Code du travail. Cependant, s'il demande le paiement de ses créances alors qu'il ne remplit pas ces conditions, il est tenu de rembourser les sommes perçues à l'AGS⁷⁹⁷. Mais l'action en répétition de l'indu de l'AGS doit être dirigée contre l'employeur et non à l'encontre du salarié bénéficiaire⁷⁹⁸. En pratique, les tiers ont également le droit de contester les relevés des créances établis par le mandataire judiciaire. Cette contestation tend à réduire l'objet de la garantie de l'institution de garantie.

3. L'action des tiers

91.- Droit de réclamation et d'opposition. Les salariés ne sont pas toujours en mesure de contester les relevés de créances établis par le mandataire judiciaire. Ils ne disposent pas souvent de moyens nécessaires pour agir. Les voies de recours ont été ouvertes aux tiers pour contester les relevés de créances salariales⁷⁹⁹. En effet, l'article L. 625-6⁸⁰⁰ du Code de commerce dispose que « toute personne intéressée, à l'exception de celles visées aux articles L. 625-1, L. 625-3 et L. 625-4, peut former une réclamation ou une tierce opposition » contre les relevés de créances salariales visés par le juge-commissaire et les décisions du conseil de prud'hommes qui fixent les créances des salariés. Cet article n'accorde pas le droit à réclamation au débiteur, au salarié, au mandataire judiciaire, à l'administrateur s'il accomplit sa mission d'assistance et l'institution de garantie⁸⁰¹. Ils disposent néanmoins d'un droit

⁷⁹⁴ Cass. soc. 25 sept. 2007, n° 06-41.436 ; V., CA Caen, 3^e ch., 1^{re} sect. soc. 16 déc. 2011, n° 10/00667.

⁷⁹⁵ Cass. soc. 29 sept. 2009, n° 08-41.772.

⁷⁹⁶ Cass. civ. 11 févr. 2009, n° 07-10.583.

⁷⁹⁷ CA Lyon, Ch. soc. B, 24 févr. 2011, n° 10/03560.

⁷⁹⁸ Cass. soc. 11 févr. 2009, n° 07-10.583.

⁷⁹⁹ V., C. com., art. L. 625-6 et R. 625-7.

⁸⁰⁰ Loi n° 2005-845, 26 juill. 2005.

⁸⁰¹ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6^e éd., Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2011, p. 1818.

d'appel contre les décisions du juge-commissaire en matière de vérification et d'admission des créances salariales⁸⁰². Il a déjà été souligné que l'AGS est un tiers vis-à-vis du débiteur et peut discuter les conditions de sa garantie⁸⁰³. Elle peut faire une tierce opposition au jugement ayant fixé définitivement la créance du salarié avant l'ouverture de la procédure collective⁸⁰⁴. Elle est également tierce à la relation de travail qui lie l'employeur et le salarié. De ce fait, elle a un droit propre de discuter le principe et l'étendue de la garantie. Il a été admis qu'elle peut discuter les capitaux de l'entreprise établis par l'inspecteur des impôts ou le commissaire aux comptes nécessaires à la détermination du montant de l'avance liée à la participation du salarié⁸⁰⁵. Par ailleurs, il convient de signaler que la décision du juge-commissaire qui admet une créance salariale est dénuée d'autorité de chose jugée à l'égard de l'AGS qui peut contester la créance « pour quelque motif que se soit »⁸⁰⁶.

Toutefois, l'AGS n'a pas la possibilité de formuler une réclamation ou une opposition contre les relevés de créances ou les décisions qui fixent les créances salariales. La *réclamation* qui est une variété de la tierce opposition⁸⁰⁷ est ainsi réservée à « toute personne intéressée ». La notion de personne intéressée n'est pas assez claire, mais il est admis qu'il s'agit des personnes absentes à l'instance, c'est-à-dire les personnes qui ne sont pas parties à l'instance⁸⁰⁸. Il s'agit des créanciers autres que le titulaire de la créance déclarée⁸⁰⁹. En effet, le mandataire judiciaire étant en principe le seul à *pouvoir agir* au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers⁸¹⁰, le créancier qui agit en *réclamation* doit justifier d'un préjudice personnel distinct de celui de la collectivité des créanciers⁸¹¹. Et cela, qu'il agisse par subrogation⁸¹² ou par cession de créance⁸¹³. S'il n'a pas d'intérêt personnel distinct, l'action en réclamation est irrecevable. Dans cette perspective, le banquier dispose d'un intérêt

⁸⁰² P.-M. LE CORRE, préc., p. 1756 ; A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Litec, coll. « Manuel », 2011, p. 341 et s.

⁸⁰³ C. com., art. L. 625-4.

⁸⁰⁴ Cass. soc. 11 déc. 1996, n° 93-46.133.

⁸⁰⁵ Cass. soc. 10 févr. 1999, n° 96-22.157, *Bull. civ. V*, n° 62, p. 44.

⁸⁰⁶ Cass. soc. 14 mars 2000, n° 97-45.335, *Bull. civ. V*, p. 79 ; *Rev. proc. coll.* 2000, p. 108.

⁸⁰⁷ A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., p. 342.

⁸⁰⁸ Cf., P. PÉTEL, *Droit des procédures collectives*, préc., n° 387 ; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, préc. p. 1765.

⁸⁰⁹ Cass. com. 16 juin 2004, n° 02-18.470 ; 16 juin 2004, n° 02-18.472 ; CA Aix-en-Provence, 8^e ch. A, 3 nov. 2004, RG n° 2004/755 ; Paris, 3^e ch. B, 17 janv. 2008, RG n° 07-09594, *Act. proc. coll.* 2008/12, n° 200.

⁸¹⁰ C. com., art. L. 622-20.

⁸¹¹ Cass. com. 13 mai 2003, n° 01-14.173, *Bull. civ. IV*, n° 75 ; *D.* 2003, AJ 1761, obs. A. Liénhard ; CA Paris, 3^e ch. B, 16 févr. 2006, RG n° 2004/16444.

⁸¹² CA Rennes, 2^e ch. com., 12 avr. 2000, *BICC* 15 janv. 2001, n° 72.

⁸¹³ Cass. com. 30 janv. 2007, n° 06-10.707, *RTD com.* 2007/2, p. 457, n° 12, obs. J.-L. Vallens.

personnel à formuler une réclamation⁸¹⁴. Il en est de même du créancier nanti dont la créance est portée sur l'état des créances avec précision⁸¹⁵ et du cessionnaire des actifs de l'entreprise⁸¹⁶. En revanche, l'administrateur judiciaire⁸¹⁷, le commissaire à l'exécution du plan⁸¹⁸ ne disposant pas d'un tel intérêt, son action est irrecevable. Toutefois, si l'action du débiteur est irrecevable⁸¹⁹, celle d'un dirigeant social est recevable s'il agit pour son intérêt personnel⁸²⁰ dès lors qu'il n'a pas représenté le débiteur⁸²¹ dans la vérification des créances⁸²².

En outre, les personnes intéressées peuvent exercer des tierces oppositions⁸²³. Mais l'ouverture d'une procédure de réclamation ferme la voie de la tierce opposition. La tierce opposition peut porter sur les décisions rendues par d'autres juridictions suite à une décision d'incompétence du juge-commissaire⁸²⁴, sur les décisions rendues par ces juridictions suite à une instance en cours qui est poursuivie postérieurement au jugement d'ouverture et sur les décisions relatives aux relevés et inopposabilité de la forclusion⁸²⁵. Elles peuvent ainsi faire des réclamations devant le juge-commissaire contre ses propres décisions d'admission, de rejet ou d'incompétence⁸²⁶. Ces actions sont exercées dans un délai d'un mois⁸²⁷. Le point de départ de ce délai est celui de la publication des relevés de créances salariales pour la réclamation et la date de la transcription de la décision sur l'état des créances au greffe du tribunal pour la tierce opposition.

En pratique, le résultat de l'action des tiers est soumis aux contraintes de la procédure collective. Le mandataire judiciaire n'est pas condamné à payer le montant des sommes fixées par décision de justice. Ces sommes sont simplement portées à l'état des créances déposé au

⁸¹⁴ CA Paris, 3e ch. B, 16 févr. 2006, RG n° 04.16444, *RTD com.* 2006/3, p. 660, n° 2, obs. P.-M. Le Corre.

⁸¹⁵ Cass. com. 26 sept. 2006, n° 05-14.487, *D.* 2007, pan. Comm., p. 47, obs. P.-M. Le Corre.

⁸¹⁶ Cass. com. 30 mars 1993, n° 91-17.732, *Bull. civ.* IV, n° 127 ; *D.* 1993, somm. 321, obs. A. Honorat ; *JCP E* 1993, I, 277, n° 14, obs. Ph. Pétel.

⁸¹⁷ Cass. com. 28 févr. 1995, n° 92-17.991, NPT, *Rev. proc. coll.* 1995, 291, obs. B. Dureuil.

⁸¹⁸ Cass. com. 13 oct. 1998, n° 95-17.670, *Bull. civ.* IV, n° 236 ; *JCP E* 1998, chron. 2067, n° 13, obs. M. Cabrillac ; *RTD com.* 1999, 970, obs. A. Martin-Serf.

⁸¹⁹ CA Paris, 3^e ch. A, 9 sept. 2003, RG n° 2002/20168.

⁸²⁰ Cass. com. 28 sept. 2004, n° 03-10.760, NP ; *D.* 2005, pan. 299, obs. P.-M. Le Corre ; 4 avr. 2006, n° 05-12.248, *Bull. civ.* IV, n° 90 ; *D.* 2006, AJ, 1167, obs. A. Lienhard ; 4 avr. 2006, n° 05-12.250, NP.

⁸²¹ Cass. com. 28 nov. 2000, *Act. proc. coll.* 2001/1, n° 3 ; *JCP E* 2001, pan. 156.

⁸²² Cass. com. 18 févr. 2003, n° 99-20.631, NPT ; *Act. proc. coll.* 2003/10, n° 138 ; *RTD com.* 2003, 383, n° 15, obs. J.-L. Vallens.

⁸²³ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, préc., p. 1770 et s.

⁸²⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., n° 730.

⁸²⁵ Cass. com. 20 mai 1997, n° 95-12.853, *Bull. civ.* IV, n° 146 ; *D.* 1997, IR 147 ; 19 févr. 2002, *RD banc. et fin.* 2002/3, p. 133, n° 99, obs. F.-X. Lucas ; Cf., B. SOINNE, *Droit des procédures collectives*, n° 2236.

⁸²⁶ C. com., art. R. 624-8, al. 4.

⁸²⁷ *D.* 28 déc. 2005, art. 110 et 112.

greffe du tribunal de commerce⁸²⁸. Cependant, l'article L. 3253-15, alinéa 1^{er} du Code du travail⁸²⁹ précise que « les institutions de garantie [...] avancent les sommes comprises dans le relevé établi par le mandataire judiciaire, même en cas de contestation par un tiers ». La contestation d'un tiers ne décharge pas l'AGS de son obligation de garantir les créances des salariés. Si l'action du tiers est couronnée de succès, la répétition de l'indu peut être envisagée par l'institution de garantie des salaires.

L'esprit du législateur est la reconnaissance rapide des créances des salariés et de limiter les contestations afin de permettre à l'institution de garantie d'intervenir promptement. Il est cependant difficile pour les mandataires judiciaires de respecter les délais impartis nécessaires à la garantie des créances superprivilégiées. Alors que les délais de garantie des créances privilégiées sont souvent respectés. En cas de retard dans l'établissement des relevés et leur transmission à l'AGS, cette dernière donne parfois en pratique des délais supplémentaires aux mandataires judiciaires pour accomplir leur mission s'ils ont effectué préalablement les diligences adéquates. Dans cette optique, le projet « *AMBITION 2013*⁸³⁰ » initié par la Délégation Unedic AGS, renforce la communication entre le *régime de garantie des salaires* et les *mandataires judiciaires*. Ce renforcement de la communication poursuit essentiellement l'objectif de paiement rapide des avances.

C. Le paiement des avances par l'AGS

92.- Préalable imposé. Le mécanisme de garantie des salaires a été créé afin que les sommes dues aux salariés soient payées rapidement⁸³¹. Pour atteindre cet objectif, des délais réduits de paiement des créances salariales ont été prévus⁸³². D'une part, le mandataire doit transmettre à l'institution de garantie des salaires les relevés des créances superprivilégiées dans un délai de

⁸²⁸ Cass. soc. 6 juin 1989, *Bull. civ.* IV, n° 424 ; 8 avr. 1992, *JCP* 1992, IV, 1742, *Bull. civ.* V, n° 252 ; 27 oct. 1998, *JCP E* 1998, *Jurispr.* p. 774, note Serret ; *JCP E* 1999, p. 1775, n° 20, obs. Morvan ; *D.* 2001, somm. p. 114, obs. Derrida ; 14 mars 2000, *Bull. civ.* V, n° 102 ; 19 avr. 2000, *Act. proc. coll.* 2000, n° 135 ; Cass. com., 12 déc. 2001, *Rev. proc. coll.* 2002, 270, obs. Staes.

⁸²⁹ Loi n° 2008-67, 21 janv. 2008, art. 3, 51°.

⁸³⁰ In *Rapport d'activité de la Délégation Unedic AGS 2010*, préc., p. 3.

⁸³¹ G. GORSE, in *Débats parlementaires*, Sénat, séance du 12 déc. 1973, *JO* 13 déc. 1973, p. 2810 ; B. TALON, in *Débats parlementaires*, Sénat, séance du 12 déc. 1973, *JO* 13 déc. 1973, p. 2810 ; M. BERTHELOT, in *Débats parlementaires*, Ass. Nat., séance du 21 nov. 1973, *JO* 22 nov. 1973, p. 6217 ; G. DONNEZ, in *Débats parlementaires*, Ass. Nat., séance du 21 nov. 1973, *JO* 22 nov. 1973, p. 6219 ; In *Débats parlementaires*, Ass. Nat., séance du 10 avr. 1984, *JO* 11 avr. 1984, p. 1351.

⁸³² C. trav., art. L. 3253-21.

dix jours à compter de la date d'ouverture de la procédure collective. Les relevés des autres créances doivent être transmis dans les trois mois qui suivent ce jugement ou l'expiration de la période de garantie⁸³³. D'autre part, l'AGS doit verser des avances nécessaires au mandataire judiciaire : elle doit verser dans les cinq jours suivant la réception des relevés les sommes liées aux créances superprivilégiées, les salaires et indemnités de congés payés. Elle doit également payer dans les huit jours suivant la réception des relevés de sommes liées aux créances résultant de la rupture du contrat de travail intervenant après le jugement d'ouverture de la procédure collective et correspondant à un mois et demi de travail lorsque la liquidation judiciaire est ouverte⁸³⁴. Si la Délégation Unedic AGS est scrupuleuse sur ce délai, les Centre de Gestion et d'Études de l'AGS (CGEA) ne sont pas toujours matériellement en mesure de verser rapidement les avances et d'autres organes de la procédure collective peuvent occasionner des retards. Le non-respect des délais de paiement n'est pas en pratique sanctionné⁸³⁵. L'absence d'une véritable sanction à cet égard n'encourage pas au respect minutieux des délais de paiement⁸³⁶. Pour le paiement des avances, le mandataire judiciaire doit faire la demande des avances à l'institution de garantie. La demande de paiement des avances doit être faite par le mandataire judiciaire. Il lui appartient de transmettre les relevés à l'institution de garantie des salaires. Une telle demande n'est admise que si les créances ne peuvent être payées en tout ou partie sur les fonds disponibles⁸³⁷ afin que ces créances soient prises en charge le plus rapidement possible. Cette présentation des relevés permet de mettre en œuvre rapidement la garantie des salaires. Ainsi, les délais de paiement des avances par l'AGS sont précis (1). Le mandataire doit présenter les relevés à l'AGS dans ces délais et justifier de l'insuffisance des fonds disponibles⁸³⁸. L'AGS verse les fonds au mandataire judiciaire qui est tenu de les reverser aux salariés (2).

1. Les délais du versement des avances

93.- Respect des délais et montants des avances. Les délais dans lesquels l'AGS doit payer les créances salariales sont prévus par la loi. L'AGS verse au mandataire judiciaire les

⁸³³ C. trav., art. L. 3253-19.

⁸³⁴ C. trav., art. L. 3253-21.

⁸³⁵ Cf., C. SOUWEINE, *Les créances résultant du contrat de travail dans le redressement et la liquidation judiciaires*, thèse Droit, Grenoble II, 1992, pp. 393 et s.

⁸³⁶ M. BERTHELOT, in *Débats parlementaires*, Ass. Nat., séance du 21 nov. 1973, *JO* 22 nov. 1973, p. 6217.

⁸³⁷ C. trav., art. L. 3253-20.

⁸³⁸ C. trav., art. L. 3253-20.

sommes figurant sur les relevés et impayées⁸³⁹ dans les cinq jours suivant la réception des relevés mentionnés aux 1 ° et 3 ° de l'article L. 3253-19 du Code du travail, les créances superprivilégiées, les salaires, et indemnités des salariés postérieures à la date du jugement. Dans les huit jours suivant la réception des relevés mentionnés aux 2 ° et 4 ° du même article, elle doit payer les créances non superprivilégiées exigibles à la date du jugement d'ouverture et les autres créances. En somme, la brièveté des délais de paiement des avances par l'institution de garantie évite des retards de paiement dont souffrent les privilèges de droit commun. Il n'existe cependant pas de sanctions incitatives à la violation des délais de paiement. L'AGS a payé en 2010 un montant global de 1,95 milliards d'euros à 270 449 bénéficiaires de la garantie en 2010⁸⁴⁰.

94.- Paiement des avances au mandataire judiciaire. Le mandataire judiciaire après avoir établi les relevés de créances salariés doit demander rapidement au Centre de Gestion et d'étude de l'AGS compétent, le versement des sommes nécessaires au règlement des créances des salariés. L'AGS verse les avances des créances des salariés impayées au mandataire judiciaire⁸⁴¹. Elle verse les avances aux mains d'un tiers à la relation de travail. En revanche, l'article L. 3253-18-5 du Code du travail prévoit que « les sommes figurant sur les relevés impayés sont directement versées au salarié dans les huit jours suivant la réception des relevés des créances ». Si le mandataire judiciaire, l'administrateur judiciaire ou le liquidateur français reçoit de l'institution de garantie compétente située dans un autre État membre de l'Union européenne les sommes dues aux salariés, il reverse immédiatement ces sommes aux salariés concernés⁸⁴². Le mandataire judiciaire ou le liquidateur est tenu de transmettre à toute institution de garantie située dans un autre pays de l'Union, les relevés des créances impayées.

Par conséquent, l'institution de garantie qui prend en charge les créances des salariés d'une entreprise étrangère qui exercent ou exerçaient habituellement leur activité sur le territoire

⁸³⁹ Cass. soc. 20 nov. 2002, n° 00-45.373 ; 5 janv. 2005, n° 02-43-726 ; 10 janv. 2006, n° 04-14.008.

⁸⁴⁰ Ce montant justifié par la crise économique est proche du niveau historique de 2,1 milliards en 2008 qu'avaient atteint les avances de l'AGS en 2009. Alors qu'il s'élevait à 1,46 milliards en 2008. Il faut noter que 52,3% des sommes avancées relèvent du superprivilège des salariés. Celles du privilège général sont à 29% et du privilège de la procédure (C. com., art. L. 622-17) à 9,8% et chirographaires à 8,9% (In *Rapport d'activité de la Délégation Unédic AGS 2010*, pp. 14-15).

⁸⁴¹ C. trav., art. L. 3253-20 ; Cass. soc. 18 oct. 1989, *JCP E* 1990, 15768, obs. Ph. Pétel ; 21 mars 1990, *D.* 1990, IR p. 102 (Interdiction du paiement directement aux salariés) ; 12 févr. 1991, n° 88-42.353 P ; 26 juin 2000, *Rev. proc. coll.* 2000-3, p.106, n° 13, obs. F. Taquet ; 10 janv. 2006, n° 04-14.008, AGS c/ Salingue ; 16 déc. 2008, n° 07-16.446 ; P. MORVAN, « L'AGS ne paie pas directement les salariés », *JCP S* 2006, n° 23, pp. 21-22.

⁸⁴² C. trav., art. L. 3253-18-6, al. 1.

national est subrogée dans les droits des salariés dont elle a avancé les sommes⁸⁴³. En cas de cessation de fonctions par le syndic étranger ou toute personne assimilée au mandataire judiciaire, à l'administrateur ou au liquidateur, l'institution de garantie verse les sommes dues au salarié sur présentation par celui-ci des pièces justifiant du montant de sa créance⁸⁴⁴. Ainsi, l'obligation de présenter le relevé des créances des salariés est écartée. Il existe ici un vrai risque de fraude qui suscite des contentieux. Mais l'obligation d'information faite aux institutions de garantie à toute autre institution de garantie des États membres de l'Union dès lors qu'une demande est effectuée relative à la réglementation nationale des procédures collectives⁸⁴⁵ doit limiter les abus de cette hypothèse. En dépit des exceptions européennes, le mandataire judiciaire reste tenu dans le cadre national au reversement des avances reçues de l'institution de garantie aux salariés.

2. L'obligation de reverser les avances aux salariés

95.- Principe. La créance alimentaire du salarié a des propriétés qui ont permis la création d'une garantie qui la protège en cas d'insolvabilité de l'employeur. Toutefois, le paiement de cette créance par l'institution de garantie n'est pas effectué entre ses mains⁸⁴⁶. C'est le mandataire qui reçoit les avances nécessaires au paiement de cette créance⁸⁴⁷. Or, il a été souligné que l'AGS est tenue de verser les sommes nécessaires au règlement des créances des salariés dans les délais prescrits par le Code du travail⁸⁴⁸, car la finalité un mécanisme de garantie est de régler rapidement ses créances. En effet, il incombe au mandataire judiciaire de reverser immédiatement les sommes reçues aux salariés⁸⁴⁹ et organismes créanciers, à l'exclusion des créanciers subrogés et en informe le représentant des salariés⁸⁵⁰. Partant, l'AGS qui verse directement les avances aux salariés n'est pas déchargée de son obligation, mais la loi ne prévoit pas de responsabilité spéciale. La contestation du versement inciterait l'institution de garantie à le prouver. Si le mandataire judiciaire a cessé ses fonctions, le

⁸⁴³ C. trav., art. L. 3252-18-7.

⁸⁴⁴ C. trav., art. L. 3253-18-8, al. 1.

⁸⁴⁵ C. trav., art. L. 3253-18-9.

⁸⁴⁶ Cass. soc. 10 janv. 2006, *RJS* 3/2006, n° 349 ; 18 mars 2008, n° 0è613472, inédit.

⁸⁴⁷ Cass. soc. 18 oct. 1989, *JCP E* 1990, 15768, obs. Ph. Pétel ; 21 mars 1990, *D.* 1990, IR p. 102 ; 26 juin 2000, *Rev. proc. coll.* 2000-3, p. 106, n° 13, obs. F. Taquet ; CA Amiens, 5^e ch. soc. 5 nov. 2008, n° 08/00477 ; Bordeaux, 13 avr. 2010, n° 08/07295.

⁸⁴⁸ C. trav., art. L. 3253-19.

⁸⁴⁹ Cass. soc. 25 avr. 1984, *D.* 1984, IR, 397, obs. A. Honorat ; 20 nov. 2002, *Act. proc. coll.* 17 janv. 2003.

⁸⁵⁰ C. trav., art. L. 3253-21.

commissaire à l'exécution du plan ou le greffier du tribunal de la procédure collective doit recevoir les avances⁸⁵¹. Les sommes reçues par les salariés au titre de la garantie de l'AGS revêtent la nature de salaires⁸⁵².

Le mandataire judiciaire doit reverser immédiatement les créances aux salariés concernés. Néanmoins, le *versement immédiat des avances* est une expression qui ne manifeste pas véritablement la clarté en termes de *délai de versement*. En vérité, c'est le délai raisonnable à compter de la date de réception des avances qui est visé. La qualité du mandataire judiciaire, représentant de l'entreprise peut préjudicier les salariés s'il privilégie les intérêts de l'entreprise et reverse tardivement les avances reçues. L'objectif de paiement rapide des créances des salariés inciterait au règlement direct des avances aux salariés. Il faut raccourcir la chaîne d'intervention de la garantie. Le paiement des créances salariales par l'intermédiaire du mandataire judiciaire peut paraître comme un obstacle au paiement rapide de ces créances. Par conséquent, la réception des avances directement par les salariés peut être conditionnée à la signature d'un document en guise de preuve de paiement. L'AGS doit être reconnue comme un véritable organe de la procédure collective. Toutefois, la responsabilité dont le mandataire judiciaire peut engager dans le versement des sommes perçues par l'institution de garantie des salaires limite tout obstacle à l'indemnisation rapide des salariés.

96.- Obligation exposant à une responsabilité. La mission qui est assumée par le mandataire judiciaire lors du paiement des créances garanties par l'AGS peut l'exposer à des responsabilités importantes. S'il a, en effet, l'obligation d'établir les relevés dans des délais bien précis, il a également l'obligation de reverser les sommes perçues à l'institution de garantie rapidement aux salariés. Le non-versement immédiat des avances enfreint la finalité sociale de la garantie de l'institution de garantie. La responsabilité⁸⁵³ du mandataire judiciaire doit être retenue pour préjudice causé aux salariés si le retard est suffisant⁸⁵⁴. Elle incite au versement immédiat des avances. Deux situations peuvent se présenter dans la demande des avances. Soit, le mandataire judiciaire ne présente pas les relevés de créances aux institutions de garantie dans les délais prédéterminés, sa responsabilité est engagée, car les créances restent impayées. Soit, il a reçu les avances de l'institution de garantie des salaires et ne les reverse pas immédiatement aux salariés. Il commet une faute qui engage

⁸⁵¹ Rép. min. n° 1206, *JOAN* Q 28 juin 1993, p. 1842 ; *JCP E* 1993, panorama, 916.

⁸⁵² C. com., art. L. 622-19.

⁸⁵³ Cf., *infra*, n° 293 et s.

⁸⁵⁴ CA Bordeaux, ch. soc., 13 avr. 2010, n° 08/07295.

également sa responsabilité. La responsabilité civile peut être engagée en vertu de l'article 1382 du Code civil : « tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »⁸⁵⁵.

Le montant global de la garantie des salaires a augmenté pour plusieurs raisons. D'abord, l'obligation de garantie des précomptes salariaux⁸⁵⁶ avait alourdi excessivement les charges financières de l'AGS en 1997. Ensuite, la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation des années 2000 qui a non seulement élargi le champ des créances garanties, elle a également appliqué systématiquement le plafond 13 de l'ancien régime de plafonnement. L'application mécanique de ce plafond a coïncidé avec la défaillance des entreprises de 500 salariés et plus. Par conséquent, les litiges multiples ont doublé, alors que, enfin, les cotisations AGS des entreprises avaient baissé. De ce fait, l'équilibre des ressources de l'institution de garantie des salaires composé par les cotisations et les récupérations n'était plus assuré car la flambée des sommes avancées ne correspondait plus avec le taux de récupération.

En pratique, la lenteur de paiement des créances des salariés est toutefois constatée. Si la faute du caractère tardif ne peut être reprochée à l'AGS qui dispose aujourd'hui des réserves suffisantes pour faire face aux défaillances des entreprises, l'engorgement des mandataires judiciaires pourrait en expliquer les retards de transmission ou de paiement des créances salariales. Néanmoins, l'absence de sanctions efficaces n'incite pas les organes de la procédure collective non seulement à établir les relevés de créances, mais également à les présenter à l'institution de garantie. Les institutions de garantie ne sont pas matériellement et personnellement mieux équipées pour réaliser cette mission. Le manque de personnel est aussi une cause des retards du versement des avances. Toutefois, il n'est pas sûr que l'introduction des sanctions puisse améliorer véritablement la situation, car elle pourrait susciter plus de contentieux. Il est certain que malgré ses imperfections le mode de règlement des avances est à conserver. Cependant, l'AGS n'est pas le débiteur principal de la créance de salaire, lui imposer des sanctions draconiennes peut être contre-productif. En effet, les sommes qu'elle

⁸⁵⁵ Cf., A. PERDRIAU, « La responsabilité civile des mandataires de justice dans les procédures collectives », *JCP E* 1989, II, n° 15547 ; B. SOINNE, *Droit des procédures collectives*, n° 2437 et 2576.

⁸⁵⁶ C. trav., art. L. 3253-8 ; Loi n° 96-1160 du 27 déc. 1996, art. 36 ; C. NEAU-LEDUC, « Cotisations sociales patronales et garanties du régime de Garantie des salaires (AGS) : une assiette sans fin », *Dr. soc.* 2010, n° 7-8, p. 849, note sous Cass. soc. 17 juin 2009, Sté HPF Digital, n° 08-41.866.

verse au mandataire judiciaire ne sont que des avances. Elle doit par conséquent pouvoir récupérer les sommes avancées.

D. Le remboursement des sommes avancées

97.- Obligation de l'employeur débiteur principal. Le mécanisme de garantie des salaires est une *institution sociale* qui prend en charge les créances des salariés sans être la débitrice de la créance du salarié. L'employeur reste le débiteur de la créance de salaire. Ainsi, l'institution de garantie dispose d'un *recours récursoire* à l'égard de l'entreprise en défaillance pour récupérer les sommes avancées⁸⁵⁷. En effet, la Délégation Unedic AGS a avancé 1,95 milliards d'euros en 2010 au titre du régime de garantie des salaires. Mais elle n'est pas la débitrice de l'obligation de paiement des créances salariales. De ce fait, la prise en charge de la créance salariale par l'institution de garantie n'éteint pas l'obligation de paiement de la créance du salarié à l'égard de l'employeur. La qualité de non *débiteur du salaire* de l'AGS, lui permet de n'intervenir que subsidiairement en cas d'insolvabilité de l'employeur débiteur de la créance salariale⁸⁵⁸.

Par conséquent, l'employeur qui est le seul débiteur de la créance du salarié doit rembourser l'institution de garantie des salaires⁸⁵⁹. L'originalité du mécanisme de garantie des salaires résulte également du droit de remboursement des avances⁸⁶⁰. Elle est comme un prêteur de l'employeur qui est tenu de la rembourser⁸⁶¹. Ce droit au remboursement éloigne le système de garantie des créances des salariés de la nature de l'assurance de droit privé. Le remboursement des sommes avancées par l'employeur en procédure collective est nécessaire à l'équilibre financier de l'AGS. Partant, le taux des cotisations doit suivre impérativement la

⁸⁵⁷ C. trav., art. L. 3253-16 ; Cass. com. 13 nov. 2001, n° 97-16.652, *Bull. civ. IV*, n° 177 ; 2 juin 2004, n° 01-11.757, *Bull. civ. IV*, n° 108 ; *Bull. inf. C. Cass.* 1^{er} oct. 2004, p. 50 ; 3 févr. 2009, n° 07-19.631, *Bull. civ. IV*, n° 13, *D.* 2009, p. 495 ; P. SAINT-GENIEST, « La récupération des avances par l'AGS », *Dr. soc.* 1987, chron. 836 ; E. ETIENNE-MARTIN, C. NANTERME, note sous T. com. Lyon, 28 déc. 2000, *Act. proc. coll.* 2001, n° 8, n° 102 ; P. ROUSSEL-GALLE, *Réforme du droit des entreprises en difficulté*, éd., Litec, 2005, n° 325 ; P. MORVAN, « Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté », *JCP E* 2005, n° 151, p. 1751.

⁸⁵⁸ Cf., *infra*, n° 270 et s. ; B. SOINNE, « À propos de la notion de fonds disponibles », *Rev. proc. coll.* 2001, p. 59 ; *Act. proc. coll.* 2001, n° 8, p. 1.

⁸⁵⁹ Cf., D. PALLANTZA, *La créance de salaire*, Thèse Paris I, 2011, pp. 560 et s.

⁸⁶⁰ C. trav., art. L. 3253-16 et L. 3253-8, 4° (en cas de liquidation judiciaire) ; B. SAINT-GENIEST, « La récupération des avances par l'AGS », *Dr. soc.* 1987, p. 836 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, obs. *D.* 1991, p. 490.

⁸⁶¹ C. trav., art. L. 3253-16 et C. com., art. L. 621-32, III, 4° ; B. SOINNE, « Le remboursement de l'AGS et le redressement judiciaire : du mythe à la réalité ? », *D.* 1989, chron. p. 301.

conjoncture économique. Il est augmenté lorsque la situation économique est difficile pour les entreprises et diminué dès lors que la situation économique des entreprises est prospère. L'AGS doit par conséquent avoir des rentrées de fonds suffisantes pour assurer sa mission et ne pas se retrouver dans la situation d'absence de fonds disponibles rendant inefficace les privilèges des salaires. L'AGS court alors le risque d'effectuer des avances à des employeurs qui ne peuvent pas rembourser. Et cela, en dépit de sa subrogation dans les droits des salariés qui ont reçu des avances pour récupérer les sommes prêtées à l'employeur. Toutefois, la récupération des avances est désormais à concilier avec les objectifs du droit des entreprises en difficulté. Ce faisant, la subrogation de l'AGS (1) dans les droits des salariés est limitée (2).

1. La subrogation mesurée de l'AGS

98.- Équilibre des intérêts en présence. Le nouveau paysage des procédures collectives institué par la réforme du 25 janvier 1985 avait pour objectif de remodeler le droit des entreprises en difficulté. En effet, les intérêts en présence dans l'entreprise en difficulté doivent être tous considérés dans le traitement des difficultés économiques, financières et sociales. Ainsi, elle a modifié les modalités du paiement des avances et de remboursement de l'institution de garantie⁸⁶². La récupération des avances se fait en vertu de la subrogation⁸⁶³. La loi du 27 décembre 1973 envisageait la subrogation de l'institution de garantie dans les droits des salariés au titre du superprivilège, du privilège ou d'une créance chirographaire. La subrogation était totale, celle-ci pouvant porter atteinte à la *fonction économique* de sauvegarde, de redressement ou de liquidation de l'institution de garantie. Désormais, l'article L. 3253-16 du Code du travail⁸⁶⁴ dispose que « les institutions de garantie mentionnées à l'article L. 3253-14 sont subrogées dans les droits des salariés pour lesquels elles ont réalisé

⁸⁶² Loi du 25 janv. 1985, art. 135.

⁸⁶³ Cf., *infra*, n° 99 et 276 ; T. MÉTEYÉ, « L'AGS au secours des entreprises en difficulté », *Cah. dr. entr.* 2007, n° 2, p. 27 ; P. PETEL, « L'AGS, subrogé dans les droits des salariés suite à l'avance de créances superprivilégiées, ne perd pas le bénéfice de cette subrogation en cas de résolution d'un plan de redressement et d'ouverture d'une nouvelle procédure », note sous Cass. com. 3 févr. 2009, AGS et Unedic c/ Sté Espace Martelet, n° 07-19.631, *RJS* 2009, n° 14, p. 28 ; A. MARTINON, « Effets de la subrogation de l'AGS », *JCP S* 2010, n° 51, p. 27, note sous Cass. soc. 13 juill. 2010, n° 08-20.736, SARL Sota Press c/ Torelli et a. Cf., Sur la technique de subrogation personnelle en général, B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, 3. Régime général*, 6^e éd., Litec, Paris, 1999, n° 59 et s., p. 29 et s. ; A. BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations*, 12^e éd., Montchrestien, Paris, 2010, n° 739 et s., p. 530 et s. ; P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^e éd., Defrénois, Paris, 2011, n° 1395 et s., p. 745 et s.

⁸⁶⁴ C. trav., art. L. 143-11-9, anc.

des avances : pour l'ensemble des créances, lors d'une procédure de sauvegarde; pour les créances garanties par le privilège prévu aux articles L. 3253-2, L. 3253-4⁸⁶⁵ et L. 7313-8 et les créances avancées au titre du 3° de l'article L. 3253-8⁸⁶⁶, lors d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Les autres sommes avancées dans le cadre de ces procédures leur sont remboursées dans les conditions prévues par les dispositions du livre VI du Code de commerce pour le règlement des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure. Elles bénéficient alors des privilèges attachés à celle-ci »⁸⁶⁷.

En effet, la subrogation est au sens étendu la « substitution d'une personne à une autre dans un rapport de droit en vue de permettre à la première d'exercer tout ou partie des droits qui appartiennent à la seconde ». Au sens strict, elle est une « modalité conventionnelle ou légale du paiement, qui permet à un tiers solvens d'exercer à son profit les droits du créancier payé par lui »⁸⁶⁸. Cette subrogation permet à l'AGS qui a payé la dette d'autrui (l'employeur), de devenir une créancière privilégiée. Elle engendre aussi l'équilibre des finances du mécanismecollectif de garantie des salaires. L'institution de garantie subroge dans les droits des salariés, mais le régime de ses droits a été aménagé pour tenir compte des nécessités de l'entreprise. Elle se trouve parfois moins favoriser dans certaines situations alors que les salariés eux-mêmes bénéficiaient d'un rang favorable de paiement. Ainsi, le privilège utile au remboursement des sommes avancées par l'institution de garantie est, par exemple, primé par le privilège des créanciers dont la créance est née régulièrement après le jugement d'ouverture⁸⁶⁹. Elle n'est pas totalement remboursée pour ne pas nuire à la poursuite de l'activité de l'entreprise parce que le remboursement de l'institution de garantie réduit les actifs de l'entreprise défaillante. Les garanties dont bénéficie l'AGS dans la récupération des sommes sont limitées. En fait, le droit de rembourser de l'AGS est un droit dérivé. Elle tire son droit de remboursement du droit des salariés au paiement de leurs salaires. Elle est subrogée dans le droit de paiement du salarié, alors qu'un droit direct propre de remboursement pouvait donner plus d'efficacité à son action.

99.- Une subrogation dans les droits des salariés. La subrogation de l'AGS dans les droits des salariés dont elle a effectué les avances de salaires ne s'analyse pas de la même manière

⁸⁶⁵ Cf., Pour les créances bénéficiant du superprivilège, Cass. soc. 3 févr. 2009, *JCP S* 2009, n° 21-22, 1229, note Th. Lahalle.

⁸⁶⁶ C. trav., art. L. 143-11-1, anc.

⁸⁶⁷ L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005, art. 179.

⁸⁶⁸ C. civ., art. 1249 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc.

⁸⁶⁹ C. com., art. L. 621-32 ; M. CABRILLAC, « Les créanciers pris isolément », *JCP E* 2011, n° 3, p. 50.

dans toutes les procédures ou étapes de procédure collective. D'abord, l'institution de garantie des salaires est subrogée dans les droits des salariés pour l'ensemble des créances dès lors qu'une procédure de sauvegarde est ouverte⁸⁷⁰. Ensuite, elle ne l'est que pour les créances garanties par le superprivilège lorsque la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire est ouverte. Elle prend la place d'un créancier bénéficiant du superprivilège⁸⁷¹. À cet effet, elle est prioritaire dans le remboursement par rapport aux autres créanciers avec les premières rentrées de fonds⁸⁷². Le remboursement sur les premières rentrées de fonds peut contrecarrer la poursuite de l'exploitation de l'entreprise⁸⁷³. Enfin, lorsqu'une procédure de liquidation est ouverte, elle est subrogée aux droits des salariés pour les sommes découlant de la continuation des contrats de travail. L'institution de garantie bénéficie du privilège des articles L. 622-17 et L. 641-13 pour la fraction superprivilégiée des avances effectuées au cours de la période d'observation⁸⁷⁴. Cependant, les autres sommes qu'elle a avancées sont remboursées dans les conditions prévues pour le paiement des créances antérieures au jugement d'ouverture et bénéficient d'un certain nombre de privilèges⁸⁷⁵. L'AGS peut se prévaloir de la règle d'interdiction des délais et remises dont bénéficient les salariés au titre de leur privilège général⁸⁷⁶.

100.- Une subrogation défavorable à l'AGS. Les modalités de remboursement qui sont accordées à l'AGS ne lui sont pas favorables compte tenu du rôle qu'elle joue dans la restructuration des entreprises. Cette situation défavorable est caractérisée en ce qui concerne les sommes avancées en raison du travail effectué pendant la procédure et lorsque la liquidation judiciaire est prononcée⁸⁷⁷. Elle n'occupe pas le rang des salariés⁸⁷⁸ dont elle a avancé les sommes, mais un rang inférieur qui lui est propre⁸⁷⁹. La subrogation de l'AGS est mutilée, laminée. Elle passe après les fournisseurs et les banquiers qui ont fait crédit à

⁸⁷⁰ C. trav., art. L. 3253-16, 1°.

⁸⁷¹ P. SAINT-GENIEST, « La récupération des avances par l'AGS », *Dr. soc.* 1987, n° 12, p. 383 ; M. RAMACKERS, « Le superprivilège des salariés, la subrogation de l'AGS et le redressement judiciaire : du mythe à la réalité ? », *D.* 1989, chron. 301 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, note sous les décisions favorables à la subrogation, *D.* 1991, 490.

⁸⁷² C. com., 625-8, al. 3.

⁸⁷³ CA Aix, 21 mars 1989 ; Besançon, 30 janv. 1991, Trib. com. Besançon, 21 sept. 1988 et Trib. com. Rouen, 24 juin 1988, *D.* 1991, 490, note C. Saint-Alary-Houin ; B. SOINNE, « Le remboursement de l'AGS », *Dr. soc.* 1986, p. 686.

⁸⁷⁴ Cass. com. 6 juill. 1993, *D.* 1993, 530, note Ramackers.

⁸⁷⁵ D. GUBIRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, Defrénois 2009, p. 531.

⁸⁷⁶ L., 1985, art. 76 ; C. com., art. L. 626-20.

⁸⁷⁷ C. trav., art. L. 143-1-1, 3°.

⁸⁷⁸ Loi du 25 janv. 1985, art. 40-1°.

⁸⁷⁹ L. oi du 25 janv. 1985, art. 40-4°.

l'entreprise en difficultés⁸⁸⁰. Le mécanisme de remboursement des avances est organisé de telle manière qu'il ne ruine pas l'entreprise en défaillance parce que l'institution de garantie des salaires assume aussi désormais une fonction économique. Elle facilite la sauvegarde de l'entreprise en défaillance. En effet, l'AGS n'a plus seulement pour finalité la protection des salaires, mais l'ensemble des intérêts de la procédure collective. Surtout la sauvegarde et le redressement de l'entreprise. En pratique, l'AGS subrogée dans les droits des salariés ne bénéficie que du privilège général puisque le privilège de la procédure⁸⁸¹ lui échappe. Par conséquent, le taux des sommes récupérées est réduit.

2. Les limites du taux de récupération des sommes avancées

101.- Récupération minimaliste. Le droit de l'AGS de récupérer les sommes dont elle a avancé ne lui permet pas d'être entièrement remboursée. En effet, la subrogation mesurée de l'AGS dans les droits des salariés a des conséquences sur le taux de remboursement des sommes avancées⁸⁸². Ainsi, la récupération des sommes avancées par l'institution de garantie des salaires est réduite. Elle récupère un taux moyen des avances de 36, 2%⁸⁸³. Par rapport aux 1,95 milliards d'euros de sommes avancées en 2010, la Délégation Unedic AGS n'a récupéré que 673 millions d'euros. Si le montant global des avances est largement inférieur au taux de récupération pour l'année 2010, le montant des récupérations a progressé de plus de 4,8%⁸⁸⁴. Il faut noter que le montant des récupérations se réalise sur des sommes avancées dans l'année et les deux années précédentes. Il s'agit donc de la période de crise des années 2008 à 2010. Même si désormais le régime de garantie est mieux armé pour supporter son obligation de garantie en raison de l'abaissement des plafonds de garantie, le montant des

⁸⁸⁰ Voir les articles L. 622-17 et L. 641-13.

⁸⁸¹ L. 25 janv. 1985, art. 40 ; P. PEYRAMAURE, « Redressement judiciaire. Le financement de la période d'observation (art. 40) », *Gaz. Pal.* 1986, 2, doct. 597 ; D. SCHMIDT, « Le financement de l'entreprise pendant la période d'observation », *Rev. jurispr. Cass. com.* févr. 1987, n° spéc., p. 19 ; M. CABRILLAC, « L'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 et ses difficultés d'application », *Banque* 1986, 115 ; F. DERRIDA, « La financement de la période d'observation (art. 40) », *RTD com.* 1986, n° spéc. p. 61 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La situation des créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure », *Ann. Univ. sc. soc. Toulouse*, t. 34, 1986, p. 208.

⁸⁸² Cf., A. ARSEGUÉL, T. MÉTEYÉ, « L'AGS, Le prix d'un progrès social, La loi du 25 janvier 1985 a vingt ans. Entre bilan et réforme », *Rev. Lamy dr. aff.* mars 2005, p. 90 ; F. TAQUET, « Le nouveau champ d'application de l'AGS. Art. 177 de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises », *Rev. proc. coll.* 2005, p. 295.

⁸⁸³ In *Rapport d'activité de la Délégation Unedic AGS 2010*, p. 18. Cf., J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012, pp.1137-1209.

⁸⁸⁴ In *Rapport d'activité de la Délégation Unedic AGS 2010*, préc. p. 17.

sommes avancées en 2010, avoisine celui observé entre 2003 et 2004⁸⁸⁵, qui avait mis au grand jour les difficultés financières du régime.

À l'époque, le plafond 13 existait encore. Cette récupération réduite des sommes est le prix du progrès social⁸⁸⁶. Cette récupération réduite est justifiée par la volonté de ne pas compromettre la sauvegarde, le redressement ou la liquidation des entreprises. En revanche, le faible taux de remboursement peut déséquilibrer les finances de l'institution de garantie. La limitation de la subrogation de l'AGS est aussi justifiée par le fait que le recouvrement des avances ne doit pas compromettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi. Ainsi, la subrogation totale devient un obstacle à la sauvegarde et au redressement de l'entreprise. Dans cette optique, M. SOINNE s'interroge sur la nature « des disponibilités » que « pourra disposer » l'employeur ou l'administrateur « pour assurer la continuation de l'exploitation » dès lors qu'il est tenu de payer immédiatement les créances superprivilégiées⁸⁸⁷. Le versement immédiat des créances superprivilégiées prive l'employeur des fonds nécessaires à la poursuite de l'exploitation⁸⁸⁸ et entraîne les licenciements d'un nombre important de salariés. En clair, l'usage de la subrogation dans le remboursement des avances de l'AGS doit être modéré afin de concilier son droit de recouvrement des avances avec la sauvegarde des entreprises en difficulté. La technique d'étalement des remboursements des avances concourt également à la protection des intérêts des entreprises en difficulté bénéficiaires de la garantie de l'institution de garantie. L'AGS est dorénavant un mécanisme multifonctions. Elle est passée d'une « assurance minimum »⁸⁸⁹ à une « assurance maximum »⁸⁹⁰.

102.- Récupération à concilier avec d'autres intérêts. La récupération limitée des sommes avancées par l'AGS est le résultat de l'évolution du rôle qu'elle assume maintenant. En effet, le mécanisme de garantie de l'AGS ne sert plus à porter seulement la protection des créances alimentaires des salariés. Il a glissé vers la protection de toutes les finalités des procédures

⁸⁸⁵ In *Rapport d'activité de la Délégation Unédic AGS 2010*, préc. p. 17.

⁸⁸⁶ A. ARSEGUEL, T. MÉTEYÉ, « L'AGS, Le prix d'un progrès social, La loi du 25 janv. 1985 a vingt ans, Entre bilan et réforme », *Rev. Lamy dr. aff.* mars 2005, p. 90 ; F. TAQUET, « Le nouveau champ d'application de l'AGS. Art. 177 de la loi n° 2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises », *Rev. proc. coll.* 2005, p. 295.

⁸⁸⁷ B. SOINNE, « Le remboursement de l'AGS », *Dr. soc.* 1986, p. 687.

⁸⁸⁸ M. RAMACKERS, « Le superprivilège des salariés, la subrogation de l'AGS et le redressement judiciaire : du mythe à la réalité ? », *D.* 1989, chron. XLVIII, p. 301.

⁸⁸⁹ J. TILLHET-PRETNAR, *Dr. soc.* 1981, n° 2, p. 150.

⁸⁹⁰ S. DA ROCHA, *Le rôle de l'AGS dans l'indemnisation des salariés*, Mémoire Master II, Droit Recherche, Droit du travail, sous la dir. B. Bossu, Lille II, 2004, pp. 23 et 132.

collectives avec l'extension du champ d'application de l'institution de garantie des salaires. L'AGS qui était fondée sur le principe de solidarité entre les employeurs tend à devenir une assurance dont les employeurs ne sont plus tenus à rembourser entièrement les avances. Or, la création de l'AGS suppose que ce mécanisme original soit *véritablement solvable* pour ne pas être considérée comme soulignent certains auteurs une « entreprise en difficulté »⁸⁹¹ ou en « faillite »⁸⁹². Ainsi, la règle de la subrogation en faveur de l'AGS doit être efficace dans la conciliation du rôle social traditionnel qu'elle assume et son rôle économique de sauvegarder les entreprises. Elle doit être remboursée nonobstant l'existence de toutes autres créances sur les premiers fonds disponibles, car elle n'est financée que par les cotisations des employeurs. Si les employeurs ne remboursent pas, le mécanisme risque de connaître des difficultés financières. En outre, elle bénéficie considérablement du privilège simple dont sont titulaires les salariés dans les droits de protection desquels elle se trouve subrogée. Ce privilège ne lui permet pas de récupérer un taux élevé des sommes avancées. En fait, l'AGS rentre dans « la peau du salarié ». La concurrence des autres créanciers ne permet pas le remboursement de toutes sommes avancées. Le recouvrement progressif des avances de l'institution de garantie des salaires s'il permet de payer les créances postérieures à l'échéance⁸⁹³, l'AGS est devenue un véritable organe de la procédure collective. Elle joue le rôle de « maître du destin » de l'entreprise⁸⁹⁴. La limite du droit de récupération des avances est justifiée par la dynamique de redressement de l'entreprise⁸⁹⁵. En pratique, son intervention ou non détermine les suites de la procédure collective. Mais l'absence de véritables sanctions de non remboursement et de retards dans le remboursement n'améliorerait pas la situation. Or, il existe des pays étrangers où le retard de remboursement est effectivement sanctionné.

103.- L'exemple danois. L'exemple danois permettrait d'adapter le système de récupération de sommes de l'institution de garantie. Au *Danemark*, la loi de 2005 prévoit le bénéfice des fonds de l'assurance garantie aux salariés des entreprises en difficulté. Les avances doivent également être remboursées. L'avance a de plus en plus la nature d'un prêt. L'entreprise bénéficiaire rembourse intégralement les sommes. Il faut y ajouter des intérêts au taux du marché applicable aux découverts des entreprises solvables. Dans le système danois,

⁸⁹¹ G.-P. QUETANT, « Un regard sur le contentieux prud'homal de l'AGS », *Sem. soc. Lamy* 2003, n° 1138, 38.

⁸⁹² B. SOINNE, « L'AGS est-elle en faillite ? », *Rev. proc. coll.* 2003, n° 4, p. 291.

⁸⁹³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « L'efficacité des sûretés garantissant les créances salariales », *Dr. soc.* 1987, n° 12, p. 842.

⁸⁹⁴ E. ETIENNE-MARTIN, C. NANTERME, « L'AGS organe de la procédure collective », *Act. proc. coll.* 2001, n° 3, p. 1.

⁸⁹⁵ P. LANGLOIS, préc., *Dr. soc.* 1987, p. 805.

l'institution de garantie réalise des profits. Il est aussi dissuasif. Les délais de remboursement des sommes avancées sont prévus⁸⁹⁶. Or, le droit français ne limite pas le délai de remboursement des avances. L'employeur qui demande des avances signe un accord de remboursement avec le Fonds avant la fin officielle de la période de cessation des paiements. Le capital et les intérêts peuvent être remboursés au cours de la cessation des paiements ou bien de la manière échelonnée après cette période. Il est clairement précisé que le remboursement doit être effectué sur une durée maximale de trente-six mois. S'il n'existe pas d'accord de remboursement, les sommes prêtées sont remboursées totalement dans les quatorze jours qui suivent la fin de la cessation des paiements. L'institution de garantie peut engager les poursuites judiciaires à l'encontre de l'employeur débiteur. Il peut également demander l'ouverture d'une procédure collective.

L'AGS est subrogée au niveau des privilèges des salariés⁸⁹⁷. Elle est complémentaire de ces privilèges. Elle doit déclarer les créances dont elle bénéficie de la subrogation car elle n'est pas dispensée comme les salariés de la déclaration des créances⁸⁹⁸. Cette exigence de déclarer démontre également les limites de la subrogation. Par conséquent, elle ne rentre pas *véritablement dans la peau du salarié*. Elle déclare même les créances qu'elle refuse de payer⁸⁹⁹. La possibilité de déclarer ces créances s'expire après les quinze jours des délais de paiement des avances⁹⁰⁰. En somme, la finalité des privilèges et de l'AGS étant de garantir les créances alimentaires, le champ matériel de ces mécanismes a été limité. Cette limitation stabilise également les finances de l'institution de garantie des salaires. Le règlement des créances salariales est en conséquence minimal.

Section 2 : La conception matérielle de la garantie

104.- Paiement minimal. La complémentarité des régimes de l'AGS et des privilèges se conçoit également au niveau de la limitation du périmètre matériel des sommes garanties. En effet, la finalité de paiement effectif des créances des salariés ne doit pas être confondue avec

⁸⁹⁶ J. TROMMER VOLF, « Les fonds danois de garantie de salaires », *Revue d'insolvabilité Europe*, juillet 2006.

⁸⁹⁷ C. trav., art. L. 3253-21, dernier al.

⁸⁹⁸ C. com., art. L. 622-24, al. 4 ; art. R. 622-21, al. 4 et art. R. 631-27.

⁸⁹⁹ P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, préc., p. 790.

⁹⁰⁰ C. trav., art. L. 3253-21.

le règlement intégral, total de ces créances⁹⁰¹. Le salarié n'est plus totalement payé. Cette partialité du règlement se constate tant dans le cadre des privilèges de droit commun que dans le cadre de l'institution de garantie. La limitation matérielle est justifiée par le fait que seules les créances à caractère alimentaire doivent être payées. Elle tient également compte de la règle de l'égalité des créanciers, car les privilèges dérogent à cette règle. Par ailleurs, la limitation du montant de la garantie permet de ne pas épuiser le patrimoine de l'entreprise afin qu'elle continue son activité en dépit du règlement des créances salariales. En outre, l'AGS ne doit pas financer les entreprises déficitaires. Partant, les nécessités alimentaires du salarié doivent être conciliées avec celles de la poursuite de l'exploitation et de l'équilibre financier de l'organisme de garantie. Le montant de la garantie varie en fonction de la procédure collective mise en place et de la cessation du contrat de travail⁹⁰². La limitation matérielle de l'AGS a fait plus de controverses que celle des privilèges. Les modes de détermination du montant des privilèges de salaires (§ 1) sont un peu différents du plafonnement de la garantie des créances salariales (§ 2).

Paragraphe 1 : La limitation du montant des privilèges de salaires

105.- Limitation du champ matériel. Les privilèges des salaires qui portent pourtant sur le patrimoine de l'employeur ont un montant limité. L'emploi des termes « privilège général » pouvait laisser penser qu'ils s'appliquent sans limites. Il n'en est rien. Le privilège général et le superprivilège ont tous les deux une limitation matérielle. Si la limitation matérielle des privilèges de salaires est souvent justifiée par l'intention de ne protéger que la partie de la rémunération qui a le caractère alimentaire, le soutien à la poursuite de l'activité économique n'est pas absent. La détermination du montant des privilèges de salaires est toutefois difficile. La limitation du champ matériel des privilèges est en lien direct avec leur limitation temporelle. Mais le régime de la limitation matérielle du superprivilège s'approche largement de celui de l'institution de garantie des salaires⁹⁰³. En effet, le montant des créances privilégiées (A) est différent du montant des créances superprivilégiées (B).

⁹⁰¹ C. trav., art. L. 3253-17.

⁹⁰² C. trav., art. L. 3253-8.

⁹⁰³ L'article L. 3253-20 du Code du travail fait référence à l'article L. 3253-19 qui indique le mode d'établissement des relevés des créances et le règlement des créances établies.

A. Le montant des créances salariales privilégiées

106.- Un privilège général au montant limité. La détermination du montant des créances privilégiées des salariés n'a jamais fait l'objet d'un débat nourri ni en doctrine ni en jurisprudence. Les ouvrages qui traitent du système de l'assurance des salaires mentionnent pourtant le privilège général et le superprivilège des salaires. Depuis son institution, les questions concernant le privilège général des salaires se sont focalisées sur l'étendue temporelle des créances privilégiées. La réduction de l'intérêt que le législateur porte sur l'étendue matérielle de ce privilège démontre combien il présente un intérêt réduit. Ce désintérêt de la détermination du montant du privilège général peut se justifier par le nombre des créances privilégiées. Il appartient à l'employeur seul de régler la grande partie des sommes dues aux salariés. Il y a également le fait que le privilège des salaires peut jouer en dehors de la procédure collective. Les créances qui ne sont pas garanties par l'AGS et le superprivilège peuvent par conséquent bénéficier du privilège général. Le superprivilège est exclusif des procédures collectives. Il existe un double montant des créances privilégiées (1) et le point de départ du calcul de ce montant doit être précisé (2).

1. La coexistence des montants

107.- Limitations générale et spécifique. Les créances des salariés qui bénéficient du privilège général sont limitées dans leur montant de deux manières. Il n'existe pas en effet un texte législatif général qui précise le montant général du privilège général. Il est complexe de plafonner de manière précise le champ matériel de cette sûreté car le montant de la créance est déterminé en fonction du périmètre temporel et non comme en matière de garantie des salaires, en fonction d'un plafond strictement défini par la loi. Par conséquent, d'innombrables *créances non superprivilégiées* rentrent dans son domaine d'application. Ainsi, les montants des créances privilégiées sont en effet déterminés par rapport aux créances protégées elles-mêmes⁹⁰⁴. Deux types de montants sont possibles. Celui des rémunérations et celui des indemnités. Le montant des rémunérations est fixé au titre des articles 2331-4 ° et 2375,2 ° du Code civil. Ces articles lient directement le montant des sommes privilégiées avec l'étendue temporelle du privilège des salaires. Aux termes de l'article 2331,4 °⁹⁰⁵ du Code civil, le privilège général couvre les rémunérations des gens de service pour l'année échue et

⁹⁰⁴ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, 2^e éd., Litec, 1995, pp. 1825-1826.

⁹⁰⁵ C. civ., art. 2331.

l'année courante, le salaire différé résultant du contrat de travail pour l'année échue et l'année courante. Le montant de la créance privilégiée étant déterminé en fonction de l'étendue temporelle de la créance, les gens de service qui gagnent 1000 € net par mois bénéficient de 12000 € de créances privilégiées pour les rémunérations de l'année échue ou à échoir. Il est de même pour le salarié qui bénéficie d'un salaire différé.

Le salarié qui est protégé par le privilège des salaires bénéficie d'un montant des sommes garanties moins important que le plafond 6, le plafond 5 et le plafond 4 de la garantie des créances salariales. En effet, le plafond 6 des contributions au régime d'assurance chômage est de 70.704 € pour l'année 2011⁹⁰⁶, si le contrat de travail est conclu deux ans au moins avant le jugement d'ouverture; le plafond 5 des contributions au régime d'assurance chômage, soit 58.920 €, si le contrat de travail est conclu six mois au moins avant le jugement d'ouverture; le plafond 4 des contributions au régime d'assurance chômage, soit 47.136 €, si le contrat de travail est conclu moins de six mois avant le jugement d'ouverture. Par conséquent, la fixation du montant de la garantie en fonction de la date de la conclusion du contrat de travail dans l'assurance des salaires est plus intéressante que la détermination du montant de la créance privilégiée en fonction de la durée d'exécution du travail. En outre, la jurisprudence estime que les créances qui sont privilégiées sont des rémunérations afférentes au service fourni durant cette période et non les salaires acquis pendant celle-ci⁹⁰⁷.

La loi ajoute que « les rémunérations pour les six derniers mois de travail des salariés, apprentis et l'indemnité due par l'employeur aux jeunes en stage d'initiation à la vie professionnelle, telle que prévue à l'article L. 980-11-1 du Code du travail » sont également des créances privilégiées.⁹⁰⁸ Cela dit, le plafond des rémunérations pour les six derniers mois de travail est calculé en fonction du salaire du salarié. Ainsi, un salarié qui gagne 1000 € net par mois aura 6000 € de créances privilégiées. C'est le salaire net qui est pris en charge, car les charges salariales ne constituent pas effectivement la dette que l'employeur doit au salarié. Les salariés bénéficiaires de cette protection doivent avoir été en relation de travail avec l'employeur durant les six mois précédant le jugement d'ouverture de la procédure collective.

⁹⁰⁶ Cf., C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2011, p. 676.

⁹⁰⁷ CA Amiens, 24 juin 1933, *DH* 1933, 547 ; Paris, 2 févr. 1934, *Gaz. Pal.* 1934, 1, 712 ; obs. Houin, *RTD com.* 1961, 161 et 163, 669.

⁹⁰⁸ L. n° 89-488, 10 juill. 1989, art. 6 ; P. CROCQ, « Privilège général des salaires. Détermination des six derniers mois de salaire. Refus de prendre en compte le travail effectué après l'ouverture d'une procédure collective », *RTD civ.* 1996, p. 206. .

La jurisprudence affirme clairement l'antériorité de la naissance des créances privilégiées⁹⁰⁹. En dépit de son importance, de la durée de l'exécution du contrat de travail, la jurisprudence énonce que la date d'exigibilité du paiement de la commande⁹¹⁰ ou du moment du relevé mensuel, trimestriel ou annuel des commissions doit être prévue par contrat⁹¹¹. Par contre, si le contrat ne prévoit pas une telle date, il convient de se référer aux usages de la profession⁹¹².

Par ailleurs, les indemnités de congés payés, les indemnités de licenciement dues en vertu des dispositions légales, conventionnelles ou résultant d'usages sont privilégiées dans la limite de deux fois le plafond de la sécurité sociale. S'il reste une partie de ces créances, elle est privilégiée dans la limite du quart⁹¹³. Il est cependant important de déterminer le point de départ du délai de calcul de ces montants.

2. Le point de départ du délai de calcul du montant

108.- Date du jugement d'ouverture. Le montant des créances bénéficiant des privilèges est calculé à partir d'un point donné. Il s'est posé la question du point de départ du délai pour calculer le montant de la créance privilégiée. Faut-il retenir le jour du jugement d'ouverture de la procédure collective ou la dernière période de travail effectué ? Quelques cours d'appel ont estimé qu'il fallait prendre en compte les six mois précédents le jugement d'ouverture⁹¹⁴. Mais la jurisprudence constante a décidé autrement. Par conséquent, la Cour de cassation dans une décision du 15 mars 1983⁹¹⁵, affirme que les articles 2331-4 ; 2375-2° du Code civil et L. 3253-2 du Code du travail ne contiennent plus de limitations matérielles du privilège général des salaires. Elle rappelle par ailleurs que les anciens articles 528 et 530 du Code de

⁹⁰⁹ Cass. civ. 3^e, 23 mai 1995, n° 91-14.921, *Bull. civ.* III, n° 131 ; *RTD civ.* 1996, p. 206, obs. P. Crocq ; Cass. soc. 15 mars 1983, n° 82-11.348, *Bull. civ.* IV, n° 159 ; *D.* 1983, IR p. 102, obs. A. Honorat.

⁹¹⁰ Trib. com. Seine, 28 févr. 1900, *Journ. Faillites* 1900, 321.

⁹¹¹ Cass. civ. 2 févr. 1937, *DH* 1937, 202 ; CA Montpellier, 30 juin 1923, *Gaz. Pal.* 1923, 2, 445 ;

⁹¹² CA Pau, 12 juin 1928, cassé par Req. 22 oct. 1929, *DP* 1930, I, 96, note Chéron ; Cass. civ. 3 mai 1944, *D.* 1945, 32.

⁹¹³ B. BOSSU, F. DUMONT, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail, Introduction, Relations individuelles, Relations collectives, Réglementation*, Montchrestien, coll. « Cours », Paris, 2011, pp. 652-652 ; P. LOKIEC, *Droit du travail*, PUF, coll. « Thémis droit », 2011.

⁹¹⁴ CA Besançon, 25 oct. 1974, *Rev. synd. et adm. jud.* 1975, 21, obs. Plaisant ; CA Paris, 22 avr. 1975, *D.* 1975, somm. 121.

⁹¹⁵ Cass. soc. 15 mars 1983, *Bull. civ.* V, n° 159 ; *D.* 1983, IR 342, obs. Honorat.

commerce prévoyaient la limitation de la période de travail prise en considération pour leur application et que cette période devait prendre fin au moment du jugement déclaratif⁹¹⁶.

En outre, la lecture de l'article 2331,4 ° du Code civil permet de préciser en conséquence que les indemnités de préavis ou de congés payés⁹¹⁷ sont protégées sans limitation temporelle. Leur naissance peut ainsi remonter à n'importe quel moment préalable à la décision d'ouverture la procédure collective. Le plafonnement du montant de la créance privilégiée en fonction du temps de travail effectué au cours des six derniers mois ne concerne que les salaires. S'agissant de l'indemnité de licenciement, l'article L. 3253-2 du Code du travail prévoit que, seule la partie inférieure ou égale à deux fois le plafond retenu pour le calcul des cotisations de sécurité sociale est privilégiée. Partant, la partie supérieure à ce plafond n'est privilégiée que dans la limite du quart⁹¹⁸.

Les indemnités qui sont assimilées à la rémunération alors qu'elles n'ont pas la nature juridique de salaire⁹¹⁹ ont un plafonnement qui n'est pas conditionné par la date d'exécution du travail⁹²⁰. Il n'y a pas de distinction selon que l'indemnité de congé payé est d'origine légale ou conventionnelle⁹²¹. Les indemnités de licenciement dues au titre des conventions collectives de travail, d'accords collectifs d'établissement, des règlements de travail, des usages, etc. sont privilégiées⁹²². La Cour de cassation dans un arrêt du 27 octobre 1983 a décidé que pour les salariés qui ont été employés par des contrats distincts, leur droit aux indemnités de licenciement consécutif à la liquidation des biens de la société doit être évalué en fonction de la seule durée du contrat de travail auquel la rupture a mis un terme⁹²³.

En effet, le privilège des salaires ne doit porter que sur la totalité de la fraction inférieure ou égale au plafond ciblé par les articles L. 3253-2 et D. 3253-2 du Code du travail. L'article L.

⁹¹⁶ CA Limoges, 2 juill. 1974, *D.* 1975, 131, obs. Honorat ; TGI Strasbourg, 28 févr. 1977, *D.* 1977, IR 297, obs. Honorat ; CA Rennes, 2 déc. 1981, *D.* 1982, IR 104, obs. Honorat ; CA Douai, 14 juin 1985, *D.* 1985, 43, note Derrida ; F. DERRIDA, « Le superprivilège des salariés dans les procédures de règlement judiciaire et de liquidations des biens », *D.* 1973, chron. 59 et s. spéc. n° 12.

⁹¹⁷ CA Chambéry, 18 avr. 1967, *Rev. synd. et adm. jud.*, 4 déc. 1969 ; *Journ. Agréés* 1970, n° 598 ; Cass. soc. 6 nov. 1968, *Bull. civ.* V, n° 484, n° 484 ; *Gaz. Pal.* 1969, I, 22 ; *D.* 1969, somm. 52 ; 5 févr. 1969, *Bull. civ.* V, n° 76 ; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6^e éd., Dalloz 2011, pp. 1755-1756.

⁹¹⁸ A. JACQUEMONT, « Privilège des salaires et garantie de paiement », *J.-Cl. Com.* 2007, n° 25.

⁹¹⁹ P. SIMLER, P. DELEBECQUE, *Les sûretés La publicité foncière*, 5^e éd., Dalloz 2009, p. 663.

⁹²⁰ Cass. soc. 6 nov. 1968, *Bull. civ.* V, n° 484.

⁹²¹ V., Cass. soc., 19 mars 1954, *Bull. civ.* IV, n° 203 ; B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, 2^e éd., Litec, 1995, p. 1824.

⁹²² Ce sont les dispositions des articles L. 1234-9, L. 1226-14, L. 7112-3, L. 7112-4, L. 7112-5 et D. 7112-1 qui régissent ces indemnités.

⁹²³ Cass. soc. 27 oct. 1993, arrêt n° 3298 D, aff. Kastler/Noël.

3253-2 du Code du travail ne mentionne pas l'indemnité de rupture due au titre du contrat de travail. Ainsi, le juge refuserait le privilège aux indemnités de rupture qui sont supérieures à l'indemnité légale ou conventionnelle incluse dans une convention collective⁹²⁴. Il a été décidé pareillement pour les dommages-intérêts dus en vertu de la rupture d'un contrat de travail à durée déterminée⁹²⁵ et pour l'indemnité conventionnelle de licenciement calculée préférentiellement à l'indemnité de non-concurrence prévue en faveur de l'employeur, qui est de nature contractuelle et qui n'entre pas dans l'énonciation exhaustive des articles 2331-4 et 2375, 2° du Code civil⁹²⁶. Il est jugé que les indemnités de clientèle des VRP n'étant pas mentionnées par les dispositions précitées, elles ne peuvent être privilégiées⁹²⁷. Le salarié qui préfère le règlement d'une indemnité de clientèle pendant la déclaration de sa créance ne peut par la suite se prévaloir de son caractère privilégié pour bénéficier du même plafond que l'indemnité de rupture qu'il aurait pu opter, alors que les deux indemnités s'écartent l'une et l'autre et qu'aucun emprunt ne peut être fait de l'une et de l'autre⁹²⁸. Il a été en outre décidé que l'indemnité due au titre des congés de conversion⁹²⁹ et des avantages liés à un plan social⁹³⁰ n'étaient ni privilégiés, ni superprivilégiés parce qu'ils ne peuvent être assimilés aux indemnités de rupture et de préavis.

Mais le plafonnement des indemnités de rupture susmentionnées ne tient pas compte de la date d'exécution du contrat de travail. En effet, la Cour de cassation dans un arrêt du 15 mars 1983 décide que « s'il résultait du rapprochement des articles 528 et 530 du Code de commerce, abrogés par la loi du 13 juillet 1967, que la période de travail prise en considération tant pour le privilège était celle qui avait immédiatement précédé le jugement déclaratif de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, les termes clairs et précis des articles 2101-4 ° du Code civil et L. 3253-2 du Code du travail qui ne comportent plus de limitation n'opposent pas que la période de travail prise en considération pour leur application

⁹²⁴ CA Paris 3° ch. B, 9 mai 1985, *Gaz. Pal.* 1985, 2, somm. 253 (pour l'indemnité due à la suite d'un départ négocié) ; *D.* 1986, IR 100, obs. Honorat CE 7° et 8° sous sect. Réunion, 18 déc. 1991, *Rev. proc. coll.* 1993-1, obs. Guillou ; T. MÉTEYÉ, A. ARSEGUÉL, « Salaires et accessoires », n° 25, préc., n° 7914.

⁹²⁵ Cass. civ. 15 déc. 1930, *DH* 1931, 52 ; 7 avr. 1932, *Gaz. Pal.* 1932, 2, 142, 13 déc. 1938, *DH* 1939, 33 ; 10 juin 1947, *D.* 1947, 474 ; Cass. com. 15 févr. 1971, *D.* 1971, somm. 149 ; CA Dijon, 23 juill. 1930, *Gaz. Pal.* 1930, 2, 614 ; Trib. com. Calais, 21 avr. 1931, *Gaz. Pal.* 1931, I, 789 ; F. SARAMITO, « Le contrat de travail à durée déterminée », *Dr. ouvr.* 1966, 227.

⁹²⁶ C. civ., art. 2101-4 et 2104-2, anc. ; CA Paris, 11 févr. 1988, *Rev. proc. coll.* 1989, p. 575, n° 5, obs. Soinne ; *D.* 1988, IR 85.

⁹²⁷ Cass. soc. 19 mars 1986, *Rev. proc. coll.* 1989, p. 575, n° 5, obs. Soinne ; CA Paris, 24 nov. 1987, *Rev. proc. coll.* 1988, p. 299, n° 10, obs. Dureauil.

⁹²⁸ CA Paris, 23 févr. 1988, *Rev. proc. coll.* 1989-4, p. 576, n° 5, obs. Soinne ; *D.* 1988, IR 101.

⁹²⁹ CA Paris, 5 févr. 1991, *Rev. proc. coll.* 1992-2, n° 7, obs. Kerckhove.

⁹³⁰ Cass. soc. 25 mai 1993, *Rev. proc. coll.* 1994, p. 59, n° 6, obs. Kerckhove.

ait pris fin au moment du jugement déclaratif»⁹³¹. En pratique, la limitation du privilège des salaires permet d'éviter les abus et de manifester le caractère étroit du droit des privilèges⁹³². Son domaine englobe celui du superprivilège qui a un périmètre matériel plus réduit et celui de l'institution de garantie des salaires.

B. Le montant des créances bénéficiant du superprivilège

Le montant des créances des salariés qui bénéficient du superprivilège n'est pas standardisé. Il existe un montant que l'on peut qualifier de principal et des montants spéciaux. Ces montants sont définis par la loi.

109.- Montant général. Le superprivilège est caractérisé par un montant général. En effet, l'article L. 3253-2 du Code du travail prévoit que « les rémunérations de toute nature dues aux salariés pour les soixante derniers jours de travail sont déduction faite des acomptes déjà perçus, payées [...] jusqu'à concurrence d'un plafond mensuel identique pour toutes les catégories de bénéficiaires. Ce plafond est le plafond général du superprivilège⁹³³. Il est fixé par voie réglementaire et ne peut être inférieur à deux fois le plafond retenu pour le calcul des cotisations de sécurité sociale⁹³⁴. La diminution du montant des créances protégées permet de retenir que la portion insaisissable et incessible de la rémunération⁹³⁵. Il existe également une limitation exceptionnelle du superprivilège. Ainsi, les indemnités de congés payés sont (...) payées jusqu'à concurrence d'un plafond identique à celui établi pour une période de trente jours de rémunération par l'article L. 3253-1⁹³⁶. Elles font l'objet d'un calcul spécial⁹³⁷.

En pratique, les sommes que l'employeur doit verser aux salariés peuvent être importantes. Cela est souvent le cas lorsque plusieurs cadres et dirigeants sont concernés par le paiement.

⁹³¹ Cass. soc. 15 mai 1983, *Bull. civ.* V, n° 159.

⁹³² B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, 2^e éd., Litec 1995, p. 1825.

⁹³³ CA Paris, 23 févr. 1964, *JCP G* 1964, II, 13718, note Pierre Biziere ; Amiens, 9 nov. 1967, *D.* 1968, 389 ; Cass. soc. 6 mars 1968, *Bull. civ.* V, n° 138.

⁹³⁴ C. trav., art. D. 3253-2.

⁹³⁵ Cass. soc. 29 avr. 1975, *D.* 1975, 678, note F. Derrida.

⁹³⁶ C. trav., art. D. 3253-1 : « Le plafond mensuel prévu à l'article L 3253-2 est fixé à deux fois le plafond retenu par mois, pour le calcul des cotisations de sécurité sociale » ; B. SOINNE, préc., n° 2258 ; A. JACQUEMONT, « Privilège des salariés et garantie de paiement », *J.-Cl. Com.*, Fasc. 2450, n° 26.

⁹³⁷ C. trav., art. L. 3253-4 : « Les indemnités de congés payés sont, nonobstant l'existence de toute créance privilégiée, payées jusqu'à concurrence d'un plafond identique à celui établi pour une période de trente jours de rémunération par l'article L. 3253-1 ».

Leurs rémunérations sont souvent très importantes, alors que les autres se contentent du salaire minimum. Le règlement intégral des salaires des cadres risque de pénaliser les salariés au SMIC. Le plafonnement de la protection des créances superprivilégiées permet de limiter les inégalités entre les salariés au SMIC et les cadres qui négocient fréquemment leurs rémunérations. Le développement des parachutes dorés démontre la capacité des dirigeants et des cadres à négocier de meilleures rémunérations. Mais la détermination des montants des créances bénéficiant du superprivilège peut faire naître un contentieux lorsqu'elle concerne les acomptes déjà perçus.

110.- Contentieux des acomptes perçus. La question des acomptes déjà perçus a cependant posé quelques difficultés. En effet, les acomptes perçus par le salarié avant le jugement de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire doivent être imputés sur le plafond légal ou non ? Deux positions ont été envisagées. D'une part, les syndicats qui souhaitent que les acomptes perçus avant le jugement soient déduits sur le plafond légal⁹³⁸. D'autre part, les salariés et une partie de la doctrine⁹³⁹ qui estiment que les acomptes versés avant le jugement d'ouverture soient ignorés pour que le salarié puisse réclamer la totalité de ses créances superprivilégiées. Pour les opposants à l'extension du champ matériel de cette sûreté, l'application du superprivilège à l'intégralité des rémunérations lui fait perdre son objectif de protection des créances salariales ayant un caractère alimentaire⁹⁴⁰.

En effet, la limitation du montant de la créance superprivilégiée peut susciter des contentieux si les acomptes sont payés avant la date du jugement d'ouverture. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence saisie d'une affaire relative à la déduction des acomptes déjà perçus a décidé le 3 avril 1973 qu'« en prenant le soin de préciser que les rémunérations de toute nature dues aux salariés pour les soixante derniers jours de travail doivent être payées par priorité jusqu'à concurrence d'un plafond mensuel, « déduction faite des acomptes déjà perçus », l'article L. 3253-2 du Code du travail « accorde sans équivoque possible le bénéfice du superprivilège à toute créance salariale encore due se rapportant aux soixante derniers jours de travail sans que

⁹³⁸ Congrès de l'Association Professionnelle Nationale des syndicats de Faillite de France, Bordeaux les 28, 29 et 30 mai 1953, *Rev. trim. dr. com.* 1953, p. 617.

⁹³⁹ M. LEGARET, « Proposition du 28 août 1953 », *JO* 1953, Doc. Ass. Nat. ann., n° 7513, p. 2526 ; G. LA CHAMBRE, « Proposition du 18 mars 1954 », *Rev. trim. dr. com.* 1954, p. 879, n° 410.

⁹⁴⁰ A. BRUN, M.-C. SEFFERT, « Faut-il modifier le rang du privilège des salaires ? », in Rapport présenté le 8 avril 1967 à la Conférence des tribunaux de commerce de la IV^{ème} région judiciaire, *RTD com.* 1967, p. 27.

puissent être pris en considération les règlements antérieurement faits »⁹⁴¹. Elle accorde au salarié dans la mesure du plafond légal, une indemnité de préavis alors qu'avant le jugement de règlement judiciaire ce dernier avait reçu pour ses salaires afférents à la période couverte par le superprivilège des sommes dépassant largement le plafond. Il a été invoqué en premier lieu que la formule légale n'interdit pas impérativement la déduction étrangère au plafond⁹⁴². En deuxième lieu, s'il y a un doute dans l'interprétation de ce texte, il profite au salarié, car le superprivilège est consacré en sa faveur⁹⁴³. En troisième lieu, il est quand même difficile, en apparence, d'accepter que les sommes perçues avant le jugement d'ouverture d'une procédure puissent influencer sur le domaine d'un privilège qui découle seulement du jugement d'ouverture et qui concerne que des créances toujours dues.

La position de la Cour d'appel est loin de faire l'unanimité, car l'intention du législateur est d'imputer les acomptes perçus antérieurement à la date du jugement d'ouverture sur le plafond de la créance superprivilégiée⁹⁴⁴. Il existe « un forfait destiné à subvenir aux besoins immédiats à l'aide des sommes afférentes aux périodes comprises dans le superprivilège ». Dès lors que, ces sommes ont été versées, le but est atteint. Les salariés peuvent subvenir à leurs besoins. Ils ne peuvent percevoir davantage que la somme comprise dans le plafond légal. Et cela, qu'ils l'aient perçue avant le jugement sous forme d'acompte ou qu'ils la perçoivent après le jugement dans l'exercice du « superprivilège » lui-même. Le montant de la créance superprivilégiée ne peut dépendre par conséquent de circonstances aussi fortuites que le versement d'acomptes, alors que, le plafond légal est « identique pour toutes les catégories de bénéficiaires »⁹⁴⁵. Il est évident que la non-imputation des acomptes est incompatible avec le caractère forfaitaire du plafond institué par l'article précité.

À cet effet, la Cour de cassation a énoncé que le plafond étant identique pour toutes les catégories de bénéficiaires, les acomptes déjà perçus doivent venir en diminution dudit

⁹⁴¹ Ce plafond était fixé par décret à 1011, 66 F et porté à 1466, 63 F par le décret n° 70-862 du 11 sept. 1970 (*D.* 1970, p. 260).

⁹⁴² M. COHEN, « Le caractère superprivilégié en cas de faillite de l'indemnité de préavis, de l'indemnité de rupture abusive, de l'indemnité de congés payés », *Dr. ouvr.* 1957, p. 172 ; R. LAMORIL, *La garantie du paiement des salaires en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens de l'employeur (Commentaires de la loi n° 73-1194 du 27 décembre 1973)*, Thèse Lille II, 1973, p. 110.

⁹⁴³ Cass. soc. 25 oct. 1972, *D.* 1973, 218, note Lyon-Caen ; *Banque* 1973, 183, 1^{re} esp., note Martin ; *JCP* 1973, IV, 6270, obs. J. A ; P.-D. OLLIER, *Le droit du travail*, éd., A. Collin, « coll. U », 1972, p. 24 ; F. DERRIDA, « Le superprivilège des salaires dans les procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens », *D.* 1973, chron. 59, n° 12 à 15.

⁹⁴⁴ F. DERRIDA, note sous CA Aix-en-Provence, 3 avr. 1973, *D.* 1973, jurispr. p. 566 et s. ; Avis n° 315 annexé au procès-verbal de la séance du 22 juin 1973, p. 11.

⁹⁴⁵ F. DERRIDA, préc., p. 568.

plafond pour ne pas rompre l'égalité entre salariés créanciers auxquels la loi a voulu assurer le seul règlement de la portion insaisissable de leur rémunération. Ainsi, lorsqu'un salarié a perçu avant la liquidation judiciaire de l'employeur, les salaires afférents à ses soixante derniers jours de travail et excédant le plafond prévu au texte susvisé, il est ultérieurement reconnu créancier pour un solde d'indemnité compensatrice de préavis. Partant, les juges du fond ne peuvent l'admettre au passif à titre superprivilégié que pour cette créance⁹⁴⁶. La Cour de cassation écarte la position de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence pour éviter qu'une rupture d'égalité s'installe entre les salariés. Elle estime que la loi superprivilégie seulement la partie incessible et insaisissable de la rémunération. Elle est identique pour toutes les catégories de salariés, quels que soit leur emploi et fonctions. Tous les salariés sont soumis au même régime du superprivilège. Il ne peut être variable en fonction du versement des acomptes. Ainsi, les acomptes sont imputés sur le montant de la créance superprivilégiée, car le caractère alimentaire de la créance entraîne ainsi la satisfaction de l'obligation dictée par la loi dès lors que le salarié a perçu un acompte.

Par conséquent, les salariés qui disposent de créances supérieures au plafond légal ne peuvent pas obtenir plus que ce plafond. Le reste de leurs créances relève du privilège général. Ainsi, lorsque les sommes perçues atteignent le plafond, le superprivilège ne joue plus. Il ne produit plus ses effets dès lors que l'objectif poursuivi est atteint. Dans cette optique, il est exclu que par le mécanisme de plafonnement du montant des créances superprivilégiées le salarié puisse obtenir plus de gain que la rémunération qu'il devait percevoir si la procédure collective n'était pas ouverte⁹⁴⁷. Dans cette lignée, si le montant de la créance du salarié est supérieur au plafond mentionné, il obtient l'intégralité du plafond. Mais il n'est pas tenu de déduire les cotisations de sécurité sociale. En revanche, le salarié qui n'a pas une créance supérieure au montant du plafond est tenu d'en déduire les cotisations de sécurité sociale. Cette position cependant ne se justifie que, « si on adopte une conception très alimentaire du superprivilège »⁹⁴⁸. L'amputation des acomptes antérieurs et postérieurs a par ailleurs observe-t-on l'avantage de limiter le bénéfice du superprivilège à l'égard de l'AGS qui subroge dans les droits des salariés qui ont reçu des avances⁹⁴⁹. Il a en outre été soutenu que le

⁹⁴⁶ CA Aix-en-Provence, 3 avr. 1973, *D.* 1973, 566, note F. Derrida ; Cass. soc. 29 avr. 1975, *D.* 1975, 678, note F. Derrida.

⁹⁴⁷ B. SOINNE, *Traité et pratique des procédures collectives*, Litec, 1987.

⁹⁴⁸ C. SOUWEINE, *Les créances résultant du contrat de travail dans le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire*, Thèse Grenoble 1992, p. 183, n° 112.

⁹⁴⁹ C. SOUWEINE, *Les créances résultant du contrat de travail dans le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire*, Thèse préc.

caractère alimentaire du salaire nécessite le versement de l'intégralité du plafond aux bénéficiaires sans que ces derniers soient obligés d'en déduire les cotisations de sécurité sociale⁹⁵⁰. En somme, le plafonnement du superprivilège s'applique à toutes les procédures collectives⁹⁵¹. Il est lié aux créances salariales antérieures au jugement d'ouverture. Il s'applique également à la procédure de sauvegarde⁹⁵². Cependant, si un tiers règle le montant des créances superprivilégiées, il bénéficie d'un droit de subrogation.

111.- Subrogation d'une tierce personne. La technique de subrogation permet à la personne qui n'est pas débiteur de l'obligation de paiement du salaire de prendre la place du salarié créancier du salaire. En effet, le tiers qui paie les créances superprivilégiées est subrogé dans le superprivilège⁹⁵³. La jurisprudence retient cette solution parce qu'il n'existe pas de disposition législative ou réglementaire qui interdit l'application de la subrogation dans ce genre de situation. Il s'agit en effet d'une subrogation légale et l'avance faite par un banquier à l'employeur ne peut entraîner une subrogation, car le banquier ne verse pas les sommes directement aux salariés. Il a été remarqué que la question de la subrogation d'un créancier payeur des créances superprivilégiées a peu de portée, car l'institution de garantie avance presque systématiquement les créances superprivilégiées et est subrogée dans les droits des salariés⁹⁵⁴.

Le paiement des salariés bénéficiaires des garanties patrimoniales pose également la question de l'articulation entre le superprivilège et le privilège général des salaires. En pratique, les créances salariales superprivilégiées sont imputables sur une partie des créances privilégiées. Les premières sont une franche des rémunérations privilégiées. Ces sûretés ne constituent pas un privilège unique à deux degrés. Elles sont deux privilèges différents, mais en pratique difficilement dissociable. Toutefois, le superprivilège ne se cumule pas avec le privilège général. La partie des rémunérations versée en vertu du superprivilège doit être imputée sur

⁹⁵⁰ F. SARAMITO, « Les garanties affectées au paiement des indemnités de rupture du contrat de travail en cas de faillite ou de règlement judiciaire de l'employeur », *Dr. ouvr.* 1970, p. 384 ; F. DERRIDA, « Le superprivilège des salaires dans les procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens », *D.* 1973, chron. p. 60, n° 4 ; A. HONORAT, « Privilèges des salaires », *Juriscl. Com.*, fasc. H 50, n° 5.

⁹⁵¹ C. trav., art. L. 3253-2.

⁹⁵² C. trav., art. L. 3253-2.

⁹⁵³ Cass. com. 3 juin 1982, n° 80-15.573, *JCP G* 1982, IV, p. 289 ; 7 févr. 1989, *Rev. proc. coll.* 1989, 580, n° 11 ; 6 juill. 1993, n° 91-14.269, *Bull. civ.* IV, n° 285 ; *D.* 1993, jurispr. 530, note M. Ramackers ; *JCP E* 1993, I, chron. 298, n° 16, obs. M. Cabrillac ; 3 nov. 2010, n° 09-14.744, P+B (C. civ., art. 1250 : pour la subrogation conventionnelle et art. 1251 : pour la subrogation légale).

⁹⁵⁴ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6^e éd., Dalloz 2011, p. 1776.

les créances privilégiées. Le privilège général des salaires⁹⁵⁵ ne peut en conséquence couvrir l'intégralité des créances du salarié que si le superprivilège n'a pas été mis en œuvre. Le caractère alimentaire de la créance du salarié qui se trouve limité aujourd'hui permet aussi de plafonner la garantie des salaires.

Paragraphe 2 : Le plafonnement de la garantie de l'AGS

112.- Absence originelle de limitation matérielle. La loi du 27 décembre 1973 n'avait pas prévu de plafonds à la garantie des créances des salariés. L'absence de limitation augure donc que l'AGS prenait en charge les créances salariales à l'infini ! Cette absence de limitation du champ matériel a ouvert la voie aux abus de certains employeurs qui commençaient à se ressentir sur l'équilibre financier de cette institution⁹⁵⁶. La loi du 27 décembre 1975⁹⁵⁷ est venue plafonner cette garantie⁹⁵⁸. Cette précision du régime de l'assurance garantie des salaires permet également d'équilibrer l'institution⁹⁵⁹. Le champ matériel de la garantie des créances des salariés est désormais régi conformément au décret du 10 juillet 2003⁹⁶⁰ qui a modifié l'article D. 143-2 devenu l'article L. D. 3253-5 du Code du travail⁹⁶¹. Ce décret est adopté à la suite de la polémique suscitée par les plafonds 13 et 4 de la garantie des salaires. Il importe que l'on examine d'abord l'ancienne jurisprudence du plafonnement du régime de garantie (A) avant de préciser ensuite le droit positif, c'est-à-dire le nouveau régime de plafonnement de la garantie des créances des salariés qui introduit un plafond général et des plafonds spéciaux (B).

⁹⁵⁵ C. civ., art. 2331, 4° et 2375, 2°.

⁹⁵⁶ J. TILLHET-PRETNAR, « L'assurance garantie des salaires : Un régime qui a trouvé son équilibre », *Dr. soc.* 1981, n° 2, pp. 150-157, spéc. p. 150.

⁹⁵⁷ Décret du 25 nov. 1976, JO, 27 nov. 1976, p. 6815.

⁹⁵⁸ C. trav., art. L. 3253-17 ; CJCE, 4 mars 2004, aff. C-19, 50 et 84/01, *Rec. CJCE* 2004, I, p. 12447 (L'institution de garantie ne doit pas déduire du plafond des sommes versées par l'employeur pendant la période de couverture. Elle condamne par conséquent la méthode choisie par l'INPS en Italie).

⁹⁵⁹ J. TILLHET-PRETNAR, « L'assurance garanties des salaires : Un régime qui a trouvé son équilibre », préc., p. 150 et « Un aspect nouveau du droit du salaire : l'assurance des salaires », in *Études offertes à G.H. Camerlynck*.

⁹⁶⁰ JO, 27 juill. 2003.

⁹⁶¹ C. trav., art. L. 3253-17 : « La garantie des institutions de garantie mentionnées à l'article L. 3253-14 est limitée, toutes créances du salarié confondues, à un ou des montants déterminés par décret, en référence au plafond mensuel retenu pour le calcul des contributions du régime d'assurance chômage » ; V., Cass. soc. 9 avr. 2008, *Bull. civ.* V, n° 82.

A. La jurisprudence ancienne de la Cour de cassation

113.- Raisons du plafonnement. La loi du 27 décembre 1973 sous l'influence des syndicalistes n'avait pas pu plafonner la garantie des créances des salariés⁹⁶², alors que, le projet de loi gouvernemental le prévoyait. Les syndicats estimaient que la limitation du montant de la garantie réduisait par conséquent les droits des salariés⁹⁶³. Cette loi est adoptée dans la foulée lors de la crise de l'entreprise *Lip*. Le système de la garantie de l'AGS a connu un grand succès et les abus ont été constatés⁹⁶⁴. En effet, les contrats de travail étaient parfois conclus alors que l'entreprise était en situation difficile. Ces contrats de travail étaient suivis d'une rémunération très forte. Mais la loi du 27 décembre 1975⁹⁶⁵ vient juste deux années après limiter le champ matériel de la garantie. Cette loi avait précisé qu'un décret doit fixer le plafond des créances salariales garanties en se référant au plafond des contributions à l'assurance chômage⁹⁶⁶.

Ainsi, l'ancien article L. 143-11-8 du Code du travail⁹⁶⁷ disposait que « la garantie des institutions mentionnées à l'article L. 143-11-2⁹⁶⁸ est limitée, toutes créances du salarié confondues à un ou des montants fixés par décret, en référence au plafond mensuel retenu pour le calcul des contributions au régime d'assurance chômage prévu à la section II du chapitre 1^{er} du titre V du livre III du présent code ». Ce faisant, le décret du 25 novembre 1976⁹⁶⁹ modifié par la suite⁹⁷⁰, introduit l'article D. 143-2 dans le Code du travail. Cet article prévoit que « le montant maximum de la garantie prévu à l'article L. 143-8 du Code du travail est fixé à treize fois le plafond mensuel retenu pour le calcul des contributions du régime d'assurance chômage lorsque les créances résultent de dispositions législatives ou réglementaires ou des stipulations d'une convention collective et sont nées d'un contrat de travail dont la date de conclusion est antérieure de plus de six mois à la décision prononçant le

⁹⁶² F. SARAMITO, « Le plafonnement de la garantie de l'AGS », *Dr. ouvr.* 1995, n° 565, pp. 497-501 spéc. p. 497.

⁹⁶³ R. CAILLE, Rapport de l'Assemblée Nationale, 1973, n° 763, p. 14.

⁹⁶⁴ J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012, 1152, spéc. n° 1034.

⁹⁶⁵ Loi n° 75-1251, JO 30 déc. 1975.

⁹⁶⁶ C. trav., art. L. 143-11-8, anc devenu art. L. 3253-17 ; F. SARAMITO, « L'assurance insolvabilité des employeurs en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens », *Dr. ouvr.* 1975, p. 433 et « Le plafonnement de la garantie de l'AGS », *Dr. ouvr.* 1995, 497.

⁹⁶⁷ C. trav., art., L. 3253-17 nouv.

⁹⁶⁸ C. trav., art. L. 3253-9 nouv.

⁹⁶⁹ Décr. n° 76-1065, 25 nov. 1976, JO 25 nov. 1976, p. 6815.

⁹⁷⁰ Décr. n° 86-353 du 6 mars 1986.

règlement judiciaire ou la liquidation des biens⁹⁷¹. Il s'apprécie à la date à laquelle est due la créance du salarié et au plus tard à la date du jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation judiciaire. Dans les autres cas, le montant de cette garantie est limité à quatre fois le plafond mentionné au premier alinéa ci-dessus». En pratique, la jurisprudence a divagué entre le plafond le plus réduit au plus élevé avec une certaine instabilité parfois inquiétante.

114.- Une interprétation de l'application des plafonds 4 et 13. Le législateur a instauré les fameux « plafonds 13 » pour les créances nées des dispositifs législatifs, réglementaires ou conventionnels lorsque le contrat de travail a plus de six mois par rapport à la décision qui ouvre la procédure collective⁹⁷². Le « plafond 4 » pour les autres créances salariales⁹⁷³. Le plafonnement de la garantie avait pour objectif de lutter contre les abus et équilibrer le régime de la garantie des salaires⁹⁷⁴. Sous l'empire de la loi du 27 décembre 1973, l'AGS était obligée de garantir toutes les créances qui entrent dans son étendue temporelle quel que soit le montant de la créance du salarié. Elle était ainsi obligée d'avancer les sommes importantes qui déséquilibrent le système. À cet effet, le rapport BOLO précise que les contrats de complaisance prévoyant des indemnités de rupture d'un montant important ne correspondant à aucun service véritable étaient conclus avec des proches alors qu'ils n'avaient pour finalité que de profiter de l'assurance garantie des salaires. Il était de même pour les employeurs qui concluaient les contrats en sachant que leur entreprise va déposer le bilan⁹⁷⁵. En pratique, l'application des plafonds inciterait au contournement des conditions d'application de la garantie.

En effet, le plafonnement de la garantie a pour conséquence de faire supporter le surplus des créances abusives aux auteurs des manœuvres. Mais la limitation de la garantie risque également de pénaliser les créances qui ne sont pas frauduleuses. Celles qui sont acquises dans l'exécution normale d'un contrat de travail. Il a été soulevé par exemple la question des salariés âgés ayant une grande ancienneté et ne pouvant pas être effectivement reclassés. Un

⁹⁷¹ Cass. soc. 30 avr. 2003, *Bull. civ. V*, n° 151.

⁹⁷² Cass. soc. 13 mai 1980, *Bull. civ. V*, n° 421 ; 17 déc. 1981, *Bull. civ. V*, n° 598 ; 8 janv. 1997, n° 95-42.239, *Bull. civ. V*, n° 2 ; 15 déc. 1998, n° 98-40.937 ; 12 janv. 1999, n° 95-42.101 ; 30 nov. 1999, n° 96-40.686, *Bull. civ. V*, n° 463, p. 342 ; 6 déc. 2000, n° 98-44.895 et n° 99-44.667 ; 27 juin 2001, n° 99-43.084 ; 30 avr. 2003, n° 01-40.460, *Bull. civ. V*, n° 151, p. 148 ; 25 janv. 2006, n° 03-45.444, *Bull. civ. V*, n° 22 ; A. CHARBIN, « La garantie de l'AGS : portée réelle de l'évolution jurisprudentielle », *TPS*, juill. 1999, p. 4.

⁹⁷³ Cass. soc. 17 déc. 1991, *D.* 1992, IR p. 47 ; 21 mai 1992, *Dict. perm. Difficultés des entreprises*, bull. p. 8088.

⁹⁷⁴ J. TILLHET-PRETNAR, « L'assurance garantie des salaires : Un régime qui a trouvé son équilibre », préc., p. 150.

⁹⁷⁵ A. BOLO, *Rapport au nom de la Commission des Affaires Culturelles, familiales et sociales*, n° 2053 annexé à la séance du 11 décembre 1975.

rapport adressé au ministre des Affaires sociales indique cette inquiétude⁹⁷⁶. Un auteur souligne également qu'en l'absence d'une réduction sensible du déficit de l'assurance garantie des salaires, le plafonnement est préjudiciable aux salariés « qui touchent des rémunérations élevées ou aux salariés âgés ayant beaucoup d'ancienneté dans les entreprises et en particulier les cadres âgés dont le reclassement s'avère souvent difficile, voire impossible »⁹⁷⁷.

Par ailleurs, l'article L. 143-11-6 du Code du travail⁹⁷⁸ qui consacre les plafonds 13 et 4 donne simplement les indications selon lesquelles le pouvoir réglementaire doit limiter la garantie des créances salariales. Le gouvernement rejetait les modalités de plafonnement de la garantie en indiquant que l'article 34 de la Constitution donne compétence à l'Assemblée nationale pour adopter ou écarter le principe de limitation de la garantie et non les modalités de cette limitation qui appartient au pouvoir réglementaire⁹⁷⁹. Cependant, l'indication par le décret du 25 novembre 1976 des plafonds 13 et 4 en apparence précise n'a pas manqué de susciter de controverses tant en jurisprudence qu'en doctrine. Les difficultés sont apparues sur le choix entre le plafond 13 et le plafond 4⁹⁸⁰. En pratique, la jurisprudence a adopté des solutions qui vont parfois, en sens opposé par rapport à l'intention du législateur et du gouvernement.

Ainsi, le juge joue au balancier entre le plafond 4 et le plafond 13⁹⁸¹. Le choix entre le plafond 13 et le plafond 4 se fait en fonction de deux éléments : la date de la conclusion du contrat de travail et l'origine de la créance⁹⁸². Ces éléments doivent être cumulés pour que le salarié bénéficie de la garantie du plafond 13. La détermination de la date de la conclusion du contrat de travail est moins difficile puisque le jugement d'ouverture de la procédure devant avoir une date certaine permet de fixer l'antériorité du contrat de travail. Il reste toutefois la difficulté relative aux contrats verbaux. Mais il est admis que le juge peut constater la date de

⁹⁷⁶ « En plafonnant la garantie, vous supprimez peut être certains abus ; en revanche, vous pénalisez à coups sûrs les titulaires de contrat de travail anciens qui, pendant leurs meilleures années ont participé par leur compétence et leur travail à la marche de l'entreprise... ». Quant aux cadres âgés : « ils auront plus que d'autres salariés des difficultés à trouver une autre activité. L'indemnité de licenciement représente pour eux une sorte de salaire d'atteinte... en plafonnant la garantie, vous allez les léser... » (A. BOLO, *Rapporteur, à l'intention du Ministre, Débats Assemblée Nationale*, 15 décembre 1975).

⁹⁷⁷ A. RABINEAU, *Rapport au nom de la Commission des Affaires Sociales du Sénat*, n° 156, annexé à la séance du 17 décembre 1975.

⁹⁷⁸ Devenu art. L. 143-11-8, anc. et L. 3253-17 nouv.

⁹⁷⁹ R. LE ROUX-COCHERIL, *Dr. soc.* 1978, n° 322, p. 119.

⁹⁸⁰ J.-L. MEUNIER, *Légisocial*, n° 44, p. 9.

⁹⁸¹ M. HAUTEFORT, « Plafond 4, plafond 13 : le retour du balancier », *Jurisp. soc. Lamy* 1999, n° 28, p. 14 ; P. LYON-CAEN, « Le double plafond de l'AGS : mythe ou réalité ? », *Dr. soc.* 1999, n° 2, p. 152 ; S. BAZI, « La garantie et la fixation des créances salariales », *Dr. ouvr.* 1998, p. 118 et s.

⁹⁸² Cass. soc. 30 avr. 2003, n° 01-40.460, *Bull. civ.* V, n° 151, p. 148.

conclusion d'un tel contrat de travail. La preuve de l'existence d'un contrat de travail peut se faire par référence aux bulletins de paie, livre de paie ou registre du personnel. En revanche, l'origine de la créance peut être difficile à déterminer pour que le salarié puisse bénéficier du plafond 13. La créance salariale ne bénéficie du plafond 13 que si elle découle de dispositions législatives, réglementaires ou conventionnelles⁹⁸³. La vision du texte était d'opposer ces dispositions considérées comme de droit commun des relations de travail avec les accords particuliers plus avantageux qui peuvent intervenir entre l'employeur et les salariés. Il existe une suspicion de fraude et surtout dans l'hypothèse où l'accord est conclu moins de six mois avant la procédure collective et concernant uniquement le plafond 4. Cette conception porte gravement atteinte à la liberté contractuelle. En pratique, l'application du plafonnement de l'AGS a connu des mouvements variés.

115.- Application restrictive du plafond 13. Le plafond 13 de la garantie des salaires a été appliqué de manière réduite jusqu'à une certaine époque. Ainsi, la Cour de cassation retient le plafond 4 chaque fois que le salaire était librement débattu⁹⁸⁴. Cela signifie qu'il a une origine contractuelle⁹⁸⁵. Il était aussi le cas lorsque le salarié ne justifiait pas d'une ancienneté de six mois à la date d'ouverture de la procédure collective⁹⁸⁶. Dans cette perspective, elle appliquait le plafond 13 qu'aux salaires minimums impérativement fixés par la loi, le règlement ou la convention collective⁹⁸⁷. La garantie maximale est accordée de ce fait à des créances minimales qui ont peu de chance d'en atteindre le montant, à supposer même qu'elles atteignent celui du plafond 4⁹⁸⁸. Cette position prend certes une direction opposée à celle du texte original⁹⁸⁹. Le plafond 4 devient le droit commun⁹⁹⁰ et le plafond 13 l'exception⁹⁹¹. La

⁹⁸³ F. TAQUET, obs. sous Cass. soc. 9 févr. 1994, *JCP E* 1994, II, 590 ; F. SARAMITO, « Le plafonnement de la garantie de l'AGS », *Dr. ouvr.* 1995, p. 497.

⁹⁸⁴ Cass. soc. 13 mai 1980, *Michel Piccoli et Mlle Isabelle Adjani*, *Bull. civ.* V, n° 421 ; *D.* 1981, IR, p. 125, obs. P. Langlois et 489, obs. A. Honorat ; *Dr. ouvr.* 1981, p. 67 ; 19 janv. 1999, n° 285, comm. M. Hautefort ; *Cir. UNEDIC*, n° 99-01, 24 mars 1999 ; 2 oct. 2002, n° 00-41.546 ; M. HAUTEFORT, *Jurispr. soc. Lamy* 1999, n° 28-5 ; F. TAQUET, obs. sous Cass. soc. 9 févr. 2003, *Act. proc. coll.* 1999, n° 6, p. 1.

⁹⁸⁵ Cass. soc. 24 janv. 1990, *Mlle Pérard* ; 17 déc. 1991, *Kaluszyner et autres* ; 21 nov. 1990, *Tilmant* ; 22 avr. 1992, *Guillemet et autres* ; 4 mai 1994, *Perseyn* ; 17 mai 1994, *GARP*.

⁹⁸⁶ Cass. soc. 2 oct. 2002, n° 00-41.546.

⁹⁸⁷ Cass. soc. 11 mars 1992, *Axaman et autres* ; 22 juin 1993, *Barbey et autres* ; 20 janv. 1993, *Choquier et autres* ; 22 avr. 1992, *Guillemet et autres* ; 5 avr. 1994, *Sudre et Laurent* ; A. PHILBERT, *Cah. soc. barr. Paris* 1992, 37, A. 11 ; F. TAQUET, note sous *CA Paris*, *JCP E* 1994, n° 538 ; A. CHARBIN, « La garantie de l'AGS : portée réelle de l'évolution jurisprudentielle », *TPS* juill. 1999, p. 4 ; J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 26^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2011, p. 1152 et s.

⁹⁸⁸ F. SARAMITO, « Le plafonnement de l'AGS », *Dr. ouvr.* 1995, n° 565, p. 497 et s.

⁹⁸⁹ J. MOULY, *D.* 1993, somm. p. 344 et 345 ; H. BLAISE, « Les créances garanties par l'AGS », *Dr. soc.* 1994, p. 781 et 782.

⁹⁹⁰ A. CHARBIN, « Assurance garantie des salaires : plafond 13 ou plafond 4 », *JCP E* 1999, n° 47, p. 1856 ; P. LYON-CAEN, « Le double plafond de l'AGS : mythe ou réalité ? », *Dr. soc.* n° 2, Févr. 1999, p. 152.

⁹⁹¹ F. SARAMITO, « Le plafonnement de la garantie de l'AGS », *Dr. ouvr.* 1995, p. 499.

doctrine avait clairement annoncé que « ... on peut affirmer que le plafond 13 ne recevra pratiquement application qu'en ce qui concerne les salariés rémunérés au SMIC, car il n'est guère d'exemples d'entreprises où les salaires effectivement versés ne soient en tout cas légèrement supérieurs au salaire minimum conventionnel »⁹⁹². Il a été souligné par un auteur que « la jurisprudence de la chambre sociale conduit à ce que, de droit ou de fait, le plafond supérieur trouve rarement à s'appliquer »⁹⁹³. En revanche, l'application massive du plafond inférieur annonçait déjà sans doute les difficultés financières du régime de garantie des salaires.

Il se trouve que non seulement les créances frauduleuses ne sont pas garanties au maximum, mais également les créances normales exemptées de toute fraude. Alors que, « le salaire fixé par le contrat de travail doit être considéré comme ayant une origine légale, bien que la loi n'en fixe pas le montant. C'est cette rémunération qui sert de base de calcul des diverses indemnités qui peuvent être dues au salarié en application des dispositions légales »⁹⁹⁴. Cette position exclut du plafond 13 même les créances salariales antérieures de six mois de la procédure collective. En revanche, toutes les créances dont le montant n'est pas librement fixé par l'employeur et le salarié doivent bénéficier du plafond 13. C'est en effet l'implication de l'autonomie de la volonté dans la fixation du montant de la créance qui détermine le périmètre d'application de ces plafonds. Toutefois, il convient de noter que l'application restrictive du plafond 13 peut se justifier par l'objectif premier de la procédure collective ; celui de redresser l'entreprise.

116.- Critique de la jurisprudence. Cette jurisprudence a reçu d'innombrables critiques. Elles portent essentiellement sur deux aspects. D'aucuns ont estimé qu'elle consacre des effets anormaux et injustes sur les salariés. Selon eux, « cette construction jurisprudentielle introduisait un effet de seuil particulièrement pénalisant pour les salariés, puisqu'il suffisait de constater l'existence d'une rémunération légèrement supérieure au salaire minimum conventionnel pour entraîner l'application du plafond 4 »⁹⁹⁵. Cet « effet de seuil, choquant en lui-même, peut conduire à de graves inégalités entre salariés de la même entreprise en redressement judiciaire »⁹⁹⁶. Cette « jurisprudence était considérée comme favorisant une

⁹⁹² A. PHILBERT, *Cah. soc. barr. Paris* 1992, 37, A. 11.

⁹⁹³ P. LYON-CAEN, « Le double plafond de l'AGS : mythe ou réalité ? », *Dr. soc.* 1999, n° 2, p. 154.

⁹⁹⁴ R. LE ROUX-COCHERIL, *Dr. soc.* 1978, n° 322, p. 119.

⁹⁹⁵ F. SARAMITO, préc.

⁹⁹⁶ P. LYON-CAEN, préc.

« politique du tout ou presque rien » puisque le salarié qui ne rentrait pas exactement dans les conditions de l'article D. 143-2 ne pouvait bénéficier du plafond 13 »⁹⁹⁷. D'autres ont pensé que la jurisprudence restrictive du plafond 13 de la Chambre sociale de la Cour de cassation n'était pas cohérente avec l'intention du législateur. Ils considèrent qu'« à s'en tenir à l'intention tant du législateur que des auteurs du décret [...] il est certain que, pour eux, cette expression correspondait à la majorité des créances résultant de droit commun des relations de travail tel qu'il existe dans le cadre des dispositions légales, réglementaires et conventionnelles. [...] Dans cette optique, il est évident que le plafond 13 devait correspondre à la situation la plus courante, le recours au plafond 4 demeurant tout à fait exceptionnel »⁹⁹⁸.

Si la doctrine est majoritairement contre l'interprétation restrictive de l'application du plafond 13, elle n'est pas unanime dans la critique de cette jurisprudence. Une partie de la doctrine estimait que « cette position [de la jurisprudence] ne manque pas de sagesse eu égard aux montants en cause et au nécessaire équilibre de la gestion de l'AGS supporté par les entreprises *in bonis* »⁹⁹⁹. En effet, l'application systématique du plafond 13 devait impérativement augmenter les charges financières du mécanisme de garantie des salaires.

117.- Application extensive du plafond 13. La jurisprudence face aux multiples critiques a trouvé cette position réduite et effectue un revirement. Elle considère que les créances résultant des dispositions législatives, réglementaires ou conventionnelles sont « celles qui trouvent leur fondement dans une loi, un règlement ou une convention collective peu important que leur montant ne soit pas lui-même fixé par l'une de ces sources »¹⁰⁰⁰. À compter de cette jurisprudence, le champ matériel de la garantie a évolué¹⁰⁰¹. Le plafond 4 devient l'exception et le plafond 13, la règle. Ce revirement renverse la tendance afin d'améliorer la situation patrimoniale des salariés. Ainsi, la rémunération du salarié rentre dans cette sphère

⁹⁹⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Montchrestien, Coll. « Domat droit privé », 2011, p. 401.

⁹⁹⁸ Notamment, R. LE ROUX-COCHERIL, « La garantie du salaire par l'AGS », *Dr. soc.* 1978, n° 2, p. 111 ; F. SARAMITO, « Le plafonnement de la garantie de l'AGS », *Dr. ouvr.* 1995, p. 499 ; P. LYON-CAEN, préc.

⁹⁹⁹ V.-G. THUILLIER, « Le droit du travail face à l'entreprise en difficulté », *Bull. soc. F. Lefebvre* 8-9/1993, p. 413.

¹⁰⁰⁰ Cass. soc. 15 déc. 1998, *Dr. soc.* 1999, n° 2, p. 157 ; 12 janv. 1999, *Bull. civ.* V, n° 10 ; 5 oct. 1999, *Dr. soc.* 1999, n° 12, p. 1115.

¹⁰⁰¹ V., Cass. soc. 15 déc. 1998, *JCP E* 1999, p. 204 ; *Rev. proc. coll.* 1999, p. 35, n° 2 ; 12 janv. 1999, *Bull. civ.* V, n° 10 ; 5 févr. 1999, *Act. proc. coll.* 1999, n° 84 (les indemnités de licenciement déterminées par convention collective) ; 5 oct. 1999, *JCP E* 1999, n° 46, p. 1806 (le rappel de salaires dus au salarié) ; 29 févr. 2000, *Rev. proc. coll.* 2000-3, p. 107, n° 15, obs. F. Taquet : « L'indemnité de rupture anticipée d'un contrat à durée indéterminée », *Rev. proc. coll.* 2000-1, p. 18, n° 5, obs. F. Taquet ; A. CHARBIN, « AGS: "plafond 13" ou "plafond 4" », *JCP E et A* 1999, p. 1856

en dépit du fait qu'elle soit fixée par l'accord des parties¹⁰⁰² et relève dans toutes les hypothèses du plafond 13¹⁰⁰³. Cette nouvelle jurisprudence a été durablement consolidée¹⁰⁰⁴. Le juge n'accepte plus que l'AGS refuse de prendre en compte le nouveau périmètre du plafond élevé¹⁰⁰⁵. Toutefois, il n'y avait pas cumul de plafonds 4 et 13.

118.- Principe d'unicité des plafonds. Le plafond 4 ne pouvait cependant être cumulé avec le plafond 13. En effet, le principe d'unicité des plafonds crée une impossibilité de cumuler le bénéficiaire du plafond 4 et du plafond 13¹⁰⁰⁶. Seul l'un des deux plafonds était applicable au salarié car l'article D. 143-2 ancien devenu l'article D. 3253-5 du Code du travail prévoyait que l'assurance « est limitée, toutes créances du salarié confondues à un ou des montants fixés par décret ... ». Qu'est-ce que représentait cette formule ? En pratique, le salarié pouvait valablement disposer des créances relevant concomitamment du plafond 4 et du plafond 13. La Cour de cassation en défendant le principe d'unicité des plafonds décide qu'« un seul plafond était applicable, toutes créances du salarié confondues, à la garantie de l'AGS »¹⁰⁰⁷. À ce sujet, elle a d'abord énoncé qu'en cas de coexistence entre le plafond 13 et le plafond 4, celui correspondant au montant des créances des salariés le plus élevé est retenu¹⁰⁰⁸. La

¹⁰⁰² Cass. soc. 25 janv. 2006, n° 03-45.444, *Bull. civ. V*, n° 22 ; A. HUGON, *Créances salariales impayées : le rôle de l'AGS. Regard sur la loi de Sauvegarde des Entreprises du 26 juillet 2005*, préface de Thierry Méteyè, L'harmattan, 2009, pp. 74-77.

¹⁰⁰³ Cass. soc. 15 déc. 1998, AGS de Paris et UNEDIC c. Boue et Sudre, 152, concl. P. Lyon-Caen ; *Bull. civ.* 1998, V, n° 550, p. 411 ; *Dr. ouvr.* 1999, 47, rapport J.-Y. Froiun ; O. BONGRAND, « L'A.G.S. et les procédures collectives », *Cah. soc. barr. Paris*, Doctr. partie D, n° 102, août-sept. 1998, p. 209 ; J.-Y. FROUIN, « Le plafonnement de la garantie de l'AGS (un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation) », *Dr. ouvr.* 1999, p. 47 ; *D.* 1999, 205, note C. Souweine : « La créance constituée d'un solde de rémunération et des indemnités conventionnelles de rupture bénéficiaire du « plafond 13 » ; P. LYON-CAEN, « L'introuvable plafond 13 », *Dr. ouvr.* 1999, n° 606, p. 54 ; *Cah. soc. Barr. Paris*, « La Cour de cassation crève le plafond de l'A.G.S », 1999, n° 107, p. 40 ; A. CHARBIN, « AGS : Plafond 13 ou plafond 4 », *JCP E* 1999, n° 47, p. 1856 ; A.-L. PERIES, « Intervention de l'AGS : l'expansion accrue du régime de garantie sous l'influence de la jurisprudence », *JCP E* 2002, n° 2, p. 15. *Il convient de signaler qu'en 1998 le plafond 13 correspondait à 732.680 F et le plafond 4 à 225.440 F.*

¹⁰⁰⁴ Cass. soc. 12 janv. 1999, *D.* 1999, IR 56 (l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, qui trouve sa source dans l'article L. 122-14-4 est garantie dans la limite du plafond 13) ; 5 oct. 1999, *Dr. soc.* 1999, 1115, obs. Ch. radé (la créance constituée d'indemnités de préavis, de congés payés, et de licenciement prévue par la convention collective, mais aussi d'une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse) ; 3 avril. 2001, *RJS* 6/01, n° 746 (l'indemnité de rupture due à un conseiller prud'homal licencié en méconnaissance de son statut protecteur) ; 1^{er} févr. 2001, *RJS* 4/01, n° 452.

¹⁰⁰⁵ CA Grenoble, 30 oct. 2000, *D.* 2001, somm. Commenté, F. Derrida, p. 122 ; A.-L. PIERES, « Intervention de l'AGS : l'expansion accrue du régime de garantie sous l'influence de la jurisprudence », *JCP E*, 2002, n° 2, p. 156.

¹⁰⁰⁶ Cass. soc. 9 févr. 1994, n° 91-44.332, *Bull. civ. V*, p. 35 ; 30 nov. 1999, n° 96-40.686, *Bull. civ. V*, n° 463, p. 343 ; 28 juin 2001, n° 99-43.187 ; 3 oct. 2001, n° 99-44.289 ; 2 oct. 2002, n° 00-43.505.

¹⁰⁰⁷ Cass. soc. 9 févr. 1994, *Bull. civ. V*, n° 48.

¹⁰⁰⁸ Cass. soc. 9 févr. 1994, *D.* 1994, 301, note B. Chauvet, *JCP G* 1994, II, 22329, note D. Corignan-Carsin ; H. BLAISE, « Les créances garanties par l'AGS », *Dr. soc.* 1994, 778.

doctrine a considéré qu'il s'agit d'un principe de plafond unique, c'est-à-dire de l'unicité du plafond¹⁰⁰⁹.

Ensuite, la Cour de cassation a précisé le 30 novembre 1999 que « lorsque les créances salariales relèvent des deux plafonds de garantie, il y a lieu, pour déterminer le plafond applicable, de rechercher si les créances relevant du plafond 13 dépassent le montant du plafond 4; [...] dans le cas contraire, seul le plafond 4 est applicable »¹⁰¹⁰. La Cour de cassation applique ici le critère de proportionnalité des montants de la garantie pour déterminer le plafond applicable. Par conséquent, toutes les créances salariales sont, d'une part, additionnées en fonction de leur origine du plafond 13. D'autre part, si l'addition de ces sommes donne un résultat supérieur au montant du plafond 4, le plafond 13 est applicable à la totalité des créances du salarié. Au contraire, si cette addition donne un résultat inférieur au montant du plafond 4, il n'y a que ce dernier qui s'applique.

En effet, la jurisprudence qui étend le champ matériel de la garantie en abandonnant la méthode de détermination du plafond applicable qui écartait systématiquement le plafond 13 améliore la protection patrimoniale des salariés. Elle satisfait également une partie de la doctrine¹⁰¹¹ qui l'estime cohérente avec l'intention d'origine de la loi du 27 décembre 1973. La générosité de l'assurance contre le non-paiement des créances des salariés devait être infinie. Mais les représentants de l'institution de garantie sont très critiques sur cette extension. Ils estiment que cet élargissement emporte une insécurité financière à l'institution¹⁰¹², alors que M. Pierre LYON-CAEN constate que le tournant n'aurait augmenté la charge de cette institution que de façon infime¹⁰¹³. Un auteur a souligné qu'en pratique, l'application du plafond 13 est restée réduite et qualifie cette jurisprudence de « cote mal taillée »¹⁰¹⁴. L'AGS a connu des difficultés financières¹⁰¹⁵. La Délégation nationale milite dans

¹⁰⁰⁹ M. BLOT, « La garantie des créances salariales par l'AGS », *Les Chroniques Jurispr. soc. CERT*, Nancy II, n° 15, 1995, p. 12.

¹⁰¹⁰ Cass. soc. 30 nov. 1999, *Dr. soc.* 2000, 222, obs. Ch. Radé ; 28 juin 2001, n° 99-43.187 ; 3 oct. 2001, n° 99-44.289 ; 2 oct. 2002, n° 00-43.505.

¹⁰¹¹ R. VATINET, « Garantie de l'AGS et sort du contrat de travail en cas de procédure collective », *Dr. soc.* 2003, n° 3, p. 286.

¹⁰¹² T. MÉTEYÉ, « Garantie AGS : jusqu'où peut-on aller trop loin ? », *Dr. soc.* 2002, n° 11, p. 972.

¹⁰¹³ L'auteur souligne qu'« il est mentionné, à titre de projection, que la suppression du plafond 4 et donc le maintien du seul plafond 13, aboutirait à une augmentation purement mécanique de la charge de l'AGS de 3 à 5% (...) les enjeux financiers sont donc modestes » (« Le double plafond de l'AGS : mythe ou réalité ? », *Dr. soc.* 1999, n° 2, p. 152 ; « L'introuvable plafond 13 », *Dr. ouvr.* 1999, n° 606, p. 54 et s.

¹⁰¹⁴ F. SARAMITO, préc., pp. 501 et s.

une directive du 24 mars 1999¹⁰¹⁶ pour l'application impérative du plafond 4 à toutes les créances dérogatoires pour faire du plafond 13, un plafond d'exception. La jurisprudence n'a pas concrétisé cette volonté.

En effet, le revirement issu de l'arrêt du 15 décembre 1998¹⁰¹⁷ consacre le plafond 13 comme le plafond de droit commun. En dépit de cette jurisprudence le « principe d'unicité de plafond » est maintenu. Et la directive Unedic-AGS du 24 mars 1999 précise que « la règle selon laquelle un seul plafond est applicable à l'ensemble des créances d'un même salarié subsiste » et « toute créance dérogatoire doit nécessairement se traduire par une limitation de garantie à hauteur du plafond 4 ». La Cour de cassation énonce par ailleurs que « lorsque les créances salariales relèvent du plafond 13 et les autres du plafond 4, le plafond 13 est applicable à toutes les créances additionnées du salarié »¹⁰¹⁸. Cette position de la Cour de cassation est favorable à la protection patrimoniale des salariés. Si elle conserve la règle d'unicité de plafond, elle ne tient plus compte de la méthode proportionnelle afin d'appliquer largement le plafond 13 dès lors qu'il y a coexistence des plafonds 13 et 4. En somme, le plafond 13 devient le plafond de droit commun¹⁰¹⁹. Partant, le plafond 4 devenu l'exception ne s'applique que si la totalité des créances salariales nées antérieures à six mois de la date du jugement d'ouverture de la procédure. Cette méthode de détermination du plafond applicable un « peu simpliste¹⁰²⁰ » excluait le plafond 4 dans l'hypothèse où une créance relève déjà du plafond supérieur a été critiquée. Toutefois, la méthode de détermination du plafond était simplifiée et favorable aux salariés.

Par ailleurs, les inquiétudes se posaient s'agissant de l'hostilité que peuvent avoir les cadres dirigeants de l'entreprise dans l'accomplissement de leurs missions. Il était en effet suspecté que les cadres pouvaient s'opposer à l'adoption d'un plan de redressement et préférer la liquidation judiciaire parce que l'AGS leur accorde des sommes importantes¹⁰²¹. En dépit de la volonté affichée des juges d'apporter de meilleures solutions tant aux salariés et à l'AGS,

¹⁰¹⁵ B. SOINNE, « L'AGS est-elle en faillite ? », *Rev. proc. coll.* 2003, n° 4, p. 292 ; A. HUGON, *Créances salariales impayées : Le rôle de l'AGS. Regard sur la loi de Sauvegarde des Entreprises du 26 juillet 2005*, préface de Thierry Météyé, L'Harmattan, 2009, p. 75 et 76.

¹⁰¹⁶ Directive Unedic-AGS n° 99/01 du 24 mars 1999, cité in A.-L. PERIÈS, *JCP E* 2002, n° 2, p. 17.

¹⁰¹⁷ Cass. soc. 15 déc. 1998, *Bull. civ.* 1998, V, n°550, p. 411.

¹⁰¹⁸ Cass. soc. 30 nov. 1999, *Dr. soc.* 2000, n° 2, p. 222 ; 28 juin 2001, *Rev. proc. coll.* 2002, n° 1, p. 61.

¹⁰¹⁹ Y. CHAGNY, « Quelques aspects de la garantie des créances résultant du licenciement pour motif économique par l'entreprise en difficulté », *Gaz. Pal.*, sept.-oct. 2002, p. 1372.

¹⁰²⁰ C. RADÉ, note sous Cass. soc. 30 nov. 1999, *Dr. soc.* 2000, n° 2, p. 223.

¹⁰²¹ A. HUGON, préc., p. 76.

les solutions sont restées balbutiantes. La doctrine ne manque jamais d'occasion pour remettre en cause telle ou telle position du juge. Cette difficulté viendrait de la nature juridique imprécise de la garantie des salaires et de la confrontation des intérêts dans l'entreprise en difficulté. Une réforme était donc nécessaire.

119.- Réforme de l'ancien régime de plafonnement. La transformation du plafond 13 en plafond de droit commun avait pour conséquence d'alourdir les charges de l'institution de garantie des salaires. Son existence était menacée¹⁰²². Il fallait une augmentation supplémentaire du taux de cotisation des employeurs qui a des conséquences sur l'emploi. La solidarité de l'AGS ne doit pas être sans limites. Son rôle de préservation de paix sociale dans les entreprises en difficulté afin de faciliter les solutions économiques adéquates ne doit pas être exagéré. En vérité, il n'incombe pas au mécanisme de garantie des salaires d'assumer les « difficultés ou les dérapages du système économique »¹⁰²³. Pour conserver la solidité de l'équilibre financier du régime la réforme du 24 juillet 2003¹⁰²⁴ a consacré le nouveau régime de plafonnement de garantie des créances des salariés¹⁰²⁵.

B. L'analyse du nouveau régime de plafonnement

120.- Modalités du plafonnement. L'application systématique du plafond 13 par la jurisprudence obligeait l'AGS qui était « battue sur le terrain judiciaire » de prendre en charge les créances concernées. Elle « n'avait plus d'autres ressources que d'obtenir une modification de l'article D. 143-2 au prétexte que cette nouvelle jurisprudence entraînait pour elle des charges trop lourdes »¹⁰²⁶. Le gouvernement ne pouvait rester indifférent à la situation de l'institution de garantie. Par la réforme du 24 juillet 2003, il met en place du plafonnement réduit¹⁰²⁷.

¹⁰²² En 2003, l'AGS avait un découvert de 600 millions d'euros (A. ARSEQUEL, « AGS : le prix du progrès social », *Rev. Lamy dr. aff.* 2005, n° 80, suppl.). Il a été souligné dans le *Journal les Échos* du 1^{er} mars 2004, le Premier Président de la Cour de cassation M. Guy Canivet précisait qu'« il faut que les juges de cassation soient capables d'intégrer l'analyse économique dans le raisonnement juridique et de prendre en compte les conséquences que leurs décisions provoquent dans les secteurs concernés ».

¹⁰²³ A. ARSEQUEL, préc.

¹⁰²⁴ Décret n° 2003-684, 24 juill. 2003 ; C. trav., art. L. 143-11-8 devenu art. L. 3253-17.

¹⁰²⁵ F. TAQUET, « Les nouvelles règles relatives aux plafonds AGS », *Rev. proc. coll.* 2003, p. 289.

¹⁰²⁶ F. SARAMITO, « L'abaissement du montant maximum de la garantie due par l'AGS », *Dr. ouvr.* 2003, p. 1.

¹⁰²⁷ Décret n° 2003-684 du 24 juillet 2003 relatif aux plafonds de garantie des salaires en cas d'insolvabilité des entreprises, *JO* n° 172 du 27 juillet 2003, p. 12757 ; Cass. soc. 14 sept. 2010, n° 08-44.180, Agot c/ Centre de gestion et d'études AGS (CGEA) de Fort-de-France, *RJS* 2010, n° 11, p. 759 ; F. SARAMITO, préc., p. 1 ; J.-F.

Le plafonnement de la garantie est désormais déterminé en coordination avec chaque procédure collective¹⁰²⁸ et en fonction de la durée du contrat de travail. Il existe cependant d'une part un plafonnement général des créances des salariés qui est déterminé en fonction de la durée du contrat de travail et d'autre part un plafonnement spécifique qui est déterminé en fonction de la procédure collective en cause. En effet, le décret du 24 juillet 2003 entré en vigueur le 28 juillet 2003 a abaissé le montant maximum de la garantie des créances des salariés¹⁰²⁹. Il a évité le cumul des plafonds. Tous les plafonds sont ainsi soumis au critère de la date de conclusion du contrat de travail et non plus aux sources législatives, réglementaires ou conventionnelles des créances comme dans l'ancien plafonnement. L'étendue matérielle de la garantie se différencie selon la nature de la procédure qui est ouverte¹⁰³⁰. Si l'AGS garantit la gestion antérieure et postérieure à la date du jugement, les privilèges ne protègent que la situation antérieure de l'employeur. Ainsi l'article L. 3253-8 du Code du travail¹⁰³¹ distingue pour déterminer la garantie selon que la créance de salaires est née antérieurement ou postérieurement à la décision d'ouverture de la procédure. Il existe alors une garantie liée à la gestion antérieure et l'autre liée à la gestion postérieure à la procédure collective.

121.- Plafonnement général. La garantie des créances des salariés est également constituée d'un plafond général. En effet, la garantie de l'AGS est désormais plafonnée à l'article L. 3253-17 du Code du travail. Il dispose que « la garantie des institutions de garantie mentionnées à l'article L. 3253-14 est limitée toutes créances du salarié confondues, à un ou des montants déterminés par décret, en référence au plafond mensuel retenu pour le calcul des contributions du régime d'assurance chômage »¹⁰³². Ainsi, l'article D. 3253-5 du même code ajoute que « le montant maximal de garantie prévue à l'article L. 3253-17 est fixé à six fois le

CESARO, « Étendue de la garantie de l'AGS », note sous Cass. soc. 24 oct. 2006, AGS et a. c/ Drigo et a., n° 04-46.622, *JCP E* 2007, n° 39, p. 38 ; T. MÉTEYÉ, « L'AGS face à la jurisprudence sociale », *Rev. Lamy dr. aff.* 2009, n° 39, pp. 96-98, note sous Cass. soc. 3 déc. 2008, n° 07-45.42.469 ; 24 sept. 2008, n° 06-45.766 ; 4 mars 2009, n° 07-42.381 ; 11 févr. 2009, n° 07-10.583 ; « La place de l'AGS dans les procédures collectives : quelques questions à Thierry Météyé », *Rev. proc. coll.* 2008, n° 3, pp. 11-13, note sous Cass. soc. 14 févr. 2007, n° 05-45.887 ; T. LAHALLE, « Procédure de sauvegarde : pas d'intervention de l'AGS », *JCP S* 2010, n° 47, pp. 23-24, note sous Cass. soc. 28 sept. 2010, n° 09-65.438, AGS et a. c/ MR et a. ; C. GAILHBAUD, note Cass. soc. 3 mai 2011, Mme X c/ SCP Ravise Bes Liquidateur de l'Office municipal de la culture du marin, n° 10.14.297, *Gaz. Pal.* 2011, n° 189-190, pp. 33-35.

¹⁰²⁸ F. DERRIDA, « Vers la Sécurité sociale des salaires ? Commentaire de la loi du 27 décembre 1973 tendant à assurer, en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, le paiement des créances résultant d'un contrat de travail », *D.* 1974, chron. XXV, p.119-134, spéc. p. 125.

¹⁰²⁹ F. SARAMITO, « L'abaissement du montant maximum de la garantie due par l'AGS », *Dr. ouvr.* 2003, 357.

¹⁰³⁰ C. trav., art. L. 3253-6 et L. 3253-8 ; B. TEYSSIÉ (dir.), « Droit du travail », *JCP E et A*, 2008, n° 22, p. 36, note sous Cass. soc. 20 juin 2007, n° 05-43.453, F-D, AGS de Paris et a. c/ Fraïz et a. ; *JCP S* 2007, 1852.

¹⁰³¹ C. trav., art. L. 143-11-1, al. 2 à 7, anc.

¹⁰³² C. trav., art. L. 143-11-8 anc.

plafond retenu par mois pour le calcul des contributions au régime d'assurance chômage. Ce montant est fixé à cinq fois ce plafond lorsque le contrat de travail dont résulte la créance a été conclu moins de deux ans et six mois au moins avant la date du jugement d'ouverture de la procédure, et à quatre fois ce plafond si le contrat dont résulte la créance a été conclu moins de six mois avant la date du jugement d'ouverture. Il s'apprécie à la date à laquelle est due la créance du salarié et au plus tard à la date du jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation judiciaire »¹⁰³³.

En effet, le nouveau régime de plafonnement institue trois plafonds au lieu de deux comme sous l'ancien régime. La triple limitation matérielle de la garantie est caractérisée par les plafonds 6, 5 et 4. Le droit positif abandonne clairement la logique de la détermination de l'application des plafonds par rapport à la source de la créance du salarié pour se référer à la durée du contrat de travail. Si la lecture de l'article du Code du travail qui détermine le montant de la totalité des créances du salarié peut paraître difficile, la pratique montre le contraire. À l'évidence, la détermination des plafonds 6, 5 et 4 s'effectue en appréciant l'ancienneté du salarié dans l'entreprise. Or, l'ancien plafond 13 par exemple nécessitait que l'on apprécie non seulement la date de la conclusion du contrat de travail par rapport à celle du jugement d'ouverture, mais également l'origine de la créance elle-même. Ce nouveau plafonnement qui ne fait plus référence à l'origine législative, réglementaire ou conventionnelle de la créance suscite moins de contentieux et de critiques. La double condition de la date de conclusion du contrat de travail et de l'origine de la créance n'existe plus. Seule la condition de la date de conclusion du contrat de travail permet de déterminer l'un des trois plafonds applicable. En fait, la réduction du contentieux lié à la détermination du plafond applicable permet en conséquence le règlement rapide des créances salariales¹⁰³⁴.

Ainsi, le plafond 6 est dorénavant le plafond le plus élevé au lieu du plafond 13. Le montant maximum de ce plafond est de 58 368 € au lieu de 13619 € de l'ancien plafond 13. Le plafond 6 s'applique au salarié qui a conclu son contrat de travail au moins deux ans avant la date du jugement d'ouverture de la procédure. À défaut, si le contrat du salarié est conclu moins de 2 ans et six mois au moins avant la date du jugement d'ouverture, le montant de la garantie est le plafond 5 soit 48 640 €. S'il est conclu moins de six mois avant la date du jugement

¹⁰³³ C. trav., art. D. 143-2 anc. ; Cass. soc. 19 avr. 2005, *JCP S* 2005, 1010, note P. Morvan ; 14 oct. 2009, *RJS* 1/2010, n° 45 ; 7 juin 2006, *RJS* 8-9/2006, n° 950 ; 14 oct. 2009, *RJS* 1/2010, n° 45 ; 3 mai 2011, *RJS* 7/2011, n° 613.

¹⁰³⁴ Rép. QE 24783, *JO AN* 3 nov. 2003, p. 8411.

d'ouverture, le montant de la garantie est le plafond 4 soit 38 912 €. Le montant maximum du plafond de la garantie de l'AGS en 2010, toutes les créances du salarié confondues s'élève à 69 240 euros¹⁰³⁵. Par conséquent, le contrat de travail devient un élément essentiel dans la détermination du montant de la garantie. La détermination de l'ancienneté se fait en reculant et en partant de la date du jugement d'ouverture. On compte de la date du jugement d'ouverture jusqu'à la date de la conclusion du contrat de travail, c'est-à-dire de l'embauche du salarié. Il convient de noter que la détermination du plafond à travers la date de la conclusion du contrat de travail seulement réduit l'importance du principe de l'unicité de plafonds. Il ne peut y avoir dans le nouveau régime de plafonnement un cumul de plafonds.

En revanche, la réforme qui abaisse les montants de la garantie a été accueillie par la doctrine de façon nuancée. Il a été souligné par M. TAQUET que « le revirement de la chambre sociale portait en germe la nécessité d'une réforme des textes applicables. En effet, entre la politique du « tout » adoptée aujourd'hui et celle du « presque rien » qui était de régler hier, il était souhaitable de trouver un juste milieu ». Il estime que la nouvelle conception jurisprudentielle creuserait le déficit de l'AGS et que « des mesures s'imposaient donc pour sauver ce système de la faillite »¹⁰³⁶. Tandis que d'autres auteurs remarquent que « le nouveau texte réforme le système de plafonds de la garantie des salaires dans un sens notablement défavorable aux salariés ce qui est d'importance en pratique au respect de la multiplication récente des liquidations judiciaires »¹⁰³⁷.

En somme, le plafond 6 est devenu le plafond de droit commun. Il reste toutefois la moitié de l'ancien plafond 13. Cet abaissement permet d'affirmer qu'« on est loin de la générosité originaire de la loi de 1973 ayant créé l'assurance de garantie des salaires contre l'insolvabilité des employeurs qui, elle ne prévoyait aucun plafond »¹⁰³⁸. Même si l'idée de limiter le montant de la garantie afin de prévenir certaines fraudes¹⁰³⁹ n'était pas absente. Mais cette idée figurant à l'amendement n° 14 n'a pas été retenue en justifiant que : « limiter le montant des créances serait en contradiction avec la portée du texte » ; « les risques de fraude étaient limités, compte tenu des vérifications » ; « le plafonnement léserait les cadres et

¹⁰³⁵ In *Délégation Unédic AGS 2010*, p. 10.

¹⁰³⁶ F. TAQUET, « Les nouvelles règles relatives aux plafonds AGS », *Rev. prov. coll.* 2003, n° 4, p. 289.

¹⁰³⁷ Notamment, C. CHARBONNEAU, « Présentation du décret du 24 juillet 2003 : le gouvernement réforme l'AGS », *Cah. soc. barr. Paris*, n° 153, p. 385.

¹⁰³⁸ F. SARAMITO, préc.

¹⁰³⁹ Débats parlementaires, Ass. tan., séance du 21 nov. 1973, *JO* 22 nov. 1973, p. 6214.

les salariés anciens dont toutes les créances ne seraient pas garanties »¹⁰⁴⁰. L'instauration des plafonds dans la loi de 1975 a été admise aux conditions que la limitation du montant de la garantie « ne soit pas laissé au pouvoir discrétionnaire du Gouvernement »¹⁰⁴¹ et que la limitation matérielle soit exclue pour les salaires résultant de l'exécution du contrat de travail ayant une date certaine et les indemnités liées aux dispositions législatives ou conventionnelles¹⁰⁴². Le plafond ne pouvait « être inférieur à six fois le plafond mensuel retenu pour le calcul des contributions du régime d'assurance-chômage¹⁰⁴³. Toutefois, la garantie doit, même au-delà de ce plafond couvrir les salaires, appointements ou commissions, retenus dans la limite du salaire maximum servant de base au calcul des contributions du régime d'assurance-chômage, lorsqu'ils sont fondés sur un contrat de travail ayant une date certaine, ainsi que les accessoires et indemnités, notamment les indemnités de licenciement, résultant de dispositions législatives ou conventions collectives ».

Ce faisant, la limitation de la garantie devait être écartée dès lors qu'il n'y a aucune fraude. Cet amendement n'a pas également été accepté. Les membres de l'Assemblée Nationale indiquaient au Gouvernement que « si du fait d'une aggravation économique, le déficit (de l'AGS augmentait) [...] vous subiriez la pression du patronat et vous y céderiez [...] Vous utiliseriez alors l'arme que nous vous aurions donnée pour réviser par décret le plafond vers le bas ». Ils ont estimé que le mécanisme était « dangereux » et « porterait atteinte aux droits des travailleurs »¹⁰⁴⁴. Effectivement, le plafonnement de la garantie de l'AGS récompense la hausse de cotisation des entreprises à l'institution de garantie des salaires¹⁰⁴⁵.

En vérité, la réduction des plafonds si elle apparaît moins favorable aux salariés à court terme, elle est avantageuse à long terme car elle permet la survie du régime. Elle permet de limiter le déficit de l'institution de garantie¹⁰⁴⁶. La disparition du régime compromettrait définitivement la prise en charge des salaires en cas de défaillance de l'employeur. Cependant, la réduction des plafonds ne doit pas viser essentiellement les difficultés économiques des entreprises car le régime est fondé pour les finalités sociales. Le montant de la garantie est plafonné en

¹⁰⁴⁰ Débats parlementaires, Ass. tan., séance du 22 nov. 1973, *JO* 23 nov. 1973, p. 6254.

¹⁰⁴¹ J.-A. GAU, in Débats parlementaires, Ass. tan., séance du 15 déc. 1975, *JO* 16 déc. 1975, p. 9809.

¹⁰⁴² Débats parlementaires, préc., p. 9812.

¹⁰⁴³ S. DA ROCHA, *Le rôle de l'AGS dans l'indemnisation des salariés*, Mémoire Master II, Droit du travail, Lille II, p. 95.

¹⁰⁴⁴ Débats parlementaires, Ass. tan., préc., p. 9809.

¹⁰⁴⁵ Cf., « Les plafonds de la garantie des salaires AGS sont réduits », *Liaisons soc., Bref soc.* 30 juill. 2003, n° 13940, p. 1.

¹⁰⁴⁶ B. SOINNE, « L'AGS est-elle en faillite ? », *Rev. proc. coll.* 2003, n° 4, p. 292.

fonction de la procédure collective en cause¹⁰⁴⁷. Mais le plafonnement général de la garantie est accompagné d'autres plafonds spécifiques faisant partie du nouveau régime de limitation matérielle de la garantie.

122.- Plafonds spécifiques. Le plafonnement général qui est constitué de la triple limitation précitée est accompagné des plafonds spécifiques. Ces derniers sont déterminés à l'article L. 3253-8, 4° du Code du travail. Aux termes de cet article, l'assurance couvre « lorsque le tribunal prononce la liquidation judiciaire, dans la limite d'un montant maximal correspondant à un mois et demi de travail, les sommes dues au cours de la période d'observation¹⁰⁴⁸; au cours des quinze jours suivant le jugement de liquidation¹⁰⁴⁹; au cours du mois suivant le jugement de liquidation pour les représentants des salariés¹⁰⁵⁰; pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation¹⁰⁵¹». Il est énoncé à l'article D. 3253-1 du Code du travail que le montant maximal de garantie prévu au 4 ° de l'article L. 3253-8 est égal à « trois fois le plafond retenu par mois pour le calcul des cotisations de sécurité sociale pour un mois et demi de salaire et deux fois ce plafond, pour un mois de salaire »¹⁰⁵². En effet, les plafonds de la garantie sont réduits en cas de liquidation judiciaire. La liquidation judiciaire évoque la disparition de l'entreprise. La majorité des salariés attend le prix de vente de l'entreprise liquidée pour recouvrer les créances. L'AGS prend en charge non seulement les sommes dues à la date du jugement d'ouverture¹⁰⁵³, mais également les créances résultant de la rupture des contrats de travail¹⁰⁵⁴.

En dépit de l'intérêt que les salariés ont de l'AGS, la prise en charge de leurs créances encourage également la liquidation de l'entreprise. Or, la finalité de la garantie n'est pas de permettre la liquidation, mais la poursuite de l'activité qui sauve les emplois. La fonction liquidative de l'AGS doit être constatée. À cet effet, M. LANGLOIS remarque que ce risque ne correspond qu'au prix à payer pour une technique que l'équité exigeait afin que des

¹⁰⁴⁷ F. ROUSSELOT, « Procédures collectives et règlement des créances salariales », in *Les procédures collectives et salariés*, Colloque ENM/AFDT/INTEFP, du 7 décembre 2007 à Paris.

¹⁰⁴⁸ Il s'agit des créances postérieures au jugement d'ouverture qui sont nées régulièrement pour les besoins de la poursuite de l'activité qui bénéficient du privilège de la procédure dans le redressement judiciaire ou la procédure de sauvegarde.

¹⁰⁴⁹ Ainsi, les créances nées de la rupture du contrat de travail telle que prévue à l'article L. 3253-8, 2°, c du Code du travail sont concernées.

¹⁰⁵⁰ C. com., art. L. 621-4 et L. 631-9.

¹⁰⁵¹ Ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008, art. 167.

¹⁰⁵² V., Not., Cass. soc. 21 févr. 2007, *JCP S* 2007, n° 22, 1419, p. 34.

¹⁰⁵³ C. trav., art. L. 3253-8, al. 1.

¹⁰⁵⁴ C. trav., art. L. 3253-8, al. 2.

salariés ne fassent pas les frais des tentatives de maintien partiel d'activité en cas de liquidation¹⁰⁵⁵. Il peut simplement paraître regrettable qu'il soit accru avec le prononcé de liquidation d'office prévu à l'article 1^{er} du projet de loi de 1985. Si la limitation stricte du montant de la garantie est justifiée par l'objectif assigné à la liquidation judiciaire : l'apurement du passif. Elle doit être révisée. Dorénavant, l'objectif de la liquidation judiciaire ne se limite pas à l'apurement du passif. Elle concourt également au maintien de l'emploi par la cession d'activité¹⁰⁵⁶. Il convient cependant de préciser que la construction matérielle de la garantie de l'AGS est conforme au droit communautaire.

123.- Conception matérielle de la garantie et droit européen. Le droit européen permet la limitation du champ matériel de la garantie des salaires. Cette limitation évite la surcharge les institutions de garantie en cas de multiples demandes qui creusent leur déficit¹⁰⁵⁷. Ainsi, l'article 2, § 4, 2 de la directive n° 2002/74/CE prescrit que « la présente directive n'empêche pas les États membres d'étendre la protection des travailleurs salariés à d'autres situations d'insolvabilité, par exemple une situation de fait permanente de cessation de paiement, établie par la voie de procédures autres que celles mentionnées au § 1 qui sont prévues par le droit national. De telles procédures ne créent toutefois pas une obligation de garantie pour les institutions des autres États membres, dans les cas visés dans la section III bis »¹⁰⁵⁸. Le droit communautaire limite ainsi la portée de l'acceptation de ces procédures. En effet, l'AGS qui a été créée le 27 décembre 1973 est le deuxième mécanisme d'assurance des salaires en Europe. La loi du 26 juin 1966, a institué en Belgique, le Fonds des Fermeture d'entreprises (FFE), pour garantir les créances des salariés licenciés en cas de fermeture d'entreprises¹⁰⁵⁹. Ce fonds est géré par l'Office National de l'Emploi, qui est un service public fédéral. Toutefois, le régime de garantie des salaires français est le plus favorable aux salariés dans l'Union européenne. La diversité des mécanismes de garantie dans l'Union européenne peut donc poser des questions de communications des modalités de mise en œuvre de la garantie. Le

¹⁰⁵⁵ P. LANGLOIS, « Les créances salariales et la dynamique du redressement judiciaire », *Dr. soc.* 1987, p. 799.

¹⁰⁵⁶ Loi 26 juill. 2005.

¹⁰⁵⁷ CJCE, 10 juillet 1997, aff. C-373/95 : Rec., p. 4051.

¹⁰⁵⁸ Dir. n° 2002/74/CE, art. 2, § 1 : « Aux fins de la présente directive, un employeur est considéré comme se trouvant en état d'insolvabilité lorsque, a été demandée l'ouverture d'une procédure collective fondée sur l'insolvabilité de l'employeur, prévue par les dispositions législatives, réglementaires et administratives d'un État membre, qui entraîne le dessaisissement partiel ou total de cet employeur ainsi que la désignation d'un syndic, ou une personne exerçant une fonction similaire, et que l'autorité qui est compétente en vertu desdites dispositions a décidé l'ouverture de la procédure ; constaté la fermeture définitive de l'entreprise ou de l'établissement de l'employeur, ainsi que l'insuffisance de l'actif disponible pour justifier l'ouverture de la procédure ».

¹⁰⁵⁹ Loi du 26 juin 1966, relative à l'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises (*M. B.*, 2 juill. 1966, art. 34) ; Loi du 26 juin 2002, relative aux fermetures d'entreprises (*M. B.*, 9 août 2002).

droit communautaire invite les États qui fixent des plafonds de garantie¹⁰⁶⁰ à communiquer à la commission les méthodes de calcul mises en œuvre¹⁰⁶¹. La Délégation Unedic AGS a développé une politique d'échanges et de coopération technique renforcée avec les institutions de garanties des autres États membres de l'Union¹⁰⁶².

En pratique, les États membres peuvent renfermer la demande de paiement des créances garanties dans un délai précis sous peine de forclusion. S'il est prévu une telle mesure, elle doit être favorable à la mesure qui existe en droit interne. Du reste, la limitation de la demande de paiement dans le temps ne doit pas rendre impossible le droit pour le salarié de solliciter l'institution de garantie. Le droit communautaire doit être effectivement appliqué¹⁰⁶³. Les juges nationaux doivent, par conséquent, en cas de manquement faire droit à la demande du salarié¹⁰⁶⁴. En somme, la limitation matérielle de la garantie exprime l'idée de la garantie limitée de l'AGS¹⁰⁶⁵. Elle justifie également le maintien des privilèges de salaires, car les créances qui ne sont pas prises en charge par l'AGS sont protégées par les privilèges des salariés¹⁰⁶⁶. Le plafonnement explique aussi que l'obligation de couverture de l'AGS n'est que subsidiaire¹⁰⁶⁷ et l'entreprise – employeur – reste le débiteur principal¹⁰⁶⁸. Il lui incombe de régler les créances qui excèdent les plafonds de la couverture de l'institution de garantie des salaires¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁰ Dir. n° 80/987, art. 4, § 3, alinéa 1.

¹⁰⁶¹ Dir. n° 80/987, art. 4 § 3, al. 2 ; CJCE, 16 juillet 1998, aff. C-235/95 : *Rec. CJCE*, 4531.

¹⁰⁶² À l'instar de l'Espagne ; In *Rapport d'activité de la Délégation Unedic AGS 2010*, p. 32.

¹⁰⁶³ CJCE, 18 sept. 2003, Plücke, aff. C-125/01, *Rec.*, p. 9375.

¹⁰⁶⁴ CJCE, 18 septembre 2003, aff. C-125/01, préc.

¹⁰⁶⁵ v., Cass. soc. 9 févr. 1994, *D.* 1994, p. 301, note B. Chauvet ; *JCP E* 1997, n° 50, p. 462

¹⁰⁶⁶ Cf., C. SAINT-ALARY-HOUIN, « L'efficacité des sûretés garantissant les créances salariales », *Dr. soc.* 1987, p. 842.

¹⁰⁶⁷ Cf., *infra*, n° 242 et s.

¹⁰⁶⁸ Cf., C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., p. 639.

¹⁰⁶⁹ Cass. soc. 7 oct. 1998, *JCP G* 1998, I, 103, p. 74, note P. P.

Conclusion du chapitre 2

La garantie des salaires et les privilèges de salaires ont un objectif commun de règlement effectif des créances des salariés. En effet, l'efficacité de l'assurance garantie est liée à la corrélation adéquate entre la nature des créances garanties et le périmètre matériel de cette garantie. Désormais, la créance salariale pour qu'elle soit garantie doit être fixée dans son montant. En pratique, l'assurance du risque de non-paiement des salaires a connu une évolution extraordinaire qui a complètement modifié à la fois ses fonctions et la situation des salariés. Il a été institué des dispositions spécifiques pour décourager et sanctionner les manœuvres frauduleuses. De la conception prétorienne d'origine qui limitait l'application du plafond treize qu'aux créances résultant des dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles, on est passé au plafonnement de fait qui tient compte de la particularité de certaines situations. La volonté contractuelle n'est plus un obstacle à l'application du plafond le plus élevé favorable. Toutefois, l'intention fraternelle qui a inspiré le législateur du 27 décembre 1973, voudrait que le plafonnement de la garantie soit supprimé, mais cela ne risque pas d'arriver, car le déplafonnement de la garantie entraînerait impérativement la disparition de l'institution de garantie ou le transfert de la charge de la garantie à l'État et aux salariés. Or, l'État est souvent hostile au financement de ce genre de prestations. En somme, le plafonnement du champ matériel de la garantie concourt à la stabilité de l'équilibre financier de l'institution de garantie.

Conclusion du titre 1

La nature juridique de la garantie des salaires ne peut être la même que celle des privilèges des salariés. Ces derniers sont assis sur le patrimoine de l'employeur, alors que la garantie de l'AGS est une garantie assurantielle mutualisée. L'assise des privilèges sur le patrimoine les rend inefficace dès lors que l'entreprise en défaillance n'a pas d'actifs disponibles suffisants. Par conséquent, le bénéfice des mécanismes de protection de droit commun qui donnent aux salariés le droit de préférence sont dérisoires. Néanmoins, l'élargissement de l'obligation de paiement des salaires aux associés des sociétés civiles et commerciales à responsabilité illimitée et l'extension du patrimoine de l'entreprise en défaillance par l'extension de la procédure collective en raison de la confusion des patrimoines et de fictivité des sociétés peuvent véritablement enrichir les actifs nécessaires au paiement des salaires. Il faut encore que le législateur réduise le droit de revendication et de restitution des biens de certains propriétaires dès lors que l'entreprise est mise en procédure collective.

Par ailleurs, si le rang occupé par les salariés dans l'exercice de leur droit de préférence est confortable sur les biens immobiliers¹⁰⁷⁰, il reste très faible sur les biens mobiliers¹⁰⁷¹. Il existe même un conflit de rang entre les créances salariales privilégiées, superprivilégiées et celles du privilège de la procédure¹⁰⁷². Et cela, en dépit du fait que la primauté des créances salariales de la procédure sur les créances du privilège général en cas de concours et de celles du superprivilège sur le privilège du droit commercial¹⁰⁷³ rentre dans la nouvelle conception des procédures collectives. Par conséquent, la garantie de l'AGS est un mécanisme original qui apporte aux salariés l'assurance du paiement de leurs créances. Ainsi, les salariés ne subissent pas les effets désastreux des difficultés que connaît l'entreprise dans leur vie personnelle : le logement, le soutien financier à leur famille ... sont de ce fait conservés.

En outre, la limitation matérielle la garantie de l'AGS et des montants des privilèges de salaires est dans la ligne directrice de la « finalité alimentaire minimale » de ces techniques. Elle permet aussi de maintenir l'équilibre financier de l'institution de garantie des salaires et les charges des entreprises. Il faut en revanche limiter la finalité de sauvetage de l'entreprise, car si cette finalité est mise en avant, la justification de la mise en place de l'AGS est

¹⁰⁷⁰ C. civ., art. 2375, 2°.

¹⁰⁷¹ C. civ., art. 2331, 4°.

¹⁰⁷² C. com., art. L. 622-17.

¹⁰⁷³ P. SIMLER, P. DELEBECQUE, *Les sûretés. La publicité foncière*, 5^e éd., Dalloz, 2009, p. 686.

dénaturée. L'AGS doit avoir pour unique mission d'assurer les créances des salariés. Peu important que les effets de cette garantie retombent favorablement sur le sauvetage de l'entreprise. Mais il ne faut pas que la finalité sociale de l'AGS soit transformée purement et simplement en finalité économique favorable à l'entreprise. Sinon, il faut changer les principes qui gouvernent ce mécanisme. Il a déjà constaté que la garantie impérative de l'AGS déresponsabilise les employeurs qui cherchent à se soustraire délibérément à leurs obligations de paiement des créances salariales. Il faut revenir également sur le fait que les employeurs conscients de l'obligation de garantie de l'AGS rompent prématurément le contrat de travail afin que la créance qui en résulte soit garantie. Ainsi, la nature de la garantie des salaires n'est pas la même que celle des privilèges de droit commun. Est-ce dire que la garantie des salaires emprunte sa nature au modèle de sécurité sociale ?

Titre 2 : Les rapports de la garantie de l'AGS et de la sécurité sociale

124.- Attraction du modèle de sécurité sociale. La loi du 27 décembre 1973 qui consacre la garantie des salaires contre le risque de non-paiement de l'employeur n'a pas défini précisément sa nature juridique. Mais la doctrine lui a donné diverses qualifications. Certains auteurs avancent qu'il s'agit d'une « assurance ... »¹⁰⁷⁴, alors que d'autres estiment qu'il s'agit ou peut s'agir d'une « Sécurité sociale des salaires »¹⁰⁷⁵. Le Code du travail emploie d'une part, de manière éparpillée, le terme d'« assurance »¹⁰⁷⁶, et d'autre part, les articles D. 3253-1 et D. 3253-2 du Code du travail déterminent « le plafond mensuel prévu à l'article L. 3253-2 » par rapport au « plafond retenu par mois pour le calcul des cotisations de sécurité sociale ». Pour ne s'intéresser qu'à la nature de sécurité sociale supposée, il convient de se demander si ces éléments suffisent pour affirmer que la garantie de l'AGS a été créée à l'image de la sécurité sociale ? La réponse à cette question suppose l'examen des rapprochements et des distances qu'entretient la nature de la *garantie des salaires* qui est un mécanisme qui protège contre l'insolvabilité de l'employeur avec le *modèle de la sécurité sociale*¹⁰⁷⁷, la référence des techniques de protection sociale¹⁰⁷⁸, qui protège contre les *risques sociaux*¹⁰⁷⁹.

Il est cependant difficile, dans le cadre de cette étude, d'appréhender isolément la nature de la garantie des salaires dans ses rapports avec la sécurité sociale sans s'interroger sur leurs régimes juridiques car il existe des entremêlements entre natures et régimes. En effet, la nature juridique de la garantie des salaires est analogue à celle de la sécurité sociale parce qu'elles sont toutes les deux des assurances obligatoires qui exigent des cotisations pour l'acquisition des droits, même si elles sont fondées sur la logique de solidarité. Cette solidarité tempère l'obligation de cotiser.

¹⁰⁷⁴ Cf., J. TILLHET-PRETNAR, « Un aspect nouveau du salaire, l'assurance des salaires », in *Mélanges Camerlynck*, p. 167 ; J.-M. VERDIER, A. COEURET, M.-A. SOURIAU, *Droit du travail, Rapports individuels*, vol. 2, 16^e éd., Dalloz, coll. « Mémentos », 2011, p. 128 et s. ; J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012, pp. 924 et s. ; A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Litec, coll. « Manuel », 2011, p. 649.

¹⁰⁷⁵ F. DERRIDA, « Vers la sécurité sociale des salaires ? », *D.* 1974, chron. XXV, p. 119 ; C. RADÉ, « Vers la sécurité sociale des salaires ? », *Lexbase Hebdo - éd. soc.*, 12 sept. 2002, n° 38 ; A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., p. 649.

¹⁰⁷⁶ Notamment aux articles L. 3253-8, L. 3253-13, L. 3253-14 et L. 3253-18.

¹⁰⁷⁷ P. DURAND, *La politique contemporaine de Sécurité sociale*, préf. X. Prétot, rééd., Dalloz, 2005, p. 12-24.

¹⁰⁷⁸ Cf., A. SUPIOT, « La place de la sécurité sociale dans le système des normes internationales du travail », *Sem. soc. Lamy*, n° 1272, suppl., p. 7 ; E. REYNAUD, « La sécurité sociale pour tous : état des lieux et défis au plan mondial », *adde*, p. 13 .

¹⁰⁷⁹ Cf., P. DURAND, *La politique contemporaine de Sécurité sociale*, préf. X. Prétot, rééd., Dalloz, 2005, p. 14.

Par ailleurs, les mécanismes de la garantie des salaires et de sécurité sociale ont été européanisés. Ainsi, la directive n° 80/987/CEE du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des États membres relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, a imposé la mise en place des institutions de garantie des créances impayées par l'employeur en état d'insolvabilité¹⁰⁸⁰. Cette directive a été modifiée plusieurs fois et transposée en droit français. De son côté, le règlement (CEE) n° 1408/71, du Conseil du 14 juin 1971, relatif à la coordination des systèmes de sécurité sociale qui a été lui aussi remanié maintes fois¹⁰⁸¹, règle des conflits de lois en matière de prestations sociales et favorise notamment l'égalité de traitement, le cumul des périodes d'assurances et la portabilité des droits sociaux à l'intérieur de l'Union.

Toutefois, la garantie des salaires n'est pas une assurance relevant de la sécurité sociale, car son régime ne correspond pas exactement à celui de la sécurité sociale. En effet, si la garantie de l'AGS et la sécurité sociale (l'étude va s'appuyer particulièrement sur le régime général qui intéresse largement les salariés) concourent à la garantie de la sécurité économique des bénéficiaires, elles ne couvrent pas le même cercle des bénéficiaires. La sécurité sociale étant construite sur une conception qui tend vers l'universalité – même si elle est encore inachevée – verse les prestations à la fois aux salariés et inactifs, alors que la garantie de l'AGS est consacrée uniquement pour les salariés. En outre, les risques qu'elles couvrent ne sont pas identiques et ne produisent pas le même effet sur le contrat de travail.

En réalité, si la garantie était qualifiée de sécurité sociale des salaires, elle pourrait avoir des conséquences importantes, notamment celle susceptible d'exiger aux salariés des cotisations comme dans l'assurance maladie ou maternité. La soumission de la garantie de l'AGS à la cotisation des salariés s'éloigne manifestement de l'idée de solidarité entre employeurs sur laquelle s'était appuyée la loi du 27 décembre 1973. Ainsi, le mécanisme collectif de garantie créé par cette loi a une nature qui présente une connexité étroite avec celle de la sécurité sociale (Chapitre 1). Cette connexité reste cependant limitée en ce qui concerne leurs régimes juridiques (Chapitre 2).

¹⁰⁸⁰ Cf., Dir. n° 2008/94/CE, du 22 oct. 2008, art. 3.

¹⁰⁸¹ Notamment par le dernier règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avr. 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

Chapitre 1 : La connexité des natures juridiques

125.- Obligation de cotiser et corrections. La garantie des salaires et la sécurité sociale ont des natures juridiques connexes. La connexité de ces natures résulte du caractère d'assurances obligatoires des mécanismes. En effet, les personnes travaillant et résidant en France, doivent obligatoirement s'affilier à ces mécanismes¹⁰⁸². Par conséquent, elles sont tenues de cotiser pour financer les mécanismes. En principe, toute personne qui travaille ou réside en France, est présumée, assujettie à la sécurité sociale. De même, la personne qui implante son entreprise en France, est obligatoirement soumise à la sécurité sociale française. Toutefois, l'obligation de cotiser ne s'applique pas de la même manière dans le mécanisme de la garantie des salaires et dans la sécurité sociale. L'obligation de cotiser n'incombe qu'à l'employeur en ce qui concerne la garantie des salaires, alors que les cotisations sociales sont souvent *partagées* entre l'employeur et le salarié. Il existe toutefois des risques sociaux auxquels l'obligation de cotiser, n'incombe qu'à l'employeur. C'est le cas des accidents du travail et des maladies professionnelles. Par conséquent, le défaut de cotisation est sanctionné

En réalité, l'obligation de cotiser devrait engendrer la détermination de la prestation du salarié en fonction du montant de la cotisation. Le législateur n'a pas retenu ce mode d'indemnisation qui est réservée aux assurances privées. Ainsi, la garantie des salaires et la sécurité sociale sont fondées sur le principe de solidarité. La logique de solidarité permet, d'une part, de ne pas déterminer le plafond des créances garanties ou le montant des prestations sociales en fonction du montant de la contribution. D'autre part, elle permet aux personnes qui n'ont pas cotisé de bénéficier des droits sociaux ou, les créances des salariés prises en charge par l'AGS, même si l'employeur n'a pas cotisé. La conception de redistribution permet à la collectivité nationale ou patronale de garantir les membres qui n'ont pas de ressources pour se couvrir.

126.- Garantie des salaires et sécurité sociale dans l'Union européenne. Le mécanisme de garantie de l'AGS a trouvé un écho dans l'Union européenne. Le législateur européen s'est emparé de la question des garanties financières de substitution en cas d'insolvabilité de l'employeur. Il exige aux États membres de mettre en place des mécanismes de garantie des

¹⁰⁸² Pour la garantie des salaires, v., C. trav., art. L. 3253-6 et pour la sécurité sociale, v., CSS, art. . 311-2 et L. 411-1.

créances des salariés¹⁰⁸³. Les politiques sociales européennes étant encore balbutiantes, il se pose la question de savoir si l'harmonisation des mécanismes de garantie des créances salariales laisse-t-elle entrevoir une sécurité sociale européenne ? Or, le droit européen coordonne les systèmes de sécurité sociale. Cette coordination ne vaut-elle pas une harmonisation ? Pour répondre à ces questions, il importe de préciser, d'une part, que la garantie des créances des salariés et la sécurité sociale sont des assurances obligatoires (Section 1). D'autre part, l'obligation de prendre en charge les créances des salariés et les prestations de sécurité sociale n'a pas été prévu seulement par le droit français, les dispositions communautaires ont européenisé, la couverture des créances salariales et des risques sociaux (Section 2).

Section 1 : Des assurances obligatoires

127.- Assujettissement impératif et principes correctifs. La garantie des salaires¹⁰⁸⁴ et la sécurité sociale¹⁰⁸⁵ ont des natures connexes parce qu'elles sont toutes les deux des assurances obligatoires. Le caractère obligatoire de ces assurances qui induit l'assujettissement obligatoire est la source de l'efficacité de ces mécanismes, car il permet d'apporter indiscutablement les ressources nécessaires à la finalité recherchée. La personne qui rentre dans le champ de la sécurité sociale ou de la garantie des créances des salariés ne peut se soustraire de ce mécanisme pour adhérer à une assurance privée. Il convient de rappeler que la sécurité sociale a été créée parce que les assurances privées, la prévoyance individuelle et les règles de droit commun de la responsabilité n'apportent pas entière satisfaction à certains risques de la société¹⁰⁸⁶, notamment ceux auxquels sont victimes les salariés. Les mesures volontaires sont inefficaces car elles ne s'accompagnent pas toujours des sanctions appropriées.

Toutefois, l'assujettissement obligatoire à la garantie des salaires et à la sécurité sociale soulève quelques difficultés. En effet, le caractère obligatoire des cotisations supposerait que le bénéfice de la protection soit lié à la satisfaction du versement des cotisations afférentes au

¹⁰⁸³ Dir. n° 2002/74/CE, art. 8 bis.

¹⁰⁸⁴ C. trav., art. L. 3253-6.

¹⁰⁸⁵ CSS, art. L. 311-2 ; D. BLANCHET, « La référence assurantielle en matière de protection sociale : apports et limites », *Économie et statistique* 1996, n° 291-292, p. 33.

¹⁰⁸⁶ P. DURAND, *La politique contemporaine de la sécurité sociale*, préc., p. 27 et s.

financement du mécanisme. La personne qui ne satisfait pas à cette obligation serait exclue du cercle des bénéficiaires de la garantie. Le législateur a trouvé une parade permettant d'accorder le bénéfice de la garantie des salaires et des prestations de la sécurité sociale en se fondant sur le principe de la solidarité¹⁰⁸⁷. Ainsi, la garantie de l'AGS et la sécurité sociale sont des mécanismes de solidarité qui attribuent, pour la première, au salarié de bénéfice de l'indemnisation même si l'employeur défaillant n'a pas satisfait son obligation de cotisation, pour la seconde, le bénéfice des prestations sociales peut être accordé à des personnes non cotisantes. En somme, le principe de la solidarité vient atténuer le caractère irrésistible de l'obligation de cotiser. Á cet égard, il est important d'analyser, d'une part, l'assujettissement impératif aux mécanismes de garantie des salaires et de la sécurité sociale (§ 1), et d'autre part, l'empreinte de la solidarité (§ 2).

Paragraphe 1 : Un assujettissement légal impératif

128.- Une obligation commune de cotiser. Le rapprochement de la nature juridique de la garantie des salaires et de la sécurité sociale est, *a priori*, caractérisé par l'obligation commune de payer des cotisations nécessaires à leur financement. Cependant, l'assujettissement obligatoire à l'assurance, qui est l'une des conditions d'application de la garantie des créances des salariés¹⁰⁸⁸, est limité aux employeurs, alors que le mécanisme de la sécurité sociale impose souvent la cotisation à l'employeur et au salarié (A). Le défaut de paiement des cotisations mérite des sanctions (B).

A. L'obligation de cotiser à l'AGS

129.- Charge exclusive de l'employeur. Le financement de l'assurance garantie des créances salariales incombe exclusivement à l'employeur¹⁰⁸⁹. La charge de l'obligation de cotisation

¹⁰⁸⁷ Pour la garantie de l'AGS, cf., C. trav., art. L. 3253-7 et pour la sécurité sociale, cf., CSS, art. L. 111-1 et s.

¹⁰⁸⁸ F. DERRIDA, « Vers la sécurité sociale des salaires ? », *D.* 1974, chron. XXV, p. 121.

¹⁰⁸⁹ A. CHARBIN, « La situation des salariés dans l'entreprise en difficulté », *RJS* 1999, p. 743 ; B. SOINNE, « Á propos de la notion de fonds disponibles », *Rev. proc. coll.* 2001, p. 159 ; P. MORVAN, « Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté », *JCP E* 2005, n° 42, 1511 ; R. VATINET, « Le volet social de la loi de sauvegarde des entreprises précisé par son décret d'application », *JCP S* 2006, et 1205, p. 9 ; F. TAQUET, « Aperçu rapide des modifications en matière sociale résultant de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2009/1, p. 96 ; B. SAINTOURENS, P. DUPRAT, « Les droits des salariés dans l'ordonnance du 18 décembre portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.* 8-10 mars 2009, n° sp. p. 40.

lui échoit car, c'est lui le titulaire du pouvoir de gestion dans l'entreprise. Les cotisations des employeurs qui financent le mécanisme de garantie des salaires sont assises sur les rémunérations servant de base au calcul des contributions au régime d'assurance-chômage »¹⁰⁹⁰. D'une part, le salarié n'a pas à supporter les fautes de gestion attachées à son pouvoir de gestion qui le met d'ailleurs sous sa subordination. D'autre part, le salarié n'est pas un associé pour supporter les pertes de la société¹⁰⁹¹ car il ne participe pas, en réalité, à la distribution de l'économie de celle-ci, même s'il est reconnu désormais qu'il a droit à la participation et à l'intéressement. En pratique, le champ des employeurs débiteurs de l'obligation de cotisation a évolué. En effet, la loi du 27 décembre 1973, avait délimité le cercle des employeurs assujettis à l'assurance garantie des salaires à « tout employeur ayant la qualité de commerçant ou de personne morale de droit privé même non commerçante... »¹⁰⁹². Elle visait principalement les personnes qui exercent des actes de commerce et en font leur activité professionnelle habituelle¹⁰⁹³ et les personnes morales de droit privé qui embauchaient un salarié, lui donnaient les directives et sanctionnaient les manquements¹⁰⁹⁴. Il a été souligné par un auteur que toutes les personnes morales de droit privé étaient assujetties parce que la solidarité interprofessionnelle, qui est à la base du nouveau mécanisme, impose la solution¹⁰⁹⁵ dès lors qu'elles étaient soumises à la procédure collective¹⁰⁹⁶. Cette obligation d'assurance

¹⁰⁹⁰ C. trav., art. L. 3253-18.

¹⁰⁹¹ V., C. civ. art. 1832 ; J. TERRAY, « Distinction société et entreprise », in *La société : une tradition bien vivante*, JCP 1984, I, 3154 ; J. DERRUPPÉ, « La qualité d'associé : cas de l'usufruitier de parts ou actions », *Deffrénois* 1994, p. 1137 ; V. WESTER-OUISSE, « Dérives anthropomorphiques de la personnalité morale : ascendances et influences », JCP G 2009, I, 137.

¹⁰⁹² Loi du 27 déc. 1973, art. 1^{er}.

¹⁰⁹³ C. com., art. L. 121-1 : « Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle » ; Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et Sociétés*, Economica, 2003, pp. 35 et s. ; P. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 10^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2005 ; Y. REINHARD, S. THOMASSET-PIERRE, *Droit commercial*, 7^e éd., Litec, coll. « Manuel », 2008, pp. 281 et s.

¹⁰⁹⁴ J. SAVATIER, *Études offertes à A. Brun*, 1974, p. 530 ; I. VACARIE, « Groupes de sociétés et relations individuelles de travail », *Dr. soc.* 1975, p. 23 ; B. GAURIAU, « L'employeur doit répondre des agissements des personnes qui exercent, de fait ou de droit, une autorité sur les salariés. Recherche d'un fondement juridique », *Dr. soc.* 2001, n° 11, p. 921, note sous Cass. soc. 10 mai 2001, n° 99-40.059, Sté Repass'Net c/ Mme Bouet ; D. BENTOLILA, « Qualité d'employeur d'un agent public », *Collectivités Territoriales Intercommunalité*, 1 mars 2005, n° 3, p. 21 ; P. LOKIEC, S. ROBIN-OLIVIER, « Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi », *RDT* 2006, p. 48 ; F. JAULT-SESEKE, « Délocalisation d'activité et détermination de l'employeur dans un groupe de sociétés », note sous Cass. soc. 19 juin 2007, Mme X, n° 05-42.551 et n° 05-42.570 (328 salariés), *RDT* 2007, p. 543 ; C. WILLMANN, « Les associations de service à la personne n'ont pas la qualité d'employeur », note sous Cass. soc. 11 mars 2008, Ass. Avenir rural c/ Potdevin, n° 06-45.155, *JCP E* 2008, p. 39 ; B. LARDY-PELISSIER, « L'UES ne peut avoir la qualité d'employeur », note sous Cass. soc. 16 déc. 2008, n° 07-43.875, *RDT* 2009, p. 228 ; H. TISSANDIER, « Modification de la situation de l'employeur. Transfert d'entreprise et groupe de sociétés : la reconnaissance de l'employeur non contractuel », note sous CJUE, 21 oct. 2010, aff. C-242/09, Albron Catering BV, *RDT* 2011, p. 35.

¹⁰⁹⁵ F. DERRIDA, « Vers la sécurité sociale des salaires ? », préc., p. 122.

¹⁰⁹⁶ F. SARAMITO, « L'assurance insolvabilité des employeurs en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens », *Dr. ouvr.* 1975, p. 435.

des salaires s'appliquant aux personnes morales indifféremment de la qualité de commerçant a posé de difficultés. Ainsi, une caisse d'allocations familiales a été assujettie à cette obligation au motif que « l'article 1^{er} de la loi du 27 décembre 1973, vise tout commerçant et toute personne morale de droit privé sans faire aucune distinction entre les personnes morales de droit privé, qu'elles soient ou non à but lucratif, qu'elles gèrent ou non un service public »¹⁰⁹⁷. Cette solution a été également appliquée à la Caisse de Compensation de l'Organisation Autonome Nationale de l'Industrie et du Commerce (O.R.G.A.N.I.C) car le fait que la personne morale puisse faire l'objet d'une procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens est moins important¹⁰⁹⁸, alors que les CPAM ont été exclues du champ de l'obligation d'assurance des salaires, par un tribunal, pour défaut de « l'éventualité d'un règlement judiciaire, donc du risque de non-paiement des salaires »¹⁰⁹⁹.

Mais la Cour de cassation a tranché que « la loi ne fait aucune distinction entre les personnes morales de droit privé selon qu'elles ont ou non un but lucratif ou qu'elles gèrent ou non un service public »¹¹⁰⁰. Par conséquent, l'obligation d'assurance des salaires s'applique aux Caisses d'allocations familiales, aux Caisses primaires d'assurance maladie¹¹⁰¹ et à l'URSSAF¹¹⁰². La prise en charge de créances salariales se fonde sur le principe de solidarité professionnelle et interprofessionnelle. Il a été observé par un auteur que la jurisprudence a étendu le champ d'application de la garantie des salaires au-delà des frontières fixées par la loi 27 décembre 1973¹¹⁰³. Elle étend « au maximum le périmètre de l'assujettissement »¹¹⁰⁴ afin de favoriser les salariés. Il a été opéré le passage d'une conception stricte de la soumission à l'assurance garantie des créances des salariés à une conception large qui prend en compte le principe de solidarité interprofessionnelle des employeurs. Le législateur a suivi le mouvement d'extension engagé par le juge dans la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

¹⁰⁹⁷ Not., TI Guéret, 8 oct. 1975, *Dr. soc.* 1978, n° 2, p. 122.

¹⁰⁹⁸ CA Paris, 27 janv. 1977, *Dr. soc.* 1978, n° 2, p. 123.

¹⁰⁹⁹ TI Guéret, 22 juin 1976, *Dr. soc.* 1978, n° 2, p. 124.

¹¹⁰⁰ Cass. soc. 12 janv. 1978 (2 esp.), *Dr. soc.* 1979, n° 1, p. 30 ; 1^{er} juin 1978, *Dr. soc.* 1979, n° 1, p. 32.

¹¹⁰¹ Cass. soc. 12 janv. 1978, *Dr. soc.* 1979, 30.

¹¹⁰² Cass. soc. 21 avr. 1988, *Bull. civ.* V, n° 245.

¹¹⁰³ G. DOMINGO, *Le régime de l'assurance garantie des créances salariales*, thèse Droit, Strasbourg 3, 1982, p. 30.

¹¹⁰⁴ P. PETEL, « Le sort des contrats de travail et des créances de salaire dans l'entreprise en redressement ou liquidation judiciaire », *JCP E* 1992, n° 50, p. 557.

130.- Une obligation amplifiée. L'extension du champ de l'obligation de cotiser à l'AGS a été clairement affirmée dans la loi. En effet, la loi du 25 janvier 1985¹¹⁰⁵ relative au règlement judiciaire et à la liquidation judiciaire a étendu l'obligation d'assurance des salaires aux artisans¹¹⁰⁶ et celle n° 88-1202 du 30 décembre 1988 aux agriculteurs¹¹⁰⁷ personnes physiques. Ainsi, l'obligation d'assurance des salaires s'applique à « tout employeur ayant la qualité de commerçant ou d'artisan ou de personne morale de droit privé... »¹¹⁰⁸. Par conséquent, la loi du 25 janvier 1985 s'applique aux sociétés anonymes qui « ont la qualité de personne morale de droit privé »¹¹⁰⁹. Ces employeurs sont tenus de verser une cotisation déterminée¹¹¹⁰ afin d'assurer leur insolvabilité¹¹¹¹. La jurisprudence trouve, en pratique, de voies pour opérer des revirements en matière d'assujettissement à la cotisation de l'AGS dans les situations que le législateur n'a pas explicitement intégrées. La doctrine a largement admis qu'« au nom du principe de solidarité qui fonde ces régimes d'assurance, il apparaît nécessaire de contraindre les entreprises à cotiser même si leurs salariés ne bénéficient pas effectivement des allocations versées par l'AGS »¹¹¹². Cette dernière est une « institution qui dépasse la simple technique de l'assurance et répond à un souci de solidarité »¹¹¹³. Cependant, la loi du 25 janvier 1985 n'a pas étendu le champ de l'assujettissement à la garantie de l'AGS aux entreprises qui ne sont pas en cessation des paiements, d'une part, et aux professions libérales indépendantes à titre individuel¹¹¹⁴, d'autre part.

En revanche, l'agent général d'assurance est soumis à l'obligation de cotiser, dès lors que le caractère principal ou accessoire d'une activité commerciale n'est pas distingué¹¹¹⁵, aux

¹¹⁰⁵ Cette loi a été codifiée dans le Code de commerce par l'ordonnance n° 2000-912 du 23 sept. 2003.

¹¹⁰⁶ Loi du 25 janv. 1985, art. 133. Il convient de noter que l'artisan est un travailleur indépendant qui exerce un métier manuel, seul ou assisté de sa famille et d'un nombre limité d'ouvriers ou d'apprentis.

¹¹⁰⁷ Loi n° 88-1202 du 30 déc. 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social, *JO*, n° 305 du 31 déc. 1988, p. 16741. Il faut signaler que l'agriculteur est une personne travaillant sur un fonds rural et se livrant à une activité professionnelle de culture ou d'élevage.

¹¹⁰⁸ C. trav., art. L. 143-11-1, anc.

¹¹⁰⁹ C. RADÉ, note sous Cass. soc. 29 févr. 2000, *Dr. soc.* 2000, n° 5, p. 560.

¹¹¹⁰ R. CAILLE, rapporteur, in *Débats parlementaires*, Ass. Nat., séance du 21 nov. 1973, *JO* 22 nov. 1973, p. 6213 ; G. GORSE, Ministre du travail, de l'emploi et de la population, in *Débats parlementaires*, Ass. Nat., séance du 21 nov. 1973, *JO* du 22 nov. 1973, p. 6214 ; L. BESSON, in *Débats parlementaires*, Ass. Nat., séance du 22 nov. 1973, *JO* du 23 nov. 1973, p. 6242 ; P. PETEL, préc., p. 558.

¹¹¹¹ R. LAMORIL, *La garantie du paiement des salaires en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens de l'employeur*, thèse droit privé, Lille II, 1977, p. 46.

¹¹¹² G. COUTURIER, G. LYON-CAEN, J. PELISSIER, A. SUPIOT, C. RADÉ, note sous Cass. soc. 29 févr. 2000, *Dr. soc.* 2000, n° 5, p. 562.

¹¹¹³ J. TILLHET-PRETNAR, « L'assurance garantie des salaires : un régime qui a trouvé son équilibre », *Dr. soc.* 1981, n° 2, p. 151.

¹¹¹⁴ Cass. soc. 26 mars 2007, n° 05-41.287.

¹¹¹⁵ L'activité de courtier d'assurances lui confère la qualité de commerçant : Cass. soc. 3 nov. 1977, *Bull. civ.* V, n° 583 ; *D.* 1978, IR, 42.

sociétés civiles professionnelles d'huissiers en dépit du régime d'assurance particulier dont elles sont soumises¹¹¹⁶. La Cour de cassation a décidé que la société « Télévision du savoir » qui était soumise à la réglementation des sociétés anonymes est tenue de cotiser au régime d'assurance garantie¹¹¹⁷. La qualité d'employeur n'est, cependant, pas toujours suffisante pour être assujéti à l'obligation de cotiser. Ainsi, en dépit de la qualité d'employeurs, les syndicats de copropriétaires¹¹¹⁸, les employeurs de gens de maison, les agents d'assurances¹¹¹⁹ et, les personnes physiques qui n'ont pas la qualité de commerçants¹¹²⁰ restent écartés du champ de l'affiliation obligatoire de la garantie des salaires. Or, l'élargissement du champ des débiteurs de la dette de cotisation étend, par ricochet, les capacités de l'institution de garantie, à prendre en charge les créances des salariés. Au total, la réforme du 26 juillet 2005, relative à la sauvegarde des entreprises, a fini par imposer l'obligation de cotisation à l'AGS aux professions libérales indépendantes.

131.- Intégration des professionnels individuels indépendants. L'obligation de cotiser a déjà été imposée aux sociétés des professionnels libéraux. Ces sociétés sont des personnes morales de droit privé susceptibles d'être placées en procédure collective¹¹²¹. Mais la loi du 25 janvier 1985, qui a réformé le droit des procédures collectives avait oublié de soumettre les professionnels libéraux indépendants aux procédures d'insolvabilité. Ils ont échappé à l'obligation de cotiser à l'AGS, mais cette échappée, a eu pour conséquence d'exclure leurs salariés du champ de la garantie des salaires. Dans cette perspective, la Cour administrative d'appel de Marseille¹¹²², a exclu du champ de la garantie des salaires, les salariés d'un agent de recherches privées coutumièrement appelé « détective privé » parce que la loi du 25 janvier 1985, n'avait pas étendu la garantie aux professionnels libéraux qui exercent leur activité à

¹¹¹⁶ Loi du 25 juin 1973 ; Cass. soc. 7 nov. 1990, *RJS* 12/90, n° 973.

¹¹¹⁷ Cass. soc. 29 févr. 2000, *Bull. civ.* V, n° 78 ; *RJS* 4/00, n° 413 ; *Dr. soc.* 2000, 560, obs. Ch. Radé ; *Dr. soc.* 2001, 149, chron. Hatoux ; CA Lyon, 6e ch., 5 mars 2003, R. G. n° 02/00978, *BICC* 579 du 15 juin 2003, 737 (GIAT industrie) ; 7 sept. 2004, *Bull. civ.* V, n° 224 ; *Dr. soc.* 2004, 1033, obs. Ch. Radé (France Télécom).

¹¹¹⁸ C. com., Livre VI, relatif aux difficultés des entreprises ; Loi n° 94-624 du 24 juill. 1994 sur l'habitat ; Instr. UNEDIC n° 96-11 du 21 févr. 1996, *JCP E* 1996. Pan. 338 ; Loi n° 2009-526, 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures qui a ratifiée par l'Ord. n° 2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté ; C. REGNAULT-MOUTIER, « Le traitement des difficultés des syndicats de copropriétaires », *Act. proc. coll.* 2009, n° 171 ; *Rev. proc. coll.* 2010, étude 12, p. 18.

¹¹¹⁹ Dans certaines hypothèses.

¹¹²⁰ Cass. soc. 27 févr. 1985, *Bull. civ.* V, n° 121.

¹¹²¹ Cass. Req. 8 août 1949, *DP*. 1849, p. 207 ; Cass. com. 2 févr. 1970, *D.* 1970, p. 430, *JCP G* 1970, II, n° 16313, note J. A., *RTD com.* 1970, p. 493, obs. R. Houin.

¹¹²² CAA Marseille, 21 févr. 2011, (2 esp.), n° 09MA00706, M. B et n° 09M00892 ; Cf., V. ALLEGERT, « Les droits des salariés et le droit européen des procédures d'insolvabilité », *JCP S* 2007, n° 1342 ; S. DELIANCOURT, « L'État est-il responsable à l'égard des salariés dont l'employeur est insolvable du fait de l'absence de mécanisme légal de garantie des salaires ? », *LPA* 2011, n° 217-218, p. 4 et s.

titre individuel. Mais la loi du 26 juillet 2005¹¹²³ a étendu l'application des procédures collectives aux professions libérales¹¹²⁴ qui exercent à titre individuel¹¹²⁵. En conséquence, les professionnels libéraux exerçant à titre individuel¹¹²⁶ sont dorénavant soumis à l'article L. 3253-6 du Code du travail. Toutefois, les associés d'une société d'exercice libéral ou d'une société civile professionnelle ne peuvent pas se prévaloir de la qualité de professionnel indépendant pour bénéficier d'une procédure collective¹¹²⁷. Ils n'ont pas en effet la qualité d'employeur.

Il en résulte que l'assujettissement obligatoire à la garantie des salaires, en dépit de son extension « au maximum »¹¹²⁸, ne concerne, en définitive, que les personnes susceptibles d'être soumises à une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire¹¹²⁹. L'extension du champ de l'assujettissement à la garantie des salaires est justifiée, à la fois par l'objectif du maintien de l'activité de l'entreprise pendant les procédures collectives et, la volonté de garantir largement les créances des salariés. Elle augmente également en pratique les capacités financières de l'institution de garantie. Le juge a joué un rôle prépondérant dans cette extension¹¹³⁰, mais il continue d'exclure les personnes morales de droit public¹¹³¹ du périmètre du débiteur de la cotisation AGS, en raison de leurs statuts¹¹³².

¹¹²³ L. n° 2005-845, 26 juill. 2005, art. 177, *JO* 27 juill. 2005, p. 12187 ; Décret d'application n° 2005-1677 du 28 déc. 2005.

¹¹²⁴ S. RETIF, « L'extension des procédures collectives aux professions libérales », *Droit et patr.*, 2006, n° 146.

¹¹²⁵ C. com., art. L. 631-2 ; T. FAVORIO, « L'avocat en difficulté (application de la loi de sauvegarde à l'avocat exerçant en nom) », *Bull. mens. d'inf. des sociétés Joly (BMISJ)*, 1 juin 2006, n° 6, pp. 691-703 ; A. CERATI-GAUTHIER, « Application de la loi de sauvegarde des entreprises aux professions libérales », *JCP E* 2008, p. 2436 ; A. LIEHNARD, *RJDA* 8/2008, n° 1920 ; J.-P. LEGROS, « L'application des procédures collectives à la profession libérale de détective privé », note Cass. com. 27 mai 2008, n° 07-13.131, *LPA*, 24 oct. 2008, n° 214, p. 9.

¹¹²⁶ A. CERATI-GAUTHIER, « Application de la loi de sauvegarde des entreprises aux professions libérales », *JCP E* 2008, p. 2436.

¹¹²⁷ Cass. com. 12 nov. 2008, n° 07-16.988, *Dr. sociétés* 2009, comm. 15 ; 9 févr. 2010, n° 08-17.670, n° 08-15.191, n° 08-17.144 ; CA Paris, 3^e ch. sect. B, 26 juin 2008, n° 07/18805, *Gaz. Pal.* 14-16 sept. 2008, p. 19 et s. ; note F. Lacovelli ; Paris 3^e ch. sect. B, 18 sept. 2008, n° 07/17034, *Dr. sociétés* 2008, comm. 251, obs. J.-P. Legros ; *D.* 2008, p. 2666, obs. A. Liénhard ; *RJDA* 8/08, n° 1920 ; R. BONHOMME, « Procédures collectives et exercice en société d'une activité libérale », *Rev. proc. coll.* 2010, p. 13 ; *JCP G* 2010, act. 220, obs. J.-F. Barbiéri ; *JCP E* 2010, 1267, note A. Cérati-Gauthier et 1296, obs. Ph. Pétel ; F.-X. LUCAS, « Réalité de la personnalité morale des SEL et des SCP », *Bull. Joly sociétés*, 2010, p. 111.

¹¹²⁸ P. PETEL, « Le sort des contrats de travail et des créances de salaire dans l'entreprise en redressement ou liquidation judiciaire », *JCP E* 1992, n° 50, p. 557.

¹¹²⁹ C. trav., art. L. 3253-6 ; Cass. soc. 25 févr. 1981, SCNF, *D.* 1981, IR, p. 433 ; 16 déc. 1987, Air France, *Dr. soc.* 1988, 489, concl. Picca ; 17 avr. 1991, *Rev. sociétés* 1991, 593, note Maleville.

¹¹³⁰ G. DOMINGO, *Le régime de l'assurance garantie des créances salariales*, thèse Droit, Strasbourg 3, 1982, p. 30.

¹¹³¹ Il s'agit essentiellement des collectivités locales et des entreprises publiques.

¹¹³² Cass. soc. 25 févr. 1981, *D.* 1981, IR, p. 433 ; Cass. soc. 17 avr. 1991, Air France, *Dr. soc.* 1991, p. 497, concl. G. Picca ; 6 nov. 1991, SEITA, *Bull. civ.* V, n° 476 ; Cass. civ. 2^e, 15 nov. 1995, Cusset c/ CRAVAM, *DA*, août-sept. 1996, 1 ; Cass. civ. 1^{re}, 14 nov. 2007, n° 04-15.388, *Bull. civ.* I, n° 355 ; *JCP G* 2007, IV, n° 3255 ; P. DELVOLVE, « La faillite des entreprises publiques », *Annales Univ. sc. soc. Toulouse*, 1975, p. 205 ; G.

Par conséquent, le fonctionnaire ne peut bénéficier de la garantie des salaires¹¹³³, car son employeur est déchargé de la dette de cotisation. Toutefois, la situation se présente différemment si le fonctionnaire est mis à la disposition¹¹³⁴ d'une entreprise de droit privé, sous le régime du contrat de travail. En ce cas, il doit être assuré¹¹³⁵. Il en va de même du fonctionnaire territorial détaché auprès d'un groupement d'intérêt économique (GIE)¹¹³⁶. Dans ces hypothèses, le fonctionnaire peut être soumis au droit privé¹¹³⁷ et, par conséquent, la structure d'accueil est tenue de cotiser à l'AGS¹¹³⁸. En réalité, l'obligation d'assurance des salaires est appliquée aux entreprises publiques dès que leurs statuts le permettent¹¹³⁹. En revanche, l'entreprise de droit privé chargée d'une mission de service public reste assujettie au régime de l'AGS¹¹⁴⁰. C'est dans cette conception que les caisses d'allocations familiales¹¹⁴¹, les caisses de retraite complémentaire¹¹⁴², les caisses primaires d'assurance maladie¹¹⁴³ et les URSSAF¹¹⁴⁴ sont tenues d'assurer les salariés.

En définitive, la charge de la cotisation dans le mécanisme de la garantie des créances salariales incombe à l'employeur. C'est lui qui est le titulaire du pouvoir et profite de l'économie de l'entreprise. Le champ des cotisants a été accru afin d'assurer une meilleure protection aux salariés. Le salarié qui ne profite pas de l'économie de l'entreprise est déchargé

PICCA, « Le régime particulier des entreprises publiques en matière d'assurance insolvabilité », sous Cass. soc., 16 déc. 1987, *Dr. soc.* 1988, p. 489 et s. ; P. COUDERT, « L'application des procédures collectives aux entreprises publiques », *LPA* 1994, n° 110, p. 26 ; G. LISSANDRO, « Observations sur le droit public dans les procédures collectives », *Rev. proc. coll.*, 1999, p. 195 ; B. LAGARDE, « Le juge commercial et le Trésor public », *LPA* 19 mars 2001, p. 4. (comm. n° 212 ; D. 2004, IR p. 2691 ; *Dr. soc.* 2004, p. 1033, obs. Ch. Radé ; *JCP G* 2004, IV, 3028) ; G. CLAMOUR, « Du droit applicable aux actions économiques des personnes publiques », *Revue Lamy de la concurrence*, n° 9, 10/2006 ; *Lamy Droit public des affaires*, 2010, n° 940 et s.

¹¹³³ Cf., COUDERT, « Les sociétés d'économie mixte locales grâce à l'application des procédures collectives : une adaptation nécessaire », *LPA* 21 oct. 1994, p. 9 ; V. L'HÔTE, « L'application des procédures collectives aux sociétés d'économie mixte locales. De l'insolubilité du droit administratif dans le droit commercial », *AJDA* 2003, p. 2233 ; C. BARTHELEMY, « La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'État aux établissements publics : mythe ou réalité ? », *RJEP* 2004, p. 423 ; P. YOLKA, « Les entreprises publiques et l'assurance de garantie des salaires : solution de continuité ou continuité des solutions ? », *RDP* 2005, n° 4, p. 967.

¹¹³⁴ Cass. ass. plén. 20 déc. 1996, n° 92-40.641 ; *Bull. ass. plén.*, n° 10, p. 17 ; Cass. soc. 11 oct. 2000, n° 98-43.392 ; 13 mars 2001, n° 99-40.154, *Bull. civ. V*, n° 91, p. 71.

¹¹³⁵ Dir. UNEDIC n° 2003-12, 26 févr. 2003.

¹¹³⁶ Loi du 26 janv. 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

¹¹³⁷ T. confl. 15 févr. 1999, n° 3141.

¹¹³⁸ Cass. soc. 27 juin 2000, n° 97-43.536, *Bull. civ. V*, n° 251, p. 196

¹¹³⁹ CA Paris, 25 sept. 2002, SA France Télécom.

¹¹⁴⁰ Cass. soc. 12 janv. 1978, *Bull. civ. V*, n° 27.

¹¹⁴¹ Cass. soc. 12 janv. 1978, CAF de la Creuse, *Bull. civ. V*, n° 38 ; D. 1978, IR p. 115 ; *Dr. soc.* 1979, p. 31, note Derrida.

¹¹⁴² CA Paris, 27 janv. 1977, ORGANIC, *Dr. soc.* 1978, p. 123 ; Cass. soc. 12 janv. 1978, Caisse de compensation autonome nationale de l'industrie et du commerce, *Bull. civ. V*, n° 39 ; *Dr. soc.* 1979, p. 30, note Derrida.

¹¹⁴³ Cass. soc. 1^{er} juin 1978, ASSEDIC du Pas-de-Calais, *Bull. civ. V*, n° 427 ; *Dr. soc.* 1979, p. 32, note Derrida.

¹¹⁴⁴ Cass. soc. 21 avr. 1988, URSSAF des Vosges, *Bull. civ. V*, n° 245 ; D. 1989, Somm. p. 240, obs. Prétot.

de la dette de cotisation. Il reste toutefois l'unique bénéficiaire de cette garantie. L'assurance garantie des salaires est en quelque sorte une convention – *stipulation* - dans laquelle l'employeur assure le salarié contre le risque de son insolvabilité. Cette obligation de cotiser existe également dans la sécurité sociale.

B.- L'originalité de l'obligation de cotiser de la sécurité sociale

132.- Une obligation biface. La sécurité sociale est, comme la garantie des créances salariales, financée par des cotisations. Toutes les personnes qui exercent une activité professionnelle ou résident sur le territoire français, sont en effet impérativement assujetties à la sécurité sociale française¹¹⁴⁵. Leurs nationalité et sexe importent peu¹¹⁴⁶. Cette obligation de cotisation impérative¹¹⁴⁷, rapproche, en partie, la nature de la garantie des créances des salariés à celle de la sécurité sociale. L'obligation de cotiser à la sécurité sociale présente, cependant, une originalité particulière par rapport à celle de la garantie des créances des salariés. Ainsi, l'obligation de cotiser, dans le régime général de la sécurité sociale est en majorité, duale, dyadique. Elle a une figure hybride, car elle incombe souvent à l'employeur et au salarié simultanément, alors que la cotisation nécessaire au financement de la garantie des salaires n'échoit qu'à l'employeur¹¹⁴⁸. Les termes de cotisation sociale sont l'objet d'un débat¹¹⁴⁹. Il a été suggéré qu'elle peut être, « une affectation directe du prélèvement au financement d'un régime ; un lien entre la contribution et une contrepartie ; ou encore un prélèvement sur les seuls revenus professionnels »¹¹⁵⁰. Certains auteurs ont proposé de passer de la notion de cotisation sociale à celle de cotisation professionnelle¹¹⁵¹.

¹¹⁴⁵ Cf., J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, préc., p. 352 et s.

¹¹⁴⁶ Cf., J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, préc.

¹¹⁴⁷ CSS, art. L. 111-1 ; La loi n° 2004-810, 13 août 2004 relative à l'assurance maladie dans son article 1 en indiquant les principes fondamentaux devant régir l'assurance maladie, précise que, c'est « un système obligatoire, universel et solidaire », *JO* 17 août 2004.

¹¹⁴⁸ C. trav., art. L. 3253-6 et L. 3253-18.

¹¹⁴⁹ Cf., A. EUZEBY, « Les cotisations sociales en France », *Dr. soc.* 1988, p. 864 ; E. MALINVAUD (Rapport), *Les cotisations sociales à la charge des employeurs : analyse économique*, La Doc. fr., 1998 ; T. WANECQ, « Les cotisations sociales, un enjeu économique et financier complexe », *Dr. soc.* 2009, p. 349.

¹¹⁵⁰ J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, préc., p. 227.

¹¹⁵¹ A. et C. EUZEBY, « L'incidence des cotisations patronales », *RISS* 1984, p. 154 ; J.-J. DUPEYROUX, « Libres propos sur les cotisations sociales », *Dr. soc.* 1993, n° 6 ; X. PRÉTOT, « La notion de cotisation de sécurité sociale », *adde*, n° 6.

Pour ce qui est de l'obligation de cotisation dans le régime général de la sécurité sociale essentiellement, elle permet de financer les risques sociaux¹¹⁵² qui sont de nature à diminuer les revenus des salariés et de leurs familles. Les prestations de la sécurité sociale garantissent le revenu de travail ou minimal vital¹¹⁵³. Les cotisations sont généralement assises sur les salaires¹¹⁵⁴. Ainsi, l'article 34 de la Constitution pose le principe essentiel du partage des cotisations sociales entre l'employeur et le salarié¹¹⁵⁵. La part de la cotisation sociale qui incombe à l'employeur est qualifiée de cotisation patronale, alors que la contribution du salarié est une cotisation salariale. La partition des charges sociales entre l'employeur et le salarié est dominante dans la branche assurance-maladie et dans la branche assurance vieillesse¹¹⁵⁶. En effet, le salarié doit de la même manière que l'employeur verser de cotisations salariales pour l'assurance maladie, maternité, etc. Dans cette optique, la part de la cotisation du salarié dans l'assurance maladie nécessaire au bénéfice des indemnités journalières pour maladie s'élève à 0,75% des rémunérations, alors que l'employeur doit verser 12,80%¹¹⁵⁷. L'assiette des cotisations est dé plafonnée, mais il existe des taux réduits ou forfaitaires pour certaines catégories d'assurés, telles que les militaires en ce qui concerne les prestations en nature¹¹⁵⁸.

Il est certes incontestable que le caractère de la *double obligation de cotiser* dans certaines assurances de la sécurité sociale permet d'assurer un équilibre entre les ressources et les dépenses, mais il peut être posé également la question des justifications de la charge de chacun de parties au contrat de travail.

133.- Raisons du partage des cotisations. L'obligation de l'employeur de cotiser à la garantie des créances salariales a été justifiée. En premier lieu, le salarié qui occupe un emploi

¹¹⁵² L. PHILIP, *Les finances sociales, unité ou diversité*, Economica, 1995 ; J.-L. MATT, *La sécurité sociale : organisation et financement*, LGDJ, Coll. « Systèmes », 2001.

¹¹⁵³ Cf., J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, préc., p. 77.

¹¹⁵⁴ G. VACHER, « Les avantages en nature au regard de l'assiette des cotisations de Sécurité sociale », *RJS* 1996, p. 646 ; A. GUBIAN, « Réformer l'assiette des cotisations patronales : un débat ancien toujours d'actualité », *Travail et Emploi* 1997, n° 72, p. 7 ; J. ARTUIS, *La TVA sociale comme mode alternatif de financement de la Sécurité sociale destiné à renforcer la compétitivité des entreprises française et l'emploi*, Rapport d'information, Sénat, 22 févr. 2007 ; R. VATINET, « LFSS pour 2008 : institution d'une contribution patronale et salariale sur les stock-options et les attributions d'actions gratuites », *JCP S* 2008, 1056 ; P. HÉRITIER, J. MAURICE, « Salaires et crise », *Revue de l'IRE*S, 2010, n° 64, p. 5.

¹¹⁵⁵ V., CSS, art. L. 241-2 et L. 241-3 ; Cons. const. 20 déc. 1960, S. 1962, 63, note 21, L. Hamon (le taux des cotisations est fixé par décret).

¹¹⁵⁶ J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, préc., p. 812.

¹¹⁵⁷ V., CSS, art. L. 136-8 ; Cf., J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, préc., p. 814.

¹¹⁵⁸ J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, préc., p. 814.

n'est pas à l'abri d'une maladie ou d'une grossesse qui peut fragiliser sa santé et lui priver ou diminuer ses revenus. La cotisation salariale qu'il verse pour le financement de la sécurité sociale lui permet d'acquérir les droits nécessaires au maintien de l'équilibre des revenus¹¹⁵⁹. En second lieu, le salarié obtient toujours des revenus suffisants par son travail. L'employeur cotise à la sécurité sociale pour financer certains mécanismes qui complètent les revenus des salariés. C'est dans ce champ que rentre l'obligation de l'employeur de financer les allocations familiales qui sont considérées comme un supplément familial de salaire¹¹⁶⁰. En ce sens, l'employeur cotise à l'assurance maladie afin que les salariés soient mieux soignés pour maintenir leur niveau de vie et leur force de travail saine capable de soutenir la productivité de l'entreprise.

Il en résulte que la double cotisation dans le mécanisme de sécurité sociale est favorable à l'équilibre entre ressources et prestations. Les justifications de la double cotisation sont également légitimes, mais il ne faut pas, d'un côté, que la cotisation salariale façonne un effet pervers d'affaiblissement du salaire. De l'autre côté, il ne faut pas que la cotisation patronale, soit une charge qui freine l'embauche ou l'investissement dans l'entreprise. Toutefois, la logique de double cotisation est limitée dans certaines techniques de couverture des risques sociaux.

134.- Limites de l'originalité de la double cotisation sociale. L'originalité de la cotisation duale du régime général de la sécurité sociale est limitée dans la couverture des risques professionnels. En effet, l'obligation de cotisation nécessaire au financement des accidents du travail et des maladies professionnelles échoit seulement à l'employeur¹¹⁶¹. Il en est de même des cotisations des prestations familiales¹¹⁶². L'assujettissement exclusif de l'obligation de cotiser à l'employeur seul, est considéré, comme la double cotisation de l'assurance maladie, par exemple, un principe fondamental du droit de la sécurité sociale¹¹⁶³. Ainsi, l'employeur

¹¹⁵⁹ CE, 14 mars 1986, *D.* 1987, somm. p. 169, obs. X. Prétot ; *RTDSS* 1986, p. 524, concl. B. Lasserre ; Cons. const., 13 août 1993, Décis. n° 93-325 DC, *Dr. soc.* 1994, p. 74, note J.-J. Dupeyroux et X. Prétot, « Le droit à l'étranger à la protection sociale », *Dr. soc.* 1994, p. 69.

¹¹⁶⁰ Cf., J. MAGNIADAS, « Histoire de la Sécurité sociale », *Conférence présentée le 9 octobre 2003 à l'Institut CGT d'histoire sociale*, (disponible sur : www.google.fr).

¹¹⁶¹ CSS, art. L. 241-5.

¹¹⁶² CSS, art. L. 241-6.

¹¹⁶³ CSS, art. L. 241-2 et L. 241-3 ; A. EUZEBY, « Les cotisations sociales en France : problème et perspectives », *Dr. soc.* 1987 ; R. PELLET, « La responsabilité des employeurs et des salariés en cas d'accident du travail et de maladie professionnelle, in *Leçons de droit social*, Sirey, 2005, p. 277 ; Y. SAINT-JOURS, « L'influence du risque professionnel sur l'évolution de la responsabilité civile », *Dr. ouvr.* 2007, n° 709, p.

est tenu de cotiser aux mécanismes de protection des accidents du travail et des maladies professionnelles car ce sont les risques industriels¹¹⁶⁴ auxquels la charge de financement ne peut être supportée par les salariés. Les accidents du travail sont, en vérité, le premier risque social garanti par la sécurité sociale. Leur régime de protection a été institué par la loi du 9 avril 1898. Les accidents du travail ont le même régime de protection que les maladies professionnelles¹¹⁶⁵.

L'obligation de cotiser mise à la charge de l'employeur seulement en matière d'AT/MP est justifiée par le *risque industriel, professionnel* auquel sont exposés les salariés dans l'entreprise, comme celle relative à l'assurance garantie des salaires. Sur ce plan, la garantie des créances des salariés se rapproche étroitement à la sécurité sociale. Ce rapprochement invite à dire que l'exclusion de la garantie des créances salariales du champ de la sécurité c'est un choix politique qui n'est pas irréversible et ne peut être justifiée par le caractère unitaire de l'obligation de cotisation. Par conséquent, la distinction des natures juridiques de la garantie des créances salariales et la sécurité sociale ne peut être justifiée par le caractère biface ou unitaire de l'obligation de cotisation. L'intégration du mécanisme de garantie des salaires dans le champ de la sécurité ne bouleversera pas la conception de la protection sociale, car elle fonctionne déjà largement selon les techniques de la sécurité sociale. De plus, le législateur tunisien considère déjà la garantie des créances salariales comme une assurance de la sécurité sociale¹¹⁶⁶.

En somme, les cotisations de l'AGS sont désormais comme celles de la sécurité sociale recouvrées par l'URSSAF¹¹⁶⁷, alors qu'elles étaient récoltées précédemment par les ASSEDIC, puis, par le Pôle emploi. Le défaut de paiement de ces cotisations pourrait avoir des effets négatifs sur l'efficacité de ces mécanismes, car elle dépend en principe de l'équilibre entre les cotisations perçues, c'est-à-dire les ressources et les dépenses engagées. Toutefois, l'obligation de l'AGS de prendre en charge n'est pas, d'une part, rattachée à la

367 ; L. LEROUGE, « Le renouvellement de la définition de l'accident du travail », *RDSS* 2007, p. 696 ; J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, préc., p. 812.

¹¹⁶⁴ Cf., J. MAGNIDAS, « Histoire de la sécurité sociale », préc.

¹¹⁶⁵ Pour une étude détaillée, Cf., *infra*, n° 154 et s.

¹¹⁶⁶ N. MZID, « Le droit de la sécurité sociale confronté aux difficultés de l'emploi en Tunisie », in *Emploi et protection sociale : de nouvelles relations ?*, Ph. Auvergnon (dir.), PU Bordeaux, 2009, p. 361.

¹¹⁶⁷ Loi n° 2008-126 du 13 févr. 2008 relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi qui est entrée en vigueur par anticipation depuis 2010, alors que la date limite était fixée au 1^{er} janvier 2012 (art. 4), *JO* 14 févr. 2008 ; Décret n° 2009-1708, 30 déc. 2009, *JO* 31 déc. 2009 ; Décret n° 2020-907, 2 août 2010, *JO* 4 août 2010 ; Décret n° 2010-1736, 30 déc. 2010, *JO* 31 déc. 2010 ; Loi n° 2011-525, 17 mai 2011, art. 41, *JO* 18 mai 2011 ; Décret n° 2009-1708, 16 août 2011, *JO* 18 août 2011.

satisfaction par l'employeur à son obligation de cotiser¹¹⁶⁸. En effet, le défaut de paiement de la cotisation de l'AGS a donc un impact limité sur l'efficacité de la garantie des salaires. D'autre part, si l'employeur ne verse pas les cotisations et contributions sociales et salariales d'origine légale, ou d'origine conventionnelle imposée par la loi, l'AGS est tenue de les garantir, car l'article L. 3253-8, dernier alinéa du Code du travail, prescrit qu'elles rentrent dans l'objet de la garantie des salaires. Par conséquent, l'institution de garantie doit prendre en charge les « frais médicaux prévus par une convention collective » parce qu'ils sont des sommes dues en exécution du contrat de travail¹¹⁶⁹. L'institution de garantie des salaires qui prend en charge les cotisations salariales prélevées par l'employeur, et qui n'ont pas été reversées à l'organisme de protection sociale compétent¹¹⁷⁰, est un créancier privilégié qui peut se retourner contre l'employeur pour demander le remboursement des sommes avancées.

En droit de la sécurité sociale, le défaut de paiement des cotisations sociales par l'employeur est sanctionné¹¹⁷¹, mais il n'entraîne pas la désaffiliation du salarié. Par conséquent, il peut toujours bénéficier des prestations sociales¹¹⁷². Sa contribution est autonome¹¹⁷³. Sa désaffiliation est admise lorsqu'il perd la qualité de résident¹¹⁷⁴. Toutefois, l'organisme créancier des cotisations sociales peut demander l'ouverture d'une procédure collective si le défaut de paiement intervient avant que l'employeur ne soit placé sous une telle procédure¹¹⁷⁵. Ce droit ne semble pas être reconnu à l'institution de garantie des créances salariales. L'absence du droit de solliciter l'ouverture d'une procédure collective pour le défaut de paiement de ses cotisations est sans doute justifiée par l'imprécision qui entoure sa qualification.

¹¹⁶⁸ C. trav., art. L. 3253-7 ; cf., *supra*, n° 66 et s.

¹¹⁶⁹ Cass. soc. 28 oct. 1997, *Bull. civ.* V, n° 338, *D.* 1998, IR, p. 16.

¹¹⁷⁰ Cf., B. DE BOYSSON, « La caisse de sécurité sociale Carpimko bénéficie-t-elle d'un droit au paiement immédiat dans le cadre d'une procédure collective ? Retour sur les effets d'un privilège », *D.* 2012, n° 2, pp. 118-122.

¹¹⁷¹ CSS, art. L. 244-1 et R. 244-4 et CSS, art. 612-12, L. 623-1, R. 612-17 et R. 623-1 (pour les travailleurs indépendants) ; Cass. soc., 17 avr. 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 745, obs. Y. Saint-Jours ; R. LEGEAIS, « Sur qui pèse la responsabilité pénale des infractions aux lois sociales dans l'entreprise ? », *Dr. soc.* 1961, p. 342 ; F. QUEST, « Dirigeants de sociétés et cotisations de sécurité sociale », *Gaz. Pal.* 1^{er} févr. 1966. Pour la lutte contre la fraude en matière sociale, Cf., P. COURSIER, « Nouvelle donne de récupération des prestations indues », *Jurisp. soc. Lamy* n° 198, 2006, p. 4 ; D. BUCHET, « Le traitement de la fraude dans les caisses d'allocations familiales », *Rech. et prév.*, n° 86, 2006, p. 69 ; M. DEL SOL, « LFSS pour 2008 : la lutte contre la fraude en matière sociale », *JCP S* 2008, 1057.

¹¹⁷² Cf., P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, 5^e éd., LexisNexis, coll. « Manuel », 2011, p. 514 et s.

¹¹⁷³ R. MARIÉ, « La Couverture Maladie Universelle », *préc.*, p. 11.

¹¹⁷⁴ CSS, art. L. 161-15-1.

¹¹⁷⁵ Cass. com. 27 mai 1957, *D.* 1957, p. 428 ; 7 oct. 1957, *JCP* 1957, II, 10258 ; J. NECTOUX, « Du droit pour les caisses de provoquer la faillite de leurs débiteurs commerçants », *Gaz. Pal.* 1957, *doctr.*, p. 17 ; A. ARSEGUÉL, « L'impayé des créances sociales », in *L'entreprise face à l'impayé*, Montchrestien, 1994 et *Ann. Univ. Toulouse*, 1990 ; « Aspects sociaux de la loi du 10 juin 1994 », *LPA*, n° 110, 1994, p. 31.

Il en résulte que la nature juridique du mécanisme collectif de garantie des créances salariales est proche de la sécurité sociale parce qu'ils se caractérisent tous les deux par l'assujettissement impératif qui engendre l'obligation de cotiser. L'obligation de cotiser dans la garantie des salaires est mise à la charge de l'employeur. Elle peut être qualifiée de moniste, alors qu'elle est hybride dans la sécurité sociale, car elle est souvent mise doublement à la charge de l'employeur et du salarié. Toutefois, les mécanismes de protection des accidents du travail et des maladies ont un parallèle assez fort avec celui qui prend en charge les créances salariales puisque l'obligation de cotiser n'incombe qu'à l'employeur. Cette obligation de cotisation assure en définitive l'équilibre financier de ces mécanismes, même si elle évoque vaguement l'idée de l'exclusion de non cotisants. En réalité, la garantie des créances salariales et la sécurité ne lient pas forcément le bénéficiaire de la protection à la satisfaction de la cotisation, car elles sont fondées sur la logique de solidarité.

Paragraphe 2 : L'empreinte de la solidarité

135.- Principe fondamental. Le principe de la solidarité peut constituer l'élément de rapprochement entre la nature du mécanisme de garantie de l'AGS et celle de la sécurité. Cette notion contient plusieurs sens. Au sens large, elle exprime le « sentiment de responsabilité et de dépendance réciproque au sein d'un groupe de personnes qui sont moralement obligées les unes par rapport aux autres »¹¹⁷⁶. Juridiquement, elle constitue un « lien qui engage chacun de membres du groupe, en termes de dette et de responsabilité pour la totalité. Cette dette ne peut ainsi être divisée ni répartie entre les individus »¹¹⁷⁷. Elle est souvent accompagnée par la notion de redistribution « est l'action de redistribuer, c'est-à-dire de répartir quelque chose de manière différente. C'est aussi le résultat de cette action »¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁶ Pour la sécurité sociale,

¹¹⁷⁷ Cf., G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., p. 875 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 3^e éd., LGDJ, 2011, p. 454 et s.

¹¹⁷⁸ Pour la sécurité sociale, cf., G. LATTÈS, « La protection sociale : entre partage des risques et partage des revenus », *Économie et statistique* 1996, n° 291-292, pp. 13 et s. ; P. DURAND, *La politique contemporaine de la sécurité sociale*, préc., p. 51 et s. ; J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, 17^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2011, p. 78 et s.

136.- La solidarité nationale de la sécurité sociale. La sécurité sociale est un mécanisme qui est fondée sur le principe de la solidarité¹¹⁷⁹. Pour annoncer le caractère solidaire de la sécurité sociale, un auteur parle du « mythe de l'assurance » dans ce système¹¹⁸⁰. En effet, l'article L. 111-1 du Code de la Sécurité sociale précise que « l'organisation de la sécurité sociale est fondée sur la solidarité nationale »¹¹⁸¹. Cette solidarité permet à la sécurité sociale d'assurer chaque membre de la collectivité nationale contre les aléas de la vie sociale en fonction de ses moyens¹¹⁸². La logique de solidarité¹¹⁸³ sur laquelle se fonde la sécurité sociale est directement tirée de la devise de la République française : « Liberté, égalité, fraternité »¹¹⁸⁴. Ainsi, la sécurité sociale marque l'ère de la solidarité collective des membres de la Nation¹¹⁸⁵. Cette solidarité permet de réaliser la conception d'universalité de la sécurité sociale¹¹⁸⁶. Mais elle crée également un flou avec la notion d'assuré social¹¹⁸⁷ qui manifeste l'obligation de cotisation¹¹⁸⁸, alors que la logique de solidarité de la sécurité sociale assure par ailleurs des prestations aux non-cotisants¹¹⁸⁹. En réalité, la qualité d'assuré social ne coïncide pas impérativement avec celle de cotisant¹¹⁹⁰. Il peut y avoir la qualité d'assuré social, sans qu'il y

¹¹⁷⁹ J.-M. BELORGEY, « Logique de l'assurance, logique de la solidarité », *Dr. soc.* 1995, p. 731 ; M. LAGRAVE, « Assurance et solidarité : quel équilibre ? », in F. Charpentier (dir.), *Encyclopédie Protection sociale : quelle refondation ?*, éditions Liaisons/Économica, 2000 ; D. BLANCHET, « La référence assurantielle en matière de protection sociale », préc., p. 38.

¹¹⁸⁰ Cf., N. DUFOURCQ, « Sécurité sociale : le mythe de l'assurance », *Dr. soc.* 1994, p. 291.

¹¹⁸¹ Cf., J.-M. PONTIER, « De la solidarité nationale », *RDP* 1983, p. 899 ; J.-J. DUPEYROUX, « 1945-1995 : quelle solidarité ? », *Dr. soc.* 1995, n° 9-10, p. 713 ; D. ROUSSEAU, « Le conseil constitutionnel et la solidarité nationale », in *Finances publiques et redistribution sociale*, R. Pellet (dir.), Économica, 2006, p. 107 ; A. POTTEAU, « Les effets redistributifs des finances publiques de l'UE. L'avenir de la solidarité sociale et territoriale en Europe », *adde*, p. 289 ; R. LAFORE, « Solidarité et doctrine publiciste. Le « socialisme » juridique hier et aujourd'hui », in M. Hecquard-Théron, *Solidarité (s), perspectives juridiques*, PU Toulouse 1, 2009, p. 47.

¹¹⁸² A. BENOIT, « La solidarité en droit du travail », In *Les solidarités, Fondements et défis*, A. et C. Euzéby (dir.), Économica, 1996, p. 61.

¹¹⁸³ N. DUFOURCQ, « Sécurité sociale : le mythe de l'assurance », *Dr. soc.* 1994, n° 3, p. 291 ; J.-M. BELORGEY, « Logique d'assurance, logique de la solidarité », *Dr. soc.* 1995, n° 9-10, p. 731.

¹¹⁸⁴ M. BORGETTO, « La devise « Liberté, égalité, fraternité » », in PUF, coll. « Que sais-je ? », 1997 et « La République sociale », préc., p. 137 et s. et « L'activation de la solidarité : d'hier à aujourd'hui », *Dr. soc.* 2009, n° 11, p. 1043 ; T. PRIESTLEY, « Justice sociale et libéralisation du commerce international », *adde*, p. 1151.

¹¹⁸⁵ Cf., F. NETTER, *La sécurité sociale et ses principes*, préc., p. 1 ; M. BORGETTO, « La solidarité, l'égalité et la responsabilité face aux transformations de l'État-providence », in C. Bec, G. Procacci (dir.), *De la responsabilité solidaire*, Syllepse, 2003, p. 35.

¹¹⁸⁶ Cf., *infra*, n° 204 et s. ; J.-J. DUPEYROUX, « Quelques réflexions sur le droit à la sécurité sociale », *Dr. soc.* 1960, p. 288 ; « L'évolution des systèmes et la théorie générale de la sécurité sociale », *Dr. soc.* 1966, p. 110 ; J. RIVERO, « Sécurité sociale et droits de l'homme », *RFAS* juill. Sept. 1985, p. 37.

¹¹⁸⁷ Pour l'acquisition de la qualité d'assuré social, Cf., J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, préc., p. 453 et s. ; X. PRETOT, « L'obligation de cotiser est indépendante de toute immatriculation préalable », obs. sous Cass. soc. 9 avr. 1998, *D.* 1998, somm. 384 ; R. LAFORE, « La CMU : un nouvel îlot dans l'archipel de la protection sociale », *Dr. soc.* 2000, n° 1, p. 21.

¹¹⁸⁸ CSS, art. 241-1 et L. 111-2-1.

¹¹⁸⁹ CSS, art. L. 311-5-1, L. 311-9 et L. 311-10.

¹¹⁹⁰ J.-P. LABORDE, *Droit de la protection sociale*, PUF, 2005 ; J.-P. CHAUCHARD, *Droit de la protection sociale*, 4^e éd., LGDJ, 2005.

ait une obligation de cotiser. Ce principe de solidarité est également la source de la création du mécanisme collectif de garantie des créances salariales.

137.- La solidarité patronale de la garantie des salaires. Le mécanisme collectif de garantie des créances des salariés a une nature connexe à celle de la sécurité sociale parce qu'elle est fondée aussi sur la logique de solidarité. La solidarité dans la garantie des créances salariales instituée par la loi du 27 décembre 1973 existe entre les employeurs qui se regroupent au sein d'une *association patronale* chargée d'indemniser les salariés en cas d'insolvabilité de l'un d'entre eux. En effet, cette loi a imposé aux employeurs de se regrouper en association pour garantir collectivement leur risque d'insolvabilité¹¹⁹¹.

En réalité, le principe de solidarité atténue le caractère obligatoire de la cotisation car, à l'inverse des assurances privées qui voudraient que les droits accordés aux bénéficiaires soient équivalents au montant des cotisations de chaque assuré, la garantie des salaires et la sécurité sociale fonctionnent différemment. L'employeur des salariés contribue au financement de l'AGS, en fonction de ses moyens. La cotisation AGS des petites entreprises est fixée sur les mêmes critères que celle des grandes entreprises¹¹⁹². Pour la sécurité sociale, il y a une interaction entre les revenus et les besoins de l'individu. Chaque individu cotise en fonction de ses revenus et, est indemnisé en fonction de ses besoins¹¹⁹³. L'absence de lien direct entre le montant de la cotisation et la prestation rapproche la garantie des salaires de la sécurité sociale, mais les distance des assurances individuelles dans lesquelles, il existe peu de solidarité. Cette absence de dépendance directe entre la cotisation et la prestation permet d'assurer une égalité entre les cotisants ayant des revenus élevés et ceux ayant des faibles revenus¹¹⁹⁴.

Dans cette optique, l'institution de garantie est tenue de prendre en charge les créances salariales, même si l'employeur n'a pas cotisé¹¹⁹⁵. De même, la logique assistancielle de la sécurité sociale¹¹⁹⁶, permet d'allouer des prestations sociales aux personnes qui n'ont pas cotisé dès lors qu'ils sont dans le *besoin*. L'attribution de la protection aux personnes qui

¹¹⁹¹ Loi du 27 déc. 1973, art. 2.

¹¹⁹² C. trav., art. L. 3253-18.

¹¹⁹³ P. VOLOVITCH, « Faut-il cibler la protection sociale sur ceux-qui-en-ont-réellement-besoin ? », *Dr. soc.* 1995, p. 741.

¹¹⁹⁴ M. BORGETTO, *Liberté, égalité, fraternité*, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 1997.

¹¹⁹⁵ C. trav., art. L. 3253-7.

¹¹⁹⁶ Cf., M. BORGETTO, « Sur quels principes bâtir une politique sociale ? », *Inf. sociales* 2010/1.

n'ont pas cotisé, poursuit l'objectif de la justice sociale, en corrigeant la disparité des situations économiques afin d'assurer l'égalité des chances¹¹⁹⁷ aux membres de la collectivité. Cette dimension solidaire de la garantie des créances des salariés et de la sécurité sociale les éloignent de l'assurance du secteur marchand. Cette dernière sélectionne les risques, individualise les prestations et proportionne les prestations par rapport aux cotisations¹¹⁹⁸. Ceci étant, la garantie des créances des salariés ne peut avoir la nature d'une assurance ordinaire. La possibilité de récupération des sommes avancées aux salariés, dont bénéficie l'AGS, écarte également la nature juridique d'une véritable assurance. La qualification d'assurance qui est retenue par le Code du travail n'est, alors que nominative.

En somme, le principe de solidarité sur lequel se fonde la garantie des salaires et la sécurité sociale permet de pallier l'insuffisance des privilèges qui sont assis sur le patrimoine individuel d'un employeur, et l'insuffisance des ressources du travail ou l'entraide familiale¹¹⁹⁹. En effet, les ressources personnelles ou l'entraide familiale ne suffisent plus à couvrir de multiples risques qui apparaissent dans la société. La collectivisation de la couverture permet d'apporter une véritable sécurité économique aux bénéficiaires¹²⁰⁰. Toutefois, le principe de solidarité n'a pas le même champ dans la garantie des salaires que dans la sécurité sociale. Elle se limite à la communauté des employeurs, c'est une solidarité interprofessionnelle dans la garantie de l'AGS¹²⁰¹, alors qu'elle est nationale dans la sécurité sociale¹²⁰². L'appartenance à la communauté d'employeurs ou nationale devient une caractéristique essentielle de la protection. Les membres de ces collectivités sont tenus à raison de l'exigence de solidarité d'apporter des moyens financiers nécessaires à la protection de ses membres. En matière de garantie des salaires, les employeurs solvables cotisent et le mécanisme collectif de l'AGS prend en charge les créances de leurs salariés dès lors qu'ils deviennent insolvables. Ainsi, l'ensemble des cotisations des membres de la communauté d'employeurs permet de prendre en charge indistinctement les créances dues par l'employeur insolvable. Cette communautarisation, socialisation de la prise en charge du risque de non-

¹¹⁹⁷ M. BORGETTO, « Équité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions », *Dr. soc.* 1999, n° 3, p. 221 ; et « L'économie sociale et solidarité : quelle place pour le droit ? », in *Les dynamiques de l'économie sociale et solidaire*, J.-N. Chopart, G. Neyret, D. Rault (dir.), La Découverte, 2006, p. 205 et s.

¹¹⁹⁸ P. MARTIN, « Flexibilité et sécurité : le droit social français en quête de nouveaux équilibres », in *Emploi et protection sociale : des nouvelles relations ?*, Ph. Auvergnon (dir.), PU Bordeaux, 2009, p. 206 ; F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, 3^e éd., Dalloz « coll. Cours », 2009, p. 33 et s.

¹¹⁹⁹ Cf., P. DURAND, *La politique contemporaine de Sécurité sociale*, préc., p. 27.

¹²⁰⁰ Cf., *infra*, n° 179.

¹²⁰¹ *Rapport d'activité Délégation Unédic AGS*, « Le régime de garantie des salaires au cœur des procédures collectives », p. 3.

¹²⁰² CSS, art. L. 111-1.

paiement des créances des salariés collectivise la responsabilité du paiement des créances des salariés. Lorsque l'employeur placé en procédure collective est insolvable, l'obligation de paiement des salaires ne lui incombe plus, mais à l'*association*, l'*union* des employeurs. Et cela, en dépit du fait que l'employeur n'a pas satisfait son obligation de cotiser au mécanisme.

En revanche, la solidarité en matière de la sécurité sociale ne se limite pas à la communauté des employeurs ; elle est nationale. Elle implique, les employeurs, les salariés et les inactifs et, même les étrangers résidant en France¹²⁰³. La logique de solidarité exige même que la sécurité sociale soit, en partie, financée par l'impôt afin que l'État puisse, par exemple, garantir l'accès effectif des assurés aux soins sur l'ensemble du territoire français¹²⁰⁴. Or, la garantie des salaires est financée entièrement par les cotisations des employeurs qui ne sont pas fixées en fonction des ressources, mais d'un taux de cotisations forfaitaire commun à l'ensemble des assujettis. Le taux de cotisation de l'AGS est généralement adapté à la situation économique des entreprises.

Néanmoins, le principe de solidarité dans la garantie des salaires et la sécurité sociale ne doit pas inciter à un élargissement non maîtrisé du champ des bénéficiaires de la protection. En effet, si les prestations assistancielles dans la sécurité sociale sont souvent financées par l'impôt, le financement de l'AGS reste encore dépendant des cotisations patronales. Toute extension du champ de la garantie pèserait sur les entreprises et les revenus des salariés. Ce principe de solidarité est accompagné d'un autre principe important : celui de la redistribution. Cette dernière constitue « l'ensemble des opérations par lesquelles les prélèvements opérés sur les revenus de certains sont reversés à d'autres (ou aux mêmes)¹²⁰⁵. Le mot redistribution est souvent rattaché à la répartition qui, en droit de la sécurité sociale, singulier en matière de retraites, signifie un système de financement dans lequel les prestations servies aux membres inactifs du groupe ne sont que le produit de la division des cotisations versées par les membres actifs de celui-ci »¹²⁰⁶.

¹²⁰³ R. PELLET, « Notes introductives », in *Finances publiques et redistribution sociale*, préc., pp. 32 et s.

¹²⁰⁴ L. n° 2004-810, 13 août 2004, art. 1^{er}, *JO* 17 août 2004.

¹²⁰⁵ Cf., *Dictionnaire Le Petit Robert* ; J. DESLE, A. FOULON, P. KENDE, L. LEVY-GARBOUA, « Propositions pour une méthodologie de la redistribution », *Consommation*, 1970, n° 4 ; T. PIKKETY, *Introduction à la théorie de la redistribution des richesses*, Économica, 1994 ; C. BEC, « Assistance et protection sociale dans la lutte contre les inégalités », in *Réduire les inégalités : quel rôle pour la protection sociale ?*, DREES, coll. « MIRE », 2001 ; J.-L. OUTIN, « La protection sociale et les inégalités : une approche élargie », in *Réduire les inégalités : quel rôle pour la protection sociale ?*, DREES, coll. « MIRE », 2001, p. 43 ; J.-J. DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale*, 14^e éd., Dalloz, 2002, pp. 12 et s.

¹²⁰⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Quadrige, 2011, p. 889.

En effet, la redistribution permet d'établir la justice sociale¹²⁰⁷ dans la société en garantissant « la sécurité économique des individus »¹²⁰⁸. Cette technique permet ainsi de prélever obligatoirement des ressources sur les membres de la collectivité¹²⁰⁹, afin de les répartir entre l'ensemble de la collectivité bénéficiaire de façon indistinctive. Ainsi, l'assurance des retraites est organisée sur le fondement de la redistribution horizontale¹²¹⁰. Des générations se soutiennent¹²¹¹ : ainsi les jeunes cotisent pour les retraites des vieux¹²¹², et les plus jeunes pour celles des jeunes, ainsi de suite. Les groupes se soutiennent dans le cadre de l'assurance maladie car les personnes en bonne santé cotisent pour assurer les soins et prestations des personnes malades¹²¹³. Cette redistribution est qualifiée d'horizontale, mais il existe également une autre technique de redistribution qui est qualifiée de *verticale*. Elle permet les ressources sur les ménages à revenus suffisants pour les verser aux ménages à revenus modestes afin de garantir leur sécurité économique¹²¹⁴. Ce transfert des revenus accroît en effet l'utilité sociale des mécanismes de sécurité sociale¹²¹⁵.

¹²⁰⁷ N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*, éd., La Découverte, Coll. « Textes à l'appui, Série politiques et sociétés », Paris, 2005.

¹²⁰⁸ J.-J. DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale*, préc., p. 12.

¹²⁰⁹ J.-P. VIGNAU, « Prélèvements, prestations... », *rapport CES* ; G. HATCHUEL, « Transferts sociaux et redistribution », *CREDOC* 1985 ; A. et C. EUZEBY, « L'incidence des cotisations sociales patronales : enjeux du problème », *Rapport Vignau*, préc. ; J.-J. DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale*, préc., p. 186 ; J.-C. WILLARD, « Prélèvements obligatoires : salaires direct et indirect : fausses querelles, vrais enjeux », *Dr. soc.* 1992, p. 93 ; P. LAROQUE, *Le problème social français*, éd., Association pour l'étude de l'histoire de la sécurité sociale, 2008, pp. 63 et s.

¹²¹⁰ Cf., J. BICHOT, « Les concepts de contributivité et de redistribution appliqués aux retraites : diversité des analyses », in *Finances publiques et redistribution sociale*, Rémi Pellet (dir.), Économica, 2006, p. 203.

¹²¹¹ A. GOSSERIES, « Dette générationnelle et conception de la réciprocité », *adde*, pp. 367 et s.

¹²¹² F. LAGARDE, « La redistribution sur le cycle de vie : le cas des retraites », in *Cycle de vie et générations*, D. Kessler et A. Masson (dir.), éd. Économica 1985 ; F. LEGROS, « Neutralité actuarielle et propriétés redistributives des systèmes de retraite », *Économie et statistique* 1996, n° 291-292, pp. 173 et s. ; J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, préc., p. 569 ; J. BICHOT, « Quelle régulation pour les retraites par répartition ? », *Dr. soc.* 2006, p. 905 ; J.-M. DUPUIS, C. EL MOUDDEN, « Une mesure de la contributivité et de la redistribution des retraites en France de 1947 à 1999 », *RFAS* 2000, n° 3-4 ; COR, *Retraites : annuités, points ou comptes notionnels*, 7^e Rapport, La Doc. fr. 2010.

¹²¹³ J. BRUNET-JAILLY, « Note sur les effets redistributifs de l'assurance maladie », *Revue écon. Politique*, sept.-oct. 1976 ; S. DARBON, « Assurance maladie et redistribution du revenu », *Revue écon. Politique*, mai 1983 ; N. QUESTIAUX, « Politiques publiques et justice sociale », in J. Affichard et J.-B. Foucault (dir.), *Justice sociale et inégalités*, éd., Esprit, 1992, p. 105 ; M. BORGETTO, « Égalité, Solidarité...Équité », in *Le préambule de la Constitution de 1946*, PUF, 1996.

¹²¹⁴ A.-T. DANG, J.-M. MONNIER, « Les effets redistributifs des transferts en faveur des familles en France : un éclairage en longue période », in *Finances publiques et redistribution sociale*, Rémi Pellet (dir.), Économica, 2006, p. 226 ; Y. VANDERBORGHT, « Effets anti-redistributifs des réponses de protection sociale », *adde*, pp. 263 et s.

¹²¹⁵ H. BROCHIER, *Finances publiques et redistribution des revenus*, Librairie Armand Colin, Coll. « Sciences politiques », 1950, p. XIII.

Toutefois, le principe de redistribution n'est pas exempt de critiques. Il a été avancé, entre autres arguments que les cotisations sociales réduisent la consommation des individus ; la protection sociale n'encourage pas la recherche active du travail et joue en faveur de l'assistanat qui n'a pas d'effets positifs sur l'activité économique. Il est aussi avancé que les cotisations sociales élevées font fuir les capitaux vers l'étranger ainsi que les salariés qualifiés¹²¹⁶. Les critiques qui sont déclarées à la redistribution des revenus, peuvent également être destinées au principe de la solidarité qui assure des prestations sociales à tous indépendamment de la quantité de la cotisation. Le prélèvement est effectué en fonction des revenus de chacun au nom du principe égalité. Il est néanmoins important d'indiquer que les principes de la redistribution et de la solidarité constitue un point de rapprochement entre la nature de la garantie des salaires et celle de la sécurité sociale. Ils sont des correctifs à l'obligation de cotiser, car ils limitent le caractère assurantiel de ces mécanismes. Ces derniers ont eu une résonance au niveau européen.

Section 2 : L'européanisation des techniques

1 38.- Position du problème. Le mécanisme de garantie des créances salariales et la sécurité sociale ont trouvé écho dans l'Union européenne. Cependant, la loi du 27 décembre 1973 relative au mécanisme de garantie des salaires n'avait pas fait allusion aux salaires des ressortissants de l'Union européenne, et la jurisprudence française a pendant longtemps refusé de leur accorder la garantie de l'AGS dès lors qu'ils travaillaient sur le territoire français pour les entreprises étrangères. Cette situation a été remédiée par la directive n° 80/987 du 20 octobre 1980, qui introduisit une obligation pour les États membres de l'Union européenne de garantir les créances des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur¹²¹⁷ (A). Cette

¹²¹⁶ Cf., M. ASSOULINE et alii, « L'impact macro-économique d'une baisse des cotisations sociales employeurs sur les bas salaires », Travail et Emploi, 1997, n° 73 ; T. PIKETTY, *Économie des inégalités*, La Découverte, 1997, p. 44 ; B. FRIOT, *Et la cotisation créera l'emploi*, La Dispute, 1998, p. 120 ; A. EUZEBY, « L'allègement des cotisations sociales patronales : quels espoirs pour l'emploi ? », *Dr. soc.* 2000, p. 368 ; R. PELLET, *Les finances sociales : économie, droit et politique*, LGDJ, 2001 ; B. TEYSSIÉ, « À propos de la pertinence économique de la règle de droit du travail », in G. Canivet, M.-A. Frison-Roche et M. Klein (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2005, p. 69 ; G. SAINT-PAUL, « Les enjeux du financement de la protection sociale », *Dr. soc.* 2012, n° 6, p. 555 ; J. BICHOT, « Réformer pu ravauder : le cas de la TVA sociale », *Dr. soc.* 2012, n° 6, p. 558 ; C. WILLMANN, « La TVA sociale, entre politique de l'emploi et politique industrielle », *adde*, p. 580 ; A. LYON-CAEN, « Les évidences », *RDT* 2012, p. 121.

¹²¹⁷ Dir. n° 80/987/CEE du Conseil modifiée par celle n° 2002/74/CE du 23 sept. 2002 (entrée en vigueur le 8 oct. 2002) et celle n° 2008/94/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 oct. 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur ; v., CJCE, 16 oct. 2008, Svenska Staten c/ Anders

obligation communautaire de paiement relève-t-elle de la sécurité sociale ou tendrait-elle vers l'harmonisation de la sécurité sociale en Europe ? Pour répondre à cette question, il faut examiner les règles de la coordination des systèmes de sécurité sociale¹²¹⁸ afin de déduire si elles visent la même finalité que celles relatives à la garantie des salaires pour être concordantes ou coordonnées ? (§ 2).

Paragraphe 1 : L'obligation communautaire de garantir les salaires

Le droit européen a fini par imposer aux États membres la mise en place des institutions de garantie des créances des salariés¹²¹⁹. Cette exigence est caractérisée par le critère communautaire de détermination de l'institution de garantie des créances salariales impayées compétente en cas d'insolvabilité de l'employeur¹²²⁰. L'élément déterminatif de l'institution de garantie des créances des salariés a évolué. Il est donc, d'une part, important de déterminer l'institution de garantie compétente (A) afin de s'interroger, d'autre part, sur la possibilité offerte aux salariés de bénéficier d'une garantie complémentaire ou de substitution (B).

Holmpvist, aff. C-310/07 ; 16 juill. 2009, Raffaello Visciano c/ Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), aff. C-69/08 ; CJUE, 22 déc. 2010, DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft mbh c/ Bundesrepublik Deutschland, aff. C-279/09 ; 10 févr. 2011, Lotta Anderson c/ Staten genom Kronofogdemyndigheten i Jönköping, aff. C-30/10.

¹²¹⁸ Règl. (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale ; Cf., X. PRETOT, *Le droit social européen*, Que sais-je ?, 2^e éd., PUF, 1993 ; G et A. LYON-CAEN, *Droit social européen et international*, 8^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 1997 ; C. EUZEBY, « Repenser la protection sociale dans l'Union européenne : vers plus de droits fondamentaux universels », *RISS* 2004, vol. 57, n° 1, p. 105 et 129 ; M. BONNECHERE, « Droits sociaux fondamentaux : vers un droit commun pour l'Europe », *Sem. soc. Lamy* n° 1187, 2004, p. 5 et n° 1188, p. 5 ; J.-M. SERVAIS, « Normes de travail internationales et cultures nationales », *RDT* 2007, p. 125 ; B. BERCUSSON, I. OMARJEE, « Qu'attendre de la promotion de la Charte des droits fondamentaux par le traité de Lisbonne ? », *RDT* 2008, pp. 74 et s.

¹²¹⁹ Cf., M. MENJUCQ, « Faillite communautaire et compétence de l'AGS », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 6, p. 43, note sous CA Colmar, Ch. soc., Section A, 9 juin 2011 ; F. TAQUET, « Détermination de l'institution de garantie compétente lorsque le salarié exerce son activité dans un autre État membre que celui dans lequel l'employeur est établi », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 6, p. 72, note sous Cass. soc. 21 sept. 2011, n° 08-41.512 ; F.-J. PANSIER, note sous Cass. soc. 21 sept. 2011, n° 08-41.512, X c/ CGEA de Lille et Fonds de fermeture des entreprises de l'office national de l'emploi en Belgique, *Cah. soc. Barr. Paris*, 2011, n° 235, p. 292 ; T. MASTRULLO, « Procédures d'insolvabilité transfrontalières : entre reconnaissance mutuelle et droit d'accès au juge », *Act. proc. coll.*, 2011, n° 8, p. 1, note sous Cass. com. 15 févr. 2011, n° 09-71.436, FS-P+B ; L.-C. HENRY, « Aspects internationaux du droit social des procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2012, n° 1, p. 75.

¹²²⁰ C. trav., art. L. 3253-18-1 et s. ; Q. URBAN, « La protection juridique incertaine des salariés dans une procédure collective transfrontalière », *JCP E* 2006, n° 12, I, 122 ; F. MÉLIN, « La protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'emploi : loi du 30 janvier 2008 transposant la dir. n° 2002/74/CE du 22 sept. 2002 », *JCP E* 2008, Actualités, 94 ; H. TISSANDIER, « La place du salarié dans les procédures collectives transnationales », *Juris. soc. Lamy* 2009, 248, chron. ; S. LAMBERT, *Les difficultés liées à la garantie des créances salariales par l'AGS dans les procédures d'insolvabilité transfrontalières*, Mémoire Master 2, Opérations et fiscalité internationales des sociétés, Paris I, 2010-2011, sous la dir. M. Menjucq.

A. La détermination de l'institution de garantie compétente

La situation salariale des travailleurs européens est restée ignorée par le législateur et le juge communautaires pendant un bon moment, alors que le droit français avait déjà un mécanisme de garantie efficace, permettant la prise en charge des créances des salariés des entreprises françaises en cas d'insolvabilité de l'employeur. Cette ignorance a émaillé la protection des créances des travailleurs salariés transfrontaliers de soubresauts qui exigent qu'il soit d'une part, définis les anciens critères (1) de détermination de l'institution de garantie compétente¹²²¹, et d'autre part, le nouveau critère (2).

1. Les anciens critères de détermination de l'institution compétente

139.- Critère du lieu d'ouverture de la procédure collective. La garantie de l'AGS a connu des difficultés pratiques lorsque l'*employeur insolvable* était établi dans un autre État membre de l'Union européenne où la procédure collective est ouverte, mais qui n'était pas celui où travaillait le salarié. En effet, la garantie de l'AGS ne bénéficiait qu'aux salariés travaillant sur le territoire français et lorsque la procédure était ouverte par un juge français. Ainsi, la CJUE¹²²² a décidé le 17 septembre 1997¹²²³ que « lorsque l'employeur est établi dans un autre État membre (*Angleterre*) que celui sur le territoire duquel le travailleur réside et exerce son activité salariée (*Danemark*), l'institution de garantie compétente [...] pour le paiement des créances de ce travailleur, est l'institution de l'État sur le territoire duquel [...] soit l'ouverture de la procédure de désintéressement collectif est décidée, soit la fermeture de l'entreprise ou

¹²²¹ Cf., P. LYON-CAEN, « Faillite ouverte à l'étranger. Un salarié travaillant en France peut-il obtenir la garantie de l'AGS ? », *RJS* 2003, p. 658 ; Y. CHAGNY, « L'AGS doit-elle sa garantie en cas de procédure d'insolvabilité de l'employeur constatée judiciairement à l'étranger ? », *Dr. soc.* 2003, n° 9/10, p. 837 ; F. JAULT-SESEKE, « Le sort des salariés », in *L'effet international de la faillite : une réalité ?*, *D.* 2004, p. 151 ; T. MÉTEYÉ, « L'harmonisation : voie et degré de convergence entre les droits nationaux, européens et internationaux. La réglementation européenne sur l'insolvabilité et l'AGS », *LPA* 2006, n° 209, p. 27 ; R. DAMMANN, M. ROBINET, « Précisions sur l'institution de garantie du paiement des salaires compétente dans le cadre des procédures d'insolvabilité intra-communautaires », *Bull. Joly Sociétés* 2009, n° 2, p. 163, note sous CJCE 4^e ch., 16 oct. 2009, aff. C-310/07, Svenska Staten c/ Anders Holmqvist ; F. MÉLIN, « Protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur : limites du droit européen », *Bull. Joly Sociétés*, 2011, n° 5, p. 431, note sous CJUE, 10 févr. 2011, aff. C-30/10, Andersson c/ Staten genom Kronofogdemyndigheten i Jönköping, Tillsynsmyndigheten ; L. FIN-LANGER, « Quelle est l'institution de garantie des salaires compétente pour les travailleurs migrants ? », note sous Cass. soc., 21 sept. 2011, n° 08-41.512, FS-P+B, Defossez c/ Wiart et a, *Act. proc. coll.*, 2011, n° 16, pp. 6-7 ; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 3^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2011, pp. 574-579.

¹²²² La Cour de justice de l'Union européenne remplace l'ancienne appellation de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE).

¹²²³ CJCE, 17 sept. 1997, aff. C-117/96, *Rec. CJCE*, p. I-5017, *D.* 1997, IR, p. 206 ; *RJS* 4/98, n° 554, p. 347.

de l'établissement de l'employeur est constatée »¹²²⁴. La Cour de justice rattache ainsi la couverture contre le risque de non-paiement des salaires à la loi de la procédure collective et non de celle applicable au contrat de travail ou à celle du lieu d'exécution d'un tel contrat. Elle précise « qu'à défaut d'indication contraire dans la directive, il est conforme à l'économie de celle-ci que l'institution de garantie compétente pour le paiement des créances impayées des travailleurs salariés soit celle qui a perçu ou, à tout le moins qui aurait dû percevoir les cotisations de l'employeur insolvable. Tel ne saurait être le cas de l'institution de l'État membre sur le territoire duquel le travailleur réside et exerce son activité salariée sans que son employeur y dispose d'un quelconque établissement ou d'une présence commerciale ». Il en résulte que les créances des salariés auxquels la procédure de leur employeur défaillant n'était pas ouverte en France¹²²⁵, ne pouvaient bénéficier de la garantie de l'AGS.

Dans cette lignée, la Cour de cassation a décidé que le salarié résidant et travaillant en France pour le compte d'une société soumise au droit allemand ne peut bénéficier de la garantie de l'AGS¹²²⁶. En effet, « l'institution qui garantit l'insolvabilité de l'employeur est celle de l'État sur le territoire duquel, soit l'ouverture de la procédure de désintéressement collectif est décidée, soit la fermeture de l'entreprise ou de l'établissement de l'employeur est constatée »¹²²⁷. En conséquence, les salariés sont défavorisés par cette application stricte de la directive et de l'article L. 143-11-1 du Code du travail¹²²⁸. En réalité, la garantie offerte par l'institution du pays où est ouverte la procédure collective peut être inférieure celle de l'AGS.

Le rattachement de la garantie des créances des travailleurs salariés transfrontaliers à l'ouverture de la procédure collective en France était, en somme, défavorable à la protection des créances de ces travailleurs. Le critère du lieu d'ouverture de la procédure collective nécessaire à la détermination de l'institution de garantie compétente a en définitive été abandonné au profit de celui du lieu de situation de la succursale.

¹²²⁴ Dir. n° 80/987, 20 oct. 1980, art. 3.

¹²²⁵ F. DERRIDA, préc., p. 123.

¹²²⁶ Cass. soc. 20 janv. 1998, Assedic de Poitou-Charentes et AGS c/ MM Perchais et Schulze, *Dr. soc.* 1998, p. 298, obs. R. Vatinet ; *JCP E* 1998, p. 1041, obs. Ph. Coursier ; *LPA* n° 117, 14 juin 1999, p. 14, note A. Honorat et C. Henry.

¹²²⁷ Cass. soc. 2 oct. 2001, *JCP E* 2001, p. 1751 ; M. MENJUCQ, *Rev. Lamy dr. aff.*, nov. 2001, p. 7 ; *Dr. soc.* 2002, p. 118, note M.-A. Moreau.

¹²²⁸ C. trav., art. L. 3253-6.

140.- Critère du lieu de situation de la succursale. La position de la CJUE a néanmoins évolué, en matière de détermination de l'institution de garantie compétente. Dans une décision du 16 décembre 1999, *Everson*, elle énonce que « lorsque les travailleurs victimes de l'insolvabilité de leur employeur exerçaient leur activité salariée dans un État membre pour le compte de la succursale d'une société constituée selon le droit d'un autre État membre, dans lequel cette société a son siège social et y est mis en liquidation, l'institution de garantie des salaires compétente est celle de l'État sur le territoire duquel ils exerçaient leur activité salariée. En ce cas, la Cour indiquait par dérogation que dès lors que la société à plusieurs établissements dans divers pays, « il convient, afin de déterminer l'institution de garantie, de se référer, à titre de critère additionnel, et compte tenu de la finalité sociale de la directive, au lieu d'activité des travailleurs »¹²²⁹.

La Cour de cassation a suivi cette interprétation de la CJUE pour indiquer « que la Cour d'appel qui a constaté que les salariés exerçaient leur activité dans un établissement situé sur le territoire français, a décidé, à bon droit [...] que l'AGS était compétente pour garantir les créances des intéressés »¹²³⁰. En effet, la cour d'appel, qui constate l'existence d'un établissement d'une société soumise au droit étranger, doit obliger l'AGS à garantir les créances des salariés de cet établissement¹²³¹.

Il en résulte que le rattachement de la prise en charge des créances des travailleurs transfrontaliers à l'existence d'un établissement ou d'une succursale de la société employeur en France, par exemple, ne permettait toujours pas d'assurer le droit aux créances alimentaires de ces salariés. Ainsi, la notion d'établissement distinct¹²³² de l'entreprise¹²³³ employeur n'est pas facile à définir. Il a été souligné par un auteur que l'établissement est une notion

¹²²⁹ Cass. soc. 16 déc. 1999, cité par Y. CHAGNY, « L'AGS doit-elle sa garantie en cas de procédure d'insolvabilité de l'employeur constatée judiciairement à l'étranger ? », *Dr. soc.* 2003, n° 9/10, p. 839 ; S. DION-LOYE, « L'impact en droit français de la directive du 23 septembre 2002 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur », *LPA* n° 248, 12 déc. 2003, p. 45.

¹²³⁰ Cass. soc. 2 juill. 2002, *Bull. civ.* V, n° 228, p. 261 ; *JCP* 2003, II, 10026, note M. Menjucq ; Cass. com. 3 juin 2003, *AGS c/ Schatz*, *JCP E* 2004, 155, note F. Mélin, *RJS* 2003, n° 8-9, p. 658, concl. P. Lyon-Caen.

¹²³¹ Cass. soc. 26 avr. 2006, *Bull. civ.* IV, n° 144 ; CA Nancy, 28 nov. 2007, n° 05/02744 ; Dijon, 19 mars 2009, n° 08/00491.

¹²³² Pour une étude détaillée de la notion d'établissement, cf., B. DESJARDINS, « La notion d'établissement en droit du travail », *RJS* 4/93, chron., p. 215 ; P. MASSON, « Entreprise et établissements : quelle mesure de la représentativité ? », *Sem. soc. Lamy* 2010, n° 1455, p. 8 ; G. BORENFREUND, « La notion d'établissement distinct à la croisée des chemins », *RDT* 2011, p. 24 ; A. MAZEAUD, « Transfert d'établissements distincts : de nouveaux enjeux portant sur les aspects collectifs », *JCP S* 2012, n° 28, p. 24.

¹²³³ Cf., I. DESBARATS, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, LGDJ, 1996 ; J. SAVATIER, « Établissements ou entreprise : quel cadre pour les relations de travail ? », in *Mélanges dédiés à M. Despax*, p. 61.

fonctionnelle et relative¹²³⁴, même si la jurisprudence retient une telle qualification dès lors que la structure occupant au moins 50 salariés¹²³⁵ dans un cadre géographique déterminé, a une autonomie de gestion¹²³⁶ et des conditions de travail propres¹²³⁷ avec un représentant de l'employeur, qui n'est pas obligé de satisfaire les demandes des salariés¹²³⁸. L'instabilité de la définition de cette notion ne pouvait pas offrir aux travailleurs salariés une garantie ferme. La tentative de l'exclusion de l'existence d'un établissement nécessaire à la prise en charge des créances salariales serait grave. La CJUE était obligée de retenir un nouveau critère de détermination de l'institution de garantie compétente.

2. Le nouveau critère de détermination de l'institution compétente

141.- Critère du lieu d'exécution du contrat de travail. Le critère de la détermination de l'institution de garantie compétente est devenu le lieu d'exécution du contrat de travail. En effet, les salariés d'une entreprise étrangère *insolvable* qui exercent leur activité professionnelle, en France, ne sont plus obligés de demander la prise en charge de leurs créances à l'institution de garantie du siège de l'employeur s'il n'existe pas un établissement de l'entreprise en France. Le critère de détermination de l'institution compétente étant devenu le lieu d'exécution du contrat de travail, l'AGS est ainsi tenue de prendre en charge les créances des salariés d'une entreprise étrangère qui n'a pas d'établissement en France et, dont le placement en procédure d'insolvabilité a été décidé par un juge étranger¹²³⁹. Cette nouvelle position du juge communautaire n'a pas dissipé immédiatement les hésitations de la doctrine¹²⁴⁰. Ces hésitations étaient relatives à certaines imprécisions de la directive n° 80/987/CEE du Conseil du 20 octobre 1980. La directive n° 2002/74/CE du 23 septembre 2002¹²⁴¹, modifiée par celle n° 2008/94/94, relative à la protection des travailleurs salariés est venue clarifier ce qu'il faut entendre par le lieu d'exécution du contrat de travail. Elle a en

¹²³⁴ B. BOUBLI, « L'établissement distinct : une notion fonctionnelle et relative », *Jurispr. soc. Lamy* 2005, n° 164, chron.

¹²³⁵ C. trav., art. L. 2143-3.

¹²³⁶ Cf., M. DESPAX, J. PÉLISSIER, *Gestion du personnel*, t. 3, éd., Cujas, p. 19.

¹²³⁷ Cass. soc. 20 juill. 1978, n° 78-60.517, *Bull. civ.* V, n° 630.

¹²³⁸ Cass. soc. 24 avr. 2003, n° 01-60.876 ; 10 nov. 2010, n° 09-60.451.

¹²³⁹ Cass. soc. 16 janv. 2008, n° 06-43.030, *Act. proc. coll.* 2008, n° 6, p. 1-2, obs. F. Mélin.

¹²⁴⁰ Y. CHAGNY, « L'AGS doit-elle sa garantie en cas de procédure d'insolvabilité de l'employeur constatée judiciairement à l'étranger ? », Rapport Cass. soc. 3 juin 2003, *Dr. soc.* n° 9/10- Septembre 2003 ; J.-CH. CABOTTE, « Les garanties du financement de l'entreprise : aspects internationaux », *LPA* n° 104, du 26 mai 2005, pp. 13-17.

¹²⁴¹ Dir. n° 2002/74/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 sept. 2002, *JOCE* n° L 270, 8 oct. 2002, p. 10.

effet supprimé toute référence à l'institution de garantie du lieu d'ouverture de la procédure. Aux termes de l'article 8 bis § 2 de la directive n° 2002/74/CE, « lorsqu'une entreprise ayant des activités sur le territoire d'au moins deux États membres se trouve en état d'insolvabilité [...], l'institution compétente pour le paiement des créances impayées des travailleurs est celle de l'État membre sur le territoire duquel ils exercent ou exerçaient habituellement leur travail »¹²⁴². Le droit européen oblige les États membres à instituer les organismes de garantie afin d'assurer le paiement des créances impayées des travailleurs salariés résultant de contrats de travail ou de relations de travail¹²⁴³.

En France, la Cour de cassation a réaffirmé l'obligation de l'institution de l'État membre sur le territoire duquel les salariés exercent leur activité de prendre en charge les créances des salariés dans un arrêt du 3 juin 2003¹²⁴⁴. En définitive, l'article L. 3253-18-1 du Code du travail a été introduit pour permettre la garantie de ces créances. Il prévoit que « les institutions de garantie mentionnées à l'article L. 3253-14 assurent le règlement des créances impayées des salariés qui exercent ou exerçaient habituellement leur activité sur le territoire français, pour le compte d'un employeur dont le siège social, s'il s'agit d'une personne morale, ou, s'il s'agit d'une personne physique, l'activité ou l'adresse de l'entreprise est situé dans un autre État membre de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen, lorsque cet employeur se trouve en état d'insolvabilité ». Elles interviennent lorsque l'insolvabilité de l'employeur est déclarée¹²⁴⁵. Il en résulte que la nouvelle interprétation de la directive permet aux travailleurs salariés d'avoir l'assurance que leurs créances seront payées, si leur employeur est placé en procédure collective en dehors de la France, dès lors qu'ils exercent ou exerçaient habituellement un travail en France.

Toutefois, la question de l'existence d'un établissement dans lequel les salariés de l'entreprise étrangère exercent leur activité s'était encore posée, même si l'interprétation du critère de détermination de l'institution compétente a évolué¹²⁴⁶. Le critère du lieu d'ouverture de la procédure collective ou de l'existence d'un établissement ou d'une succursale dans laquelle le

¹²⁴² Dir. n° 2002/74, art. 8 bis, § 1 ; CJCE, 16 oct. 2008, aff. C-310/07 ; H. TISSANDIER, « La place du salarié dans les procédures collectives transnationales », *Jurispr. soc. Lamy* 2009, n° 248.

¹²⁴³ Dir. n° 2002/74, art. 3.

¹²⁴⁴ Cass. soc. 3 juin 2003, n° 1603, *Dr. soc.* 2003, n° 9/10, p. 847. V., Cir. du 17 mars 2003 relative à l'entrée en vigueur du règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, cité in *Dict. perm. Difficulté des entreprises*, 2003, p. 137 ; B. TEYSSIE, *Droit européen du travail*, 5^e éd., Litec, coll. « Manuel » 2011, p. 212 et s ; P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, n° 501 et s.

¹²⁴⁵ Pour la définition de l'état d'insolvabilité, v., C. trav., art. L. 3253-18-2.

¹²⁴⁶ CJUE, 10 mars 2011, aff. C-477/09, *RJS* 6/2011, pp. 444 ; Cass. soc. 21 sept. 2011, n° 08-41.512.

salarié exerce son activité dégagée par l'arrêt *Mobaek* du 17 septembre 1997¹²⁴⁷ de la CJUCE, et repris par la Cour de cassation¹²⁴⁸, n'est plus exigé. La mise à l'écart de l'existence d'un établissement est favorable à la prise en charge des créances des salariés. Le critère du lieu d'exécution du contrat de travail est en revanche devenu décisif dans la détermination de l'institution de garantie compétente. En effet, l'exigence d'un établissement pour prendre en charge les créances des travailleurs salariés limite la portée sociale de la directive. Cette dernière vise, entre autres objectifs, ceux « d'assurer la sécurité juridique des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité des entreprises exerçant leurs activités dans plusieurs États membres » et « d'assurer un minimum de protection en particulier pour garantir le paiement de leurs créances impayées... »¹²⁴⁹. Le critère qui permet d'assurer une sécurité juridique et économique efficace aux salariés est celui du lieu d'exécution du contrat de travail¹²⁵⁰ et non ceux du lieu d'ouverture de la procédure collective¹²⁵¹ ou de l'existence d'un établissement. La directive n° 2008/94/CE du 22 octobre 2008 qui remplace celle n° 2002/74/CE prescrit clairement que « lorsqu'une entreprise ayant des activités sur le territoire d'au moins deux États membres se trouve en état d'insolvabilité au sens de l'article 2, paragraphe 1, l'institution compétente pour le paiement des créances impayées des travailleurs salariés est celle de l'État membre sur le territoire duquel ils exercent ou exerçaient habituellement leur travail »¹²⁵². Les précisions données par cette dernière directive ont été consolidées par le Cour de justice¹²⁵³.

Pour assurer une protection efficace aux salariés, les États membres doivent échanger les informations pertinentes entre les administrations publiques compétentes¹²⁵⁴. Cet échange permet notamment de porter à la connaissance de l'institution de garantie compétente les créances impayées des travailleurs¹²⁵⁵. La coordination de la collecte de ces informations par une institution communautaire spécialisée serait plus adaptée que l'information volontaire des

¹²⁴⁷ CJCE, 17 sept. 1997, *Mobaek/ Lonmodtagernes Garantifond*, aff. C-117/96, p. I-5017, *Rev. proc. coll.* 2001, p. 104, n° 11.

¹²⁴⁸ Cass. soc. 20 janv. 1998, n° 93-43.577, *Dr. soc.* 1998, p. 298.

¹²⁴⁹ Dir. n° 2008/94/CE, considérant 3 et 6.

¹²⁵⁰ CJCE, 7 déc. 1995, *Rockfon*, aff. C-449/93, *Rec. CJCE*, I, p. 4306 ; CJCE, 16 déc. 1999, *Everson et Barras*, aff. C-198-98, *Rec. p. I-8903* ; Cass. soc. 16 janv. 2008, n° 06-43.030, *Act. proc. coll.* 2008, n° 90 et 97 ; 7 juill. 2009, n° 08.40.546, *Rev. proc. coll.* 2009, comm. 148.

¹²⁵¹ Cass. soc. 20 janv. 1998, *LPA* 8 juin 1998, p. 17 note J. L. Vallens

¹²⁵² Dir. n° 2008/94/CE, art. 9 ; v., C. trav., art. L. 3253-18-1 ; Cass. soc. 2 juill. 2002 *RJS* 10/02 n°1128, *Bull. civ.* V, n° 228 ; 3 juin 2003 *RJS* 8-9 2003 n° 1020.

¹²⁵³ CJUE, 10 mars 2011, aff. C-477/09, *Deffossez* ; Cass. soc. 9 juill. 2011, n° 08-40.546, *Rev. proc. coll.* 2009, n° 6, 148, obs. T. Mastrullo.

¹²⁵⁴ Dir. n° 2002/74, art. 8 ter, § 2.

¹²⁵⁵ Dir. n° 2002, art. 8 ter.

institutions de garantie. Toutefois, la garantie de paiement exigée par le droit européen est, comme dans le mécanisme de garantie de l'AGS¹²⁵⁶, minimale¹²⁵⁷ et limitée dans le temps.

En effet, les États membres doivent rechercher à offrir un minimum de protection à l'ensemble des travailleurs¹²⁵⁸. En outre, le paiement des rémunérations par l'employeur pendant les périodes d'emploi n'est que partiel, car certaines seulement sont couvertes par l'assurance garantie, l'imputation des paiements doit se faire en priorité sur les créances antérieures. Cette solution est adaptée à la finalité sociale de la directive qui n'exclut pas la faculté de plafonner la garantie¹²⁵⁹.

En outre, la garantie européenne des créances des salariés à une limitation temporelle. En effet, l'article 3 § 2 de la directive n° 2008/94/CE relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur prévoit que « les créances prises en charge par l'institution de garantie sont les rémunérations impayées correspondant à une période se situant avant et/ou, le cas échéant, après une date déterminée par les États membres ». Le droit européen réduit cependant la faculté des États membres à limiter les périodes de garantie, car il exige que la « durée de la période donnant lieu au paiement des créances impayées par l'institution de garantie ne peut toutefois être inférieure à une période portant sur la rémunération des trois derniers mois de la relation de travail se situant avant et/ou après la date visée à l'article 3, deuxième alinéa ». Ainsi, l'institution de garantie est tenue d'assurer le paiement des créances impayées concernant la rémunération afférente aux trois derniers mois de travail précédant la date visée pour le calcul de la garantie ou les trois derniers mois situés à 'intérieur d'un périmètre temporel qui englobe la période précédant la date visée pour le calcul des plafonds et celle postérieure à cette date. La directive prévoit également que la période minimale de protection des salaires peut être inscrite dans une période de référence dont la durée doit être

¹²⁵⁶ C. trav., art. L. 3253-17 et D. 3253-5 ; Cf., *supra*, 124.

¹²⁵⁷ C. trav., art. L. 3253-18-2 et art. L. 3253-18-3 ; Dir. n° 2008/94/CE, art. 4, 4° : « Les États membres peuvent assigner des plafonds aux paiements effectués par l'institution de garantie. Ces plafonds ne doivent pas être inférieurs à un seul socialement compatible avec l'objectif social de la présente directive. Lorsque les États membres vont usage de cette faculté, ils communiquent à la Commission les méthodes selon lesquelles ils fixent le plafond » ; CJCE, 12 décembre 2002, Angel Rodriguez Caballero et Fondo de Garantía salarial, aff. C-442/00, *Rec. p. I-11915, JO L 178*, p. 1, point 43 ; 7 sept. 2006, Cordero Alonso, aff. C-81/05, *JO C 261* du 28 oct. 2006, p. 4 ; F. MÉLIN, « Protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur: limites du droit européen », *Bull. Joly Sociétés*, 2011, n° 5, p. 431 ; T. MÉTEYÉ, « L'harmonisation : voie et degré de convergences entre les droits nationaux, européens et internationaux. La réglementation européenne sur l'insolvabilité et l'AGS », *LPA* 2006, n° 209, p. 27.

¹²⁵⁸ Dir. n° 2008/94/CE, Considérant n° 3.

¹²⁵⁹ CJCE, 16 juillet 1998, AGS - ASSEDIC Pas-de-Calais, aff. C-235/96, *D.* 1998, IR p. 200 ; 25 janvier 2007, Carol Marilyn Robins, aff. C-278/05.

au moins égal à six mois¹²⁶⁰. En revanche, si l'État membre a prévu une période de référence d'au moins dix-huit mois, il peut limiter à huit semaines la période de garantie des créances impayées par l'employeur insolvable.

En conclusion, les limitations matérielles et temporelles fixées par le législateur français sont conformes au droit communautaire. Cependant, la Cour de justice de l'Union européenne en interprétant ce droit communautaire, offre la possibilité de bénéficier d'une garantie complémentaire ou de substitution d'une autre institution de garantie si celle accordée par l'institution de garantie compétente déterminée en fonction du critère du lieu d'exécution habituel du contrat de travail n'est pas suffisante.

B. Le droit à la garantie complémentaire ou de substitution

142.- Paiement additionnel d'une institution supposée incompétente¹²⁶¹. La créance du salarié qui travaille pour une entreprise qui emploie des travailleurs dans deux États au moins de l'Union européenne doit être prise en charge par l'institution de garantie du lieu où il exerce ou exerçait son travail. C'est ce que prévoit la directive européenne¹²⁶² et les articles L. 3253-18-1 et suivants du Code du travail. En effet, la fixation du critère de détermination de l'institution de garantie compétente a le mérite d'éviter tout conflit de lois et de juridictions. Si la CJUE était longtemps restée fidèle à ce critère, en le réaffirmant maintes fois¹²⁶³, elle a ouvert une brèche qui pourrait remettre en cause ce critère. La voie du cumul est ouverte¹²⁶⁴, même si un auteur a observé que cette jurisprudence est appelée « à disparaître »¹²⁶⁵, il convient toutefois de rappeler de quoi il s'agit. Le 10 mars 2011¹²⁶⁶, la CJUE, a assoupli « sa

¹²⁶⁰ Dir. n° 2008/94/CE, art. 4, al. 2, § 2.

¹²⁶¹ Le salarié dont le siège de l'employeur qui est mis en procédure collective se situe en dehors du territoire français a le droit de solliciter un paiement à titre complémentaire ou substitutif de ses créances à l'AGS (CJUE, 17 nov. 2010, aff. C-477/09). En effet, la Cour de cassation précise que le droit du salarié de demander ce paiement n'est pas fermé à cause d'une demande de garantie préalablement auprès de l'institution de garantie compétente car la renonciation à un droit ne se présume pas. Si le salarié a bénéficié d'une prise en charge partielle de ses créances auprès de l'institution de garantie compétente, l'AGS est tenue de lui payer le reliquat des créances (Cass. soc., 11 avr. 2012, n° 09-68.553, FS-P+B, *Lexbase Hebdo éd. soc.* n° 482 du 19 avril 2012).

¹²⁶² Dir. n° 2002/74/CE du 23 sept. 2002.

¹²⁶³ CJCE, 16 déc. 1999, aff. C-198/98, Everson ; Cass. soc. 16 janv. 2008, n° 06-43.030, *Act. proc. coll.* 2008, n° 90 et 97 ; 7 juill. 2009, n° 08-40.546, *Rev. proc. coll.* 2009, comm. 148.

¹²⁶⁴ V., Cass. soc. 11 avr. 2012, n° 09-68.583, M. X c/ Sté Vancraeynest, CGEA de Nancy, note P. Duprat, *Gaz. Pal.* 2012, 3-4 août 2012, p. 34.

¹²⁶⁵ L. FIN-LANGER, « Quelle est l'institution de garantie des salaires compétente pour les travailleurs migrants ? », *Act. proc. coll.* 2011, n° 16, p. 6.

¹²⁶⁶ CJUE, 10 mars 2011, aff. C-477/09, Defossez c. Wiart.

jurisprudence sur la désignation de l'institution compétente dans les situations transnationales »¹²⁶⁷ en introduisant le droit au cumul des garanties de salaires. En l'espèce, le salarié d'une société installée en France, qui exerçait son activité dans un chantier en Belgique, a été licencié à la suite d'une liquidation judiciaire déclarée en France. Pour le règlement de sa créance, le salarié demande, à titre principal l'intervention de l'AGS de Lille et, à titre secondaire l'institution de garantie du lieu d'exécution du chantier (Belgique). L'AGS de Lille refuse de régler la créance, au motif qu'elle n'est pas, l'institution de garantie compétente. Le salarié saisit le Conseil de prud'hommes qui déclare que la créance est opposable à cette institution. La Cour d'appel de Douai, saisie de l'affaire, infirme la décision prud'homale, en indiquant qu'il appartient à l'institution de garantie belge, c'est-à-dire du lieu d'exécution du contrat de travail, de prendre en charge la créance, conformément à l'article 8 bis de la directive n° 2002/74¹²⁶⁸. Cet article prévoit aussi que « l'étendue des droits des salariés est déterminée par le droit régissant l'institution de garantie compétente »¹²⁶⁹. De fait, le salarié de la société française qui travaille en Belgique reçoit une indemnisation moins importante que celle qui est prévue dans le cadre de la garantie de l'AGS. L'étendue de l'indemnisation du droit belge ne couvre pas le même niveau des créances salariales que l'institution française. Par conséquent, le salarié se pourvoit en cassation.

La Cour de cassation sursoit à statuer et pose une question préjudicielle à la CJUE : « l'article 8 bis de la directive n° 80/987 modifiée « doit être interprété comme désignant l'institution compétente à l'exclusion de toute autre, ou [...] comme ne privant pas le salarié du droit de se prévaloir, en lieu et place de la garantie de cette institution, de celle plus favorable de l'institution auprès de laquelle son employeur s'assure et cotise en application du droit national »¹²⁷⁰. En effet, le critère unique de rattachement de la désignation de l'institution compétente, fondé sur le « lieu d'exercice habituel du travail¹²⁷¹ », écarte la prise en considération du niveau de la protection offerte par l'institution de garantie du lieu d'exercice de l'activité professionnelle et celui du siège social de l'entreprise employeur. Pourtant, le

¹²⁶⁷ M. SCHMITT, « La protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, in L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale », *RJS* 6/11, pp. 442-444 ; C. GAIHBAUD, note sous CJUE, 10 mars 2011, aff. C-477/09, *Gaz. Pal.* 1/4/2011, n° 91-92, pp. 41-43.

¹²⁶⁸ Dir. n° 2002/74/CE, art. 8 bis, § 1.

¹²⁶⁹ Dir. n° 2002/74/CE, art. 8 bis, § 2.

¹²⁷⁰ Cass. soc. 18 nov. 2009, n° 08-41.512, *RJS* 2/10, n° 186 ; *Liais. soc. Europe* n° 250 du 15 avr. 2010, p. 6, obs. H. Tissandier.

¹²⁷¹ Cass. soc. 2 juill. 2002, n° 99-46.140 ; *RJS* 10/02, n° 1128 ; *JCP G* 2003, II, 10026, note M. Menjucq ; 3 juin 2003, n° 01-41.697 ; *RJS* 8-9/03, n° 1020 et concl. P. Lyon-Caen, p. 658 ; 26 avr. 2006, n° 03-47.334, *RJS* 7/06, n° 843. Cf., CJCE, 16 déc. 1999, aff. C-198/98, Everson ; *RJS* 4/00, n° 471, *Rec.* I-8903 ; 17 janv. 2008, aff. C-246/06, Valasco Navarro, *RJS* 6/08, p. 505, chron. H. Tissandier, *Rec.* I-105.

droit du travail peut permettre cette comparaison en vertu du principe de faveur. Ce faisant, la protection offerte par l'institution qui a un niveau plus élevé est favorable au salarié, qui est en droit de la réclamer.

Ainsi, la CJUE, en interprétant l'article 8 bis de la directive n° 2002/74¹²⁷², a décidé que « même si la directive 80/987 n'attribue pas au travailleur la faculté de choisir entre différentes institutions, cela n'exclut pas la possibilité, pour le travailleur, de se prévaloir, lorsque cela lui est plus favorable et que le droit national le prévoit, de la garantie d'une institution différente de celle identifiée sur la base de son application »¹²⁷³. Désormais, la coordination de l'obligation communautaire de garantie des salaires s'articule avec le niveau de protection des créances des salaires. Partant, la garantie de l'institution du lieu d'exécution de l'activité est la protection principale et celle du siège social, c'est-à-dire du lieu d'ouverture de la procédure collective est la garantie complémentaire ou substitutive. Elle est complémentaire lorsqu'elle s'additionne avec la garantie de l'institution compétente qui est inférieure à celle de l'institution du siège social. Une telle augmentation est favorable aux salariés, mais elle peut conduire à des situations inappropriées, qui pourraient avoir des conséquences défavorables sur les mécanismes de garantie, et donc, sur la protection des salaires. La Cour de justice a également précisé que l'institution du siège de l'employeur qui est en principe incompétente peut aussi se voir imposer une obligation de substitution à l'institution compétente.

143.- Un droit de substitution inapproprié. Le critère légal du lieu d'exécution du contrat de travail oblige le salarié de l'employeur insolvable placé en procédure collective de demander le paiement de ses salaires à l'institution de garantie de ce lieu. Il ne pouvait jusqu'ici demander le paiement de ses créances impayées à une autre institution qui n'est pas désignée par la directive ou le Code du travail. Et cela, en dépit de du caractère réduit de la garantie de l'institution compétente. L'arrêt de la CJUE précité a changé la donne, car il prévoit la possibilité pour le salarié de refuser la garantie de l'institution compétente, c'est-à-dire celle du lieu d'exécution de son contrat de travail, dès lors que son montant est insuffisant, et demander la prise en charge des ses créances par l'institution de garantie de substitution, qui est celle du lieu où l'employeur a versé les cotisations AGS. En effet, le droit

¹²⁷² Dir. n° 2008/94/CE, art. 9.

¹²⁷³ CJUE, 10 mars 2011, Defossez, préc., point 31, *JCP S* 2011, 1275, note E. Jensen ; Cass. soc. 11 avr. 2012, n° 09-68.583, *Gaz. Pal.* 3-4 août 2012, p. 34.

à la garantie de substitution est accepté au moment où, la garantie du lieu d'exécution du contrat est insuffisante, alors que celle du lieu d'ouverture de la procédure collective est plus favorable. Mais la garantie du lieu d'ouverture ou de fermeture de l'entreprise ne complète ou ne se substitue à la garantie de l'institution compétente que si le droit national le permet¹²⁷⁴. Le niveau de protection des créances des salariés dépend, par conséquent, des États membres et, l'application de la directive ne donne plus forcément le même résultat. Ceci dit, l'interprétation donnée par la Cour de justice du critère de détermination de l'institution de garantie compétente, fragilise, l'harmonisation de la protection des travailleurs salariés dans l'Union européenne. Elle risque de créer un *dumping* de la garantie des créances salariales. En réalité, les plafonds de la garantie de l'AGS étant plus favorables que la majorité des étendues matérielles des mécanismes de garantie des autres pays européens, l'intervention de l'AGS pourrait être de plus en plus sollicitée. Or, le *dumping* de la garantie des salaires est défavorable à l'équilibre financier de l'AGS elle-même. Pour désapprouver une telle jurisprudence, M. LUCAS remarque que l'AGS est devenue, « vache à lait universelle »¹²⁷⁵.

En pratique, la solution de la CJUE, qui permet aux salariés de demander la prise en charge de leurs créances à l'*institution incompétente substituée* dès lors que sa garantie est plus favorable que celle de l'institution de garantie compétente, génère des conflits de lois¹²⁷⁶, car le critère du lieu d'exécution du contrat de travail saute. C'est le critère de faveur de la garantie qui joue. Or, les critères de détermination de l'institution de garantie compétente sont prévus afin d'éviter de tels conflits. Cette jurisprudence ne tient pas compte de la nature des dispositions de garanties de paiement des salaires. En effet, les dispositions qui instituent les privilèges et garanties de paiement des salaires seraient des lois de police¹²⁷⁷ s'appliquant nécessairement. Cette notion de lois de police est située à l'article 3, alinéa 1^{er} du Code

¹²⁷⁴ Dir. n° 2002/74/CE, art. 9.

¹²⁷⁵ F.-X. LUCAS, « L'AGS, vache à lait universelle », note sous CA Colmar, 9 juin 2011, n° 10/2652, Me Gall-Heng ès qual. c/ Zimmerman ; D. JACOTOT, « Extension « forcée » du domaine de garantie de l'AGS », *Act. proc. coll.* 2012, n° 10, p.1 et s., note sous Cass. soc. 11 avr. 2012, n° 09-68.553, P+B et « AGS, Universelle garantie des salaires ? Une indemnisation des salaires dans un autre État n'interdit pas le recours à l'AGS française », note sous Cass. soc. 11 avr. 2012, n° 09-68.553, Aufsatz c/ Sté belge Vanraeynest et a., *Act. proc. coll.* 2012, n° 10, p. 5 ; *JCl. Proc. coll.*, Fasc. 2450 ; *JCl. com.*, Fasc. 2450

¹²⁷⁶ Cf., D. CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police. Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibl. de Thèses », 2003 ; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 2^e éd., Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2008, p. 479 et s. ; D. GUTMANN, *Droit international privé*, 6^e éd., Dalloz, coll. « Cours », 2009, p. 25 ; P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 10^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2010, pp. 61 et s.

¹²⁷⁷ Cf., B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, préf. P. Mayer, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibl. thèses », 2008 ; J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *Droit du commerce international*, 2^e éd., Dalloz, coll. « Cours », 2011, p. 21 et s.

civil¹²⁷⁸. Autrement appelées lois d'application immédiate ou lois d'application nécessaire¹²⁷⁹, sont des dispositions dont l'application est immédiate et écartent des conflits de lois. Elles s'imposent au juge. La CJUE a décidé que « les lois de police sont des dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État membre concerné au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet État ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci »¹²⁸⁰.

Dans cette perspective, il convient de rapprocher cette situation à la solution donnée par le Tribunal de commerce de Pointe-à-Pitre le 20 février 1981, *Société Générale Alsacienne de Banque Aktiengesellschaft contre Me Lutin, ès qualités*¹²⁸¹. En l'espèce, lors de l'achat d'un avion, une société antillaise de transports aériens avait fait un emprunt auprès de la banque alsacienne. Une hypothèque a été émise sur l'aéronef, pour garantir le paiement de l'appareil. La société est mise en liquidation judiciaire avant que le prix de l'avion ne soit totalement payé. Suite à l'insolvabilité de l'employeur, le juge-commissaire a autorisé, à la demande du syndic, le paiement par les ASSEDIC des créances superprivilégiées des salariés. Toutefois, la banque s'est opposée à ce paiement en invoquant l'hypothèque spéciale sur l'aéronef, en vertu des articles L. 122-14 du Code d'aviation civile et I-2 de la Convention de Genève du 19 juin 1948¹²⁸². Pour elle, il n'y a que certains frais de justice, rémunérations dues pour le sauvetage de l'appareil et les frais de conservation de celui-ci qui peuvent être prioritaire par rapport à sa créance. Le Tribunal de commerce de Pointe-à-Pitre a affirmé la préférence du superprivilège des salariés sur l'hypothèque de la Banque, car le droit français de classement des privilèges - lieu de situation du bien et d'immatriculation d'appareil¹²⁸³ - s'applique. La loi relative au classement des privilèges est ici considérée comme une *loi de police*, qui s'applique impérativement. De plus, l'article L. 3253-2 du Code du travail prévoit la priorité du superprivilège des salariés nonobstant l'existence d'autres créances mêmes privilégiées.

¹²⁷⁸ Il dispose que « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ».

¹²⁷⁹ E. MOREAU, *Lois de police et contrat international de travail*, sous la dir. A. Lyon-Caen, Thèse Paris X, 1993, p. 36 ; P. FRANCESKAKIS, *Rép. Dalloz droit international*, 1^{re} éd., v. Conflit de lois, n° 137.

¹²⁸⁰ CJCE, 23 nov. 1999, aff. C-369/96, J.-C. Arblade, *Rev. CJCE*, I, p. 8453, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 710, comm. M. Fallon.

¹²⁸¹ Trib. com. Pointe-à-Pitre, 20 févr. 1981, *JCP G* 1981, II, 19598, obs. J.-P. LE GALL.

¹²⁸² Cf., GUILLO-LOHAN, « Privilèges maritimes, fluviaux et sur aéronefs », *J.-Cl. civ.*, Fasc. 55, art. 2102.

¹²⁸³ L'avion a été immatriculé à Paris.

Le jugement du Tribunal de commerce de Pointe-à-Pitre a été l'objet d'une critique vigoureuse¹²⁸⁴. M. LE GALL consultant d'une des parties a prétendu que le superprivilège des salariés est un privilège qui s'assoie sur l'ensemble des biens mobiliers et immobiliers de l'employeur. Il ne peut primer l'hypothèque sur aéronef, qui est par conséquent un privilège spécial relevant d'un droit spécial des sûretés. Il convient de noter ici que le développement d'un droit des sûretés en dehors du Code civil¹²⁸⁵ est préjudiciable à la situation des salariés. En revanche, le Tribunal de grande instance du Puy, dans un jugement du 21 novembre 1986, n'a pas donné la priorité de paiement au superprivilège des salariés, mais à l'hypothèque sur aéronef du prêteur¹²⁸⁶. Cette solution est défavorable aux salariés.

Par conséquent, la directive relative à la protection des créances des salariés pourrait être considérée comme une loi de police. À cet égard, le salarié d'une entreprise communautaire ne peut choisir une garantie de substitution au motif que celle offerte par l'institution compétente est inférieure. En réalité, la généralisation d'une telle solution emporte une sorte de *Dumping* de la garantie des salaires dans l'Union européenne. En effet, l'objectif d'une indemnisation socialement raisonnable dans l'ensemble des États membres ne peut être atteint qu'à travers une harmonisation coordonnée des mécanismes de garantie des créances des salariés, et non à travers des pistes qui ne feront qu'augmenter la charge financière des institutions de garantie telle que la garantie de substitution promue par la Cour de justice. Néanmoins, les situations économiques et sociales étant différentes dans les pays de l'Union cette solution de la CJUE, ne risque pas de croître, car les plafonds des garanties ne pourront être identiques dans tous les États membres.

En somme, la loi instituant la garantie de l'AGS, devrait être considérée comme une loi de police qui s'impose aux salariés et à l'employeur. Il n'existe aucun choix possible de l'institution de garantie. Il y a donc lieu de se référer au critère de la détermination de l'institution de garantie compétente prévue par les articles L. 3253-18-1 du Code du travail et le nouvel article 9 de la directive n° 2008/94/CE du 22 octobre 2008. Ces dispositions s'imposent aux juridictions et aux salariés transfrontaliers puisqu'elles sont des lois de police. Les salariés ne peuvent ni bénéficier d'une garantie complémentaire ni d'une garantie de substitution sur le fondement du principe de faveur. Si l'adjonction des parts de garanties et la

¹²⁸⁴ J.-P. LE GALL, obs. Trib. Com., Pointe-à-Pitre, 20 févr. 1981, *JCP G* 1981, II, 19598.

¹²⁸⁵ D. HOUTCIEFF, « Le droit des sûretés hors le Code civil », *LPA* 2005, n° 123, p. 8.

¹²⁸⁶ TGI, Le Puy, 21 nov. 1986, Caisse Régionale de Crédit Agricole Mutuelle de l'Aveyron c./ Me Ségué, ès qualités et autres, *JCP E* 1987, II, n° 14994, obs. Le Gall.

substitution de la garantie pouvaient être généralisées, cela porterait un grand préjudice aux mécanismes de garantie plus favorables aux salariés, telle que la garantie de l'AGS qui a un plafonnement plus avantageux. Il y a également un risque d'abaissement, de minimalisation des plafonds pour que les mécanismes soient moins attractifs. L'abaissement des plafonds à un niveau plus réduit rend illusoire l'objectif d'une garantie raisonnable fixé par la directive précitée¹²⁸⁷ et, est défavorable à la situation économique des salariés.

Au regard de ce qui précède, il peut être permis de se demander si la garantie des salaires est un mécanisme qui relève de la sécurité sociale ou tend vers l'harmonisation de la sécurité sociale européenne ? Il existe, en réalité, des insuffisances qui créent paradoxalement des contradictions entre les règles relatives au rapprochement des mécanismes de garantie des créances des salariés et celles relatives à la coordination des régimes de sécurité sociale.

Paragraphe 2 : Les insuffisances de la coordination des mécanismes de garantie des salaires et des régimes de sécurité sociale

144.- Limites des exigences communautaires. L'exigence communautaire de la mise en place des mécanismes de garantie des créances des salariés a permis de fixer le critère commun du lieu d'exécution habituel du travail nécessaire à la détermination de l'institution de garantie compétente dans le cadre des procédures collectives européennes¹²⁸⁸. Le critère de détermination de l'institution de garantie compétente avait pour ambition d'harmoniser les droits de la garantie des créances des salariés dans l'Union. En pratique, les limites de l'harmonisation de la garantie des créances salariales peuvent être constatées (A).

En outre, le législateur européen comme le législateur avant lui, n'a pas osé aller trop loin dans l'obligation de garantie des salaires en intégrant le mécanisme de garantie des créances salariales dans le champ des assurances de la sécurité sociale. Par conséquent, l'obligation de

¹²⁸⁷ Dir. n° 2008/94/CE, considérant 3 ; art. 4, al. 3.

¹²⁸⁸ Cf., Règl. n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, *JOCE*, n° L 160, 30 juin 2000, p. 0001-0013 ; F. MÉLIN, *La faillite internationale*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2003, n° 64 et s. ; Y. CHAPUT, « Centre des intérêts principaux et catégories juridiques de l'insolvabilité des entreprises (à propos de l'arrêt de la CJCE du 2 mai 2006, Eurofood, aff. C-341/04) », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2006/6, n° 309 ; M. MENJUCQ, « Le droit communautaire des procédures d'insolvabilité à l'épreuve des juridictions nationales », *RJ com.* 2007, p. 105 ; R. DAMMANN, G. PODEUR, « L'affaire Eurotunnel : premières applications du règlement n° 1346/2000 à la procédure de sauvegarde », *D.* 2007, p. 37 ; M. MENJUCQ, « Affaire *Cœur Défense* : la Cour de cassation recadre la cour d'appel de Paris sur la notion de difficultés justifiant une sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 2, p. 1 et *Droit international et européen des sociétés*, 3^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2011, p. 465 et s.

garantir des créances des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur ne peut être considérée ni comme une branche de la sécurité sociale, ni comme une technique harmonisatrice de la sécurité sociale dans l'Union européenne. Pourtant, l'intégration de la garantie des créances salariales dans le champ des assurances de la sécurité sociale n'est pas impossible car le *droit tunisien*, par exemple, l'a déjà intégrée¹²⁸⁹. Du reste, certains plafonds de la garantie de l'AGS sont déterminés par rapport au plafond mensuel retenu pour le calcul des cotisations de la sécurité sociale¹²⁹⁰. En somme, la non intégration de la garantie des créances salariales dans le champ de la sécurité sociale engendre des contradictions dans la mise en œuvre de ces mécanismes au niveau européen (B).

A. Les limites de l'harmonisation des mécanismes de garantie des créances des salariés

145.- Une concurrence des droits nationaux. L'harmonisation des mécanismes de garantie des salaires dans l'Union européenne a des limites. En effet, si les salariés qui se déplacent dans l'Union européenne bénéficient désormais d'une protection de leurs créances en cas d'insolvabilité de l'employeur placé en procédure collective¹²⁹¹, grâce à l'harmonisation¹²⁹² engagée des mécanismes de garantie des travailleurs, les difficultés d'application des directives relatives à cette harmonisation ne manquent pas. L'harmonisation des mécanismes a été réalisée par la fixation d'un critère commun de détermination de l'institution de garantie compétente, qui est celui du lieu d'exécution du contrat de travail¹²⁹³. Toutefois, la fixation de règles communes de détermination de l'institution de garantie compétente n'a pas assurée efficacement la coordination de la protection des créances des salariés. Il n'existe pas de convergence complète entre les droits nationaux et le droit européen. Les droits nationaux

¹²⁸⁹ Loi n° 96-10 du 18 novembre 1996 modifiée par celle n° 2002-24 du 27 février 2002 ; N. MZID, « Le droit de la sécurité sociale confronté aux difficultés de l'emploi en Tunisie », in *Emploi et protection sociale : de nouvelles relations ?*, Ph. Auvergnon (dir.), PU Bordeaux, 2009, p. 361 et s.

¹²⁹⁰ C. trav., art. D. 3253-1 et D. 3253-2.

¹²⁹¹ Dir. n° 2002/74/CE, art. 8 bis ; C. trav., art. L. 3253-18-1 et s.

¹²⁹² Pour la définition détaillée de la notion d'harmonisation, Cf., J. PORTA, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Thèse Paris X – Nanterre, sous la dir. A. Lyon-Caen, 2006, p. 298.

¹²⁹³ F. JAULT-SESEKE, « Le sort des salariés, in L'effet international de la faillite : une réalité ? », *D.* 2004, p. 151 ; T. MÉTEYÉ, « L'harmonisation : voie et degré de convergence entre les droits nationaux, européens et internationaux. La réglementation européenne sur l'insolvabilité et l'AGS », *LPA* 2006, n° 209, p. 27 ; F. MÉLIN, « Protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur : limites du droit européen », *Bull. Joly Sociétés* 2011, n° 5, p. 431 ; L. FIN-LANGER, « Quelle est l'institution de garantie des salaires compétente pour les travailleurs migrants ? », *Act. proc. coll.* 2011, n° 16, pp. 6-7 ; H. TISSANDIER, « La Cour de justice est attentive à la garantie effective des créances salariales en cas d'insolvabilité de l'employeur », note sous CJUE, 17 nov. 2011, Van Ardenne c/ Raadvanbestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, *RJS* 2012, n° 2, p. 87.

sont en concurrence. Cette concurrence n'a pas été assez remise en cause par les directives européennes. Le droit européen a accordé aux États membres, la faculté d'organiser les modalités d'intervention des institutions de garantie qui génère une différence de niveaux de protection des créances des salariés.

Plusieurs obstacles se dressent alors devant l'harmonisation complète coordonnée des mécanismes de garantie des créances salariales. En effet, la méthode d'harmonisation est une technique qui conserve le droit national, mais qui permet au droit communautaire de fixer les finalités que doivent atteindre les autorités nationales. C'est par l'objectif commun de sécurité juridique et économique des salariés¹²⁹⁴ déterminé par le droit européen, à travers la méthode d'harmonisation que les droits nationaux auraient un certain degré d'homogénéité et de cohérence découlant des finalités désormais communes¹²⁹⁵. Elle se définit donc par opposition à l'unification¹²⁹⁶ des droits et laisse subsister par conséquent la diversité des mécanismes de garantie des créances des salariés régis par les droits nationaux. La diversité des mécanismes de garantie dans l'Union est l'obstacle principal d'une harmonisation coordonnée. Elle ouvre ainsi la voie à d'innombrables obstacles.

146.- Des freins à l'harmonisation coordonnée. Le droit européen a envisagé l'harmonisation des mécanismes nationaux de garantie des salaires. Cette harmonisation semble réalisée car les objectifs de protection minimale et de sécurité juridique¹²⁹⁷ concrétisés par la mise en place des institutions de garantie ont été accomplis. En revanche, le législateur européen n'a pas pensé à la coordination des mécanismes de garantie des salaires. L'absence de coordination des mécanismes engendre des divergences importantes entre les législations nationales. Plusieurs difficultés sont ainsi observées dans la mise en œuvre de la garantie des salaires au niveau européen. Trois difficultés sont essentielles.

¹²⁹⁴ V., Dir. n° 2008/94/CE, 22 oct. 2008, considérants 3 et 6.

¹²⁹⁵ Cf., J.-S. BERGÉ, S. ROBIN-OLIVIER, *Droit européen. Union européenne. Conseil de l'Europe*, 2^e éd., PUF, coll. « Thémis droit », 2011, p. 269 et s.

¹²⁹⁶ R. VANDER ELST, « Les notions de coordination, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté économique européenne », sous la dir. D. de Ripaincel, A. Gérard et al., éd. de l'université de Bruxelles, 1976, p. 1 et s. ; A. JEAMMAUD, « Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ? », in *Vers un Code européen de la consommation*, Bruylant, 1998, p. 55 et « Actualité du régime du travail dans le cadre de l'Union européenne. Avant-propos », *Dr. soc.* 2005, p. 491 ; J. PORTA, *La réalisation du droit communautaire*, préc., p. 296.

¹²⁹⁷ Dir. n° 2008/94/CE, considérants 3 et 6.

D'abord, il existe des divergences en ce qui concerne la nature de l'institution de garantie compétente. En effet, si l'AGS a un statut de droit privé, d'autres institutions de garantie des salaires dans l'Union relèvent de l'administration publique¹²⁹⁸. En Angleterre, par exemple, il n'existe pas une institution de garantie des salaires comparable à l'AGS¹²⁹⁹. En cas d'insolvabilité d'un employeur placé en procédure collective, c'est l'État anglais qui prend en charge les créances impayées par l'intermédiaire du *National Insurance Fund* qui « dépend du ministère du Commerce et de l'industrie »¹³⁰⁰. C'est une institution publique qui garantit les dettes de l'employeur. De même, la prise en charge des créances des salariés d'une entreprise qui a des activités dans deux États membres au moins dans l'Union européenne incombe directement à l'État en Suède¹³⁰¹. En pratique, la nature de l'institution de garantie apporte une efficacité dans l'indemnisation des salariés¹³⁰².

Ensuite, les États membres ont la liberté de fixer les modalités de fonctionnement des institutions de garantie. Ainsi, les modalités de déclaration et de mise en mouvement de la garantie des créances des salariés peuvent diverger. Par conséquent, les délais de la mise en mouvement de la garantie de créances salariées peuvent être longs si l'AGS, par exemple, doit indemniser les salariés d'une entreprise étrangère qui exercent leur activité en France¹³⁰³, dès lors que le parcours administratif d'un autre pays est long. Or, l'article L. 3253-18-4 du Code du travail prescrit que « si les créances ne peuvent être payées en tout ou partie sur les fonds disponibles, les institutions de garantie compétente procèdent au versement des fonds sur présentation par le syndic étranger ou par toute autre personne exerçant une fonction similaire à celle du mandataire judiciaire, de l'administrateur judiciaire ou du liquidateur, des relevés des créances impayées ». Il appartient, en principe, au syndic du lieu du siège social de l'entreprise placée en procédure collective¹³⁰⁴ de demander le paiement des créances salariales

¹²⁹⁸ Cf., CJCE, 17 sept. 1997, Mosbaek, aff. C-117/96. C'est l'exemple du Fonds de fermeture des entreprises (FFE) de la Belgique, créé en 1966. Cf., T. MÉTEYÉ, « L'harmonisation : voie et degré de convergence entre les droits nationaux, européens et internationaux. La réglementation européenne sur l'insolvabilité et l'AGS », *LPA* 2006, n° 209, p. 27.

¹²⁹⁹ Cf., A. FIORENTINO, *La rupture du contrat de travail en droit anglais. Droit comparé anglais et français*, préf. D. Berra, PUAM, 2008, p. 535.

¹³⁰⁰ A. FIORENTINO, *La rupture du contrat de travail en droit anglais. Droit comparé anglais et français*, préc.

¹³⁰¹ V., Wage Guarantee Act, SFS 1992 : 497 ; Cf., G. LOFALK, « La garantie des salaires en droit suédois », *LPA* 2009, n° 237, p. 74.

¹³⁰² T. MÉTEYÉ, « L'harmonisation : voie et degré de convergence entre les droits nationaux, européens et internationaux. La réglementation européenne sur l'insolvabilité et l'AGS », *LPA* 2006, n° 209, p. 27.

¹³⁰³ C. trav., art. L. 3253-18-1.

¹³⁰⁴ Cf., M. MENJUCQ, « Les apports du règlement du 29 mai 2000 concernant le rôle des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires au redressement et à la liquidation des entreprises dans les procédures communautaires d'insolvabilité », *LPA* 2003, n° 248, p. 10 et s. ; D. FASQUELLE, note sous CJCE, 17 janv. 2006, Staubitz-Schreiber, aff. C-1/04, *Bull. Joly Sociétés* ; R. DAMMANN, M. SÉNÉCHAL, « La procédure

par l'institution de garantie compétente. Dans certains pays comme la Belgique et le Luxembourg, la déclaration des créances est réalisée auprès du tribunal de commerce qui a ouvert la procédure d'insolvabilité¹³⁰⁵. En ce sens, il incombe, en effet, au tribunal ou au syndic, d'établir les relevés de créances, conformément à l'article L. 3253-19 du Code du travail, c'est-à-dire dans les délais réduits. Le respect des délais d'établissement des relevés par un mandataire judiciaire étranger n'est pas évident. Cette procédure de mise en œuvre de la garantie au niveau européen ne permet pas d'assurer effectivement l'objectif de paiement rapide des créances des salariés car le circuit de reconnaissance des créances est long.

Enfin, les difficultés peuvent apparaître au niveau de la nature de la créance à garantir et du rang qui lui est attribué. En effet, les droits nationaux n'accordent pas toujours la protection aux mêmes créances et ne concèdent pas le même rang aux créances salariales. D'un côté, les droits Belge et espagnol n'attribuent qu'un privilège général aux salariés¹³⁰⁶ qui ne leur permet pas d'avoir un rang satisfaisant pour le règlement de leurs créances, alors que le droit français accorde, en plus du privilège général, un superprivilège aux salariés¹³⁰⁷. Le superprivilège permet non seulement aux salariés de bénéficier d'une priorité de paiement, mais également à l'AGS qui subroge dans leurs droits, d'être payée par préférence. En ce qui concerne, les types de créances garanties, si l'AGS est tenue de garantir la rémunération brute, c'est-à-dire les salaires, les compléments de salaire et les précomptes salariaux¹³⁰⁸, il n'est pas évident que tous les pays européens puissent s'aligner sur cette conception. Le droit européen laisse, en effet, aux États membres la liberté de déterminer l'étendue matérielle et temporelle de la garantie¹³⁰⁹. Ainsi, l'Allemagne et la Grande-Bretagne, par exemple, limitent la garantie

secondaire du règlement n° 1346/2000 : mode d'emploi », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2006, n° 9, p. 81 ; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 3^e éd., Montchrestien, coll « Domat droit privé », 2011, p. 529.

¹³⁰⁵ S. LAMBERT, *Les difficultés liées à la garantie des créances salariales par l'AGS dans les procédures d'insolvabilité transfrontalières communautaires*, Mémoire, Master 2, Opérations et Fiscalités Internationales des Sociétés, Paris I, 2011, sous la dir. M. MENJUCQ, pp. 17 et s.

¹³⁰⁶ S. LAMBERT, *Les difficultés liées à la garantie des créances salariales par l'AGS dans les procédures d'insolvabilité transfrontalières communautaires*, préc., p. 18.

¹³⁰⁷ Cf., *supra*, n° 47, 48 et 76.

¹³⁰⁸ Il s'agit des cotisations de la sécurité sociale, des caisses de retraite complémentaire, assurance chômage, CGS, etc. Cf., T. MÉTEYÉ, « L'harmonisation : voie et degré de convergence entre les droits nationaux, européens et internationaux. La réglementation européenne sur l'insolvabilité et l'AGS », *LPA* 2006, n° 209, p. 27.

¹³⁰⁹ Dir. n° 80/987 du 20 oct. 1980, art. 3 et 4 § 2 et 3 ; CJCE, 16 juill. 1998, *Rec.* p. 4531. Cf., A. R. LEITAO, « L'insolvabilité des employeurs et les droits des travailleurs », *Cahiers de droit européen* 1981, p. 539 ; S. DION-LOYE, « Impact en droit français de la directive du 23 septembre 2003 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur », *LPA* 2003, n° 248, p. 42.

« aux arriérés de salaires qui correspondent à trois derniers mois de salaires avec des plafonds plus limités qu'en France »¹³¹⁰.

En outre, l'obligation de garantir les précomptes salariaux ne facilite pas la transmission des éléments nécessaires à la garantie des créances salariales entre l'institution de garantie et les mandataires judiciaires¹³¹¹. Il incombe cependant au syndic étranger de reverser les avances aux salariés, car l'article L. 3253-18-5 du Code du travail précise que « les sommes figurant sur les relevés et restées impayées sont directement versées au salarié dans les huit jours suivant la réception des relevés des créances ». Le versement direct des sommes aux salariés étrangers apparaît avantageux pour eux car il évite le retard qui peut déjà être occasionné lors de l'établissement des relevés des créances par le syndic étranger. Néanmoins, les institutions de prise en charge des salaires n'ont pas assez de garantie dans l'accomplissement de leurs missions. Le droit français énonce, cependant, que le versement direct des avances par l'AGS aux salariés ne la désengage pas de son obligation de prendre en charge les créances des salariés. Elle est tenue de verser, au mandataire judiciaire, les sommes dues aux salariés. Par conséquent, « il est normal que l'AGS obtienne des garanties lorsqu'elle avance des fonds au profit de salariés exerçant leur activité en France pour le compte d'un employeur étranger en procédure d'insolvabilité »¹³¹². Surtout qu'elle assure aux « salariés une protection qui va au-delà de celle prévue par la directive »¹³¹³, car les plafonds de la garantie de l'AGS sont parmi les plus élevés de l'Union européenne¹³¹⁴. En outre, le droit français indique que « le mandataire judiciaire, l'administrateur ou le liquidateur qui reçoit d'une institution située dans un autre État membre équivalente à l'AGS les sommes dues aux salariés, il reverse immédiatement ces sommes aux salariés concernés »¹³¹⁵. Il appartient également au mandataire judiciaire ou au liquidateur de transmettre à toute institution située dans un autre État membre équivalente à l'AGS les relevés des créances impayées. Toutefois, le droit

¹³¹⁰ S. LAMBERT, *Les difficultés liées à la garantie des créances salariales par l'AGS dans les procédures d'insolvabilité transfrontalières communautaires*, préc., p. 18.

¹³¹¹ T. MÉTEYÉ, préc.

¹³¹² T. MÉTEYÉ, préc.

¹³¹³ F. MÉLIN, « Protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur : limites du droit européen », *Bull. Joly Sociétés*, 2011, n° 5, p. 433, note sous CJUE, 10 févr. 2011, Andersson c. Staten genom Konofogdemyndigheten i Jönköping, Tillsynsmyndigheten, aff. C-30/10,

¹³¹⁴ Cf., S. LAMBERT, *Les difficultés liées à la garantie des créances salariales par l'AGS dans les procédures d'insolvabilité transfrontalières communautaires*, préc., p. 19.

¹³¹⁵ C. trav., art. L. 3253-18-6.

européen permet aux États membres d'exclure certaines catégories de travailleurs du champ du mécanisme de garantie des salaires¹³¹⁶.

Ceci dit, l'harmonisation des mécanismes de garantie des salaires n'est pas coordonnée. Cette absence de coordination vient de la liberté des États membres d'organiser les modalités d'application des mécanismes de garantie. Les droits nationaux manquent par conséquent de coordination. L'absence de coordination existe tant dans la définition de la nature des créances à garantir que des plafonds. Les divergences créées par la détermination des champs de la garantie sont des obstacles au paiement rapide des créances salariales dès lors que les échanges entre les institutions de garantie ne sont pas faits fructueusement¹³¹⁷. Le droit communautaire doit chercher à créer un socle de dispositions communes, par exemple, sur la qualification des privilèges accordés aux salariés, afin de parer tout ralentissement de transmission d'informations qui est défavorable aux salariés. Il doit, en outre, veiller à ce que les sommes avancées par l'AGS, aux salariés d'un employeur étranger insolvable, soient remboursées dans les meilleurs délais pour maintenir l'équilibre financier du mécanisme. Cela étant, les autorités gestionnaires des institutions de garantie sont tenues de connaître les modes de fonctionnement des mécanismes de garantie étrangers. Un tel exercice peut s'avérer difficile.

Il en résulte que les contradictions existent dans le droit européen de la garantie des salaires. Ce dernier impose une harmonisation sans exiger une véritable coordination entre les institutions nationales de garantie. Il ne traite pas les mécanismes de garantie des salaires comme il traite les régimes de sécurité sociale. La directive relative à la protection des créances des travailleurs salariés impose seulement l'harmonisation des mécanismes de garantie des salaires¹³¹⁸, alors que les règlements concernant les régimes de sécurité sociale envisagent leur coordination. Cette dernière tend à la « suppression des divergences et disparités entre les législations des États membres qui ne conduit pas pour autant à une

¹³¹⁶ CJUE, 10 févr. 2011, aff. C- 30/10, Andersson (l'exclusion de la garantie de l'AGS aux salariés qui ont exercé une influence sur l'entreprise), *J-Cl. Proc. coll.*, Fasc. 2450 ; J-cl. Com., Fasc. 2450 ; F. MÉLIN, « Protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur : limites du droit européen », *Bull. Joly Sociétés*, 2011, p. 431.

¹³¹⁷ La directive n° 2002/74/CE et le Code du travail prévoient l'obligation de coopération et d'échanges entre les institutions nationales de garantie des créances salariales (C. trav., art. L. 3253-18-9).

¹³¹⁸ S. DION-LOYE, « Impact en droit français de la directive du 23 septembre 2002 relative à la protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur », *LPA* 12 déc. 2003, p. 42 ; A. SINAY-CYTERMAN, « La protection du salarié en droit international privé », *JCP G* 2005, I, n° 1026 ; Q. URBAN, « La protection juridique incertaine des salariés dans une procédure collective transfrontalière », *JCP G* 2006, I, n° 122, p. 545.

unification législative »¹³¹⁹. En revanche, l'harmonisation est une « opération législative consistant à mettre en accord des dispositions d'origine (et souvent de date) différente, plus spécialement à modifier des dispositions existantes afin de les mettre en cohérence avec une réforme nouvelle »¹³²⁰. Elle est donc une technique législative qui concourt à l'uniformisation des législations¹³²¹. En pratique, les méthodes de coordination et d'harmonisation s'imbriquent et, il est parfois difficile de les distinguer. C'est sans conteste, ce qui rend difficile l'application coordonnée des mécanismes de garantie des salaires et des régimes de sécurité sociale dans l'Union européenne. Cette difficulté fait apparaître des contradictions dans la mise en œuvre de la garantie des salaires et des régimes de la sécurité sociale.

B. Les contradictions de la mise en œuvre des mécanismes

147.- Observations générales. Le droit européen permet aux salariés qui exercent ou exerçaient habituellement une activité dans un État membre de bénéficier de la garantie des créances de l'institution de ce pays. Ce critère permet de régler les conflits de lois en matière de protection des créances des salariés. En droit français, l'article L. 3253-6 du Code du travail qui impose l'assurance des créances des salariés prévoit que l'employeur « assure ses salariés, y compris ceux détachés à l'étranger ou expatriés [...]. Par conséquent, le régime de la garantie de l'AGS s'applique aux salariés des entreprises étrangères détachés ou expatriés en France.

Par ailleurs, le droit européen prévoit la coordination des régimes de sécurité sociale pour éviter également les conflits de lois et de juridictions¹³²². Pour éviter ces conflits un critère de rattachement au régime de sécurité sociale compétent a également été fixé. C'est le règlement (CE) n° 148/71, modifié par ceux n° 883/2004 et n° 987/2009, relatif à la coordination des

¹³¹⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Quadriga, 2011, PUF 1987, p. 269 ; P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2008, p. 510 et s.

¹³²⁰ Cf., G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Quadriga, 2011, PUF 1987, p. 503 ; Cf., J. PORTA, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement de la diversité*, sous la dir. A. Lyon-caen, 2006, 19 et s.

¹³²¹ « L'uniformisation est la modification de la législation de deux ou plusieurs pays tendant à instaurer dans une matière juridique donnée une réglementation identique », G. CORNU, c G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Quadriga, 2011, PUF 1987, p. 1040.

¹³²² Cf., P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2008, p. 499 et s.

systèmes de sécurité sociale¹³²³, qui détermine les critères de rattachement d'un travailleur à un régime de sécurité sociale afin d'éviter les conflits de lois négatifs¹³²⁴ ou positifs¹³²⁵. En effet, c'est la manière de déterminer le critère de rattachement qui semble engendrer des contradictions dans la mise en œuvre de la garantie des créances du salarié et les régimes de sécurité sociale dans l'Union européenne. La distorsion dans la façon de déterminer le critère de rattachement est plus forte si le salarié concerné est détaché ou expatrié.

148.- Critère de rattachement aux régimex. Le critère de rattachement du salarié à l'institution de garantie compétente des créances salariales est l'exercice habituel du travail dans un lieu¹³²⁶. La directive n° 2008/94/CE du 22 octobre 2008, relative à la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur, prescrit à l'article 9 : « lorsqu'une entreprise ayant des activités sur le territoire d'au moins deux États membres se trouve en état d'insolvabilité [...], l'institution compétente pour le paiement des créances impayées des travailleurs salariés est celle de l'État membre sur le territoire duquel ils exercent ou exerçaient habituellement leur activité ». Ce critère est considérablement soutenu par la CJUE¹³²⁷ et la Cour de cassation¹³²⁸.

À cet effet, l'article 13, § 2, a) du règlement n° 1408/71 du 14 juin 1971, relatif à la coordination des régimes de sécurité sociale, pose le principe de la *lex loci laboris*, c'est-à-dire la *loi du lieu de travail*. Ainsi, « la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un État membre est soumise à la législation de cet État, même si elle réside sur le territoire d'un autre État membre ou si l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe, a son siège ou son domicile sur le territoire d'un autre État membre ». Dans cette optique, l'institution de sécurité sociale du lieu où travaille le salarié a l'obligation de prendre en charge ses dépenses

¹³²³ Cf., Règl. (CE) n° 148/71, n° 574/72, n° 883/2004 et n° 987/2009 ; J.-P. CHAUCHARD, « La sécurité sociale et les droits de l'homme : à propos du droit à la Sécurité sociale », *Dr. soc.* 1997, p. 48 ; J.-P. LHERNOULD, « Les entreprises face à la coordination européenne des régimes nationaux de sécurité sociale : l'autre côté du miroir », *Dr. soc.* 2007, p. 225 ; S. HENNION-MOREAU, « Portabilité des droits à pension complémentaire », *JCP E* 2007, n° 2530, p. 44 ; « Les retraites professionnelles dans le système juridique de l'Union européenne », *RDSS* 2008, p. 5 ; J.-L. CLERGERIE, « La mobilité des patients et le remboursement des dépenses médicales dans l'Union européenne », *RDSS* 2009, p. 463 ; J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, 17e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2011, p. 371 et s.

¹³²⁴ Il y a conflit négatif lorsqu'aucune législation ne garantit un salarié travaillant dans un État et réside dans un autre, par exemple.

¹³²⁵ Il y a conflit positif lorsque le salarié est garanti par plusieurs législations concomitamment.

¹³²⁶ C. trav., art. L. 3253-18-1.

¹³²⁷ CJUE, 16 oct. 2008, Holmqvist, aff. C-310/07, Rec. p. I-7881 ; N. MOIZARD, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée. L'exemple du droit du travail français*, t. 1, préf. P. Rodière, PUAM, 2000.

¹³²⁸ Cf., *supra*, n° 159 et s.

de sécurité sociale¹³²⁹.¹³³⁰ Le droit national était écarté dès lors que le salarié exerce son activité à l'étranger car le principe de territorialité français, par exemple, ne jouait plus. Les lois de sécurité sociale « ont un caractère d'ordre public et de territorialité qui ne leur permet pas, sous réserve de conventions diplomatiques, de recevoir application hors du territoire national »¹³³¹. Ces lois régissent obligatoirement les personnes qui se trouvent sur le territoire national, même temporairement¹³³², et excluent les personnes qui se trouvent en dehors de ce territoire¹³³³. Toutefois, l'application stricte du principe de territorialité pouvait entraîner la réduction de la protection de certains salariés détachés à l'étranger ou expatriés. Pour éviter la perte ou la réduction des salariés détachés, le règlement de coordination a *déterritorialisé* l'application de la loi de sécurité sociale pour les travailleurs migrants¹³³⁴. Pour ces salariés, le critère de rattachement au régime de la sécurité sociale n'est plus le lieu d'exercice du travail, mais le lieu d'emploi, c'est-à-dire le pays d'origine.

149.- Critère de rattachement aux régimes et le détachement des salariés. Le règlement n° 883/2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, a apporté quelques modifications au précédent règlement en ce qui concerne le critère de rattachement au régime de sécurité sociale par le salarié détaché dans l'Union européenne¹³³⁵. En effet, le critère de rattachement du lieu d'exécution du contrat de travail pour déterminer le régime de sécurité sociale compétent est maintenu seulement pour les personnes qui n'exercent pas une activité dans le cadre d'un détachement. En ce sens, l'article 12 du règlement n° 883/2004 prévoit : « la personne qui exerce une activité salariée dans un État membre pour le compte d'un employeur y exerçant normalement ses activités, et que cet employeur détache pour effectuer un travail pour son compte dans un autre État membre, demeure soumise à la législation du premier État membre, à la condition que la durée prévisible de ce travail n'excède pas vingt-quatre mois et que la personne ne soit pas envoyée en remplacement. La personne qui exerce normalement une activité non salariée dans un État membre et qui part effectuer une activité semblable dans un autre État membre, demeure soumise à la législation du premier État membre, à la condition que la durée prévisible de cette activité n'excède pas vingt-quatre

¹³²⁹ CJCE, 12 juin 1986, Ten Holder, aff. C-302/84, Rec. p. 1821 ; 10 juill. 1986, aff. C-60/85, Rec. p. 2365 ; 3 mai 1990, Kits Von Hejningen, aff. C-2/89, Rec. I, p. 1755.

¹³³⁰ CJCE,

¹³³¹ V., Cass. civ. 2^e, 19 janv. 1956 ; Cass. soc. 25 avr. 1979, *Bull. civ. V*, n° 339.

¹³³² Cf., *supra*, n° 129, 132 et s.

¹³³³ Cass. soc. 8 oct. 1998, CPAM Haute-Savoie c/ Vessereau, *Bull. civ. V*, n° 417.

¹³³⁴ L'expression "déterritorialiser" est empruntée à M. Pierre Rodière, cf., *Droit social de l'Union européenne*, préc., p. 601.

¹³³⁵ Règl. (CE), n° 883/2004, art. 11.

mois ». Cette personne peut être celle qui est « recrutée en vue de son détachement dans un État membre, à condition qu'elle soit, juste avant le début de son activité salariée, déjà soumise à la législation de l'État membre dans lequel est établi son employeur »¹³³⁶. Le règlement de coordination pose ainsi un principe pour les personnes qui ne se déplacent pas pour travailler dans une durée limitée et une exception pour les travailleurs détachés ou des personnes qui vont exercer une activité non salariée pour une durée limitée de vingt-quatre mois. Les personnes qui se déplacent à l'étranger pour une durée illimitée, sont impérativement soumises au régime de sécurité sociale du pays d'accueil, alors que les personnes qui se déplacent dans le cadre d'un détachement restent rattachées au régime de sécurité sociale de leur pays d'origine¹³³⁷.

En revanche, l'article L. 3253-6 du Code du travail impose que l'employeur assure les salariés, y compris ceux détachés à l'étranger ou expatriés. Par conséquent, la directive relative à la protection des créances salariales maintient le critère de rattachement du lieu d'exécution habituel du contrat de travail¹³³⁸, alors que le règlement de coordination change de critère : c'est le critère du lieu d'emploi (État membre d'origine) et non du lieu d'exécution du contrat de travail, c'est-à-dire du pays d'accueil. En effet, la multiplication des critères de détermination de l'institution de sécurité sociale compétente ne permet pas d'harmoniser la coordination des régimes de sécurité sociale dans l'Union¹³³⁹. Or, le critère du lieu d'exécution du contrat de travail dont la directive de la protection des créances salariales impayées applique¹³⁴⁰, est fixe et harmonise le mieux les mécanismes de garantie des salaires dans l'Union. Toutefois, la directive relative à la protection des travailleurs salariés ne définit pas les termes de « lieu d'exécution habituel du contrat de travail ». Ce dernier est sans doute défini par opposition au détachement : « on entend par travailleur détaché, tout travailleur

¹³³⁶ Règl. (CE) n° 987/2009, du 16 sept. 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004.

¹³³⁷ P. RODIERE, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2008, p. 260 et s. ; C. BOUBINEAU, « Mobilité et protection sociale », in *Le droit international et européen en pratique*, M. Miné et alii, préc., p. 183 et s.

¹³³⁸ Dir. n° 2008/94/CE, art. 9.

¹³³⁹ V., CJCE, 5 juill. 1967, de Moor, aff. C-2/67, Rec. p. 255 ; *RTDeur.* 1968, p. 148, note G. Lyon-Caen ; Cf., P. RODÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, préc., p. 607 ; J.-P. LABORDE, *Droit de la sécurité sociale*, PUF, Coll. « Thémis Droit public », 2005, pp. 220 et s.

¹³⁴⁰ C. trav., art. L. 3253-18-1 ; Dir. n° 2002/74/CE, 23 sept. 2002, art. 8 bis § 2 ; Cf., M. MENJUCQ, « Faillite transfrontalière : la cour de cassation en retard d'une jurisprudence européenne », *Rev. Lamy dr. aff.* 2001, n° 43, n° 2716 ; S. DION-LOYE, « Impact en droit français de la directive du 23 septembre 2002 relative à la protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur », *LPA* 12 déc. 2003, p. 42 ; Q. URBAN, « La protection juridique incertaine des salariés dans une procédure collective transfrontalière », *JCP G* 2006, I, n° 122, p. 545 ; H. TISSANDIER, « Insolvabilité, droit communautaire et droit du travail : la garantie des créances salariales », in *Entreprise en difficulté et droit du travail*, sous la dir. de N. Decoopman, PUF, coll. « CREPRISCA », 2007, p. 87 ; F. MÉLIN, « Procédure territoriale d'insolvabilité », *Bull. Joly Sociétés*, 89/2008, p. 699 ; H. TISSANDIER, « La place du salarié dans les procédures collectives transnationales », *Jurispr. soc. Lamy*, 2009, n° 248.

qui, pendant une période limitée, exécute son travail sur le territoire d'un État membre autre que l'État sur le territoire duquel il travaille habituellement »¹³⁴¹. En ce sens, les dispositions du droit international privé considèrent que le lieu d'exécution habituel du contrat de travail est en principe celui du centre de ses affaires, c'est-à-dire celui auquel il accomplit ses obligations à l'égard de l'employeur¹³⁴². Mais la définition de ce critère n'est pas figée, car la CJUE a indiqué, en prenant en compte les dispositions de la convention de Rome¹³⁴³ et de Bruxelles¹³⁴⁴, qui définissent les caractéristiques du critère du « lieu d'exercice habituel du travail » pour soumettre le contrat de travail à la loi ou à la juridiction d'un pays, que « le critère du pays où travaille habituellement la personne doit être interprété de façon large »¹³⁴⁵.

Dans cette optique, le lieu d'exécution habituel du contrat de travail est celui auquel le salarié accomplit ses obligations à l'égard de son employeur. Elle précise aussi que « lorsque les prestations de travail sont exécutées dans plus d'un État membre, le critère du pays de l'accomplissement habituel du travail est le lieu dans lequel ou à partir duquel le travailleur exerce effectivement ses activités professionnelles et, en l'absence de centre d'affaires, au lieu où celui-ci accomplit la majeure partie de ses activités ». En réalité, le temps de travail importe peu dans la détermination du lieu de travail habituel. Or, la durée de travail est importante pour la détermination du critère de rattachement à un régime de sécurité sociale. Il n'existe pas d'ailleurs assez d'analyses à ce sujet. Pourtant, la question ne manque pas d'intérêt. En effet, un pays peut être considéré comme le lieu d'exécution habituel du contrat de travail, même si le salarié n'est resté sur ce territoire moins de deux ans. En somme, la décision de la CJUE en additionnant l'article 6 § 2 de la Convention de Rome et l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles assimile le critère de rattachement de la loi applicable au contrat de travail à celui de la juridiction compétente. Cette interprétation unitaire des règles de conflits de lois et de juridictions a été saluée par certains auteurs¹³⁴⁶, et critiquée par

¹³⁴¹ Dir. n° 96/71/CE, art. 2, § 1.

¹³⁴² M.-A. MOREAU, obs sous Cass. soc. 15 oct. 2002 Rochas c/ Sté Technique routière et autres, *Dr. soc.* 2003, n° 1, p. 132 et s.

¹³⁴³ Conv. Rome, art. 6, § 2 ; Règlement Rome I, art. 8.

¹³⁴⁴ Conv. Bruxelles, art. 5, point 1 ; CJCE, 13 juill. 1993, Mulox IBC, aff. C-125/92, *Rec. I-4075* ; 9 janv. 1997, Rutten, aff. C-383/95, *Rec. I-57* ; 27 févr. 2002, Weber, aff. C-37/00, *Rec. I-2013*.

¹³⁴⁵ CJUE (gr. ch.), 15 mars 2011, aff. C-29/10, Koelzsch c/ Etat du Grand-Duché de Luxembourg, *D.* 2011, 957 ; *RTD civ.* 2011, p. 314, ob. P. Remy-Corlay ; *D.* 2011, p. 1374, obs. F. Jault-Seseke.

¹³⁴⁶ Not., H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 3^e LGDJ, 2002, n° 183 ; P. DEUMIER, « Articulation de la convention de Rome et de la directive Détachement des travailleurs », note sous Cass. Soc. 18 janv. 2011, n° 09-45.190, *Revue des contrats* 2011, n° 2011/4, p. 1289 ; V. PARISOT, « Vers une cohérence des droits communautaires en droit du travail ? Réflexions autour des arrêts... », *Journal du droit inter. (Chunet)*, 2012, n° 2012-2, p. 597 ; L. IDOT, « La loi applicable au contrat de travail », *Europe* 2012, n° 2, p. 46, note sous CJUE, 4^e ch., 15 déc. 2011, aff. C-384/10, Jan Voogsgeerd.

d'autres¹³⁴⁷. Le rattachement du critère au lieu d'exécution habituelle du contrat de travail évite toute référence au lieu d'embauche qui est souvent confondu avec le siège de l'employeur ou le lieu d'un établissement de l'employeur. Ce critère est plus protecteur par rapport à celui du lieu d'embauche auquel s'attache la sécurité sociale, car il symbolise la proximité du salarié avec le lieu où il accomplit la majorité de ses activités. La Cour de cassation a adopté la même position que la CJUE dans un arrêt du 11 avril 2012¹³⁴⁸.

En somme, le salarié qui est détaché est rattaché à l'institution de garantie compétente du lieu d'exécution habituel du contrat de travail, alors qu'il reste rattaché au régime de sécurité sociale du pays d'origine. Cette dissemblance de critère de rattachement engendre des contradictions dans la mise en œuvre de ces mécanismes. En revanche, le salarié expatrié est en principe rattaché au régime de sécurité sociale du pays d'accueil comme en matière de garantie des salaires, sauf dispositions contraires. Il faut à ce niveau nuancer ce propos, car la jurisprudence qui autorise l'addition ou la substitution de garantie des créances salariales¹³⁴⁹ pourrait désharmoniser le critère de détermination de l'institution de garantie compétente en matière des créances salariales.

En réalité, si la coordination des régimes de sécurité sociale doit permettre aux ressortissants européens¹³⁵⁰ en général et aux salariés¹³⁵¹ et leurs familles¹³⁵² en particulier, d'être protégés contre les risques de maladie, de maternité et de paternité¹³⁵³, d'accident du travail et maladie professionnelle¹³⁵⁴, de décès¹³⁵⁵, d'invalidité, de vieillesse et de survivant¹³⁵⁶ ainsi que de chômage¹³⁵⁷, à raison de l'unicité de la loi applicable¹³⁵⁸, de l'égalité de traitement¹³⁵⁹, de la

¹³⁴⁷ Not., T. AZZI, « Bruxelles I, Rome, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire », *D.* 2009, p. 1621 ; B. HFTEL, « Entre Rome II et Bruxelles I : l'interprétation communautaire uniforme du règlement Rome I », *JDI* 2010, n° 3, doct. P. 11.

¹³⁴⁸ Cass. Soc. 11 avril 2012, n° 11-17.096, Sté Avient limited c/ Bouquet, *RJS* 2012, n° 6, p. 494.

¹³⁴⁹ CJUE, 10 mars 2011, aff. C-477/09, Deffossez ; Cass. soc. 9 juill. 2011, n° 08-40.546, *Rev. proc. coll.* 2011, n° 6, 148, obs. T. Mastrullo ; Cass. soc. 11 avr. 2012, n° 09-68.583, M. X c/ Sté Vancraeynest, *Gaz. Pal.* 3-4 août 2012, note P. Duprat, p. 34.

¹³⁵⁰ TCEE, art. 51 ; TFUE, art. 352 ; CJCE, 19 mars 1964, Unger ; 1er déc. 1977, Kuyken, aff. C-66/77, *Rec.* p. 23/11 ; *ERL*, 1978, p. 398, obs. D. Wyatt ; 31 mars 1979, Pierik ; 10 mars 1992, Twomer, aff. C-215/90, *Rec.* P. 1823 ; 22 nov. 1995, Vougioukas, aff. C-443/93, *Rec.* p. I-4033 ; *Europe* 1996, n° 25, obs. L. Idot ; *CDE* 1998, p. 191, obs. P. Marvidis.

¹³⁵¹ P. COURSIER, « La notion de travailleur salarié en droit social communautaire », *Dr. soc.* 2003, p. 305.

¹³⁵² Règl. (CE), n° 987/2009, Titre III, Chapitre 6.

¹³⁵³ Règl. (CE), n° 987/2009, Titre III, Chapitre 1.

¹³⁵⁴ Règl. (CE), n° 987/2009, Titre III, Chapitre 2.

¹³⁵⁵ Règl. (CE), n° 987/2009, Titre III, Chapitre 3.

¹³⁵⁶ Règl. (CE), n° 987/2009, Titre III, Chapitre 4.

¹³⁵⁷ Règl. (CE), n° 987/2009, Titre III, Chapitre 5 ; G. CARLENS, « Les conséquences pour le régime d'assurance chômage de la révision des règlements européens en matière de sécurité sociale », *Rev. belge. séc. soc.*, 4/2004, p. 715.

transférabilité des prestations¹³⁶⁰ et de totalisation des droits acquis ou en cours d'acquisition¹³⁶¹ qu'elle engendre, la manière de déterminer le critère de rattachement n'harmonise pas forcément les régimes de sécurité sociale. Or, les mécanismes de garantie des créances salariales sont harmonisés à travers la précision du critère de détermination de l'institution de garantie compétente unique. Malgré tout, cette harmonisation des mécanismes de garantie des salaires n'aspire pas à la création d'un régime de sécurité sociale européen. La garantie collective des créances des salariés n'a ni la nature juridique d'un modèle de sécurité sociale, ni une branche de celui-ci. Toutefois, l'harmonisation des mécanismes de garantie des salaires et la coordination des régimes de sécurité sociale concourent à la liberté de circulation¹³⁶² utile à la construction de la citoyenneté européenne¹³⁶³, en dépit des paradoxes constatés.

¹³⁵⁸ CJCE, 20 mai 2008, Bosmann, aff. C-352/06, *Rec. p. I-3827* ; *RJS* 2008, p. 770, obs. F. Kessler ; 16 juill. 2009, Von Chamier-Glisczinski, aff. C-208/07 ; *RJS* 2009, p. 791, obs. J.-Ph. Lhernould ; *JCP S* 2009, n° 1459, obs. Ph. Coursier ; S. HENNION, M. Le BARBIER-Le BRIS, M. DEL SOL, *Droit social européen et international*, préc., p. 180 et s. ; F. KESSLER, « *Les nouvelles règles de détermination de la législation applicable* », RDSS 2010, dossier spécial, *Le nouveau droit communautaire de la sécurité sociale*, p.14.

¹³⁵⁹ CJCE, 12 juill. 1979, Toïa, aff. C-237/78, *Rec. p. 2645* ; 10 nov. 1992, Commission c/ Belgique, aff. C-326/90, *Rec. p. I-55* ; 21 sept. 2000, Borawitz, aff. C-124/99, *Rec. p. I-7293* ; 7 févr. 2000, Kauer, aff. C-28/00, *Rec. p. I-1343* ; 18 avr. 2002, Duchon, aff. C-286/00, *Rec. p. I-3567* ; 7 nov. 2002, Maaheimo, aff. C-333/00, *Rec. p. I-10087* ; *RJS* 2003, p. 99 ; 23 nov. 2004, Elsen, aff. C-135/99, *Rec. p. I-10409* ; 9 nov. 2006, Chateignier, aff. C-346/05, *Rec. p. I-10951* ; 21 févr. 2008, Klöpel, aff. C-507/06, *Rec. p. I-943* ; *RJS* 2008, p. 508, obs. J.-Ph. Lhernould.

¹³⁶⁰ TFUE, art. 48 ; CJCE, 19 juin 1980, Testa, aff. C-41/79, 121/79 et 796/79, *Rec. p. 1979* ; 11 juin 1998, Partridge, préc. ; 21 févr. 2002, Rydergard, aff. C-215/00, *Rec. p. I-1817* ; *RJS* 2002, p. 508, obs. F. Kessler ; 6 nov. 2003, Commission c/ Pays-Bas, aff. C-311/01, *Rec. p. I-13103* ; 18 juill. 2006, De Cuyper, aff. C-406/04, *Rec. p. I-6947* ; *RJS* 2006, p. 764, obs. J.-Ph. Lhernould ; *JCP S* 2006, n° 1803, obs. Ch. Willmann ; 11 sept. 2007, Hendrix, aff. C-287/05, *Rec. p. I-6909* ; Europe, 2007, n° 303, obs. L. Idot ; RDSS, 2007, p. 1016, obs. F. Kessler ; *RJS* 2007, p. 1000, obs. J.-Ph. Lhernould.

¹³⁶¹ CJCE, 24 sept. 1998, Stinco et Panfilo, aff. C-132/96, *Rec. p. I-5225* ; RDSS 1999, p. 622, obs. F. Kessler ; 21 juill. 2005, Koschitzki, aff. C-30/04, *Rec. p. I-7389* ; *RJS* 2005, p. 835, obs. J.-Cl. Fillon ; 3 avr. 2008, Chuck, aff. C-33/06, *Rec. p. I-1957* ; Europe 2008, n° 192, obs. L. Driguez.

¹³⁶² Traité de Rome du 25 mars 1957, Titre III, art. 48 § 2 ; Traité FUE, art. 9 ; 20 et s. ; art. 45 § 2 ; Dir. n° 2004/38/CE, 29 avr. 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, *JOUE L* 158, 30 avr. 2004, p. 77 ; Règl. n° 1612/68 (modifiant la directive n° 2004/38/CE) ; CJCE, 9 sept. 2003, aff. C-85/01, Burbaud ; Cf., S. ROBIN-OLIVIER, « Libre circulation des travailleurs 2010-2011 », *RTDeur.*, 2011, n° 3, p. 599.

¹³⁶³ J. CAVALLINI, « Le droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles sur le territoire des États membres », *JCP S* 2006, Act., 153 ; P. RODIERE, « Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice », *RTD eur.*, 2006, p. 163 ; S. MAILLARD, *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, PU Aix-Marseille, 2008.

Conclusion du chapitre 1

La garantie collective des créances salariales a une nature juridique qui a une parenté avec celle de la sécurité sociale. Il ressort de l'étude menée que ces deux techniques sont des assurances obligatoires qui soumettent impérativement les personnes assujetties à l'obligation de cotisation pour les financer. L'obligation de cotiser n'incombe cependant pas toujours à la même personne. Dans la garantie collective des salaires, l'obligation d'assurer les créanciers des salariés n'incombe seulement à l'employeur, alors que dans le régime général de la sécurité sociale, surtout, l'obligation de cotiser échoit doublement à l'employeur et au salarié. C'est le cas de l'assurance maladie dont l'employeur assume une partie large de la cotisation. L'obligation de cotisation est duale. Il existe néanmoins des techniques de couverture de risques sociaux dont l'obligation de cotiser ne lie que l'employeur. Ce dernier est ainsi tenu d'assurer seul les salariés contre les accidents du travail et les maladies professionnelles.

Ainsi, l'obligation de cotiser, c'est-à-dire d'assurance des mécanismes de couverture du risque de non-paiement des salaires ou des risques sociaux est atténuée par les principes de solidarité et de redistribution sur lesquels se fondent ces techniques¹³⁶⁴. D'une part, la solidarité nationale sur laquelle se fonde la sécurité sociale et la solidarité interprofessionnelle sur laquelle se fonde la garantie des salaires fait peser la protection contre le risque de non-paiement des salaires sur la communauté des employeurs et les risques sociaux sur la collectivité nationale. Par conséquent, le montant de la prestation sociale ou de la garantie de l'AGS n'est pas directement lié à la cotisation de l'employeur et/ou du salarié. Or, c'est cette logique de corrélation entre la cotisation et le montant de la prestation dont l'assurance privée emprunte. D'autre part, le principe de la redistribution qui est présente dans ces techniques veut que l'ensemble des cotisations soit pris en considération pour indemniser les personnes qui ont des faibles revenus ou de prendre en charge les créances des salariés d'un employeur placé en procédure collective insolvable indistinctement. La contributivité présente ainsi un caractère limitée car l'AGS est également tenue de garantir les créances des salariés, alors même que l'employeur n'a pas satisfait son obligation de cotiser. Les prestations sociales sont, dans certaines conditions, attribuées aux personnes qui n'ont pas l'obligation de cotiser.

¹³⁶⁴ Pour la sécurité sociale, Cf., J.-M. BELORGEY, « Logique d'assurance, logique de la solidarité », *Dr. soc.* 1995, n° 9/10, p. 731.

Par ailleurs, l'eupéanisation de la garantie de salaires et des régimes de sécurité sociale, même si elle permet de promouvoir la liberté de circulation ou l'égalité de traitement, n'harmonise pas encore la sécurité sociale dans l'Union européenne. Le droit français n'a pas considéré le mécanisme de garantie de l'AGS comme un mécanisme relevant du droit de sécurité sociale, en dépit du fait que certains auteurs voyaient en lui une sécurité sociale des salaires¹³⁶⁵. En outre, le droit de l'Union européenne n'envisage qu'une coordination des régimes de sécurité sociale afin de réduire les disparités dans l'attribution des prestations sociales par les institutions de sécurité sociale. Il retient le principe du lieu d'activité salariée, par exemple, pour rattacher impérativement une personne à un régime de sécurité sociale, mais il reconnaît par exception aux salariés détachés, le droit de conserver le régime de sécurité sociale de leur pays d'origine, alors qu'ils travaillent sur le territoire d'un autre État membre. Cette position permet à ces salariés de ne pas perdre les avantages liés au régime de leur pays d'origine, et ne pas soumettre les entreprises des pays d'accueil ayant un régime de sécurité sociale avec des cotisations sociales peu élevées aux cotisations élevées des régimes avantageux. Toutefois, le maintien du régime de sécurité sociale du pays d'origine présente un contraste avec le critère retenu pour la détermination de l'institution de garantie des créances salariales impayées par un employeur communautaire.

En tout état de cause, la coordination des régimes de sécurité sociale n'étant pas harmonisée, un effort considérable de communication des données des assurés sociaux doit être effectué par les institutions de sécurité sociale européennes. Avec la crise, l'harmonisation des systèmes de sécurité sociale n'est pas à l'horizon, car certains systèmes de sécurité sociale accumulent des déficits. De plus, si la gestion des institutions de sécurité sociale est aujourd'hui encore l'objet d'un monopole¹³⁶⁶, certains revendiquent, à leur égard, l'application de la libre concurrence¹³⁶⁷.

¹³⁶⁵ F. DERRIDA, préc. ; C. RADÉ, préc.

¹³⁶⁶ E. ALFANDARI, « La concurrence dans les services sociaux : quelle concurrence pour quels services sociaux ? », *RDSS* 2006, p. 779 ; S. HENNION-MOREAU, « Services sociaux et concurrence », *RDSS* 2006, p. 801 ; L. DRIGUEZ, S. RODRIGUES, « Les services sociaux d'intérêt général et droit communautaire », *AJDA* 2008, p. 191.

¹³⁶⁷ Cf., A.-M. BROCAS, P. HADOLPH, « Monopole ou concurrence en matière de protection sociale », *Dr. soc.* 1995, n° 9/10, p. 748 ; A. GUEDJ, « La protection sociale (sécurité sociale et régimes complémentaires) et le droit de la concurrence », *Revue des Barreaux d'île de France*, 1999, n° 57, p. 117 ; F. KESSLER, J.-P. LHERNOULD, « L'impact sur le droit de la protection sociale de la jurisprudence de la CJCE relative à la libre prestation des services », *Dr. soc.* 2002, n° 7-8, p. 748.

Il existe certes des traits de rapprochement entre la nature juridique de la garantie de l'AGS et celle de la sécurité sociale, mais ces traits ne sont pas encore assez précis pour qualifier de sécurité sociale la garantie collective des créances salariales. Et cela, en dépit de l'existence de traits de parenté également dans leurs régimes juridiques.

Chapitre 2 : Une connexité limitée entre les régimes juridiques

150.- Convergences et différences. La garantie collective des créances salariales a également une connexité avec le modèle de sécurité sociale en ce qui concerne son régime juridique. Cette connexité est toutefois mesurée. En effet, la garantie des créances des salariés et de la sécurité sociale ont des régimes qui poursuivent la même finalité : celle de garantie de la sécurité économique des bénéficiaires. Mais cette garantie de la sécurité économique peut être menacée par certains événements, notamment la modification de la situation juridique de l'employeur ou la cessation du contrat de travail.

En dépit de cette proximité, il existe par ailleurs des points de distinction importants entre le régime de la sécurité sociale et celui de la garantie collective des créances salariales. D'une part, le régime de sécurité sociale est universel¹³⁶⁸ et profite ainsi à la collectivité nationale, alors que la garantie des salaires a un régime qui s'attache à la qualité de salarié. D'autre part, la sécurité sociale est un mécanisme qui protège contre une diversité de risques, alors que la garantie des salaires protège uniquement contre le risque de non-paiement des salaires.

Ainsi, le régime de la garantie collective des salaires et celui de la sécurité sociale ont des finalités qui convergent vers la garantie de la sécurité économique de leurs bénéficiaires respectifs, en dépit des menaces ou atteintes dont elle peut être l'objet (Section 1). Il existe cependant des limites au rapprochement de leurs régimes juridiques (Section 2).

Section 1 : La convergence des finalités

151.- Sécurité économique et menaces. La réalisation des risques sociaux ou de non-paiement des salaires détériore la situation économique des personnes concernées en général ou des salariés en particulier. Le régime de la garantie des salaires et celui de la sécurité sociale protègent les personnes bénéficiaires contre le risque de non-paiement des salaires d'une part, et les risques sociaux d'autre part, afin que celles-ci conservent leurs moyens de subsistance. Cette protection garantit donc la sécurité économique des bénéficiaires en dépit

¹³⁶⁸ Cf., Y. SAINT-JOURS (dir.), *Traité de droit de la sécurité sociale*, 2^e éd., LGDJ, Paris, t. 1, 1984, 5.

du fait que ces deux mécanismes relèvent de deux disciplines différentes¹³⁶⁹. La première prend en charge les créances des salariés en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires à l'encontre de tout employeur de droit privé¹³⁷⁰, tandis que la seconde¹³⁷¹ répare les conséquences découlant de la réalisation de multiples risques liés à la vie en société¹³⁷², quelle que soit la situation de l'entreprise. Si la garantie de l'AGS et la sécurité sociale interviennent pour garantir la sécurité économique (§ 1), il existe cependant des événements qui peuvent troubler la sécurité économique des bénéficiaires de ces mécanismes (§ 2).

Paragraphe 1 : La garantie de la sécurité économique

152.- Une finalité commune. La défaillance dans le paiement des créances salariales et la survenance des risques sociaux engendrent pour le salarié ou les personnes concernées une insécurité économique, c'est-à-dire la diminution des revenus ou plus largement des ressources¹³⁷³. Afin de les protéger contre cette insécurité, l'assurance garantie des salaires et les assurances relevant de la sécurité sociale ont été créées. La sécurité sociale qui protège contre les risques sociaux¹³⁷⁴ est constitué de plusieurs régimes, mais il est important de se limiter largement ici le régime général. Ce régime est composé aujourd'hui de quatre branches : la branche maladie (qui regroupe la maladie, la maternité, l'invalidité et le décès), la branche accidents du travail et maladies professionnelles, la branche vieillesse et veuvage

¹³⁶⁹ A. SUPIOT, « L'avenir d'un vieux couple : travail et Sécurité sociale », *Dr. soc.* 1995, p. 823.

¹³⁷⁰ C. trav., art. L. 3253-6.

¹³⁷¹ Sur la sécurité sociale, Cf., P. COURSIER, « Assujettissement au régime général de la sécurité sociale », *TPS* 1999, 196 (Hors-série) ; M.-A. LARERE, « Délimitation de l'entraide et du contrat de travail en jurisprudence », *Bull. soc. FL*, 3/2000, p. 177 ; X. PRETOT, *Protection sociale. Six ans de jurisprudence 1997-2002*, Litec, 2003, n° 74 et s ; J. BARTHELEMEY, « Peut-on dissocier le droit du travail et le droit de la sécurité sociale ?, Contribution à la théorie des vases communicants », *Dr. soc.* 2007, p. 787.

¹³⁷² A. GUEGAN-LECUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, Thèse Droit Paris I, 2004 p. 252 ; I. BOTTARO, *La réparation des dommages causés par une personne privée*, Thèse Droit Paris II, 2004, p. 298 ; F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, 3^e éd., Dalloz, Coll. « Cours », 2009, p. 571 et s.

¹³⁷³ Cf., J.-J. DUPEYROUX, « Quelques réflexions sur le droit à la sécurité sociale », *Dr. soc.* 1960, n° 5, p. 296 ; J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, 17^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2011, p. 209 et s.

¹³⁷⁴ J. DONZELOT, *L'invention du social – Essai sur le déclin des passions politiques*, Le Seuil, coll. « Points », 1994 ; F. EWALD, *Histoire de l'État Providence*, Grasset, coll. « Poche », 1996 ; F. KESSLER, *Qu'est ce qu'un risque social*, Encyclopédie de la protection sociale, 1999, Economica/Liaisons, pp. 243-250 ; J.-P. CHAUCHARD, « De la définition du risque social », in *Travail et protection sociale*, juin 2000, pp. 4-6 ; F. MILLET, *La notion de risque social et ses fonctions en droit privé*, PU Clermont-Ferrand, 2001, 35, p. 213 et s ; C. RIOT, *Le risque social*, Thèse Université de Montpellier I, 2005 ; R. LAFORE, « La notion de risque social », *Regards EN3S*, 2006, n° 29, pp. 24-34 ; J.-P. CHAUCHARD, « Les nécessaires mutations de l'État Providence : du risque social à l'émergence d'un droit-besoin », *Dr. soc.* 2012, n° 2, p. 135 et s. ; R. JHABVALA, S. SINHA, « La protection sociale des travailleuses dans l'économie informelle », *Sem. soc. Lamy*, 2006, n° 1272, suppl. Protection sociale et travail décent.

(la retraite) et la branche famille (qui regroupe notamment le handicap et le logement). La création d'une cinquième branche relative à la *dépendance* est envisagée. En revanche, l'assurance chômage¹³⁷⁵ et les prestations familiales¹³⁷⁶ sont exclues du champ d'application de la sécurité sociale. Pourtant, l'assurance chômage apporte, par exemple, comme la sécurité sociale et la garantie des salaires la sécurité économique au salarié qui a perdu involontairement son travail¹³⁷⁷. Il faut noter s'agissant de la sécurité sociale que la mise en œuvre des assurances sociales (A) concourt comme l'assurance des salaires à la protection de la sécurité économique. Une telle protection s'observe également dans la mise en œuvre des assurances relatives aux accidents du travail et aux maladies professionnelles (B).

A. La mise en œuvre des assurances sociales

153.- Mécanismes contributifs et non-contributifs. La garantie des créances des salariés a un régime proche de celui de la sécurité sociale parce qu'elle vise toutes les deux la protection des bénéficiaires contre la perte ou la diminution des revenus. En effet, la survenance de l'insolvabilité de l'employeur priverait, d'une part, le salarié de sa créance si l'institution de garantie des salaires n'intervenait pas. Le salarié aurait donc dû subir une perte de ses revenus du travail. La prise en charge de sa créance par l'AGS stabilise ses revenus. D'autre part, la réalisation des risques sociaux a un impact direct sur les revenus des victimes. La couverture de ces risques par les assurances de la sécurité sociale permet de stabiliser les revenus des bénéficiaires. Il faut distinguer en ce qui concerne la protection des revenus dans le domaine

¹³⁷⁵ V., C. trav., art. L. 5422-1 et s. ; C. WILLMANN, L'identité juridique du chômeur, LGDJ, coll. « Bibl. de droit social », t. XXXII, 1998, n° 413 ; M. BORGETTO, « La réforme du système d'indemnisation chômage : vers un retour en force de la logique d'assistance ? », *Dr. soc.* 2001, p. 346 ; C. WILLMANN, « Le chômeur cocontractant », *Dr. soc.* 2001, p. 384 ; A. SUPIOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003, p. 59 ; X. PRÉTOT, « Le contentieux de l'assurance chômage entre le juge civil et le juge administratif : erreur de calcul ou erreur de droit ? », *Dr. soc.* 2004, p. 772 ; P. LANGLOIS, « Les étranges tribulations des recalculés » et autres demandeurs d'emploi dans le droit français », *Dr. soc.* 2004, p. 762 ; P.-A. ADELE, Y. FERKANE, S. LEROY, « Une nouvelle assurance chômage ? 1^{re} partie : un paysage institutionnel renouvelé », *RDT* 2009, p. 366 ; D. ROMAN, « Devoir de travailler et protection sociale : d'une problématique de la dette sociale à la question des « devoirs sociaux » », *RDSS* 2009, p. 63 ; M. VÉRICEL, « Droits et devoirs des demandeurs d'emploi », *RDT* 2009, p. 101.

¹³⁷⁶ Cf., N. ALIPRANTIS, « Les droits sociaux sont justiciables ! », *Dr. soc.* 2006, p. 158.

¹³⁷⁷ J. FREYSSINET, « L'indemnisation du chômage en Europe. Entre l'activation des dépenses pour l'emploi et la garantie de minima sociaux », in CAE, *Pauvreté et exclusion*, 1998, p. 69 ; J.-P. DOMERGUE, « Le non-emploi », in J. Péliissier (dir.), *Le droit de l'emploi*, Dalloz, 1999, p. 861 et s. ; J.-Y. KERBOURC'H, « L'organisation du marché du travail après la loi de cohésion sociale », *RDSS* 2005, p. 848 ; C. WILLMANN, « Fusion ANPE-UNEDIC et nouveaux droits et devoirs du demandeur d'emploi. Deux lois pour une même logique », *JCP S* 2008, n° 1475 ; M. VÉRICEL, « Droits et devoirs des demandeurs d'emploi. Loi n° 2008-758 du 1^{er} août 2008, JO du 2 août », *RDT* 2009, p. 101.

des assurances sociales deux types de mécanismes de couverture de risques sociaux : les mécanismes contributifs et les mécanismes non contributifs.

En premier lieu, les mécanismes contributifs sont constitués de l'assurance maladie, l'assurance maternité et l'assurance vieillesse. Ces assurances sont caractérisées par l'obligation de cotiser pendant une période d'immatriculation donnée¹³⁷⁸. Cette obligation de cotisation est pour les mécanismes contributifs de protection une condition d'accès à la prestation¹³⁷⁹. Réciproquement, la personne qui a versé des cotisations, acquiert un « droit social absolu » du versement de la prestation visée¹³⁸⁰. Ainsi, le salarié¹³⁸¹ qui est d'abord victime d'un risque *maladie*¹³⁸² ne peut bénéficier des indemnités journalières¹³⁸³ qui sont des revenus de remplacement¹³⁸⁴ de la part l'*assurance maladie*¹³⁸⁵ que s'il a versé un certain montant de cotisations ou avoir effectué une activité professionnelle pendant une période déterminée¹³⁸⁶. Aux termes de l'article L. 313-3 du Code de la sécurité sociale : « pour avoir droit aux indemnités journalières de l'assurance maladie pendant six premiers mois d'interruption de travail, l'assuré social doit justifier aux dates de référence prévues aux 2° de l'article R. 313-1¹³⁸⁷, soit que le montant des cotisations dues au titre des assurances maladie assises sur les rémunérations qu'il a perçues pendant les six mois civils précédents est au moins égal au montant des mêmes cotisations dues pour un salaire égal à 1015 fois la valeur du salaire minimum de croissance au premier jour de la période de référence ; soit avoir

¹³⁷⁸ J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, préc., p. 480 ; J.-M. DUPUIS, C. EL MOUDDEN, « Une mesure de la contributivité et de la redistribution des retraites en France de 1947 à 1999 », *RFAS* juill.-déc. 2000, n° 3-4, p. 47.

¹³⁷⁹ Cf., V. LACOSTE-MARY, « Les conditions d'attribution des indemnités journalières : état des lieux », *RDSS* 2011, p. 692 et s.

¹³⁸⁰ Cf., C. DANIEL, C. TUCHSZIRER, « Assurance, assistance, solidarité : quels fondements pour la protection sociale des salariés ? », *Revue de l'IRES* 1999/2, n° 30, p. 9.

¹³⁸¹ CSS, art. L. 321-1. Elle joue essentiellement une double fonction : la fonction matérielle par l'indemnisation et morale par la protection de la personne humaine. Elle joue également une fonction sociale à travers les politiques de prévention de ces organismes. Cf., M. LAVERSIN, *Les lois modernes d'assurances sociales considérées au point de vue médical et biologique*, thèse médecine, Paris, 1923 ; BIT, *Les prestations de l'assurance maladie allemande, du point de vue de l'hygiène sociale*, Études et documents, Série C, n° 8, 1928.

¹³⁸² P. DURAND, *La politique contemporaine de Sécurité sociale*, préc., p. 177.

¹³⁸³ Cf., CSS, art. L. 321-1 et L. 324-1 ; L. 323-4 et R. 323-5 ; Cass. soc. 9 avr. 1986, *Bull. civ.* V, n° 96 ; 2 déc. 1999, *JCP G* 1999, IV, n° 117 ; 2 mars 2000, *RJS* 2000, n° 445 ; F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, 3^e éd. Dalloz, coll. « Cours », 2009, p. 211.

¹³⁸⁴ Cass. civ. 2^e, 6 janv. 1960, *Bull. civ.* II, n° 8 (suicide non réussi).

¹³⁸⁵ CSS, art. L. 321-1. Le régime de l'assurance maladie a récemment été modifié par les lois n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie et la loi (HSPT) n° 2009-879 du 21 juill. 2009 portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la sortie et aux territoires.

¹³⁸⁶ M. HARICHAUX, « Les droits du malade à l'épreuve des obligations du malade assuré social », *RDSS* 2006, p. 109 ; S. BÉAL, M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, « Contrôle des assurés sociaux en arrêt de travail pour maladie », *JCP S* 2007, 1742 ; M. DEL SOL, LFSS pour 2011 : mesures relatives au recouvrement, au contrôle et à la lutte contre la fraude », *JCP S* 2011, p. 1019 .

¹³⁸⁷ CSS, art. R. 313-1 : « Les conditions d'ouverture du droit prévues à l'article L. 313-1 sont appréciées en ce qui concerne : 1° les prestations en espèces de l'assurance maladie, au jour de l'interruption de travail ».

effectué au moins 200 heures de travail salarié ou assimilé au cours des trois mois civils ou des quatre-vingt-dix jours précédents »¹³⁸⁸.

Ensuite, la femme enceinte¹³⁸⁹ ne peut bénéficier des prestations en espèces¹³⁹⁰ en dehors des prestations en nature¹³⁹¹ à raison de sa *maternité* que si elle justifie des périodes d'assurance ou d'emploi suffisantes¹³⁹². Les conditions d'octroi de l'assurance à raison de la maternité sont similaires à celles relatives à l'adoption¹³⁹³.

Enfin, l'*assurance vieillesse* est également un mécanisme contributif. Le vieillissement¹³⁹⁴ est en effet un moment de la vie où la sécurité économique des personnes concernées peut sensiblement être réduite et entraîne la dépendance¹³⁹⁵. Par conséquent, la prise en charge des risques liés à la vieillesse¹³⁹⁶ apporte de la stabilité économique¹³⁹⁷. En réalité, l'avènement de l'âge de la retraite met un terme au contrat de travail et réduit donc la possibilité de gagner suffisamment de revenus. Le régime des retraites a en effet été modifié plusieurs fois¹³⁹⁸.

¹³⁸⁸ V., Cass. soc. 13 févr. 1997, n° 95-15.585 ; 19 juill. 2000, n° 98-18.465 ; Cass. civ. 2e, 3 mai 2006, *RJS* 7/06, n° 882 ; 22 févr. 2007, *RJS* 6/07, n° 773 ; J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, préc., p. 467.

¹³⁸⁹ CSS, art. R. 534-1 ; J. DESSAINT, « Assurance-maternité et politique familiale », *Dr. soc.* 1948, p. 316.

¹³⁹⁰ C. trav., 1225-5 et L. 1225-6.

¹³⁹¹ CSS, art. L. 331-1 et s. et R. 313-1 et s. ; Cass. civ. 2°, 10 juin 2003, n° 01-21273 ; 11 mars 2010, Lucas c/ CPAM de Nantes, *RJS* 6/10, n° 554 ; Cass. soc. 8 mars 1990, *Bull. civ.* V, n° 114) ; Cass. soc. 31 oct. 2002, *RJS* 1/03, n° 80 ; Cf., F. MONEGER, « La polygamie en questions... », *JCP* 1990, 3460 ; B. BOURDELOIS, *Le mariage polygamique en droit international privé français*, Thèse Paris, 1991 ; A. TOULLIER, « Les tergiversations du droit de la protection sociale face à la polygamie », *Dr. soc.* 2007, p. 324.

¹³⁹² CSS, art. R. 313-3 et R.331-6 ; Cass. soc. 10 oct. 1996, *Liaisons soc.*, n° 7540, *Jurisp. soc.* du 29 oct. 1996 ; 17 mai 2001, *Bull. civ.* V, n° 176.

¹³⁹³ C. trav., art. L. 1225-17.

¹³⁹⁴ Pour une étude détaillée du vieillissement, Cf., N. MARTIN-PAPINEAU (dir.), *La protection sociale face au vieillissement*, LGDJ, Coll. « Fac. Droit et sc. soc Poitiers », 2004.

¹³⁹⁵ Pour une étude détaillée de la dépendance, Cf., M. BORGETTO, « L'amélioration de l'aide aux personnes âgées dépendantes : de la prestation spécifique dépendance à l'allocation personnalisée d'autonomie », *Gazette des communes* 2002, n° 6/1632, p. 56 ; C. DEBOUT, « Caractéristiques socio-démographiques et ressources des bénéficiaires et nouveaux bénéficiaires de l'APA, *Études et résultats* 2010, p. 730.

¹³⁹⁶ B. DUMONS, G. POLLET, *État et les retraites, genèse d'une politique*, Belin, 1994 ; G. DUPONT, H. STERDYNIK, *Quel avenir pour nos retraites ?*, La Découverte, coll. « Repères », 2000 ; R. HOLZMANN, « L'approche de la Banque mondiale quant à la réforme des pensions » et C. GILLION, « Développement et réforme des régimes de retraite de la sécurité sociale : approche du BIT », *RISS* 2000, n° 1, p. 13 ; A. RÉMOND, *Les retraites en question*, La Doc. fr., coll. « Études », 2009, p. 26 ; F. CARPENTIER, *Les retraites en France et dans le monde (nouvelles problématiques)*, Economica, 2009 ; B. FRIOT, *L'enjeu des retraites*, La Dispute, 2010.

¹³⁹⁷ J. BICHOT, « Sur divers modes de gestion de la retraite », *Dr. soc.* 1991, p. 271 ; J. CASSANDRE, « Retraites : le mirage de la capitalisation », *Dr. soc.* 1991, p. 518 ; P. SALY, « Capitalisation et répartition, jalons historiques », *Retraite et société*, 6/94 ; A. PEZARD, « La retraite par capitalisation », *LPA*, n° 28, 9 févr. 2000, p. 4 ; A. MATH, « Quel avenir pour les retraites par répartition en Europe ? », *Revue de l'IRE*, n° 36, 2001 ; J. BICHOT, « Quel statut juridique pour les droits à pension ? », *Dr. soc.* 2003, p. 402 ; *Urgence retraites : petit traité de réanimation*, Seuil, 2008.

¹³⁹⁸ La loi n° 96-936 du 22 juillet 1993 ; P. CHENILLET, F. KESSLER, « Retraites : entre la réforme de structure et le replâtrage », *RDSS* 1994, p. 167 ; la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 ; M. BORGETTO, « La

Dans cette optique, l'assurance vieillesse est un mécanisme contributif¹³⁹⁹ : pour bénéficier d'une pension retraite du régime général, plusieurs conditions sont requises. D'une part, le salarié qui demande la liquidation de ces droits à la retraite doit avoir atteint l'âge minimum de 62 ans¹⁴⁰⁰. Cet âge minimum était fixé à 60 ans pour une retraite à taux plein¹⁴⁰¹ jusqu'à la réforme du 9 novembre 2010, qui prévoit des aménagements pour les personnes exerçant des métiers pénibles¹⁴⁰² et les femmes¹⁴⁰³. D'autre part, pour bénéficier d'une retraite à taux plein, c'est-à-dire une pension de 50%, le salarié doit justifier d'une période d'assurances ou de cotisations de l'ensemble des régimes obligatoires de base nécessaire¹⁴⁰⁴. Cette période équivaut à 164 trimestres, soit 41 ans de cotisations¹⁴⁰⁵. Les salariés âgés de plus de 67 ans et inaptes bénéficient d'une retraite à taux plein, même s'ils ne remplissent pas la durée de cotisation¹⁴⁰⁶. Dans cette perspective, les salariés qui ne remplissent pas les conditions d'une

réforme des retraites : du bon...et du moins bon », *Dr. soc.* 2003, 925 ; T. TAURAN, « Loi 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites : réforme historique ou début de réforme », *TPS* n° 11/2003, p. 3 ; D. BLANCHET, « Retraites : retours sur le constat », *Futuribles, analyse et prospective*, 2010, n° 365, p. 23.

¹³⁹⁹ J.-M. DUPUIS, C. EL MOUDDEN, « Une mesure de la contributivité et de la redistribution des retraites en France de 1947-1999 », *RFAS* 2000, n° 3-4, p. 47.

¹⁴⁰⁰ CSS, art. L. 161-17-2 ; Loi n° 2010-1330 du 9 nov. 2010 portant réforme des retraites, *JO* n° 0261 du 10 nov. 2010, p. 20034, art. 18 ; Décr. n° 2010-1734, 30 déc. 2010, *JO*, 31 déc. 2010 ; *Sem. soc. Lamy*, « Retraites : les premiers décrets sont parus », 17 janv. 2011, n° 1475, p. 2 ; G. CORNELLEAU, « Le report de l'âge légal de départ à la retraite : une solution inégalitaire », *RSA* 2010, n° 361, p. 48 ; J.-P. CHAUCHARD, « Sur un malentendu tenace : « la retraite à 60 ans » », *Dr. soc.* 2011, p. 244 ; F. KESSLER, « L'allongement de la durée d'activité », *JCP S* 2011, p. 1522 ; X. PRÉTOT, « L'âge de la retraite relève-t-il de la loi ? », *Dr. soc.* 2011, p. 250.

¹⁴⁰¹ Les ordonnances de 1982 ratifiées par la loi du 31 mai 1983 ; F. MERCEREAU, « La retraite à 60 ans », *Dr. soc.* 1982, p. 452 ; F. DURIN, « L'abaissement de l'âge de la retraite, aspects sociaux et financiers », *Dr. soc.* 1982, p. 468 ; R. RUELLAN, « La retraite à 60 ans dans les régimes complémentaires », *Dr. soc.* juill. 1983 ; Y. SAINT-JOURS, « L'âge de la retraite ne constitue-t-il pas un principe fondamental du droit de la sécurité sociale ? », *RDSS* 1987, p. 136 ; Y. CHASSARD, « Réformes des retraites : quelques idées glanées chez nos voisins européens », *Dr. soc.* 2003, p. 323 ; J. BICHOT, « Retraites : ajustement ou réforme ? », *Futuribles*, n° 286, 2003, p. 5 ; A. BUZELAY, Analyse de la réforme du système de retraites en France au regard de celles conduites en Europe », *Revue marché commun*, 2003, n° 475, p. 82 ; J.-B. DE FOUCAULD, « Réflexions sur la réforme des retraites », *Dr. soc.* 2004, p. 396 ; I. BRIDENNE, J. COUHIN, « Perspectives financières du régime général à l'horizon 2050 », *Retraite et société*, 2006, n° 48, p. 82 ; T. TAURAN, « Les institutions de retraite et le droit de l'Union européenne », *JCP S* 2006, 1153 ; G. CORON, « Le prisme communautaire en matière de retraites : la diffusion à travers le droit européen de la théorie des piliers », *Retraite et société*, 2007, n° 50, p. 250 ; J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, 17^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2011, p. 585.

¹⁴⁰² A. JOLIVET, V. PUEYO, « La pénibilité au travail : de quoi parle-t-on ? », *RDT* 2010, p. 686 ; P. COURSIER, « Les situations d'incapacité au travail », *JCP S* 2011, p. 1534 ; F. PETIT, « La pénibilité au travail, un nouveau risque professionnel ? », *Dr. soc.* 2011, p. 262 ; M. CARON, P.-Y. VERKINDT, « L'effort humain : regards sur la pénibilité », *D.* 2011, 1576.

¹⁴⁰³ Cf., M. BADEL, « Avantages familiaux de retraite : réalités et pertinence », *RDSS* 2008, p. 645 ; C. MILLET-URSIN, F. KLEINBAUER, « Les droits des femmes et la parentalité », *JCP S* 2011, 1535.

¹⁴⁰⁴ CSS, art. L. 351-2 et s. et R. 351-3 et s. ; Cf., J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, préc., p. 586 et s.

¹⁴⁰⁵ J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, préc., p. 586 et s.

¹⁴⁰⁶ CSS, art. L. 351-8 et R. 351-27.

retraite à taux plein voient leur pension minorée¹⁴⁰⁷, alors que ceux qui ont acquis le droit à la retraite et ont continué de travailler au-delà de 62 ans voient leur retraite majorée¹⁴⁰⁸.

Ainsi, l'assurance vieillesse comme l'assurance maladie et maternité permet de garantir la sécurité économique des bénéficiaires. Cependant, le faible niveau des retraites a invité à la création des pacerelles à mi-chemin entre l'emploi et la retraite qualifiées de cumul emploi-retraite¹⁴⁰⁹ afin de permettre aux retraités ou seniors d'augmenter leurs revenus. En réalité, la soumission du bénéficiaire de la couverture à l'exigence de cotisation constituant la caractéristique assurantielle de ces mécanismes réduit le champ des bénéficiaires, car les non-contributeurs sont exclus. Or, la vision originelle d'universalité de la sécurité sociale ne prenait pas en considération ni l'exigence de cotisation ni sa limitation aux personnes exerçant une activité professionnelle. Pour remédier à cette situation des mécanismes de protection non-contributifs ont été créés.

En deuxième lieu, les mécanismes non-contributifs permettent d'indemniser la victime indifféremment de l'exigence de cotisation. Ces mécanismes consacrent également des limites de la logique assurantielle de la sécurité sociale¹⁴¹⁰. Ils sont considérés comme permettant la protection des droits dérivés¹⁴¹¹ des mécanismes contributifs. Ces droits dérivés sont parfois critiqués. Il a été, par exemple, observé par un auteur que « chaque individu devrait avoir un droit propre aux soins », car « la technique du droit dérivé est [donc] inadaptée »¹⁴¹². D'autres auteurs ont, dans cette optique, souligné que la technique des droits

¹⁴⁰⁷ CSS, art. R. 351-27.

¹⁴⁰⁸ CSS, art. L. 351-1-2 et D. 351-1-4 ; C. ALBERT, N. GRAVE, J.-B. OLIVEAU, « Surcote : les raisons d'un échec relatif », *Retraite et société* 2008, n° 54, p. 34.

¹⁴⁰⁹ Cf., Loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, *JO* 22 août 2003 ; M. BORGETTO, « La réforme des retraites : du bon ... et du moins bon », *Dr. soc.* 2003, p. 926 ; A.-M. BROCCAS, G. DECISIER, « La réforme des retraites d'août 2003 : un processus engagé pour quinze ans qui suppose d'importants changements dans le champ de l'emploi », *RDSS* 2004, p. 598 ; G. JACQUET, « Le cumul emploi-retraite : une réglementation obsolète », *LPA* 2006, n° 3, p. 10 ; M.-C. AMAUGER, I. DESBARATS, « L'emploi des retraités : une libéralisation en trompe-l'œil », *Sem. soc. Lamy* 2009, n° 1421, pp. 4-6 ; F. DUFLOT, « La gestion de l'emploi des seniors, un nouveau défi », *La Tribune de l'assurance* 2010, n° 149, p. 6 ; J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, préc., p. 593 et s.

¹⁴¹⁰ N. DUFOURCQ, « Sécurité sociale : le mythe de l'assurance », *Dr. soc.* 1994, p. 291 ; J.-M. BELORGEY, « Logique de l'assurance, logique de solidarité », *Dr. soc.* 1995, p. 731 ; C. DANIEL, C. TUCHSZIRER, « Assurance, assistance, solidarité : quels fondements pour la protection sociale des salariés ? », *Rev. de l'IRES* 1999/2, n° 30, p. 16 ; M. BORGETTO, « Le droit de la protection sociale dans tous ses états : la clarification », *Dr. soc.* 2003, n° 9-10, p. 849.

¹⁴¹¹ Pour la définition des droits dérivés, Cf., J. DONIS, *La notion de droit dérivé et de droit propre dans les systèmes de sécurité sociale des États-membres du Conseil de l'Europe*, Comité directeur pour la sécurité sociale, Strasbourg, mai 1986 ; R. VEZIN-DAVID, *Droits dérivés et sécurité sociale*, Thèse, Nantes, 2000, p. 30.

¹⁴¹² R. VEZIN-DAVID, *Droits dérivés et sécurité sociale*, thèse, Nantes, 2000, p. 49.

dérivés engendre des discriminations économique et sociale entre les hommes et les femmes qui apparaissent pourtant de nos jours surannées¹⁴¹³. Les droits dérivés sont accusés d'être dépassés¹⁴¹⁴. Les critiques contre les droits dérivés annoncent la création de droits à couverture sociale propre, même là où il n'existe pas de droits dérivés pour « assurer ainsi à chaque membre de la famille une couverture sociale indépendante de celle des autres membres »¹⁴¹⁵.

En dépit de ces critiques, les mécanismes non-contributifs permettent de garantir la sécurité économique des certaines catégories de personnes vulnérables et inactifs. Ces droits dérivés sont aussi en concordance avec l'idée originelle de la couverture universelle fondée sur la solidarité nationale¹⁴¹⁶ et non sur la contributivité. L'universalité de la couverture aspire donc à la gratuité du service public de la sécurité sociale.

En effet, l'*invalidité* cause une insécurité économique à la victime à raison de la maladie ou de l'usure prématurée qui atteint son organisme. La prise en charge des dépenses liées à la maladie ou à l'usure précoce de l'organisme par l'assurance invalidité permet de garantir sa sécurité économique¹⁴¹⁷. Cette assurance indemnise la perte de revenus due à l'incapacité ou à la moindre capacité de travailler. Elle profite aux personnes handicapées¹⁴¹⁸, aux invalides et aux personnes âgées vulnérables¹⁴¹⁹. Son bénéfice est soumis à des conditions¹⁴²⁰ d'ordre médical¹⁴²¹ et administratif¹⁴²² et non pas de cotisations, comme le sont les indemnités

¹⁴¹³ M.-T. LANQUETIN, A. ALLOUACHE, N. KERSCHEN, M.-T. LETABLIER, *Individualisation/familiarisation des droits en matière de protection sociale et droits fondamentaux*, Rapport pour la CNAF, juin 2002, rédigé dans le cadre de l'institut de recherche IRERP, Université Paris X-Nanterre ; C. ZAIDMAN, « L'individualisation des droits réduirait-elle les inégalités hommes/femmes ? », *Dr. soc.* 1998, p. 591.

¹⁴¹⁴ J. BICHOT, « Peut-on en finir avec les droits dérivés ? Le cas de l'assurance-maladie », *Dr. soc.* 1985, p. 59.

¹⁴¹⁵ Cf., H. MARSAULT, « Droits propres contre droits dérivés : l'individualisation des droits sociaux comme moyen d'améliorer la sécurité économique d'existence individuelle et familiale », *Dr. soc.* 1985, p. 875.

¹⁴¹⁶ CSS, art. L. 111-1 ; Cf., L.-E. CAMAJI, *La personne dans la protection sociale...*, préc., p. 219.

¹⁴¹⁷ Cass. civ. 2^e, 2 mai 2007, *JCP S* 2007, 25.38, note G. Vachet ; T. TAURAN, « Assurance invalidité : les régimes de sécurité sociale, l'invalidité et le juge », *RDSS* 2008, p. 1128.

¹⁴¹⁸ L. MELENNEC, « L'indemnisation du handicap. Pour l'instauration d'un régime unique de l'invalidité et de la dépendance », 1997.

¹⁴¹⁹ C. europ. séc. soc., du 6 nov. 1990, art. 58.

¹⁴²⁰ M.-M. LEGOUHY, « L'assurance invalidité du régime général de la sécurité sociale », *RPDS* 2008, p. 161.

¹⁴²¹ CSS, art. L. 341-1 et s. et R. 341-1 et s ; Cass. soc., 13 mai 1976, *Bull. civ.* V, n° 283 ; 4 mars 1999, *RJS* 4/99, n° 584 ; 24 mars 1994, *Bull. civ.* V, p. 73 ; 4 mars 1999, *RJS* 4/99, n° 584 ; F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, préc., p. 246

¹⁴²² CSS, art. L. 161-16-1, L. 341-15 ; Cass. soc. 18 mars 1999, *RJS* 1999, n° 739. Cette personne doit être immatriculée depuis douze mois au premier jour du mois au cours duquel est survenue l'interruption du travail et justifier d'une durée de travail qui atteste soit un montant minimum de cotisation, soit une certaine durée d'activité ou assimilée (CSS, art. R. 313-5 et R. 313-7 ; Cass. soc. 7 mars 1991, *Bull. civ.* V, p. 75 ; 29 janv. 1998, *D.* 1998, IR, p. 71) ; F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, préc., p. 247.

journalières liées à la maladie du salarié. La pension d'invalidité¹⁴²³ est attribuée à la fin de l'indemnisation de la maladie¹⁴²⁴ ou du paiement des indemnités journalières par l'assurance maladie. Elle est déterminée en fonction du degré d'invalidité¹⁴²⁵. Un auteur a manifesté son inquiétude sur la disparité croissante entre les invalides et les personnes handicapées¹⁴²⁶.

C'est dans l'optique d'assurer la sécurité économique que la *pension veuvage*¹⁴²⁷ est versée au conjoint survivant¹⁴²⁸ d'un défunt bénéficiaire d'une pension d'invalidité qui est lui-même atteint d'une invalidité de nature à lui ouvrir un droit à la pension d'invalidité. Il en est de même de la pension de réversion¹⁴²⁹. Il en résulte que la pension veuvage ou de réversion qui garantit la sécurité économique du conjoint survivant d'un défunt était réservée aux veuves avant d'être étendue aux veufs dans le régime général pour éviter la discrimination des sexes¹⁴³⁰. Elle doit aussi vraisemblablement être élargi aux pacsés, mais refusée aux concubins¹⁴³¹. Pourtant, le bénéfice du capital-décès est ouvert au concubin¹⁴³². Cependant, la pension veuvage qui est accordée au conjoint survivant n'est pas toujours suffisante pour satisfaire ses besoins alimentaires. C'est pour cela qu'une *allocation supplémentaire*

¹⁴²³ CSS, art. R. 341-8, al. 3 ; Cass. soc. 10 févr. 1966, *Bull. civ.* II, p. 142.

¹⁴²⁴ L'indemnisation maladie prend fin lorsque l'état de santé de l'assuré est considéré comme stabilisé.

¹⁴²⁵ Cass. soc. 9 nov. 1988, *RJS* 1989, n° 88 ; 7 déc. 2000, *RJS* 2/01, n° 243 ; Cass. civ. 2^e, 12 juin 2007, *JCP S* 2007, 39.34, note G. Vachet ; 13 déc. 2007, *JCP S* 2008, n° 11, p. 41, note T. Tauran.

¹⁴²⁶ S. MILANO, « Parachever la réforme de l'AAH », *RDSS* 2008, p. 148.

¹⁴²⁷ CSS, art. L. 342-1 et s. ; CE, 6 déc. 2006, Mme Ligori, *AJDA* 2007, n° 3, p. 142, note L. VALLEE ; Cass. civ. 2^e, 2 mai 2007, *Droit de la famille* 2007, n° 9, p. 37, note A. Devers (La répartition d'une pension de réversion entre les épouses survivants d'un assuré polygame) ; R. CUVILLIER, « L'épouse au foyer, une charge injustifiée pour la collectivité », *Dr. soc.* 1977, p. 427 ; J. BICHOT, « Pour en finir avec les droits dérivés », *Dr. soc.* n° 1, 1985 ; C. DOMOIZEL, C. LECLERC, « Transparence, équité, solidarité : les trois objectifs d'une réforme de la réversion », *Rapport d'information* n° 314 (2006-2007).

¹⁴²⁸ R. VEZIN-DAVID, « Faut-il remplacer les droits dérivés à protection sociale par des droits autonomes ? », *RDSS* 2003, p. 1 ; N. KERSCHEN, « Vers une individualisation des droits sociaux : approche européenne et modèles nationaux », *Dr. soc.* 2003, p. 216 ; J. BICHOT, « Veuvage et protection sociale », *Dr. soc.* 2004, p. 1114 ; L. apROBERTS, « Les pensions de réversion du régime général : entre assurance retraite et assistance veuvage », *Retraite et société* 2008, n° 54, p. 94.

¹⁴²⁹ CSS, art. L. 353-1 et L. 353-2 ; M. BADEL, « Suppression de l'assurance veuvage et réforme de la pension de réversion : quelle équivalence ? », *RDSS* 2004, p. 451.

¹⁴³⁰ Cf., J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, 17^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2011, p. 597.

¹⁴³¹ V., CJCE, 1^{er} avr. 2008, aff. C-267/06, Tadao Muruko, *Rec. I*, p. 1757 ; *D.* 2008, pan. 1795, obs. Lemouland et Vigneau ; CEDH gr. ch., 29 avr. 2008, req. N° 13378/05, Burden c/ Royaume-Uni, *JCP A* 2008, n° 4 ; CEDH Sect. II, 20 janv. 2010, *RTD civ.* 2009, p. 285 ; Cf., C. FATOUX, « Concubinage ou vie maritale, une appréciation difficile », *Bull. CAF* 1980, n° 6 t 7 ; X. PRÉTOT, « Quelle famille est prise en compte dans notre système de protection sociale », *RDSS* 1991, p. 482 ; A. BENOIT, « Protection sociale et concubinage », *Dr. fam.*, 1997, chron. p. 8 ; A.-M. GILLES, *Le couple en droit social*, Economica, 1998 ; S. ROZEZ, « Les droits du survivant du couple en droit de la sécurité sociale », *AJ Famille* 2005, p. 305 ; M. SCHMITT, « Premières précisions sur la discrimination à raison de l'orientation sexuelle sur le fondement de la directive 2000/78 », CJCE, 1^{er} avr. 2008, Muruko, aff. C-267/06 », *RDT* 2008, p. 458 ; P. MURAT (dir.), « Les droits sociaux des partenaires pacsés », in *Droit de la famille*, Dalloz Action 2010/2011, n° 152.161 à 152.162.

¹⁴³² V., CSS, art. L. 361 ; Cass. ass. plén., 30 janv. 1970, n° 68-10.108, *Bull. ass. plén.* n° 1 ; *D.* 1970, J, p. 221, note Dupeyroux ; Cass. soc. 3 mai 1974, n° 73-11.911, *Bull. civ.* V, n° 274 ; 5 déc. 1974, n° 74-10.759, *Bull. civ.* V, n° 596 ; 17 févr. 1988, n° 85-17.063.

d'invalidité a été créée¹⁴³³. Elle est accordée aux titulaires d'un avantage viager en vertu d'une assurance invalidité ou vieillesse qui n'ont pas encore l'âge requis pour bénéficier de l'« allocation de solidarité aux personnes âgées (ASPA) »¹⁴³⁴. Le bénéfice de l'ASI est soumis aux conditions d'invalidité d'au moins des deux tiers de la capacité de travail ou de gain, de résidence et de ressources¹⁴³⁵.

Il en résulte que les minima non-contributifs qui s'opposent aux avantages contributifs servent à garantir un minimum de ressources sans contrepartie financière. Ces droits dérivés sont, en réalité, plus proches de l'aide sociale¹⁴³⁶ que des assurances relevant de la sécurité sociale. Par conséquent, les rapprochements entre les mécanismes non-contributifs et les assurances des salaires et sociales sont nécessaires. À l'opposé des mécanismes contributifs, les mécanismes non-contributifs sont véritablement fondés sur la solidarité¹⁴³⁷. Ces mécanismes sont essentiellement financés par l'impôt¹⁴³⁸. Toutefois, la séparation entre les mécanismes contributifs et non contributifs est souple, car leurs régimes juridiques s'entremêlent. Ainsi, la Couverture Maladie Universelle¹⁴³⁹ ne permet pas de séparer formellement ce qui relève de l'assurance de ce qui relève de la solidarité, donc de l'assistance, même s'il est couramment indiqué que le droit à la CMU est accordé sous condition de ressources¹⁴⁴⁰ et non de cotisations. Le régime de la réparation des risques professionnels qui permet également la protection de la sécurité économique est proche des mécanismes non-contributifs parce que le salarié de l'assurance n'est pas tenu de cotiser.

¹⁴³³ Elle est instituée par l'ordonnance n° 2004-605 du 24 juin 2004, art. 1^{er}, *JORF* du 26 juin 2004.

¹⁴³⁴ CSS, art. L. 815-1 et s. et R. 815-1 et s. ; T. BÉRANGER, « La garantie de ressources aux travailleurs sans emploi âgés de 60 ans et plus : pré-retraite ou prestation de chômage améliorée », *Dr. soc.* 1978, n° spéc., p. 67 ; J.-F. CHADELAT, « Le fonds de solidarité vieillesse », *Dr. soc.* 1994, p. 727 ; M. BADEL, « Suppression de l'assurance veuvage et réforme de la pension de réversion : quelle équivalence ? », *RDSS* 2004, p. 451 ; H. CHAPUT, K. JULIENNE, M. LELIÈVRE, « L'aide à la vieillesse pauvre : la construction du minimum vieillesse », *RFSA* 2007, n° 1, p. 57 ; F. LE MORVAN, « Le minimum vieillesse du FNS à l'ASPA : l'ordonnance du 24 juin 2004 et les limites inhérentes à la simplification de la règle de droit », *Revue Regards EN3S* 2010, n° 38, p. 36.

¹⁴³⁵ CSS, art. L. 815-24 et s. et R. 815-78 ; Cass. soc. 2^e, 2 nov. 2004, *RJS* 2005, n° 90.

¹⁴³⁶ Cf., L.-E. CAMAJI, *La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales*, préf. A. Lyon-Caen, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibl. Thèses », 2008, p. 118 et s. ; M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, 8^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit public », 2012, n° 1 et s.

¹⁴³⁷ Cf., *supra*, n° 154.

¹⁴³⁸ Cf., X. PRÉTOT, « L'État et la sécurité sociale. Réflexions sur le service public », préc., p. 803 ; J.-B. DE FOUCAULD, *Le financement de la protection sociale*, Rapport au premier ministre, Commissariat général du Plan, La Doc. fr., Paris 1995, p. 44 ; B. PALLIER, *Gouverner la Sécurité sociale*, 2^e éd., PUF, coll. « Quadrige », p. 288, et 399 ; F. CHADELAT, « Le fonds de solidarité vieillesse », *Dr. soc.* 1994, p. 727 ; B. FRIOT, « Assurances sociales, solidarité nationale, salaire socialisé », *Revue de l'IRE* 1999/2, n° 30, p. 219.

¹⁴³⁹ Loi n° 99-641 du 27 juill. 1999, *JO* n° 244 du 20 oct. 1999, p. 15647.

¹⁴⁴⁰ Cf., L.-E. CAMAJI, *La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales*, préf. A. Lyon-Caen, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibl. Thèses », 2008, p. 124.

B. Le régime de la réparation des risques professionnels

154.- Accidents du travail et maladie professionnelle. La survenance d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle destablit la sécurité économique du salarié victime. L'accident du travail est celui qui survient « par le fait ou à l'occasion du travail à toute personne salariée ou travaillant, à quelque titre que ce soit ou en quelque lieu, pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprise »¹⁴⁴¹. Cette notion intègre également les *accidents de trajet*¹⁴⁴² qui surviennent pendant l'aller et le retour, entre la résidence principale et le lieu du travail ou, entre le lieu du travail et le restaurant, la cantine ou d'une manière plus générale, le lieu où le travailleur prend habituellement ses repos, et dans la mesure où le parcours n'a pas été interrompu ou détourné pour un motif dicté par l'intérêt personnel et étranger aux nécessités essentielles de la vie courante ou indépendant de l'emploi¹⁴⁴³. L'accident altère la capacité de travail de l'individu¹⁴⁴⁴, et détériore en conséquence sa sécurité économique.

En revanche, la *maladie professionnelle*¹⁴⁴⁵ est une « altération organique ou fonctionnelle suscitée par l'accomplissement de certains travaux par le salarié dans le cadre de sa profession »¹⁴⁴⁶. Elle est définie au regard d'un tableau préétabli. Ainsi, les maladies

¹⁴⁴¹ CSS, art. L. 411-1, art. L. 412-1 et s. ; Cass. civ. 2^e, 22 févr. 2007, *JCP E* 2008, n° 17-18, p. 39, note G. Vachet, A. S. Ginon, F. Guiomard, « Le suicide peut-il constituer un risque professionnel ? », *D. ouvr.* 2008, p. 367 ; 10 déc. 2009, n° 08-20.509, *JCP S* 2009, 1075, note Th. Tauran ; L. LEROUGE, *La reconnaissance d'un droit à la santé mentale au travail*, LGDJ, 2005 ; « Reconnaissance des troubles psychologiques post-traumatiques », *Cah. soc. Barreau de Paris*, n° 176, 2005, p. 2 ; L. MILET, « Accident du travail : de l'accident survenu sous la subordination de l'employeur à l'accident survenu par le fait du travail », *Dr. soc.* 2007, p. 836 ; G. MARTIN, « Principe de précaution et responsabilités », in J. Clam, G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, *JCP S* 2007, p. 1215 ; S. FANTONI, « Accidents du travail et maladies professionnelles : recherche d'un lien causal entre maladie et travail », *JCP S* 2007, n° 46, p. 37 ; L. LEROUGE, « Le renouvellement de la définition de l'accident du travail », *RDSS* 2007, p. 696 ; P. CHAUMETTE, « Accident international survenu au travail », *Dr. soc.* 2009, p. 600 ; H. VACQUIN, « Des 30 ans d'ultralibéralisme aux suicides au travail », *Dr. soc.* 2010, p. 255.

¹⁴⁴² CSS, art. L. 411-2 ; L. MILLET, *La protection juridique des victimes d'accidents de trajet*, LGDJ, 2002.

¹⁴⁴³ P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, préc., p. 90 et s.

¹⁴⁴⁴ J.-P. CHAUCHARD, *Droit de la sécurité sociale*, 5^e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2010, p. 425.

¹⁴⁴⁵ Cass. soc. 23 oct. 1958, *Bull. civ.* IV, n° 1044 ; 24 avr. 1969, *Bull. civ.* V, n° 252 ; Cass. Ass. plén., 21 mars 1969, *Bull. civ.* n° 3 ; 2 avr. 2003, *JCP E et A* 2003, p. 885 ; Cf., S. CHOPPIN HAUDRY DE JANVRY, « Les accidents du travail, accidents de travail et accidents de missions : réflexions autour d'un bilan contrasté », *Rapport d'activité de la Cour de cassation*, 1995, p. 67 ; P. LEROY, « Les maladies professionnelles : de leur rattachement aux accidents du travail à leur autonomie juridique », *Dr. ouvr.* 1998, p. 215 ; L. LEROUGE, « Le renouvellement de la définition de l'accident du travail », *RDT* 2007, p. 696 ; G. VACHET, « Vers un renouveau des catégories de risques professionnels », *JCP S* 2008, 47.9.

¹⁴⁴⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, 2011, p. 633.

professionnelles dont la sécurité sociale est tenue d'intervenir sont classées par liste¹⁴⁴⁷. Il existe trois modes de reconnaissance de maladies professionnelles¹⁴⁴⁸ indemnisées par le régime général de la sécurité sociale¹⁴⁴⁹. Il y a d'abord la reconnaissance par présomption d'origine professionnelle de la maladie indiquée dans un tableau officiel¹⁴⁵⁰. Dans cette hypothèse, la maladie est présumée liée à l'exercice de l'activité salariale, et exonère la victime de la preuve du lien de causalité entre l'affection et le travail. Ensuite, il y a la reconnaissance hors tableau¹⁴⁵¹. Enfin, la reconnaissance d'une maladie désignée dans un tableau en l'absence de l'une ou plusieurs conditions instituée par la loi du 23 janvier 1993¹⁴⁵². Cette dernière est constituée des affections d'une victime qui ne remplit pas toutes les conditions de la prise en charge. Elle doit ainsi démontrer le lien direct de causalité entre la maladie et le travail habituel¹⁴⁵³. Les caractéristiques de la maladie, les modalités d'exposition et d'évaluation d'éventuels éléments étiologiques extra-professionnels doivent

¹⁴⁴⁷ Loi du 25 octobre 1919, *D.* 1921, 4, 319 ; P. LEROY, « L'introduction du système mixte de reconnaissance des maladies professionnelles », *Dr. ouvr.* juin 1993 ; Y. SAINT-JOURS, « La reconnaissance des maladies professionnelles depuis la loi du 27 janvier 1993 », *D.* 1994, 7^e cahier ; « Une réforme en trompe l'œil », *D.* 1994, p. 59 ; « Les cancers professionnels : identification, réparation, prévention », *Dr. soc.* 1995, p. 520 ; M. BADEL, « Le perfectionnement du dispositif de réparation du risque professionnel par le droit social », *Dr. soc.* 1998, p. 644 ; S. FANTONI-QUINTON, « Le véritable rôle du Comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles (avantages et limites du système complémentaire de reconnaissance des maladies professionnelles) », *RDSS* 2008, p. 555.

¹⁴⁴⁸ CEDH, 8 oct. 2008, *JCP S* 2010, 1164, note Ph. Coursier ; M. BABIN, « Les logiques de reconnaissance des maladies professionnelles », *Dr. soc.* 1998, p. 673 ; D. MENAL, « La reconnaissance des maladies professionnelles », *RD aff. soc.* 2008, p. 207.

¹⁴⁴⁹ A. MORAEN, *Sem. soc. Lamy*, 31 mars 2008, n° 1347, p. 5 ; S. FANTONI-QUINTON, « Le véritable rôle du Comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles », *RDSS* 2008, p. 555 ; M. VOXEUR, « Maladies professionnelles : la fin du délai de prise en charge ? », *JCP S* 2010, 1295 ; C. CORGAS-BERNARD, « Le préjudice d'angoisse consécutif à un dommage corporel : quel avenir ? », *Resp. civ. assur.*, avr. 2010, étude 4 ; F. KESSLER, F. GUILLON, « La reconnaissance des pathologies psychiques », *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1492.

¹⁴⁵⁰ CSS, art. L. 461-1 et L. 461-2, al. 4 ; Cass. soc. 28 oct. 1981, *Juris. soc. UIMM*, n° 81-424 ; 21 oct. 1985, *Bull. civ. V*, n° 480 ; 8 juill. 1999, *Bull. civ. V*, n° 341 ; 3 déc. 1998, *Jurisp. soc. UIMM*, 1999, n° 623, p. 29 ; 5 nov. 1999, *Jurisp. soc. UIMM*, n° 2000-637, p. 90 ; 15 mars 2001, n° 99-15.538 ; 19 déc. 2002, n° 3939 ; Cass. civ. 2^e, 12 juill. 2006, *D.* 2006, p. 2727, note Y. Saint-Jours ; Y. SAINT-JOURS, « Les lacunes de la législation des accidents du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 692 ; X. PRETOT, « La loi de financement de la sécurité sociale pour 1999. Loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 », *JCP I*, n° 117 ; X. LAGARDE, « Indemnisation des maladies professionnelles et prescription », *JCP, Adm. et coll. terr.*, 2003, I, 159 ; A. COURREGES, C. ZACHARIE, « Le contentieux de la modification des tableaux des maladies professionnelles liées à l'amiante, conclusions et note sous CE, 27 oct. 2008 », *Dr. soc.* 2009, 201.

¹⁴⁵¹ Il existe deux modes de reconnaissance hors tableau. Le décret n° 96-458 du 24 mai 1996, *JO* du 30 mai 1996 a étendu la procédure aux collectivités territoriales et administrations et aux assurés volontaires contre ce risque.

¹⁴⁵² J. CHAMPEIX, « Valeur et limite de la notion de maladie professionnelle », *RFAS* 1973, n° 2 ; Y. SAINT-JOURS, « Normaliser l'indemnisation des victimes de maladies d'origine professionnelle », *JCP E* 1991, p. 208 ; P. LEROY, « La réparation des maladies professionnelles et des maladies à caractère professionnel est-elle satisfaisante ? », *Dr. ouvr.* janv. 1992 ; Y. SAINT-JOURS, « La reconnaissance des maladies professionnelles depuis la loi du 27 janvier 1993 (une réforme en trompe-l'œil) », *D.* 1994, chron. p. 58 ; A. HARLAY, *Les maladies professionnelles*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1997 ; D. DE BURCQ, « Les maladies professionnelles » (n° spécial), *RPDS*, n° 705, 2004.

¹⁴⁵³ CSS, art. L. 461-1, al. 3 ; Cass. soc. 5 nov. 1998, *TPS* 1999, n° 29.

être observés¹⁴⁵⁴ par le comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles¹⁴⁵⁵. Sa mission est d'ordre médical : déterminer les causes de la maladie.

Ainsi, la réalisation d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle réduit la capacité du salarié à travailler ; la réparation du préjudice subi, garantit sa sécurité économique.

155.- Une couverture spéciale des AT/MP. La réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles est soumise à un régime particulier¹⁴⁵⁶. En effet, l'employeur est tenu de cotiser à l'assurance des accidents du travail et des maladies professionnelles afin de protéger les salariés contre ces risques. L'obligation de cotiser aux mécanismes de couverture des accidents du travail et maladies professionnelles les rapproche du mécanisme collectif de garantie des créances salariales qui est également financé seulement par les cotisations de l'employeur. Ces mécanismes sont d'ailleurs des assurances professionnelles qui bénéficient qu'aux salariés.

Le régime spécifique de couverture des risques professionnels a été inventé parce que les règles de la responsabilité civile de droit commun¹⁴⁵⁷ n'offraient pas une protection adéquate aux salariés victimes des risques liés au travail¹⁴⁵⁸. En pratique, le système de réparation des risques professionnels a considérablement évolué¹⁴⁵⁹, mais la spécificité du régime de la responsabilité des accidents du travail a été maintenue¹⁴⁶⁰, et s'applique également aux

¹⁴⁵⁴ Cass. soc. 19 déc. 2002, *JCP E et A* 2003, pan. p. 305 ; P. BABY, « Une question oubliée : l'irrecevabilité de la demande de reconnaissance des maladies professionnelles « hors tableau » », *Gaz. Pal.* 2008, n° 226, p. 10 ; S. FANTONI-QUINTON, « Le véritable rôle du Comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles », *RDSS* 2008, p. 555.

¹⁴⁵⁵ CSS, art. L. 461-1, al. 4 ;

¹⁴⁵⁶ Loi du 9 avril 1898 ; Cf., F. EWALD, « Formation de la notion d'accident du travail », *Sociologie et justice* 1981, n° 1, p. 3 ; G. LYON-CAEN, « Les victimes d'accidents du travail, victime aussi d'une discrimination », *Dr. soc.* 1990, p. 737 ; J.-P. HESSE, « La genèse d'une loi : de la révolution industrielle à la révolution juridique », *Dr. soc.* 1998, n°7/8, p. 638 et « Le nouveau tarif des corps laborieux : la loi du 9 avril 1898 concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail », in *Deux siècles de droit du travail « l'histoire par les lois*, Les éditions de l'atelier, Coll. « Les éditions ouvrières, Paris 1998, p. 89).

¹⁴⁵⁷ P. SARGOS, « L'évolution du concept de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité », *JCP E et A* 2003, p. 356.

¹⁴⁵⁸ J.-P. TEISSONNIERE, « Le salarié contaminé (à propos de l'amiante en particulier) », colloque SAF : « *Le mal être au travail* », *Lamy social* 22 févr. 2000, n° 18/2000, p. 3 ; A. SUPIOT, in *Critique du droit du travail*, PUF, Coll. « Quadrige essai », Paris, 2002, p. 6 et s.

¹⁴⁵⁹ Cass. civ. 2^e, 17 juin 1997, *Bull. civ.* II, n° 191 ; 7 mai 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 788, note P. Chaumette ; 20 avr. 2004, *Lamy social quotidien* du 5 mai 2004, n° 14131, p. 1 ; M. BOUMIE-QUENILLET, « Droit du dommage corporel et prix de la vie humaine », *JCP G* 2004, I, 136.

¹⁴⁶⁰ J.-J. DUPEYROUX, « La notion d'accident du travail », *D.* 1964, p. 23 ; X. PRETOT, *Grands arrêts de la sécurité sociale*, n° 46 à 57 ; O. GODARD, « La législation accident du travail, un chef d'œuvre en péril », *Dr. soc.* 1991, p. 345 ; L. MILET, « Qu'est-ce qu'un accident du travail ? », *RPDS*, 2001, n° 673, p. 151 ; M.

« maladies professionnelles »¹⁴⁶¹. Les accidents du travail et les maladies professionnelles constituent les premières techniques de protection de la sécurité sociale. Leur régime de couverture est caractérisé par le particularisme de l'imputation de la responsabilité du risque à l'employeur et la possibilité pour le salarié à solliciter la réparation intégrale du préjudice.

D'une part, il existe une présomption d'imputation de la responsabilité du risque d'accident du travail ou de maladie professionnelle à l'employeur¹⁴⁶². La responsabilité du risque lui est en principe imputée sans que le salarié ne rapporte sa faute¹⁴⁶³. C'est donc une sorte de responsabilité sans faute qui a été créée. Le salarié doit simplement démontrer la réalité de la lésion et la survenance de l'accident aux temps et lieu du travail. Il appartient aux juges du fond d'apprécier la matérialité du fait¹⁴⁶⁴ dommageable¹⁴⁶⁵. Cette présomption n'est cependant pas irréfragable car l'employeur¹⁴⁶⁶ ou la caisse de sécurité sociale¹⁴⁶⁷ peut établir que le dommage résulte d'une cause étrangère au travail¹⁴⁶⁸. La preuve de la qualification d'accident du travail est difficile lorsqu'il survient, alors que la victime est isolée, car la détermination des circonstances exactes de l'accident est délicate¹⁴⁶⁹. Le régime de couverture des accidents du travail s'applique également aux accidents du trajet¹⁴⁷⁰ et aux maladies professionnelles.

YAHIEL, « Vers la réparation intégrale des accidents du travail et des maladies professionnelles », *Rapport au ministre de l'Emploi, du travail et de la solidarité nationale*, 2002 ; M. LAROQUE, « La rénovation de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles », *Rapport au ministre de l'Emploi, du travail et de la solidarité nationale*, 2004. Il convient de se reporter également à la synthèse de M. LAROQUE, « L'étendue de la réparation des accidents du travail », *Regards EN3S* n° 33, janv. 2008, p. 56.

¹⁴⁶¹ P. LEROY, « Les maladies professionnelles : de leur rattachement aux accidents du travail à leur autonomie juridique », *Dr. ouvr.* 1998, p. 215.

¹⁴⁶² Cf., C. RADÉ, « Autorité et responsabilités au sein de l'entreprise », *Rev. Lamy Droit civ.* 2008, n° 51, suppl.

¹⁴⁶³ CSS, art. L. 411-1 ; J.-J. DUPEYROUX, « Le déclin de la présomption d'imputabilité », *D.* 1971, p. 81 ; R. MELLOTTÉE, « Les états préexistants aux accidents du travail », *D.* 1973, p. 173 ; O. GODARD, *Le régime de la preuve en matière d'accident du travail*, éd., Sirey, 1973 ; Y. SAINT-JOURS, « La réhabilitation de la présomption d'imputabilité spécifique aux risques professionnels », *D.* 2003, p. 2975 ; L. MILET, « La prédominance de la présomption d'imputabilité dans la jurisprudence récente en matière d'accident du travail », *Dr. ouvr.* n° 672, 2004, p. 303

¹⁴⁶⁴ Cass. soc. 28 oct. 1999, *RJS* 12/99, n° 1517 ; Cass. civ.2^e, 21 févr. 2008, n° 07-1428.

¹⁴⁶⁵ Cass. soc. 2 févr. 1983, *Bull. civ.* V, p. 48 ; 27 mai 1999, *RJS* 1999, n° 979 ; F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, préc., p. 281.

¹⁴⁶⁶ Cass. soc., 11 mai 2000, *RJS* 2000, n°877 ; Cass. civ. 2^e, 10 juill. 2008, *JCP S* 2008, n° 41, p. 37, note D. Sous-bailleur ; Cass. soc. 11 mai 2000, *RJS* 2000, n°877.

¹⁴⁶⁷ CSS, art. R. 441-10. Il est de 3 mois à partir de la date où il a eu connaissance de l'accident (*JO* du 29 avr. 1999, p. 6385, *Sem. soc. Lamy* n° 938 du 14 juin 1999, p. 2). Toutefois, ce délai ne s'applique pas s'il s'agit des ayants droit ou si la contestation porte sur l'évolution des conséquences de l'accident. Cf., P.-Y. VERKINDT, « Preuve du lieu de causalité entre le travail et l'accident ou la maladie professionnelle », *RDSS* 2008, p. 1170.

¹⁴⁶⁸ Cass. soc. 23 juin 1963, *Bull. civ.* IV, n° 548 ; 3 déc. 1998, *RJS* 1999, n° 281 ; Cass. civ. 2^e, 5 juin 2008, *JCP S* 2008, n° 40, p. 42, note T. Tauran ; 13 nov. 2008, *Jurispr. soc. Lamy* 2009, n° 249, p. 15.

¹⁴⁶⁹ Cass. soc. 8 juin 1978, *Bull. civ.* V, n° 458 ; 9 déc. 1985, *Bull. civ.* V, n° 587 ; 26 mai 1994, *Bull. civ.* V, n° 181 ; 30 mars 1995, GA du droit séc. soc., n° 48.

¹⁴⁷⁰ Cass. Ass. plén. 13 déc. 1985, *Bull. Ass. plén.* n° 11 ; 28 juin 1989, *RJS* 7/89, n° 629 à 638 ; Cas. civ. 2^e, 9 déc. 2003, *Bull. civ.* II, n° 372 ; 4 juill. 2007, n° 06-16.759 ; Cf., Y. SAINT-JOURS, « L'accident de trajet, une

En effet, si la responsabilité de l'accident ou de la maladie est imputée à l'employeur, il doit verser aux victimes soit des indemnités soit une rente qui compense forfaitairement le préjudice. Premièrement, le salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle a droit en dehors des *prestations en nature*¹⁴⁷¹ à des indemnités journalières¹⁴⁷² qui remplacent ses revenus du travail afin de garantir sa sécurité économique lorsqu'il a subi une *incapacité temporaire ou provisoire de travailler*. Le salaire est maintenu le jour de l'accident et le montant de l'indemnité journalière est progressif à compter du deuxième jour de l'accident. Cette indemnité est maintenue jusqu'à la date de la guérison ou de la consolidation de la blessure qui marque le début du versement d'une rente¹⁴⁷³. Il est en principe interdit à la victime de travailler, car elle a l'obligation de se soigner¹⁴⁷⁴. Elle peut néanmoins reprendre une activité légère à la suite de l'autorisation du médecin-conseil de la caisse d'indemnisation tout en conservant ses droits à l'indemnisation¹⁴⁷⁵, si le travail qu'elle reprend, concourt à sa guérison¹⁴⁷⁶.

Deuxièmement, si l'*incapacité de travailler est permanente*¹⁴⁷⁷, il a droit à une rente ou capital qui compense la perte des gains¹⁴⁷⁸. L'incapacité permanente est entendue comme

création continue », *JCP* 1972, 2478 ; S. COPPIN HAUDRY DE JANVRY, « Les accidents du travail, accidents de trajet et accidents de mission : réflexions autour d'un bilan contrasté », *Rapport d'activité de la Cour de cassation* 1995, p. 67 ; L. MILET, « L'accident du trajet une création inachevée », *Dr. ouvr.* 1995, p. 430 ; « L'accident de trajet, risque de l'emploi », *Dr. soc.* 1996, p. 962 et *La protection juridique des victimes d'accidents de trajet*, LGDJ, 2002 ; G. VACHET, « Le trajet au regard du droit social », *Jurisp. soc. Lamy* 2004, n° 146, p. 4.

¹⁴⁷¹ CSS, art. L. 431-1 et L. 432-1 et s. ; Cass. soc. 14 mai 1998, *D.* 1998, 533, note Y. Saint-Jours ; *Dr. soc.* 1998, 855, obs. J. Bernard ; 20 avr. 2000, *RJS* 6/00, n° 721 ; J.-P. CHAUCHARD, *Droit de la protection sociale*, 5^e éd., LGDJ, coll. « Manuel », 2010, p. 471.

¹⁴⁷² CSS, art. L. 433-1.

¹⁴⁷³ CSS, art. L. 433-1, al. 2 ; J.-J. DYPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, préc., p. 649.

¹⁴⁷⁴ CSS, art. L. 432-7.

¹⁴⁷⁵ CSS, art. R. 433-15 et L. 433-1, al. 5.

¹⁴⁷⁶ CSS, art. L. 433-1, al. 3 : « L'indemnité journalière peut être maintenue en tout ou partie en cas de reprise d'un travail léger autorisé par le médecin traitant, si cette reprise est reconnue par le médecin-conseil de la caisse primaire comme de nature à favoriser la guérison ou la consolidation de la blessure. Le montant total de l'indemnité maintenu et du salaire ne peut dépasser le salaire normal des travailleurs de la même catégorie professionnelle ou, s'il est plus élevé, le salaire sur lequel a été calculée l'indemnité journalière. En cas de dépassement, l'indemnité est réduite en conséquence » ; Cass. soc. 21 oct. 1960, *Bull. civ.* IV, p. 700 ; 22 janv. 1981, *Bull. civ.* V, p. 48.

¹⁴⁷⁷ CSS, art. L. 434-1 ; J. DE CLAUSSADE, « L'indemnisation des accidents du travail : champ d'application de l'indemnité en capital », *Dr. soc.* 1990, p. 361 ; C. MAUGÛE, « Fixation des rentes d'accidents du travail : compétence des directeurs », *Dr. soc.* 1996, p. 160 ; S. CARRÉ, « Accident du travail », *Dr. ouvr.* 2011, n° 759, p. 609 ; G. VINEY, « L'évolution du droit de l'indemnisation des victimes d'accidents du travail et des maladies professionnelles », *Dr. soc.* 2011, n° 9/10, p. 964 ; M. FATREZ, « Du nouveau régime d'indemnisation de la victime d'un accident du travail résultant d'une faute inexcusable de l'employeur », *Cah. soc. barr. Paris* 2012, n° 242, p. 204 ; G. LE NESTOUR DRELON, « Indemnisation d'accidents du travail dus à une faute inexcusable de l'employeur : dernier acte », *Rev. Lamy Dr. civ.* 2012, n° 94, p. 23 ; S. BRISSY, « Accidents du travail et

« toute réduction définitive, ou présumée telle », de la capacité de travailler de la victime¹⁴⁷⁹. Cette incapacité peut être partielle ou totale. Elle est évaluée en fonction de la nature et du siège de la lésion. En effet, l'attribution et le montant de la rente sont déterminés par la caisse d'assurance maladie. Ses décisions sont susceptibles de recours¹⁴⁸⁰. Le montant de l'indemnisation de l'incapacité permanente est calculé en fonction d'un taux utile qui est construit à partir du salaire que percevait la victime l'année précédant l'accident¹⁴⁸¹. Si le taux d'incapacité est égal ou supérieur à 10%, elle a droit à une rente¹⁴⁸². Cette rente compense la perte des salaires et ne peut être définie par rapport à l'âge ou au sexe de la victime. Elle semble même déconnectée du préjudice professionnel subi par la personne¹⁴⁸³. Plusieurs aspects sont en effet pris en considération : la nature de l'infirmité, l'état général, les facultés mentales et les aptitudes professionnelles¹⁴⁸⁴. En réalité, le montant de la rente fixé par le médecin-conseil de la caisse doit être proportionnel au taux de l'incapacité. En revanche, la victime bénéficie d'une indemnité en capital si l'incapacité est inférieure à 10%¹⁴⁸⁵. Toutefois, si l'incapacité est égale ou supérieure à 80%, la rente doit être majorée de 40%, dès lors que l'assuré a besoin d'une tierce personne pour ses occupations¹⁴⁸⁶. La rente d'incapacité permanente est révisable et peut être augmentée si l'incapacité s'aggrave, et elle est par analogie abaissée si l'incapacité s'atténue¹⁴⁸⁷. Le déclassement professionnel ne constitue cependant pas à lui seul un motif de révision de la rente¹⁴⁸⁸.

En outre, si le salarié victime *décède à cause de l'accident du travail ou d'une maladie professionnelle*, la CPAM doit prendre en charge, d'une part, les frais funéraires du défunt

maladies professionnelles. Accident du travail + licenciement = addition de préjudices », *JCP S* 2012, n° 4, p. 28.

¹⁴⁷⁸ V., Cass. civ. 2^e, 28 oct. 2008, *JCP S* 2009, 1059, note D. Sous-bailleur ; 11 juin 2009, *JCP S* 2009, 1469, note D. Asquinazi-Bailleux ; 8 oct. 2009, *JCP S* 2009, 1600, note D. Asquinazi-Bailleux ; 22 oct. 2009, *JCP S* 2009, 1035, note T. Tauran.

¹⁴⁷⁹ J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, préc., p. 650.

¹⁴⁸⁰ V., Cass. soc., 1^{er} avr. 1999, *Juris. soc. UIMM*, 1999, n° 99-628, p. 235.

¹⁴⁸¹ F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, 3^e éd., Dalloz, coll. Cours, 2009, p. 299.

¹⁴⁸² CSS, art. L. 434-2, al. 2 ; v., Cass. civ. 2^e, 23 nov. 2006, *RJS* 12/06, n° 1316 ; 22 nov. 2007, *JCP S* 2008, 1244, note G. Vachet ; 28 oct. 2008, *JCP S* 2009, 1059, note D. Asquinazi-Bailleux ; 11 juin 2009, *JCP S* 2009, note D. Asquinazi-Bailleux ; 8 oct. 2009, *JCP S* 2009, 1600, note D. Asquinazi-Bailleux ; T. GARAT, F. MEYER, « Réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles : la prise en compte de l'incidence professionnelle dans la détermination du taux d'incapacité permanente partielle », *Dr. ouvr.* 2008, n° 721, p. 415.

¹⁴⁸³ F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, préc., p. 299.

¹⁴⁸⁴ Cf., T. GARAT, F. MEYER, « Réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles : la prise en compte de l'incidence professionnelle dans la détermination du taux d'incapacité permanente partielle », *Dr. ouvr.* 2008, p. 415.

¹⁴⁸⁵ CSS, art. L. 434-1 et R. 434-1 ; Cass. soc. 20 févr. 1992, *Bull. civ.* V, n° 110.

¹⁴⁸⁶ CSS, art. L. 341-6, R. 434-2 et s.

¹⁴⁸⁷ Cf., F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, préc., p. 301.

¹⁴⁸⁸ Cass. soc. 10 mai 1963, *Bull. civ.* IV, p. 341.

dans la limite d'un montant déterminé par arrêté ministériel¹⁴⁸⁹, et d'autre part, elle verse une rente aux ayants droit du défunt¹⁴⁹⁰.

En somme, la sécurité économique dont le régime de couverture des risques professionnels apporte aux salariés est forfaitaire et, il se peut qu'il ne soit pas par conséquent capable de réparer l'intégralité du préjudice subi. C'est pourquoi il a été inventé un régime complémentaire de réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles selon lequel la responsabilité de droit commun de l'employeur est engagée afin de réparer intégralement le préjudice du salarié. Dans cette hypothèse, le régime spécial de l'indemnisation forfaitaire n'est plus suffisant.

D'autre part, le régime d'indemnisation des risques professionnels est caractérisé par la possibilité offerte aux salariés de réclamer la réparation intégrale de leurs préjudices¹⁴⁹¹. Cette réparation associe les techniques forfaitaires du droit de la sécurité sociale et celles du droit commun de la responsabilité¹⁴⁹². Pour demander une réparation intégrale, il faut que l'employeur ou son représentant ait commis une *faute intentionnelle*¹⁴⁹³ ou *inexcusable*¹⁴⁹⁴. La première est une faute caractérisée par l'acte volontaire¹⁴⁹⁵ et l'intention de nuire¹⁴⁹⁶. Ainsi, l'employeur ou son préposé qui cause délibérément des blessures à un salarié commet une faute intentionnelle¹⁴⁹⁷. Il en est de même des violences volontaires¹⁴⁹⁸ ou des farces qui ont mal tournés¹⁴⁹⁹. Cette faute n'est pas assurable par l'employeur¹⁵⁰⁰. L'indemnisation complémentaire est due, en dépit de l'irrecevabilité de l'action de la victime et de ses ayants

¹⁴⁸⁹ CSS, art. L. 435-1 et s. ; C. et A. HUGUET, « Le décès des suites d'un accident du travail : vie, mort et résurrection d'une présomption », *Dr. soc.* 1981, p. 812.

¹⁴⁹⁰ CSS, art. 434-8.

¹⁴⁹¹ X. PRÉTOT, « L'indemnisation de la faute inexcusable de l'employeur est-elle conforme à la Constitution ? Ou de l'esprit bien oublié de la loi n°76-1166 du 6 décembre 1976 ? », *Dr. soc.* 2011, n° NS12, p. 1208.

¹⁴⁹² D. TABUTEAU, « Vers une réparation intégrale des accidents du travail et des maladies professionnelles ? », *Dr. soc.* 2001, p. 304 ; H. GROUDEL, « L'indemnisation consécutive à une faute inexcusable de l'employeur : mise en ordre après la décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010 », *Responsabilité civile et assurances* 2012, n° 6, p. 7 ; M. LEDOUX, R. BOUVET, « La situation des victimes s'améliore sans pour autant atteindre la réparation intégrale », *Sem. soc. Lamy* 2012, n° 1538, p. 11.

¹⁴⁹³ Y. SAINT-JOURS, « La faute intentionnelle et le droit de la sécurité sociale », *Dr. soc.* 1970, p. 387.

¹⁴⁹⁴ Cf., J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, préc., p. 656 et s.

¹⁴⁹⁵ Cass. soc. 13 janv. 1966, *Dr. soc.* 1966, n° 196, note G. Jambu-Merlin.

¹⁴⁹⁶ CA Colmar, 6 mars 1951, *Gaz. Pal.* 1951, I, 341 ; Cass. crim. 21 oct. 1969, *Bull. crim.* n° 258 ; Cass. soc. 26 janv. 1972, *Dr. soc.* 1972, p. 471, obs. Y. Saint-Jours ; 20 avr. 1988, *Bull. civ.* V, n° 241 ; 28 avr. 1988, *Bull. civ.* V, p. 158.

¹⁴⁹⁷ Cass. soc. 20 avr. 1988, *Bull. civ.* V, n° 241 ; 28 avr. 1988, *Bull. civ.* V, p. 158.

¹⁴⁹⁸ Cass. soc. 26 janv. 1972, *Dr. soc.* 1972, p. 471, obs. Y. Saint-Jours (projectile lancé contre un autre ouvrier).

¹⁴⁹⁹ Cass. crim. 21 oct. 1969, *Bull. crim.* 1969, n° 258.

¹⁵⁰⁰ CSS, art. L. 452-4.

droit à l'égard de l'employeur sur le fondement du droit commun¹⁵⁰¹. Cependant, l'accident causé par la faute intentionnelle ne doit pas être encore totalement indemnisé sur le fondement des *accidents du travail*¹⁵⁰², car l'action en responsabilité de droit commun pour faute intentionnelle permet seulement de compléter l'indemnisation forfaitaire de l'*assurance accident du travail*¹⁵⁰³. La victime cumule ainsi partiellement les dispositions des accidents du travail et celles relatives à la responsabilité de droit commun pour bénéficier d'une réparation intégrale de son préjudice¹⁵⁰⁴. Cette action peut également être exercée par la CPAM pour obtenir le remboursement des prestations versées par subrogation¹⁵⁰⁵.

La seconde, c'est-à-dire la *faute inexcusable*¹⁵⁰⁶ est une *faute exceptionnelle* qui n'a pas d'équivalent en droit du travail, car ce dernier emploie traditionnellement les termes de *faute grave* et de *faute lourde*¹⁵⁰⁷, notamment en matière de licenciement. Elle peut être commise par l'employeur, ses préposés ou la victime¹⁵⁰⁸. Elle s'entendait autrefois comme « une faute d'une gravité exceptionnelle dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative et se distinguant par le défaut d'un élément intentionnel de la faute intentionnelle »¹⁵⁰⁹. Mais les *arrêts amiante* du 28 février 2002¹⁵¹⁰ ont changé le paradigme de la faute inexcusable¹⁵¹¹.

¹⁵⁰¹ CSS, art. L. 452-5 : « Si l'accident est dû à la faute intentionnelle de l'employeur ou de l'un de ses préposés, la victime ou ses ayants droits conserve contre l'auteur de l'accident le droit de demander la réparation du préjudice causé, conformément aux règles du droit commun, dans la mesure où ce préjudice n'est pas réparé par l'application du présent livre » ; Cass. civ. 2^e, 22 févr. 2007, *Cah. soc. barr. de Paris* 2007, n° 190, S 214.

¹⁵⁰² CSS, art. L. 453-1.

¹⁵⁰³ CSS, art. L.452-5 ; Cass. soc. 24 avr. 1969, *Bull. civ.* V, n° 265.

¹⁵⁰⁴ CSS, art. L. 412-7.

¹⁵⁰⁵ Cass. soc. 15 juin 1995, *JCP E* 1996, I, 358, note G. Vachet.

¹⁵⁰⁶ A. LYON-CAEN, « Une révolution dans le droit des accidents du travail », *Dr. soc.* 2002, p. 445 ; I. MONTEILLET, « Les arrêts « amiante » de la Cour de cassation du 28 février 2002 : un pas décisif vers l'indemnisation intégrale des victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles », *RJS* 2002, n° 5, p. 403 ; P. MORVAN, « Le « déblocage » de la faute inexcusable : l'obligation de sécurité dans le contrat de travail », *RJS* 2002, n° 6, p. 495 ; F. MEYER, « Un retour remarqué : la faute inexcusable du salarié en matière d'AT et de maladies professionnelles », *Dr. ouvr.* 2003, n° 658, p. 173 ; L. MILET, « La faute inexcusable de l'employeur en cas d'accident du travail », *RPDS* 2003, n° 698, p. 181 ; D. JONIN, F. KESSLER, « La faute inexcusable deux ans après les arrêts amiante », *Sem. soc. Lamy* 2004, n° 1159, p. 5 ; G. VACHET, « Chronique sur un assassinat programmé : la jurisprudence sur la faute inexcusable », *Sem. soc. Lamy* 2007, n° 1289, p. 7 ; B. LEGROS, « Le contentieux de l'indemnisation des victimes de l'amiante », *JCP S* 2008, 1531 ; J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, 17^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2011, p.656 et s.

¹⁵⁰⁷ Cf., J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, préc., p. 657.

¹⁵⁰⁸ CSS, art. L. 452-1 et L. 452-2.

¹⁵⁰⁹ Cass. ch. réunies, 16 juill. 1941, *Grands arrêts de droit de la sécurité sociale*, n° 54 ; Cass. sss. plén. 18 juin 1980, *JCP* 1981, II, 19642, note Y. Saint-Jours ; Cass. soc. 12 nov. 1998, *RJS* 1999, n° 16.

¹⁵¹⁰ Cass. soc. 28 févr. 2002, n° 99-17.201, n° 99-21.255, n° 99-21.255, n° 00-13.172 ; A. LYON-CAEN, « Une révolution dans le droit des accidents du travail », *Dr. soc.* 2002, p. 445 ; P. SARGOS, « L'évolution du concept de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité », *JCP E et A* 2003, p. 121.

¹⁵¹¹ P.-Y. VERKINDT, « Une illustration du lien entre droit de la sécurité sociale et droit du travail: les présomptions de faute inexcusable et l'impératif de prévention », *RDSS* 2008, p. 1140.

Si l'arrêt *Veuve Villa* a considéré la *faute inexcusable* comme une faute prouvée, les *arrêts amiante* substituent une obligation de sécurité de résultat de l'employeur qui est encrée dans le contrat de travail. Dès lors, l'employeur commet un manquement, s'il « avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour le préserver »¹⁵¹². Cette nouvelle définition s'étend aux accidents du travail¹⁵¹³. Toutefois, la faute inexcusable ne doit pas nécessairement être la cause déterminante de l'accident, car il suffit qu'elle soit nécessaire à la réalisation du dommage¹⁵¹⁴. Seule la force majeure peut exonérer l'employeur de son obligation de sécurité. La jurisprudence précise le régime juridique de la faute inexcusable¹⁵¹⁵ et exige que le salarié victime doit rapporter que l'employeur « avait ou aurait dû avoir conscience du danger et qu'il n'avait pas pris des mesures pour en préserver son salarié »¹⁵¹⁶. Cette exigence de démonstration de la faute inexcusable ne permet pas d'assurer véritablement la sécurité économique des salariés¹⁵¹⁷ car la réparation ne serait pas intégrale si le salarié n'est pas en mesure de rapporter la preuve. Ainsi, l'employeur ne commet pas une faute inexcusable lorsqu'un accident survient aux ouvriers sur un échafaudage pour démolir une cheminée, car il ne peut avoir conscience du risque encouru¹⁵¹⁸. Il en est de même en cas de conformité de la machine à la réglementation et de l'indétermination des causes de l'accident survenu au salarié¹⁵¹⁹.

En effet, l'employeur a une « obligation de sécurité de résultat »¹⁵²⁰ à l'égard des salariés qu'il embauche ; elle subsiste même si le salarié exécute son travail dans les locaux d'une autre entreprise¹⁵²¹. Sa *faute inexcusable* n'est pas liée à l'absence d'indemnisation de l'accident par

¹⁵¹² CSS, art. L. 452-1 et C. civ. 1147 ; Cass. soc. 28 févr. 2002, *Sem. soc. Lamy* 2002, n° 1066, 4.

¹⁵¹³ Cass. soc. 31 oct. 2002, Clabaut, *JCP E et A* 2003, I, 903, note G. Vachet ; v., Cass. civ. 2^e, 10 déc. 2008, n° 07-19.626.

¹⁵¹⁴ Cass. soc. 11 avr. 2002, *Bull. civ. V*, n° 127 ; 31 oct. 2002, *JCP E et A* 2003, I, 903, note G. Vachet.

¹⁵¹⁵ D. JONIN, F. KESSLER, « La faute inexcusable, deux ans après les arrêts amiante. Entretien croisé avec Sylvie Topaloff et Jean-Paul Teissonnière », *Sem. soc. Lamy* 2004, n° 1159, 5.

¹⁵¹⁶ Cass. civ. 2^e, 16 sept. 2003, *JCP E et A* 2003, pan. 1545 ; 12 mai 2003, *JCP E et A* 2003, pan. 1065 ; 16 mars 2004, *JCP E et A* 2004, pan. 771.

¹⁵¹⁷ L'absence d'une telle exigence permet de réparer intégralement le préjudice subi par le salarié à cause de la faute de l'employeur.

¹⁵¹⁸ Cass. civ. 2^e, 10 juin 2003, *TPS* 2003, p. 19 ; J.-P. LHERNOULD, « Obligation de sécurité de résultat : des arrêts Amiante à l'arrêt Snecma, brève chronique jurisprudentielle d'un univers en expansion », *Jurispr. soc. Lamy* 2008, n° 239, p. 3.

¹⁵¹⁹ Cass. soc. 31 oct. 2002, Clabaut, *JCP E et A* 2003, pan. 57, note F. Taquet ; Cass. civ. 2^e, 1^{er} juill. 2003, *RJS* 10/03, n° 1224 ; 1^{er} juill. 2003, *JCP E et A* 2003, pan. 1352.

¹⁵²⁰ Pour la définition de l'obligation de sécurité de résultat, Cf., P. SARGOS, « L'évolution du concept de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité », *JCP E* 2003, I, n° 4, 104, p. 121 ; Y. SAINT-JOURS, « De l'obligation contractuelle de sécurité de résultat de l'employeur », *D.* 2007, n° 43, p. 3024.

¹⁵²¹ *RJS* 2/08, n° 67.

la caisse d'assurance maladie¹⁵²². Elle permet à la victime ou à ses ayants droit de bénéficier d'une réparation complémentaire comme une majoration de la rente¹⁵²³. Cette majoration reste encore limitée¹⁵²⁴ au regard du droit commun de la responsabilité¹⁵²⁵. L'indemnisation complémentaire qui est due en raison de la faute inexcusable est réduite si la faute n'est pas démontrée par le salarié victime de l'accident du travail¹⁵²⁶. Cette indemnisation complémentaire n'est pas versée directement par l'employeur. Elle est versée par la caisse de sécurité sociale débitrice qui la récupère à travers l'imposition d'une cotisation complémentaire¹⁵²⁷. Elle suit le régime juridique de l'indemnisation prévue à l'article L. 452-3 du Code de la sécurité sociale. Les ascendants de la victime décédée à l'occasion d'un accident du travail causé par la faute inexcusable de l'employeur peuvent demander la réparation d'un préjudice moral¹⁵²⁸. À la vérité, l'employeur doit donc faire de la prévention¹⁵²⁹ afin d'éviter les accidents du travail et les maladies professionnelles.

En définitive, les mécanismes de couverture des risques professionnels comme les assurances sociales rapprochent la nature de la sécurité sociale avec celle du mécanisme de garantie des créances salariales parce qu'ils convergent vers la stabilité de la sécurité économique des bénéficiaires en leur apportant un revenu de remplacement¹⁵³⁰. En effet, si les accidents du travail et les maladies professionnelles sont soumis à un régime forfaitaire d'indemnisation, celui-ci est complété par le régime de droit commun de la responsabilité pour réparer intégralement les préjudices subis par le salarié victime¹⁵³¹. Ce régime complémentaire permet de réparer en plus des dommages physiques, des préjudices d'agrément, esthétique ou

¹⁵²² Cass. civ. 2^e, 20 mars 2008, *Gaz. Pal.* 2008, n° 227, p. 18, note Ph. Coursier.

¹⁵²³ Cass. soc. 18 oct. 1973, *Bull. civ.* V, n° 498.

¹⁵²⁴ CSS, art. L. 452-2 et L. 252-2 ; Cass. soc. 17 janv. 1962, *D.* 1962, p. 197 ; 8 mars 1985, *Jurisp. soc. UIMM* 86-470, p. 37 ; 4 févr. 1999, *TPS* 1999, p. 17 ; 6 févr. 2003 SA, *TPS* 2003, p. 19.

¹⁵²⁵ Cf., T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, Coll. « Bibl. De droit social », t. 53, 2010, pp. 119 et s.

¹⁵²⁶ Cass. soc. 19 déc. 2002, *RJS* 2/03, n° 254 ; Cass. civ. 2^e, 27 janv. 2004, *Sem. soc. Lamy* 2004, n° 1155, p. 12.

¹⁵²⁷ CSS, art. L. 452-2, al. 6, R. 452-1 et L. 452-4 ; Cass. soc. 31 mars 2003, *JCP E et A* 2003, pan. 891 ; Cass. civ. 2^e, 14 mars 2007, *Cah. soc. Barr. Paris* 2007, n° 192, n° S 310.

¹⁵²⁸ Cass. soc. 23 mai 2002, *Jurisp. soc. Lamy* 2002, n° 106, p. 19, note M.-C. Haller.

¹⁵²⁹ V., Loi du 12 juin 1893 relatif à l'hygiène et la sécurité des travailleurs dans les établissements industriels, *D.* 1894, 4, p. 32 ; Loi n° 76-1106 du 6 décembre 1976, *JORF* du 7 déc. 1976, p. 7028 ; F. MEYER, « La protection des travailleurs en France », *RDSS* 1995, p. 469 ; Y. SAINT-JOURS, « L'amiante : de la prévention négligée aux conséquences induites », *Dr. ouvr.* 1999, p. 486 ; F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, préc., p. 309.

¹⁵³⁰ Cf., J. RIGAUDIAT, « À propos d'un fait sociale majeur : la montée des précarités et des insécurités sociales et économiques », *Dr. soc.* 2005, n° 3, p. 256.

¹⁵³¹ P. SARGOS, « L'évolution du concept de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité », *JCP E* 2003, I, n° 4, 104, p. 121.

moral¹⁵³². Cette extension de l'étendue de l'indemnisation est favorable à la stabilité de la sécurité économique des bénéficiaires. Mais la garantie de la sécurité économique apportée par le mécanisme de garantie des salaires et les mécanismes de la sécurité sociale peut être fragilisée par certains événements.

Paragraphe 2 : Les menaces sur la garantie de la sécurité économique

Le régime de la garantie des salaires et celui de la sécurité sociale sont connexes parce que ces mécanismes coucourent à la garantie de la sécurité économique des bénéficiaires. Cette sécurité économique peut cependant être fragilisée, troublée par certains événements, notamment la cession d'activité (A) et la rupture du contrat de travail (B).

A. L'incidence de la cession d'activité sur la garantie

La cession d'activité permet par le jeu de l'article L. 1224-1 du Code du travail de maintenir des contrats de travail dans les entités cédées. Ainsi, le transfert d'entreprise induit le passage des salariés de l'ancien employeur dans la nouvelle structure du repreneur¹⁵³³. Cette stabilité du contrat de travail s'accompagne-t-elle de la continuité de la garantie des créances des salariés et des prestations de sécurité sociale ? La cession d'activité a-t-elle une incidence sur la garantie de l'AGS (1) et sur la protection sociale (2).

1. La cession d'activité et la garantie de l'AGS

156.- Une incidence limitée de la cession. Le tribunal de commerce peut décider d'arrêter un plan de cession lorsqu'il place l'employeur en procédure de redressement ou de liquidation judiciaires. Ce plan est, en principe, arrêté au terme de la période d'observation afin que

¹⁵³² V., Cass. soc. 8 févr. 2005, n° 02-46.527 ; C. BOUTY, « Harcèlement moral et droit commun de la responsabilité civile », *Dr. soc.* 2002, p. 695 ; G. PIGNARRE, « L'obligation de sécurité patronale entre incertitudes et nécessité », *RDT* 2006, n° 3, p. 155.

¹⁵³³ Cf., P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, Litec, 2007 ; B. LARDY-PÉLISSIER, « Le transfert d'entreprise », *Dr. ouvr.* 2012, n° 767, p. 398 et s.

l'entreprise soit redressée entre les mains d'un tiers¹⁵³⁴. Il a pour objectif « d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif »¹⁵³⁵. Ainsi, les salariés qui ne sont pas autorisés à être licenciés dans le cadre du plan de cession d'activité sont transférés au nouvel employeur¹⁵³⁶. Les contrats de travail étant transférés aux conditions identiques¹⁵³⁷, la cession n'a pas de conséquences sur la garantie des salaires car elle ne modifie pas la condition de l'existence du contrat de travail nécessaire à l'attribution de la garantie. En effet, le maintien de l'identité du contrat de travail permet au salarié de conserver son ancienneté utile à la détermination du plafond de la garantie. Par conséquent, lorsque le repreneur est postérieurement à la date de cession placé à son tour en procédure collective, le plafond des sommes garanties par l'AGS est déterminé en prenant en considération la période de travail passée auprès de l'ancien employeur afin que le salarié ne puisse pas voir ses droits diminués. Le maintien de l'ancienneté est donc favorable à la protection des créances salariales. Le repreneur doit ainsi respecter les conditions du contrat déterminées avec le cédant¹⁵³⁸, notamment l'ancienneté¹⁵³⁹ acquise auprès de ce dernier. Toutefois, le repreneur ne peut solliciter immédiatement l'intervention de l'AGS en cas de défaillance de paiement des créances des salariés avant qu'il ne soit placé en procédure collective car la garantie collective des salaires est un *mécanisme procédural*¹⁵⁴⁰. L'institution de garantie ne prend pas en charge par conséquent les créances qui résultent des licenciements effectués par le repreneur après la date de la cession. La prise en charge de telles créances entraverait la finalité de maintien de l'emploi de la cession judiciaire parce qu'elle inciterait aux licenciements des salariés transférés. Seules les

¹⁵³⁴ C. com., art. L. 631-13 et L. 631-22 ; Cf., A. COEURET, « Le plan de cession, mesure de redressement ou de liquidation ? », *Rev. Lamy dr. aff.* 2005, suppl. au n° 80, p. 42 ; P. FROEHLICH, « L'ambivalence du plan de cession totale dans la loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, p. 2878 ; M.-L. COCQUELET, « Le plan de cession a-t-il changé ? », *Rev. proc. coll.* 2005, p. 188 ; C. HENRY, « Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives », *D.* 2006, p. 1047 ; L. FIN-LANGER, « Salariés, liquidation judiciaire et plan de cession : quelques éléments nouveaux (au sujet de l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 2009) », *Rev. proc. coll.* juill.-août 2009, p. 29 et s. ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficultés*, 7^e éd., Montchrestien, Coll. « Domat droit privé », 2011, p. 672 et s.

¹⁵³⁵ C. com., art. L. 642-1 ; J.-M. MIR, « Gestion sociale des transferts d'entreprise », *Liaisons sociales*, 2006, n° 14625, pp. 3-90 ; A. LIENHARD, « Pas de dérogation au transfert des contrats de travail en cas de cession d'une unité de production », *D.* 2006, n° 28, p. 1954 ; J. DEHARVENG, « Le pln de cession dans la nouvelle architecture... », *D.* 2006, chron. 1047.

¹⁵³⁶ V., Cass. soc. 6 juill. 1999, *Bull. civ.* V, n° 422 ; 10 juill. 2001, *Bull. civ.* V, n° 254 ; P. MORVAN, « Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté », *JCP E* 2005, 1511 ; A. POUSSON, « Cession d'entreprise et relations du travail », Centre de droit des affaires, in *La cession d'entreprise*, Montchrestien, 1992, p. 113 ; N. TAGLIARINO-VIGNAL, « Les obligations sociales du repreneur d'une entreprise soumise à une procédure collective », *Rev. Lamy dr. aff.* 2008, n° 29, p. 23.

¹⁵³⁷ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6^e éd., Dalloz, Coll. « Dalloz Action », 2011, p. 746.

¹⁵³⁸ Cass. soc. 24 janv. 1990, n° 86-41.497, *Bull. civ.* 1990, V, n° 23.

¹⁵³⁹ Cass. soc. 12 mars 1987, n° 83-44.612, *Bull. civ.* V, n° 139 ; 10 oct. 2000, n° 98-42.189, *Bull. civ.* V, n° 315.

¹⁵⁴⁰ Cf., *infra*, n° 195 et s.

créances résultant des licenciements antérieurs ou ceux autorisés par le juge qui arrête la plan de cessation bénéficient de la protection du mécanisme de garantie des créances salariales¹⁵⁴¹.

En revanche, les licenciements effectués avant le transfert pour contourner l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail n'entrent pas dans le champ de la garantie de l'AGS, car ils sont nuls¹⁵⁴². Les contrats de travail concernés sont réputés n'avoir jamais été rompus¹⁵⁴³, et doivent être poursuivis par le repreneur¹⁵⁴⁴. En ce sens, l'entente entre le cédant et le cessionnaire pour éluder l'application de cet article est illicite¹⁵⁴⁵. Mais, la jurisprudence offre désormais le choix aux salariés licenciés frauduleusement avant le transfert de l'entité économique : ils peuvent soit demander la poursuite de leurs contrats au repreneur soit la réparation du préjudice lié à leur licenciement à l'ancien employeur¹⁵⁴⁶. En effet, la poursuite du contrat du contrat n'interdit pas au repreneur de licencier postérieurement le salarié¹⁵⁴⁷. Si le salarié est licencié après le transfert, il ne bénéficie plus de la garantie de l'AGS, car son employeur n'est pas en procédure collective. Cette exclusion du bénéfice de la garantie peut compromettre l'objectif du paiement rapide des créances des salariés dès lors que le repreneur ne peut pas régler immédiatement les créances du salarié licencié. En pratique, l'incidence de la cession sur la garantie des créances salariales n'est pas exactement la même que dans la sécurité sociale.

2. La cession d'entreprise et la protection sociale

157.- Finalité de maintien de l'emploi. Le transfert d'entreprise a pour effet traditionnel de permettre le maintien de l'emploi. Il met toutefois à l'épreuve les règles de protection sociale. En effet, l'article L. 1224-1 du Code du travail et la directive n° 77/187/CEE du 14 février

¹⁵⁴¹ C. trav., art. L. 3253-8, 2, b.

¹⁵⁴² P. BAILLY, « Licenciement et L. 122-12, nullité ou inefficacité ? », *Sem. soc. Lamy*, 18 avr. 2005, n° 1211, p. 7 ; P. MORVAN, « Les no-dits de l'article L. 122-12 : nullité et fraude », *RJS* 2006, p. 647.

¹⁵⁴³ Cass. soc. 15 févr. 2006, n° 04-43.923, *Bull. civ. V*, n° 67 ; *RJS* 5/06, n° 533.

¹⁵⁴⁴ CJCE, 12 mars 1998, *Dethier Equipement c/ Dassy et Soval*, aff. C-319/94 ; Cass. soc. 20 janv. 1998, *Guermonprez*, *Bull. civ. V*, n° 16, *Dr. soc.* 1998, p. 297, obs. R. Vatinet ; 18 déc. 2000, *Bull. civ. V*, n° 425 ; 16 janv. 2001, *Bull. civ. V*, n° 6 ; J. MOULY, « Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise. Pour dissiper quelques malentendus », *Dr. soc.* 2007, p. 534.

¹⁵⁴⁵ Cass. soc. 10 mai 1999, *Bull. civ. V*, n° 201, *RJS* 6/99, n° 797.

¹⁵⁴⁶ Cass. soc. 20 janv. 2002, *Maldonado*, *Bull. Civ. V*, n° 94, *JCP E* 2002, I, 1764, n° 3, obs. P. Morvan ; 11 mars 2003, *Voisin*, *Bull. civ. V*, n° 86 ; *Dr. soc.* 2003, p. 474, rapp. P. Bailly ; *JCP G* 2004, I, 145, n° 5, obs. P. Morvan ; 4 juin 2003, *RJS* 8-9/2003, n° 985, 2e esp. ; 28 janv. 2004, *Bull. civ. V*, n° 28 ; 12 avr. 2005, *RJS* 6/05, n° 603 ;

¹⁵⁴⁷ Cass. soc. 9 nov. 1977, *Bull. civ. V*, n° 606.

1977, relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise, d'une partie d'entreprise ou d'un établissement peuvent permettre la cession des droits de la sécurité sociale¹⁵⁴⁸. Le régime de sécurité sociale est particulièrement impacté par l'opération de transfert d'entreprise, car les rapports juridiques entre le salarié bénéficiaire de la prestation sociale et les employeurs qui sont tenus de garantir cette prestation varient. À l'opposé des dettes de salaires qui ne sont pas transmises au nouvel employeur, les dispositions relatives au transfert d'entreprise prévoient que « le nouvel employeur est en outre tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, des obligations qui incombaient à l'ancien employeur à la date de cette modification. Le premier employeur est tenu de rembourser les sommes acquittées par le nouvel employeur en application de l'alinéa précédent, sauf s'il a été tenu compte de la charge résultant de ces obligations dans la convention intervenue entre eux »¹⁵⁴⁹. La couverture de la protection sociale est ainsi maintenue, car le salarié conserve le statut qui lui permettait de bénéficier de la couverture auprès de l'ancien employeur¹⁵⁵⁰. Mais comment s'organisent les obligations des employeurs successifs en matière de protection sociale en cas de transfert d'entreprise ?

158.- Une répartition des charges sociales. La cession d'entreprise affecte les engagements pris par l'employeur d'origine en matière de protection sociale. En principe, l'ancien employeur reste débiteur envers les organismes de sécurité sociale qui sont des tiers à la relation de travail¹⁵⁵¹. Toutefois, la cession d'activité peut créer une situation de partage de charges de la sécurité sociale entre les employeurs. Elles peuvent être réparties entre les employeurs successifs à raison de la date d'exigibilité des cotisations sociales¹⁵⁵². La date de l'opération de transfert est très importante parce que c'est elle qui permet d'imputer la charge relative à la cotisation sociale au cédant ou au cessionnaire. Par conséquent, les charges sociales antérieures à la date du transfert incombent à l'ancien employeur et postérieures à cette date au nouvel employeur. Si le nouvel employeur règle les cotisations antérieures à cette opération de transfert, il appartient à l'ancien employeur de lui rembourser. Toutefois, le

¹⁵⁴⁸ P. MORVAN, « Les transferts d'entreprise et les régimes de protection sociale », *Dr. soc.* 2005, p. 772 ; « Protection sociale d'entreprise : droits acquis ou éventuels dans la tourmente des restructurations », *Dr. soc.* 2006, p. 279.

¹⁵⁴⁹ Cf., J. VERMEIL, « Restructurations et protection sociale : les problèmes vis-à-vis de l'AGIRC », *Dr. soc.* 1989, p. 121 ; H. OUASSI, *Les incidences des restructurations d'entreprise sur la situation collective des salariés*, LGDJ, 2006, pp. 173 et s.

¹⁵⁵⁰ V., Cass. soc. 2 févr. 2006, Sté Louis Max c/ Guidetti, *RJS* 5/06, n° 532 ; L.-E. CAMAJI, La personne dans la protection sociale, préc., p. 419 et s.

¹⁵⁵¹ CSS, art. R. 243-7 et R. 243-14 ; Cf., V. STULZ, *Transferts d'entreprise : les enjeux sociaux*, préf. B. TEYSSIE, éd. EFE, 592 p.

¹⁵⁵² Cass. soc. 2 févr. 2006, Sté Louis Max c/ Guidetti, *RJS* 5/06, n° 532.

transfert de l'entité économique reste inopposable à l'Urssaf, car ce transfert ne peut produire les effets à l'encontre des tiers¹⁵⁵³. Le nouvel employeur prend en charge les cotisations des salariés et non celles de l'ancien employeur. En pratique, les institutions de sécurité sociale ou organismes d'assurance ne peuvent réclamer le versement des cotisations nées antérieurement à la date du transfert au nouvel employeur au motif que l'ancien employeur ne les a pas honorées¹⁵⁵⁴. Toutefois, le nouvel employeur peut être appelé en garantie des obligations de l'ancien employeur, sans pour autant se substituer à lui. Sa garantie lui donne un droit de recours contre son prédécesseur¹⁵⁵⁵.

159.- Effet de la cession sur l'institution assureur. Le changement de la situation juridique de l'employeur a également un impact sur l'organisme assureur. Ainsi, il se peut que deux institutions d'assurance soient appelées à garantir les prestations. Comme pour la responsabilité des cotisations sociales, l'obligation d'assurer est déterminée en fonction de la date de réalisation du risque. Cette détermination de l'institution d'assurance par la date de réalisation du risque engendre diverses questions. Ainsi, l'activité étant cédée, le nouvel assureur (celui du nouvel employeur) doit-il indemniser par exemple les suites d'une maladie que le salarié avait déclarée, alors qu'il était encore sous la direction de l'ancien employeur ?¹⁵⁵⁶ Pour éviter toute sélection médicale qui instaure une discrimination, la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989¹⁵⁵⁷ consacre le principe général de la prise en charge des suites des maladies antérieures pour l'ensemble des couvertures collectives obligatoires dans l'entreprise¹⁵⁵⁸. À cet effet, M. LAIGRE remarque que « l'idée qui a animé les rédacteurs des articles 2 et 3 de la loi est que la prise en charge financière des suites des maladies antérieures n'est supportable que si elle est mutualisée au sein d'un groupe »¹⁵⁵⁹. Ce faisant, les organismes d'assurance peuvent exclure les suites des maladies antérieures lorsque les opérations de prévoyance dans l'entreprise ne sont que facultatives¹⁵⁶⁰.

¹⁵⁵³ Cass. soc. 9 nov. 1995, *Bull. civ.* V, n° 295; *Dr. soc.* 1996, p. 106, obs. A. Mazeaud; *RJS* 1996, n° 66.

¹⁵⁵⁴ Cass. soc. 9 nov. 1995, *Dr. soc.* 1996, p. 105, obs. A. Mazeaud, *RJS* 1996, n° 66.

¹⁵⁵⁵ V., Cass. soc. 9 nov. 1995, préc. ; Cf., L.-E. CAMAJI, *La personne dans la protection sociale*, préc., p. 434.

¹⁵⁵⁶ J.-F. CESARO, « Protection sociale d'entreprise et assurance », *Dr. soc.* 2006, p. 165 et s. ; P. MORVAN, « Les transferts d'entreprise et les régimes de protection sociale », *Dr. soc.* 2005, p. 772 ; « Protection sociale d'entreprise : droits acquis ou éventuels dans la tourmente des restructurations », *Dr. soc.* 2006, p. 179 ; H. OUAISSI, « Le devenir des régimes de retraite complémentaire et de prévoyance lors de fusions d'entreprises », *JCP S* 2006, Étude, 1858 ; P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, Litec, 2007, p. 625 et s.

¹⁵⁵⁷ Loi n° 89-1009, 31 déc. 1989, *JO* n° 1, 2 janv. 1990.

¹⁵⁵⁸ Loi du 31 déc. 1989, art. 2.

¹⁵⁵⁹ P. LAIGRE, « La loi prévoyance », *Dr. soc.* 1990, p. 370.

¹⁵⁶⁰ Loi du 31 déc. 1989, art. 3.

Il faut également noter que l'ancien assureur (celui du cédant) est tenu de prendre en charge les prestations auxquelles le versement est en cours. De façon générale, le transfert d'une entreprise entraîne la résiliation du contrat d'assurance et l'ancien assureur n'est plus tenu de verser les prestations. Il arrive cependant que l'ancien employeur verse une indemnité lors de la résiliation du contrat d'assurance afin que l'ancien assureur continue de verser les rentes pour l'avenir, par exemple. En matière de sécurité sociale, il a été noté que la rupture du contrat d'assurance n'interrompt pas immédiatement le versement des prestations en cours dès lors que les droits des salariés sont nés antérieures à cette cessation¹⁵⁶¹.

En outre, le nouvel assureur doit garantir les salariés transférés en tenant compte de l'ancienneté considérée par le nouvel employeur conformément à l'article L. 1224-1 du Code du travail. La Cour de cassation a décidé le 14 juin 2001 que l'ancienneté prise en compte par le nouvel employeur en vertu de l'article L. 1224-1 du Code du travail n'est pas opposable à l'organisme d'assurance¹⁵⁶². Ce dernier n'assume pas les obligations contractuelles de l'ancien employeur.

En somme, la cession d'entreprise ou d'une partie d'entreprise peut avoir un effet négatif sur la sécurité économique au regard du régime de la garantie des salaires. La cession judiciaire d'entreprise n'a pas à première vue un impact sur la garantie de l'AGS, car les salariés transférés n'ont pas besoin de la garantie puisque le nouvel employeur n'est pas mis en procédure collective. Pour les sommes dues avant la cession, l'AGS est tenue de les prendre en charge, sauf s'il y a fraude aux règles relatives aux transferts d'entreprise ou si l'employeur licencie un salarié au-delà de la période d'un mois suivant la date du jugement qui arrête le plan de cession. En ce sens, la cession d'activité est une menace sur la garantie de la sécurité économique offerte par la prise en charge des créances salariales par l'institution de garantie. En outre, la menace sur la garantie de la sécurité économique est limitée en matière de protection sociale parce que le nouvel employeur doit prendre en charge les obligations de couverture sociale qui incombaient au cédant à la date de la modification de la situation juridique de l'employeur. Dans cette optique, le transfert d'entreprise qui sert en principe le maintien de l'emploi, est doublé d'une sécurité économique des salariés transférés. Les

¹⁵⁶¹ P. SARGOS, « Le droit au maintien des prestations et des garanties dans l'assurance de prévoyance collective », *JCP G* 2001, n° 47, I-363, p. 2135.

¹⁵⁶² Cass. soc., 14 juin 2001, n° 99-18996, inédit.

observations relatives à la menace sur la garantie de la sécurité économique se posent également en cas de rupture du contrat de travail.

B. L'incidence de la rupture du contrat de travail sur la garantie

Le statut de salarié qui résulte de la conclusion du contrat de travail permet à la personne concernée de bénéficier des garanties prévues par le droit du travail, notamment la protection exorbitante de sa créance en cas d'insolvabilité de l'employeur¹⁵⁶³ et des prestations des régimes de la sécurité sociale¹⁵⁶⁴. Il emporte également, en effet, l'application du droit social et la compétence des juridictions sociales¹⁵⁶⁵, même si la nature de contrat de travail n'appelle pas l'application totale de ce droit lorsqu'un tel contrat est conclu dans le domaine de droit public¹⁵⁶⁶. La rupture du contrat de travail peut avoir des incidences conséquentes sur la garantie de l'AGS et la couverture sociale.

160.- Rupture du contrat et garantie de l'AGS. La rupture du contrat de travail peut mettre à l'épreuve la sécurité économique des salariés. D'une part, la rupture du contrat de travail prive le salarié du bénéfice des rémunérations nécessaires à sa subsistance, car l'employeur n'est plus tenu de lui verser un salaire puisqu'il ne fournit plus de travail. D'autre part, l'article L. 3253-8, 2° du Code du travail prescrit la couverture de la créance résultant de la rupture du contrat de travail par l'institution de garantie des salaires. La rupture du contrat de travail dans un délai déterminé est devenue l'une condition d'application de la garantie des

¹⁵⁶³ C. trav., art. L. 3253-6 et s.

¹⁵⁶⁴ CSS, art. L. 311-2 et L. 311-3 (assujettissement des non salariés) ; Cf. J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 26^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2011, pp. 227 et s.

¹⁵⁶⁵ Le contrat de travail est un critère déterminant d'attribution de la compétence de règlement des litiges au conseil de prud'hommes, Cass. soc. 20 déc. 2006, n° 06-40.864 ; 26 sept. 2007, n° 06-43.998, *RJS* 12/07, n° 1321 ; J.-M. BÉRAUD, « Les recours juridictionnels dans les rapports de travail internationaux », *Dr. soc.* 1993, p. 519 ; Y. DESDEVISES, « Le particularisme de la procédure prud'homale », *Justices*, 1997, n° 8 et 23 ; A. CHEVILLARD, « Le salaire devant le conseil de prud'hommes », *Dr. soc.* 1997, p. 561 ; S. LORVELLEC, « Le travail pénitentiaire », in *Le travail en perspectives*, A. Supiot (dir.), LGDJ, 1998, p. 247 ; D. BOULMIER, *Preuve et instance prud'homale*, LGDJ, 2002 ; L. GAY, *La jurisprudence sociale du Tribunal des conflits*, Thèse, PUAM, 2006, préf. A. Bugada ; S. AMRANI-MEKKI, « La règle de l'unité de l'instance », in M. Keller (dir.), *Procès du travail, Travail du procès*, LGDJ, 2008, p. 359 ; V. ORIF, *La règle de l'unicité de l'instance*, Thèse Paris-Ouest-Nanterre-La-Défense, 2010 et « Le renouveau de la règle de l'unicité de la règle de l'unicité de l'instance », *D.* 2011, jur., p. 227 ; M. PIERCHON, F. GUIOMARD, « Faut-il assouplir la règle d'unicité de l'instance ? Controverse », *RDT* 2011, p. 156 ; E. SERVERIN, T. GRUMBACH, *RDT* 2011, p. 193.

¹⁵⁶⁶ J.-F. LACHAUME, « Sur le critère de l'agent public », *Dr. soc.* 1986, p. 44 ; F. HAMON, « Les contractuels : de quel droit ? », *Dr. soc.* 1989, p. 815 ; B. STIRN, « L'agent public : réflexions sur la jurisprudence », *AJDA* 1991, p. 587 ; F. ZAPATA, « Le juge administratif et l'application du Code du travail aux personnes du secteur public », *Dr. soc.* 1996, p. 697 ; E. DOCKÈS, « La notion de contrat de travail », *Dr. soc.* 2011, p. 546.

salaires¹⁵⁶⁷. Cette exigence temporelle incite à la rupture du contrat, car le temps imparti ne permet toujours pas à l'employeur de mettre en œuvre les mesures d'accompagnement prescrites par le Code du travail¹⁵⁶⁸. Par conséquent, si le nombre de rupture est élevé, la garantie de l'AGS est limitée à un plafond déterminé en fonction de l'ensemble des créances du salarié. Cette limitation du montant des créances garanties limite également la sécurité économique du salarié. La rupture du contrat de travail a une incidence importante sur cette sécurité économique des salariés si elle intervient en dehors des périodes temporelles de garantie exigées par la loi. Parce que la rupture qui dépasse ces limitations est privée de la garantie de l'AGS¹⁵⁶⁹. Une telle insécurité économique peut également s'observer en matière de protection sociale.

161.- Au niveau du régime général de la sécurité sociale. La couverture sociale du régime général de la sécurité sociale est largement attachée à la qualité de salarié¹⁵⁷⁰. Le bénéfice des assurances obligatoires contributives, surtout, de ce régime exige l'existence du contrat de travail, donc de la qualité de salarié. En conséquence, la rupture du contrat de travail devrait en principe mettre un terme à la couverture sociale dès la rupture du contrat de travail¹⁵⁷¹. Ainsi, le salarié qui voit sa sécurité économique diminuée à cause de la rupture du contrat le privant des salaires devrait également être privé des prestations de la sécurité sociale. En ce sens, la femme enceinte qui n'est plus liée à un employeur parce que son contrat est rompu, ne devrait pas bénéficier des indemnités journalières versées pendant le congé de maternité par la sécurité sociale. Une telle situation serait difficile à vivre par le salarié qui a déjà cotisé au mécanisme de garantie. Pour réduire l'insécurité économique et sociale, l'article L. 161-8 Code de la sécurité sociale prévoit que « les personnes qui cessent de remplir les conditions pour relever, soit en qualité d'assuré, soit d'ayant droit, du régime général ou des régimes qui lui sont rattachés, à compter de la date à laquelle ces conditions ne sont plus remplies, du maintien de leur droit aux prestations des assurances maladie, maternité, invalidité et décès pendant des périodes qui peuvent être différentes selon qu'il s'agit de prestations en nature ou de prestations en espèces »¹⁵⁷². La période du maintien des droits est fixée à douze mois¹⁵⁷³. Elle concerne à la fois les prestations en espèces telles que les indemnités journalières de

¹⁵⁶⁷ Cf., A. FIORENTINO, *La rupture du contrat de travail en droit anglais. Droit comparé anglais et français*, PUAM, 2008, préface de Daniel Berra, pp. 533 et s.

¹⁵⁶⁸ Cf., *infra*, n° 210 et s.

¹⁵⁶⁹ Voir, C. trav., art. L. 3253-8, 2°.

¹⁵⁷⁰ Il s'agit essentiellement des mécanismes contributifs, Cf., *supra*, n° 153.

¹⁵⁷¹ Cf., L.-E. CAMAJI, *La personne dans la protection sociale*, préc., p. 334.

¹⁵⁷² V. Not., CSS, art. L. 161-15-4 (remise de la carte électronique et sanctions des manquements).

¹⁵⁷³ CSS, art. R. 161-3 ; Décret n° 2007-199, 14 févr. 2007, JO 15 févr..

maternité si au début de la grossesse, elle est en situation de maintien des droits¹⁵⁷⁴ et, en nature telle que la prise en charge des soins de santé d'une femme enceinte par l'assurance maternité¹⁵⁷⁵.

Si le salarié est licencié, le délai d'un an de la portabilité des droits commence à courir au terme du préavis¹⁵⁷⁶. La protection de l'assurance maternité joue dès lors qu'une assurée se trouve en période de maintien des droits à la date du début de la grossesse¹⁵⁷⁷. Le salarié qui démissionne légitimement bénéficie également de la couverture sociale en qualité de chômeur indemnisé pendant toute la durée de son indemnisation par Pôle emploi. Tandis qu'il bénéficie simplement d'un maintien des droits limité dans le temps, si la démission n'est pas reconnue légitime par la Commission paritaire de Pôle emploi.

Dans cette optique, la personne bénéficiaire d'une pension d'invalidité perd ce droit à l'expiration de la période de maintien provisoire de la couverture sociale après la rupture du contrat de travail¹⁵⁷⁸. En effet, la rupture du contrat met également un terme à la qualité d'assuré social du bénéficiaire de cette prestation sociale. Toutefois, les personnes qui bénéficient de l'allocation chômage peuvent voir leurs droits maintenus pendant toute la période d'indemnisation¹⁵⁷⁹. La période du maintien des droits est déterminée, soit à la date de la rupture du contrat de travail¹⁵⁸⁰, soit à la date de la fin de l'indemnisation de l'assurance chômage. Pour ce qui est du droit des ayants droit d'un défunt à un capital décès, c'est à la date du décès qu'il faut apprécier le bénéfice du maintien des droits¹⁵⁸¹. En outre, le chômeur qui a repris une activité peut voir cette protection maintenue, s'il n'est pas encore couvert au titre de sa nouvelle activité pendant trois mois à partir de la date de la reprise d'activité¹⁵⁸².

Il en découle que la protection sociale est, en partie, encore rattachée au salariat, la perte de la qualité de salarié à travers la rupture du contrat de travail met en danger la couverture sociale

¹⁵⁷⁴ Cass. soc. 11 avr. 1996, n° 93-17.067, *Bull. civ. V*, n° 157 ; 17 mai 2001, *Bull. civ. V*, n° 176, p. 138 ; v., Cass. civ. 2e, 4 juill. 2007, n° 05-16.026.

¹⁵⁷⁵ CSS, art. L. 161-8 et R. 161-3.

¹⁵⁷⁶ Lettre CNAMTS, 24 avr. 1984, *Bull. jur. UCANSS* 1984, 18/19 D 2 Jaune.

¹⁵⁷⁷ Cass. soc. 11 avr. 1996, *Bull. civ. V*, n° 157 ; *RJS* 1996, n° 600.

¹⁵⁷⁸ Cass. soc. 28 oct. 1999, n° 98-13.333.

¹⁵⁷⁹ CSS, art. L. 311-5 ; T. BERANGER, I. DEVIOLAIN, « Le statut social du chômeur », *Dr. soc.* 1975, n° spéc., p. 142 ; I. MARTIN, « La protection sociale des travailleurs privés d'emploi », *Dr. soc.* 1985, p. 769 ; F. GAUDU, « La sécurité sociale professionnelle : un lit pour deux rêves ? », *Dr. soc.* 2007, p. 393.

¹⁵⁸⁰ Pour le maintien de l'assurance maladie, Cass. soc. 27 sept. 1990, *RJS* 1990, n° 925 ; 18 avr. 1991, *Bull. civ. V*, p. 130 ; 20 févr. 1992, *RJS* 1992, n° 514.

¹⁵⁸¹ Cass. soc. 4 nov. 1993, 2 arrêts, n° 3451 et 3452 D, inédits ; 16 févr. 1995, *Bull. civ. V*, n° 45.

¹⁵⁸² CSS, art. L. 311-5, al. 1 et R. 311-1.

des anciens salariés. La survie des droits à la sécurité sociale fait survivre implicitement aussi la qualité de salarié, surtout à l'égard du chômeur auquel le statut apparaît flou. Mais comment s'observe l'impact de la rupture du contrat de travail sur la couverture sociale complémentaire.

162.- Au niveau du régime social complémentaire. Les assurances sociales obligatoires prévues par la loi n'apportent pas une sécurité économique suffisante. Pour assurer une protection large aux bénéficiaires¹⁵⁸³, le législateur incite les employeurs à mettre en place des garanties collectives en matière de protection sociale complémentaire. Cette dernière est constituée de la prévoyance d'entreprise¹⁵⁸⁴ et des retraites d'entreprise¹⁵⁸⁵. Quelle peut être l'incidence de la rupture du contrat de travail sur cette protection sociale complémentaire?

163.- Deux situations possibles. La cessation du contrat de travail produit des effets sur la protection sociale complémentaire du salarié. Ces effets sont distincts selon que les droits que le salarié a acquis dans l'entreprise sont liquidés ou s'ils sont en cours d'acquisition. Si le salarié a, dans la première situation, suffisamment cotisé et les prestations sont déjà liquidées ; il ne pourrait plus bénéficier de la protection sociale complémentaire à compter de la cessation du contrat du travail. Comme dans le régime général, la couverture complémentaire est attachée également à la qualité de salarié. La rupture du contrat de travail met en conséquence un terme au droit à la prestation sociale. Il n'a plus accès à l'institution de garantie à laquelle il dépendait précédemment.

Dans la seconde situation, c'est-à-dire lorsque le salarié a cotisé suffisamment, mais les prestations ne sont pas encore liquidées, il peut continuer à bénéficier de la couverture sociale

¹⁵⁸³ Le régime général fait apparaître les insuffisances, Cf., F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, préc., p. 402 et s.

¹⁵⁸⁴ P.-J. HESSE, « Maître, patron ou employeur. Des œuvres sociales d'entreprise à la protection sociale complémentaire », in *La revue de l'économie sociale* 1992, n° spéc., « La protection sociale complémentaire en entreprise », p. 19 ; P. LAIGRE, « Les institutions de prévoyance, les mutuelles et la loi n° 93-121 du 27 janv. 1993 portant diverses mesures d'ordre social », *Dr. soc.* 1995, p. 244 ; D. LENOIR, « Protection complémentaire : les dangers du développement concurrentiel », *Dr. soc.* 1995, p. 753 ; J. BARTHÉLÉMY, « La portabilité des garanties collectives de prévoyance », *Dr. soc.* 2008, p. 325 ; J. BARTHÉLÉMY, L. LAUTRETTE, « La garantie prestation en nature des anciens salariés eu égard au système en vigueur pour le personnel en activité », *Dr. soc.* 2008, p. 102.

¹⁵⁸⁵ F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, préc., p. 433 et s. ; P. LAIGRE, « Les plans d'épargne retraite : la main visible du marché », *Dr. soc.* 1997, p. 482 ; J.-J. TOUATI, « Mise en place des plans d'épargne retraite de la loi n° 97-277 du 25 mars 1997 », *TPS* 1998, p. 4 ; A. SUPIOT, « Les plans d'épargne retraite », *JCP E* 1997, I, n° 664.

en dépit de la rupture de son contrat de travail¹⁵⁸⁶. Cela est acceptable dans les situations où le droit à la prestation est soumis à la condition de cotisation pendant une certaine durée. La période de référence étant accomplie, le salarié licencié conserve ses droits à la prestation sociale. Cette prestation doit être considérée comme une prestation en cours de versement. Ceci étant, l'institution de garantie reste obligée vis-à-vis du salarié. Il a été souligné par un auteur que la cessation d'un contrat d'assurance ne décharge pas l'assureur dès lors que les droits de l'assuré étaient nés avant la rupture du contrat de travail, car le risque garanti s'est réalisé pendant la durée du contrat de travail. Le versement des prestations en cours n'est pas interrompu¹⁵⁸⁷.

En ce sens, l'article 4 de la loi *Evin*¹⁵⁸⁸ permet, à titre individuel, le maintien de la garantie des « frais de santé »¹⁵⁸⁹ de la garantie d'invalidité¹⁵⁹⁰. La rupture du contrat de travail n'a donc pas un effet sur le versement des prestations immédiates ou différées ou nées durant la relation de travail¹⁵⁹¹. Cette garantie des ressources est indépendante de la garantie de l'emploi¹⁵⁹², mais offre la couverture du risque de transition entre deux contrats de travail et participe à la sécurisation des parcours professionnels¹⁵⁹³. Par conséquent, la sécurité sociale

¹⁵⁸⁶ P. SARGOS, « Le droit au maintien des prestations et des garanties dans l'assurance de prévoyance collective », *JCP G* 2001, I, 363 ; D. RIGAUD, « Étendue et mise en œuvre de la portabilité en matière de prévoyance », *JCP S* 2008, n° 43, 1547 ; P. LANGLOIS, « L'impossible mise en place du maintien de la couverture complémentaire ? », *Sem. soc. Lamy* 2009, n° 1379, p. 8.

¹⁵⁸⁷ P. SARGOS, « Le droit au maintien des prestations et des garanties dans l'assurance de prévoyance collective », *JCP G* 2001, n° 47, I-363, p. 2135.

¹⁵⁸⁸ Loi n° 89-1009 du 31 déc. 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques (*JO* du 2 janv. 1990), modifiée par l'art. 34 de la loi n° 2001-624 du 17 juill. 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel (*JO* du 19 juill. 2001) ; Loi 2007-130 du 31 janv. 2007 de modernisation du dialogue social ; V., ANI, 14 janv. 2008, modifié par l'avenant du 18 mai 2009 ; S. BÉAL, M. HALLOPEAU, « La portabilité des couvertures complémentaires santé et prévoyance », *Sem. soc. Lamy* 2009, n° 1409, p. 3 ; G. BRIENS, « Analyse critique de l'article 14 de l'ANI du 11 janvier 2008 », *Sem. soc. Lamy* 2009, n° 1409, p. 9 ; J. BARTHÉLÉMY, « Portabilité des garanties de prévoyance », *Sem. soc. Lamy* 2009, n° 158.

¹⁵⁸⁹ Cass. civ. 2^e, 7 févr. 2008, n° 06-15.006, note P. Casson et M. Delumeau, « Protection sociale d'entreprise », *JCP E* 2008, n° 31 ; Cass. soc. 12 mars 2007, n° 07-40.665 ; 16 avr. 2008, n° 06-44.361 ; CA Lyon, 13 janv. 2009, *Mutuelle MICILS c/ Monsieur Mikaël Azoulay* ; F. BERDOT, « L'assurance de groupe après les réformes législatives du 31 décembre 1989 », *RGAT* 1990, p. 775 ; D. NOGUERO, « Maintien impératif de la garantie frais de santé de l'assurance collective obligatoire pour le salarié licencié », *JCP G* 2008, n° 13, II, 10059.

¹⁵⁹⁰ Cass. civ. 2^e, 19 juin 2008, n° 07-16.579 ; D. RIGAUD, P. BARON, X. PIGNAUD, « La prévoyance collective des salariés et la loi *Evin* », *Dr. soc.* 2009, n° 4, pp. 470 et s.

¹⁵⁹¹ Cass. civ. 2^e, 17 avr. 2008, n° 07-12.064 et 07-12.088 ; Y.-E. LOGEAS, D. JONIN, « Débats autour de la notion de prestation différée », *Sem. soc. Lamy* 2007, n° 1323, p. 7 ; D. ASQUINAZI-BAILLEUX, « Prévoyance d'entreprise et notion de prestation différée », *JCP S* 2007, n° 16, 1275 et « Rupture du contrat de travail et notion de prestation différée », *JCP S* 2008, n° 36, p. 1458 ; M. BOIXADER, F. VINCENS, « De la nécessité de préciser la loi *Evin* ? », *JCP S* 2008, 1282 ;

¹⁵⁹² D. ASQUINAZI-BAILLEUX, « Rupture du contrat de travail et notion de prestation différée », *JCP S* 2008, n° 36, p. 43.

¹⁵⁹³ J.-F. CESARO, « La flexisécurité sociale complémentaire, in *Sécurisation des parcours professionnels*, *Sem. soc. Lamy* 7 avr. 2008, suppl., p. 73.

ne protège que le risque qui est réalisé avant la rupture du contrat de travail, en dépit du versement différé de la prestation concernée. En revanche, la prévoyance d'entreprise ne prend pas en charge le risque nouveau réalisé après la rupture du contrat de travail¹⁵⁹⁴.

La rupture du contrat de travail, malgré le maintien temporaire des droits à la prestation sociale acquis ou en cours d'acquisition, ne permet pas de pérenniser la sécurité économique, car si le salarié ne retrouve pas rapidement un emploi après son licenciement, peut tomber dans la précarité en ce qui concerne, par exemple, la prévoyance sociale. La garantie de la sécurité économique après la rupture du contrat de travail reste fragile. Cependant, la rupture du contrat de travail est devenue l'une des conditions de la mise en mouvement de la garantie des salaires¹⁵⁹⁵, alors que les indemnités de rupture sont soumises à un régime social particulier¹⁵⁹⁶. La prise en charge par l'AGS de la créance résultant de la rupture du contrat de travail est en outre défavorable à la protection de l'emploi. Elle produit un effet contre-protecteur de l'emploi en raison de la restriction des périodes de garantie¹⁵⁹⁷. Tandis que l'insolvabilité de l'employeur n'a aucun effet sur le contrat de travail, car il continue de plein droit même en présence d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

En définitive, le régime de l'AGS et celui de la sécurité sociale convergent vers la garantie de la sécurité économique des bénéficiaires. Cette sécurité est partielle parce que la protection ne prend en charge les créances salariales dans un plafond qui n'assure qu'un minimum alimentaire nécessaire à l'existence du salarié. Les prestations sociales doivent apporter également aux bénéficiaires qu'une sécurité économique partielle, car elles ne couvrent pas en réalité un niveau de ressources équivalent à l'ensemble des rémunérations pouvant être obtenu à l'occasion du travail. Au total, la sécurité économique minimale est recherchée. Le

¹⁵⁹⁴ Cf., D. ASQUINAZI-BAILLEUX, « Rupture du contrat de travail et notion de prestation différée », *JCP S* 2008, n° 36, p. 43 ; P.-Y. VERKINDT, « Brèves et intempestives remarques sur l'accord sur la modernisation du marché du travail », *JCP S* 2008, Act. 76 ; F. FAVENNEC-HÉRY, « L'ANI sur la modernisation du marché du travail : un espoir ? », *JCP S* 2008, act. 85 ; J. BARTHÉLÉMY, « La portabilité des garanties collectives de prévoyance », *Dr. soc.* 2008, p. 325.

¹⁵⁹⁵ Cf., *infra*, n° 213 et s.

¹⁵⁹⁶ CSS, art. L. 242-1 ; Cass. soc. 10 oct. 2007, n° 05-45.657 ; 18 mars 2008, n° 07-40.269, *Sem. soc. Lamy*, n° 1356, p. 12 ; E. MALINVAUD, *Les cotisations sociales à la charge des employeurs*, La Doc. fr., Coll. « Les rapports du CAE », n° 9, 1998 ; J. GAUTIÉ, *Coût du travail et emploi*, La découverte, Coll. « Repères », 1998 ; P. CONCIALDI, « Coût de main d'œuvre et protection sociale, une perspective internationale », *Sociétés et représentations (n° hors-série)*, 1999, p. 49 ; A. EUZEBY, « Faut-il supprimer les charges sociales ? », *Cahiers français*, n° 292, 1999, p. 80 ; « L'allègement des cotisations sociales patronales : quels espoirs pour l'emploi ? », *Dr. soc.* 2000, p. 368 et « La protection sociale contre l'emploi ? », *Regards CNESS*, n° 18, 2000, p. 3 ; J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, 16^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2008, p. 101 et s.

¹⁵⁹⁷ Cf., *infra*, n° 212 et s.

rapprochement entre le régime de la garantie des salaires et de la sécurité sociale a toutefois des limites.

Section 2 : Les limites de la connexité entre les régimes

164.- Périmètre des bénéficiaires et des risques couverts. Le rapprochement entre les régimes juridiques de la garantie des salaires et du modèle de sécurité sociale a des limites qui peuvent être observées dans le champ des bénéficiaires et des risques couverts.

En premier lieu, la sécurité sociale se distingue du régime de la garantie collective des créances salariales par l'universalité¹⁵⁹⁸ de son régime qui étend le champ des bénéficiaires des prestations sociales. Ainsi, le domaine personnel de la sécurité sociale concerne, en général, les salariés et les non-salariés, sauf dans les mécanismes de couverture des accidents du travail et des maladies professionnelles qui sont des assurances professionnelles¹⁵⁹⁹. En effet, si les techniques de couverture des risques professionnels sont comme la garantie des salaires attachées à la qualité de salarié, cet attachement manifeste incontestablement l'insuffisance de l'universalité affichée de la sécurité sociale. Pourtant, à l'origine, la sécurité sociale devrait être un modèle qui s'applique à toute la collectivité¹⁶⁰⁰. La catégorisation des mécanismes de protection sociale peut être justifiée par l'insuffisance des ressources nécessaires au financement du régime. En revanche, la garantie collective des créances est un mécanisme qui ne bénéficie qu'aux salariés. Ce point de distinction persiste, même si le champ des bénéficiaires de cette garantie a depuis évolué. Il persiste parce que, malgré cette évolution, la garantie collective des salaires n'a pas vocation à être universelle. Elle est une technique qui ne bénéficie qu'aux salariés et assimilés des entreprises privées dont les créances ont une nature alimentaire.

En second lieu, le régime de la garantie des salaires est distinct de celui des mécanismes de Sécurité sociale parce qu'ils ne protègent pas contre les mêmes risques. Les techniques de la

¹⁵⁹⁸ Cf., J.-J. DUPEYROUX, « Le droit à la sécurité sociale dans les déclarations et pactes internationaux », *Dr. soc.* 1960, p. 365 ; Y. CHAGNY, « Les normes supérieures du droit de la sécurité sociale », *RDP* 1996, p. 991 ; R. MARIÉ, *Du processus de généralisation de la Sécurité sociale de 1945 à nos jours*, Thèse, Nantes 1997 ; F. PETIT, *Le concept français de la sécurité sociale à la lumière du droit international et du droit communautaire*, Thèse Bordeaux IV, 2001.

¹⁵⁹⁹ Cf., *supra*, n° 154 et s.

¹⁶⁰⁰ V., Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948, art. 22 et s.

sécurité sociale protègent contre plusieurs risques sociaux et la garantie des salaires contre le risque original de non-paiement des créances des salariés. Le régime de la garantie collective des salaires ne coïncide pas automatiquement avec celui de la sécurité sociale car le champ de la garantie des salaires est exclusif, homogène parce qu'il ne concerne que le bloc des salariés et assimilés en dépit de son extension, alors que la sécurité sociale tend vers l'universalité qui engendre un cercle hétéroclite de bénéficiaires (§ 1). Cette universalité conduit par ailleurs à la couverture d'une diversité de risques qui ne sont pas le non-paiement des créances des salariés (§ 2).

Paragraphe 1 : La distinction du cercle des bénéficiaires

Le régime de la garantie des salaires est distinct de celui de la sécurité sociale parce qu'elles ne concourent pas à la protection des mêmes personnes. Le cercle des bénéficiaires des mécanismes de sécurité sociale est hétéroclite car l'universalité dont elle est fondée ne permet pas l'exclusion d'une fraction de la collectivité. Or, le mécanisme collectif de protection des créances de salaires a un cercle homogène, unitaire de bénéficiaires se limitant aux titulaires du contrat de travail et assimilés. Ainsi, le champ des bénéficiaires de la garantie collective de l'AGS est homogène (A). En revanche, l'universalité du régime de la sécurité sociale lui donne un champ de bénéficiaires très large et hétéroclite (B).

A. Le cercle des bénéficiaires de la garantie des salaires

Les limites de la connexité entre les régimes de la garantie des salaires et de la sécurité sociale s'observent dans la détermination du champ des bénéficiaires de la protection. La garantie collective des salaires a en effet été créée afin que les salariés ne subissent pas le risque d'insolvabilité de l'employeur¹⁶⁰¹. Le bénéfice de cette protection est ainsi réservé aux salariés qui sont les titulaires d'un contrat de travail¹⁶⁰². Mais la jurisprudence a étendu le

¹⁶⁰¹ C. trav., art. L. 3253-6 ; T. METEYÉ, « L'évolution du champ d'intervention de l'AGS (De la sécurité juridique à l'insécurité juridique et économique), *Rev. proc. coll.* 2011-1, doss. 4 ; A. DONNETTE, « La notion de « créances de salaires » au sens des articles L. 622-17, III, 1^o, et L. 641-13, III, 1^o, du Code de commerce », *Bull. Joly Entreprises en difficulté*, 2012, n^o 6, pp. 385-388.

¹⁶⁰² C. trav., art. L. 3253-6.

bénéfice de cette garantie aux titulaires d'autres types de contrat établissant une relation de travail n'ayant pas véritablement la nature de contrat de travail

165.- Une garantie salariée. Le régime du mécanisme de garantie des salaires est différent de celui de la sécurité sociale parce que le bénéfice de la garantie de l'AGS est soumis à l'exigence de rattachement de la créance à la qualité de salarié. Cette garantie a été mise en place pour protéger les créances des personnes qui sont liées à l'employeur par un contrat de travail¹⁶⁰³. Elle permet de ne pas faire supporter sur les salariés les erreurs de gestion ou la mauvaise conjoncture économique¹⁶⁰⁴. En dépit de la qualification de sécurité sociale des salaires qui lui est attribuée par certains auteurs¹⁶⁰⁵, le législateur n'a pas tenu compte de la règle d'universalité qui domine le système de sécurité sociale français. La loi du 27 décembre 1973 avait visé essentiellement le salarié comme bénéficiaire de la garantie¹⁶⁰⁶. À cet égard, la personne qui n'est pas titulaire d'un contrat de travail est exclue du cercle des bénéficiaires de la garantie. Ainsi, l'auto-entrepreneur¹⁶⁰⁷ qui n'a pas la qualité de salarié ne peut solliciter le bénéfice de la garantie de l'assurance des créances salariales car le contrat qu'il conclut avec ses clients est un contrat d'entreprise dont il fixe librement des honoraires. Il a été noté que le travailleur indépendant qui n'a pas la qualité de salarié ne peut bénéficier du régime de solidarité de paiement des salaires¹⁶⁰⁸. Il en est de même des créanciers qui sont subrogés dans les droits des salariés¹⁶⁰⁹. Le gérant-mandataire qui a conclu un contrat de gérance-mandat avec le propriétaire d'un fonds de commerce¹⁶¹⁰ n'entre pas dans le cercle des bénéficiaires de la garantie des salaires. La gérance-mandat est une technique d'organisation des entreprises

¹⁶⁰³ V., C. trav., art. L. 3253-6 ; Cf., P. LOKIEC, *Droit du travail, t. 2, Les relations collectives de travail*, PUF, coll. « Thémis droit », 2011, pp. 442 et s.

¹⁶⁰⁴ Cf., A. HUGON, *Créances salariales impayées : le rôle de l'AGS. Regard sur la loi de Sauvegarde des Entreprises du 26 juillet 2005*, L'Harmattan, 2009, p. 50.

¹⁶⁰⁵ F. DERRIDA, préc. ; C. RADÉ, préc. ; Cf., *supra*, n° 13.

¹⁶⁰⁶ V., L. 27 déc. 1973, art. 1^{er} ; Cass. soc. 24 oct. 2006, *D.* 2006, act. jur. p. 2790, obs. A. Liénhard ; F. SARAMITO, « L'assurance insolvabilité des employeurs en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens », *Dr. ouvr.* 1975, p. 435 ; H. BLAISE, « Panorama de jurisprudence récente concernant l'AGS », *Dr. soc.* 1982, n° 3, p. 186 ; P. PETEL, « L'AGS et la réforme des procédures collectives », *RJ com.* 2006, p. 174 ; T. MÉTEYÉ, « La loi de sauvegarde des entreprises: le point de vue de l'AGS », *LPA* 17 févr. 2006, n° 35, p. 48 ; « L'intervention de l'AGS dans les procédures de sauvegarde », *Gaz. Pal.* 14-18 juill. 2006, p. 3 ; « La place de l'AGS dans les procédures collectives (Quelques questions posées à Th. Méteyé) », *Rev. proc. coll.* 2008, n° 3, p. 11 ; C. GAILHBAUD, « L'AGS dans la procédure de sauvegarde », *LPA* 28 nov. 2008, n° 239, p. 3.

¹⁶⁰⁷ Loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009.

¹⁶⁰⁸ Dir. n° 80/987, 20 oct. 1980, art. 10 ; Cass. soc. 12 mai 1980, *Dr. soc.* 1982, n° 3, p. 191 ; 21 janv. 1981, *Dr. soc.* 1982, n° 3, p. 191 ; 28 janv. 2004, n° 01-46.794, in www.editions-legislatives.fr ; Pour le Président d'une SCOP, v. Cass. soc. 28 janv. 2004, *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 703, note Ph. Auvergnon ; 28 janv. 2004, *RJS* 5/2004, n° 613.

¹⁶⁰⁹ C. trav., art. L. 3253-21, dernier alinéa.

¹⁶¹⁰ Loi du 2 août 2005 sur les PME ; N. FERRIER, « Le statut de gérant-mandataire issu de la loi du 2 août 2005 », *LPA* 2006, n° 105, p. 4.

qui n'engendre pas un contrat de travail, donc le droit à la garantie. Pour qu'il puisse bénéficier de cette garantie, il faut qu'un contrat de travail existe à côté du mécanisme de représentation inhérent au mandat social lui permettant d'agir au nom de l'employeur¹⁶¹¹. En revanche, le gérant de la succursale d'une société (maison-mère)¹⁶¹² salarié¹⁶¹³ bénéficie de la garantie de l'AGS. Il a déjà été souligné qu'il peut bénéficier des mécanismes de protection des créances salariales de droit commun. Le champ des bénéficiaires de la garantie des salaires a été étendu.

166.- Extension du cercle des bénéficiaires. La soumission de la prise en charge des créances à la qualité de salarié prescrite à l'article L. 3253-6 du Code du travail, a été aménagée. Le cercle des bénéficiaires de la garantie des salaires a été étendu sans pour autant qu'elle ne devienne universelle pour bénéficier à l'ensemble des créanciers de l'employeur insolvable. Elle reste une garantie spécifique dont le bénéfice reste très rattaché à l'existence d'un contrat de travail¹⁶¹⁴. C'est pourquoi son bénéfice a seulement été accessoirement étendu à d'autres types de contrat établissant une relation de travail. Ces contrats qui n'ont pas la nature de contrats de travail¹⁶¹⁵, ne se caractérisent pas forcément par la subordination juridique¹⁶¹⁶ qui donne à l'employeur le pouvoir de contrôler et de sanctionner les éventuels manquements du salarié¹⁶¹⁷. Ainsi, l'assouplissement de l'exigence de rattachement de la

¹⁶¹¹ Cf., R. VATINET, « Des hypothèses de non-cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social », *Rev. sociétés*, 1999, p. 273 ; D. GIBIRILA, « Un administrateur d'une société anonyme peut-il conclure un contrat de travail ? », *Dr. et patr.* 2007, p. 46 ; L. DAUXERRE, « Le cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social : un mariage d'intérêts », *JCP S* 2007, n° 5, 1049, p. 12 ; G. AUZERO, N. FERRIER, « Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social », *Rép. trav.*, 2010.

¹⁶¹² C. trav., art. L. 7321-2 et s. ; A. BERNUT-POUILLET, « Succursales françaises. Réflexions sur les responsabilités respectives du gérant et de la maison mère », *LPA*, 2000, n° 150, p. 4.

¹⁶¹³ La qualité de salarié nécessite le lien de subordination (Cass. soc. 19 nov. 1959).

¹⁶¹⁴ CA Versailles, 30 janv. 1989, somm., 216, obs. A. Honorat ; Rouen, 10 janv. 1990, *JCP E* 1991, I, 102, 15, obs. P. P. ; Cass. soc. 21 nov. 2001, *Rev. proc. coll.* 2002, n° 1, p. 61 ; F. SARAMITO, « L'assurance insolvabilité des employeurs en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens », *Dr. ouvr.* 1975, o. 435 ; H. BLAISE, « Panorama de jurisprudence récente concernant l'AGS », *Dr. soc.* 1982, n° 3, p. 186 ; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 5^e éd., Dalloz, 2009, n° 693.11 et suivants.

¹⁶¹⁵ G. CORNU, *Le vocabulaire juridique*, définit le contrat de travail comme « un contrat par lequel une personne place sa force de travail sous l'autorité d'une autre, moyennant une rémunération de salaire ; peut être conclu pour une durée déterminée ou pour indéterminée, auquel cas il peut être mis fin ad nutum, à chaque instant, en donnant préavis », 7^e éd., PUF, juillet 1998, p. 213 ; Cass. ass. plén. 4 mars 1983, *Bull. civ. V*, n° 3 ; 15 oct. 1998, *RJS* 2/98, n° 1343 ; 19 déc. 2000, *Dr. soc.* 2001, p. 237 ; 27 mai 2003, note A. Fabre, *D.* 2004, p. 382 ; 3 juin 2009, *Sem. soc. Lamy*, n° 1403 du 8 juin 2009, note A. Jeammaud, p. 14.

¹⁶¹⁶ Cass. soc. 13 nov. 1996, n° 94-13.187, *Bull. civ. V*, n° 386 ; O. LECLERC, T. PASQUIER, « La dépendance économique en droit du travail : éclairages en droit français et en droit comparé », *RDT* 2010, p. 83 ; G. AUZERO, « Le législateur à nouveau au chevet de la gérance-mandat », *RDT* 2010, p. 642.

¹⁶¹⁷ Cass. soc. 13 nov. 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux (À propos d'une banque utilisant les services de conférenciers et intervenants extérieurs) ; 1er juill. 1997, *Bull. civ. V*, n° 242 ; 15 oct. 1998, *RJS* 1998, 813, n° 1343 (engagés volontaires dans une organisation humanitaire).

garantie à la qualité de salarié permet aux apprentis¹⁶¹⁸, aux stagiaires et aux jeunes en formation alternée de bénéficier de la garantie des salaires. À l'opposé du contrat de travail qui est caractérisé par le lien de subordination, les contrats d'apprentissage, de stage ou de formation n'obéissent pas impérativement à cette logique.

Il en résulte que le cercle des bénéficiaires de la garantie des créances ne se limite plus seulement aux salariés, il est élargi aux personnes titulaires de contrats voisins du contrat de travail. Toutefois, la limite de la connexité entre le régime de la garantie des salaires se manifeste toujours, à certains égards, par le rattachement du bénéfice de la garantie au salariat, même si les techniques de réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles sont elles aussi rattachées au salariat¹⁶¹⁹. La sécurité sociale a néanmoins été construite dans une logique qui tend vers l'universalité, alors que le rôle social qu'assume l'AGS est légalement limité aux salariés¹⁶²⁰. Par conséquent, les fonctionnaires et les retraités n'ont pas droit à sa protection. Or, ils bénéficient des prestations de la sécurité sociale en raison de son universalité.

B. Le cercle des bénéficiaires de la sécurité sociale

Le rapprochement entre le régime de la garantie des salaires et celui de la sécurité sociale est également limité par le caractère hétérogène du cercle des bénéficiaires de la sécurité sociale. L'hétérogénéité du champ des bénéficiaires est le résultat de la conception de l'universalité affichée dans ce domaine. En effet, les instruments juridiques qui ont introduit la Sécurité sociale visent l'universalité de ce modèle de protection. Cette universalité se caractérise dans certains mécanismes de protection par l'extension du bénéfice des prestations sociales aux non salariés, alors que le bénéfice de la garantie de l'AGS se limite aux salariés et assimilés. Ainsi, l'universalité de la sécurité sociale s'oppose à la sélectivité des bénéficiaires¹⁶²¹ afin

¹⁶¹⁸ Cass. soc. 17 juin 2009, n° 08-40.659 ; 7 juill. 2009, n° 08-40.870.

¹⁶¹⁹ Cf., *supra*, n° 185 et s.

¹⁶²⁰ Cf., A. HUGON, *Créances salariales impayées : Le rôle de l'AGS*, préc., p. 50.

¹⁶²¹ Cf., P. VOLOVITCH, « Faut-il cibler les prestations sur « ceux qui en ont réellement besoin » », *Dr. soc.* 1995, p. 735 ; A. MATH, « Cibler les prestations sociales et familiales en fonction des ressources, éléments de comparaison européenne », *Revue de l'IRE* 2003, n° 41, p. 41 et « Discrimination positive », *Revue Pouvoirs* 2004, n° 111 ; G. CARRIN, « L'assurance maladie sociale : les facteurs clés qui affectent le passage à la protection sociale universelle », *RIS* 2005, n° 1, vol. 58, p. 55 ; M. BORGETTO, « Universalité et droit de la protection sociale, in G. KOUBI, O. JOUANJAN (dir.), *Sujets et objets universels en droit*, PU Strasbourg, 2007, p. 13 ; J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, 17e éd., Dalloz, coll. « Précis », p. 199.

que les prestations sociales soient accordées aux personnes qui ne travaillent pas. L'illustration manifeste de l'universalité de la sécurité sociale est la Couverture Maladie Universelle¹⁶²². Pour mieux saisir les limites de la connexité entre les régimes de la garantie des salaires et de la sécurité sociale sur ce plan, il est important de préciser, d'une part, que l'extension du champ des bénéficiaires de la sécurité sociale n'est que le corollaire du principe d'universalité qui a des sources bien définies (1) avant d'analyser, d'autre part, les limites de cette universalité (2).

1. L'application du principe de l'universalité de la sécurité sociale

167.- Fondements. Les textes qui consacrent les prestations sociales se fondent essentiellement sur l'universalité de la protection sociale. Les normes internationales prônent notamment le droit de toute personne d'accéder à la protection sociale¹⁶²³ pour généraliser l'application de la sécurité sociale¹⁶²⁴. Tandis que la garantie des salaires n'envisage pas d'accorder sa protection à toutes les personnes, mais seulement aux salariés pour protéger leur sécurité économique en cas d'insolvabilité de l'employeur. Il existe plusieurs textes dans lesquels la conception universaliste de la sécurité sociale est affirmée. L'article 22 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 dispose que « toute personne, en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale... ». Et l'article 25 de cette déclaration ajoute que « toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille... ». Dans cette perspective, le pacte international concernant les droits économiques, sociaux et culturels du 19 décembre 1966, exprime à l'article 9 : « le droit de toute personne à la Sécurité sociale, y compris [aux] assurances sociales ». Ce principe de l'universalité est acquis depuis la fin de la deuxième guerre mondiale¹⁶²⁵, même si certains mécanismes de la sécurité sociale telle que l'assurance maternité reste encore catégorielle comme la garantie des créances salariales.

¹⁶²² V., Loi du 27 juill. 1999.

¹⁶²³ Cf., J.-J. DUPEYROUX, « Le droit à la sécurité sociale dans les déclarations et pactes internationaux », *Dr. soc.* 1960, p. 365 ; Y. CHAUVY, « Les normes supérieures du droit de la Sécurité sociale », *RDP* 1996, p. 991 ; F. PETIT, *Le concept français de sécurité sociale à la lumière du droit international et du droit communautaire*, thèse, Bordeaux IV, 2001.

¹⁶²⁴ P. LAROQUE, « La sécurité sociale de 1944 à 1951 », *RFAS* 1971, 3 ; N. KERSCHEN, « La doctrine du rapport Beveridge et le plan français de la sécurité sociale », *Dr. ouvr.* 1995, 415 ; M. BADEL, *Droit de la sécurité sociale*, Ellipses, 2004, p. 7.

¹⁶²⁵ R. MARIÉ, *Du processus de généralisation de la Sécurité sociale de 1945 à nos jours*, thèse, Nantes, 1997.

Ainsi, la logique d'universalité de la sécurité sociale a été intégrée à l'article L. 111-1 et suivants du Code de la sécurité sociale. Cette universalité a déjà été soulignée par MM. LAROQUE¹⁶²⁶ et NETTER¹⁶²⁷ quand la sécurité sociale se limitait encore aux seuls ouvriers qui avaient de faibles salaires¹⁶²⁸. L'universalité marque la pertinence d'un véritable droit à la sécurité sociale¹⁶²⁹. En effet, la collectivité nationale est tenue d'aider ses membres subissant des aléas existentiels puisque la solidarité l'y oblige¹⁶³⁰. Elle est renforcée par la constitutionnalisation du droit à la sécurité sociale¹⁶³¹. Elle est déduite des alinéas 5, 10 et 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946¹⁶³² qui a valeur constitutionnelle¹⁶³³. Ainsi, le conseil constitutionnel se fonde particulièrement sur l'alinéa 11 de cette Constitution pour contrôler l'activité parlementaire en matière sociale¹⁶³⁴. Cependant, les juges constitutionnel¹⁶³⁵ et administratif¹⁶³⁶ ne sanctionnent pas les restrictions relatives à l'accès aux prestations par certaines catégories de personnes. Toutefois, les personnes doivent avoir effectivement accès aux institutions de la sécurité sociale¹⁶³⁷. Le législateur doit en effet instaurer les institutions de médiation permettant la concrétisation du droit à la sécurité

¹⁶²⁶ P. LAROQUE, « De l'assurance à la Sécurité sociale, l'expérience française », *Rev. inter. du travail*, vol. LVII, n° 6, 1948, p. 625.

¹⁶²⁷ F. NETTER, *La sécurité sociale et ses principes*, Sirey, Paris, 1959, p. 39 ; rééd., Dalloz, Paris, 2005.

¹⁶²⁸ P. LECLERC, *La sécurité sociale. Son histoire à travers les textes*, tome II, 1870-1945, Paris, Association pour l'étude de l'Histoire de la Sécurité sociale, 1996, (sous la dir. de M. Lagave).

¹⁶²⁹ J.-J. DUPEYROUX, « Quelques réflexions sur le droit à la sécurité sociale », *Dr. soc.* 1960, p. 288.

¹⁶³⁰ J.-P. CHAUCHARD, « La Sécurité sociale et les droits de l'Homme (à propos du droit à la Sécurité sociale) », *Dr. soc.* 1997, p. 48.

¹⁶³¹ X. PRETOT, « Les bases constitutionnelles du droit social », *Dr. soc.* 1991, p. 187 ; Y. CHAUVY, « La portée constitutionnelle de la Sécurité sociale », *Dr. ouvr.* oct. 1995, p. 425 ; X. PRETOT, « Alinéa 11 », in G. CONAC, X. PRETOT, G. TEBOUL, *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2001, p. 261 ; L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, 2^e éd., Dalloz, 2002, p. 251 ; J.-P. LABORDE, *Droit de la sécurité sociale*, PUF, coll. « Thémis Droit public », 1^e éd., 2005, pp. 198-199 ; J.-P. CHAUCHARD, « La Sécurité sociale et les droits de l'Homme (à propos du droit à la Sécurité sociale) », *préc.*

¹⁶³² L'alinéa 5 : « Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi... ». L'alinéa 10 : « La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à son développement ». L'alinéa 11 : « Elle [la Nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère, et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ».

¹⁶³³ Cons. const. 15 janv. 1975, IVG (pour soutenir le droit de la personne à la santé), L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 13^e éd., Dalloz, 2005, n° 22 ; Cons. const. Décis. n° 86-225 DC, 23 janv. 1987, loi portant diverses mesures d'ordre social.

¹⁶³⁴ Cf., M. MOLFESSIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit privé », in *N. Molfessis*, LGDJ, 1997, p. 127 ; X. PRETOT, *Les grands arrêts du droit de la Sécurité sociale*, n° 3, et 4, 2^e éd., Dalloz, 1998, p. 24 et s.

¹⁶³⁵ Cons. const. 23 janv. 1987 DC n° 86-225 (condition de résidence) ; Décis. n° 96-387 DC du 21 janv. 1997 (condition d'âge) ; Décis. n° 97-393 du 18 déc. 1997 (mise sous condition de ressources) Décis. n° 99-416 du 23 juill. 1999 (mise sous condition de ressources).

¹⁶³⁶ CE, sect., 6 juin 1986, Fédération des fonctionnaires, agents et ouvriers de la fonction publique et autre, *Rec. CE*, p. 158 ; *Dr. soc.* 1986, concl. J. Massot.

¹⁶³⁷ L.-E. CAMAJI, *La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales*, thèse, Paris X – Nanterre, 2006, A. Lyon-Caen (dir.) ; Dalloz, 2008, coll. « Nouvelle Bibliothèque des Thèses », préface d'A. Lyon-Caen, p. 33.

sociale¹⁶³⁸. Ces institutions intermédiaires permettent aux bénéficiaires des prestations sociales de réaliser leur droit de créance. Il n'existe pas directement un lien entre le droit constitutionnel à la sécurité sociale et le droit subjectif à la prestation sociale (créance).

En somme, le régime de la garantie des salaires est différent de celui de la sécurité sociale, au regard du champ des bénéficiaires de l'assurance maladie qui prend en charge à la fois les frais de santé des salariés et des inactifs. Mais comment se situe le principe de l'universalité du modèle de sécurité sociale par rapport à l'assujettissement obligatoire qui implique des cotisations dans certaines assurances sociales ? En analysant cette question, un auteur souligne que les droits-créances « soumis à une obligation tout au plus de moyen, n'assurent en réalité que l'accès à des médiations institutionnelles, qui produisent des services et délivrent des prestations pour tendre à la réalisation du droit proclamé »¹⁶³⁹, car si « le droit à la Sécurité sociale est véritablement « considéré comme un droit de l'Homme », il doit être universel et inconditionnel¹⁶⁴⁰. Or, les régimes de Sécurité sociale ont des conditions propres¹⁶⁴¹. C'est en constatant les limites du principe d'universalité affiché que la proposition de considérer le droit à la sécurité sociale comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République a été suggérée¹⁶⁴². Les limites de l'universalité du modèle de sécurité sociale méritent donc d'être présentées.

2. Une application limitée du principe d'universalité

168.- Limites liées aux conditions de ressources et de résidence. La justification des limites de la connexité entre le régime de la garantie des créances des salariés et celui de la Sécurité sociale à travers le principe d'universalité, qui permet également la protection des personnes qui ne travaillent pas, doit être tempérée. En effet, l'universalité de la sécurité sociale qui devrait supposer l'absence de sélection et l'inconditionnalité n'a pas encore été réalisée. Elle est limitée, car le bénéfice de certaines prestations est soumis aux conditions de ressources ou

¹⁶³⁸ Décis. n° 86-225 DC, 23 janv. 1987 (cons. 17).

¹⁶³⁹ R. LAFORE, « Les nouveaux modes de régulation juridique. L'exemple des politiques d'insertion, in P. AUVERGNON, P. MARTIN, P. ROZENBLATT, M. TALLARD (coord.), *L'État à l'épreuve du social*, Syllepse, 1998, p. 40 et s., spéc. p. 44.

¹⁶⁴⁰ J.-P. CHAUCHARD, « La Sécurité sociale et les droits de l'Homme (à propos du droit à la Sécurité sociale), » préc.

¹⁶⁴¹ R. LAFORE, « Le droit aux droits. Un nouveau discours », *Informations sociales*, 2000, n° 81, p. 80.

¹⁶⁴² Cons. const. n° 97-393, 18 déc. 1997 ; X. PRETOT, « La conformité de la Constitution de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 1998 », *Dr. soc.* 1998, p. 164 ; J.-E. SCHOETTL, *AJDA* 1998, p. 127.

de résidence. Ces conditions apportent indubitablement des limites à l'universalité de la sécurité sociale et catégorise comme la garantie des salaires les bénéficiaires de la protection.

S'il a été relevé par un auteur que le régime général de la sécurité sociale est une « formidable machine pour prélever des sommes d'argent d'un côté et les redistribuer sous forme de remboursements de soins, de pensions et de prestations, de l'autre côté »¹⁶⁴³, un autre auteur remarquait déjà qu'« à l'époque contemporaine, les problèmes financiers sont passés au premier plan de ceux que pose une politique de sécurité sociale »¹⁶⁴⁴. Par conséquent, les conditions du bénéfice des prestations sociales permettent de diminuer les dépenses de la sécurité sociale.

À cet égard, la limite de l'universalité de la sécurité sociale est notamment observée dans l'attribution de la Couverture Maladie Universelle Complémentaire. En effet, si la Couverture Maladie Universelle (CMU)¹⁶⁴⁵ de base caractérise le mécanisme dans lequel la logique de l'universalité est mieux aboutie, ce n'est pas le cas de la Couverture Maladie Universelle complémentaire qui est attribuée en fonction des ressources des personnes. Ainsi, la CMU complémentaire est allouée aux personnes disposant de faibles revenus. Les plafonds de ressources sont en conséquence déterminés pour le bénéfice de cette couverture¹⁶⁴⁶. En réalité, si les conditions fixées pour le bénéfice de la Couverture Maladie Universelle ne sont pas identiques à celles du salariat nécessaire à la garantie des salaires, elles catégorisent néanmoins la protection comme le régime de la garantie des salaires. La quantité des ressources devient la condition de la prise en charge obligatoire par l'assurance maladie¹⁶⁴⁷. L'attribution de cette couverture n'étant pas soumise à la situation professionnelle comme l'AGS, elle protège certaines catégories de personnes assimilées aux salariés¹⁶⁴⁸, les étudiants¹⁶⁴⁹, les écrivains et artistes¹⁶⁵⁰, les praticiens et auxiliaires médicaux

¹⁶⁴³ X. PRETOT, « Table ronde. Le financement de la sécurité sociale », *Les grands dossiers de la protection sociale*, EN3S, 24 au 28 sept. 2006.

¹⁶⁴⁴ P. DURAND, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, 1953, n° 127, p. 276, rééd., Dalloz, 2005.

¹⁶⁴⁵ CSS, art. L. 980-1 ; Loi n° 99-641 du 27 juill. 1999 relative à la couverture maladie universelle; Décr. n° 2001-24, 9 janv. 2001 ; R. MARIÉ, « La couverture maladie universelle », *Dr. soc.* 2000, p. 7 ; M. MEUNIER-BOFFA, *Droit social, Politique de l'emploi, Politique sociale*, 3^e éd., Litec, 2003, pp. 485-490 ; J.-P. LHERNOULD, « Les Européens et la CMU après la circulaire du 23 novembre 2007 », *Dr. soc.* 2008, p. 221 ; F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, 3^e éd., Dalloz, coll. « Cours », 2009, p. 236 et s. ; P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, 4^e éd., Litec, 2009, p. 170.

¹⁶⁴⁶ Cons. cons. 23 juill. 1999, DC n° 99-416, Couverture Maladie Universelle.

¹⁶⁴⁷ CSS, art. R. 380-3 ; Cir. DSS/5 A/5 B n° 2000-21 du 21 janv. 2000 relative à l'affiliation au régime général de sécurité sociale sous condition de résidence et au versement de la cotisation.

¹⁶⁴⁸ CSS, art. L. 311-2 et L. 311-3 ; Cass. civ. 2^e, 3 avr. 2003, *RJS* 6/03, n° 815.

¹⁶⁴⁹ CSS, art. L. 381-4.

conventionnés¹⁶⁵¹, les praticiens hospitaliers¹⁶⁵², les ministres des cultes¹⁶⁵³, les victimes de guerre¹⁶⁵⁴ et les sapeurs-pompiers non professionnels¹⁶⁵⁵.

En outre, la Couverture maladie universelle est soumise à la condition de résidence sur le territoire national¹⁶⁵⁶. Pour bénéficier de l'assurance maladie au titre de la Couverture Maladie Universelle complémentaire la personne concernée doit justifier d'une durée minimale de résidence en France¹⁶⁵⁷. En ce sens, le détachement de l'attribution de la Couverture Maladie universelle complémentaire à la qualité de salarié, tant attachée à la garantie des salaires, s'il restreint la logique universaliste de la sécurité sociale, elle vise la protection de la dignité humaine¹⁶⁵⁸, car la majorité des bénéficiaires de la Couverture Maladie Universelle complémentaire est demandeur d'emploi, stagiaires ou étudiants. L'exigence du salariat que retient le régime de la garantie de l'AGS devrait les exclure du champ de la prestation. Une telle exclusion limitant la logique universaliste de la sécurité sociale peut également s'observer dans le cadre des prestations en espèces de l'assurance maternité parce qu'elles ne sont réservées qu'aux femmes enceintes ou qui accouchent salariées. Elle exclut non seulement les hommes, mais aussi les femmes qui ne travaillent pas¹⁶⁵⁹.

Il en résulte que la distinction du cercle des bénéficiaires de la garantie des créances salariales et celui de la sécurité sociale est un point de la non proximité entre le régime de la garantie des salaires avec celui de sécurité sociale. La sécurité sociale a un cercle de bénéficiaires plus large, alors que celui de la garantie des salaires ne s'étend pas au-delà des salariés et assimilés. Toutefois, la distinction des cercles de bénéficiaires n'apporte qu'une déconnexion réduite entre le régime de la garantie des salaires et celui de la sécurité sociale, car certains mécanismes relevant de la sécurité sociale s'attachent à la qualité de salarié pour accorder leur protection comme la garantie des salaires. C'est le cas des assurances qui couvrent les accidents du travail et les maladies professionnelles. En tout état de cause, la réservation du bénéfice de ces assurances aux salariés n'enlève rien à leur qualité d'assurances relevant de la

¹⁶⁵⁰ CSS, art. L. 382-1.

¹⁶⁵¹ CSS, art. R. 382-2.

¹⁶⁵² CSS, art. L. 381-12 à L. 381-18.

¹⁶⁵³ CSS, art. L. 381-12 à L. 381-18 et L. 721-1 à L. 721-18.

¹⁶⁵⁴ CSS, art. L. 381-19 et s.

¹⁶⁵⁵ CSS, art. L. 381-25.

¹⁶⁵⁶ CSS, art. L. 380-1 et R. 380-1 ; J.-P. LHERNOULD, « Minima sociaux et résidence sur le territoire français », *Dr. soc.* 1999, p. 366.

¹⁶⁵⁷ Cf., L.-E. CAMAJI, *La personne dans la protection sociale*, préc., p. 42 et s.

¹⁶⁵⁸ V., CSS, art. L. 311-6.

¹⁶⁵⁹ Cf., Intra, n° 180.

sécurité sociale, mais elle constitue simplement une limite à la conception universelle de la sécurité sociale. La limite de proximité entre le régime juridique de la garantie des salaires et de la sécurité sociale s'observe considérablement si la différence de l'étendue des bénéficiaires est additionnée avec la distinction des figures ou typologies de risques couverts.

Paragraphe 2 : La distinction des risques couverts

169.- Nature et quantité de risques couverts. La proximité entre le régime de la garantie des salaires et le régime de la sécurité sociale est également limitée par la distinction entre la nature et la quantité de risques couverts. La garantie des salaires et la sécurité sociale ne couvrent pas, en effet, le même risque. Le mécanisme de garantie des salaires a été créé pour couvrir le risque de non-paiement des sommes dues aux salariés au cours de l'exécution du contrat de travail en cas de défaillance de l'employeur¹⁶⁶⁰, alors que la sécurité sociale est instituée afin de protéger l'ensemble de la collectivité contre les risques sociaux¹⁶⁶¹. La distance entre les régimes de la garantie des salaires et de la sécurité sociale est essentiellement créée par la différence de la nature des risques qu'elles couvrent. La garantie collective de l'AGS assure le bénéficiaire contre le risque original de non-paiement des créances salariales, c'est-à-dire l'insolvabilité de l'employeur. Tandis que, la sécurité sociale couvre le risque social¹⁶⁶² qui n'a pas la même nature ou qualité que le risque de non-paiement des créances des salariés (A). En outre, la garantie collective des créances des salariés est un mécanisme qui assure seulement contre le risque de non-paiement des sommes dues aux salariés. En revanche, la sécurité sociale est un mécanisme qui couvre une grande diversité de risques sociaux. La mise en œuvre de son régime n'est pas, par ailleurs, forcément conditionnée par l'insolvabilité de l'employeur qui est placé en procédure collective. Par conséquent, la différence du nombre, de la quantité de risques couverts constitue également une limite à la proximité entre leurs régimes juridiques (B).

¹⁶⁶⁰ C. trav., art. L. 3253-6.

¹⁶⁶¹ Cf., J.-P. CHAUCHARD, « De la définition du risque social », *TPS* 2000, n° 6, p. 4 ; U. BECK, *La société du risque, sur la voie d'une autre modernité*, Alto-Aubier, 2001 ; F. NETTER, *La sécurité sociale et ses principes*, Dalloz (rééd.), 2004, pp. 5 et s. ; R. LAFORE, « La notion de risque social, *Rev. Regards (EN3S)*, 2006, n° 29, pp. 26 et s. ; M. BORGETTO, « L'articulation des droits et devoirs dans le champ de la protection sociale », *RDSS* 2009, p. 3.

¹⁶⁶² E. ALFANDARI, « L'évolution de la notion de risque social. Les rapports entre l'économie et le social », *Revue inter. de droit économique*, De Boeck Université 1997/1, p. 14 ; J.-P. CHAUCHARD, « De la définition du risque social », *TPS* juin 2000, chron. p. 4.

A. La distinction qualitative

170.- Risque de non-paiement des salaires. La connexité entre le régime de la garantie des salaires et celui de la sécurité sociale est réduite par la différence existant entre la nature, la qualité du risque de non-paiement des salaires et celle du risque social. Ces deux risques sont des risques originaux, mais n'ont pas la même nature. En effet, l'article L. 3253-6 du Code du travail dispose que la garantie de l'AGS protège les salariés contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues [...]. Le risque de non paiement des créances des salariés est un risque économique de perte de créances par le salarié. Il appauvrit le patrimoine du salarié qui a fourni sa prestation de travail au profit de l'employeur. Ainsi, la créance qu'il détient à l'égard de l'employeur fait partie de son actif patrimonial. La garantie des salaires protège le patrimoine du salarié qui devrait être appauvri par l'insolvabilité de l'employeur. Le salarié devrait perdre sa créance de salaire qui est un droit social fondamental.

En effet, le placement de l'employeur en procédure collective ne l'exonère pas de l'obligation de payer les créances des salariés¹⁶⁶³. S'il est insolvable, l'institution de garantie intervient¹⁶⁶⁴. La notion d'insolvabilité est définie comme « la situation d'une personne dont l'actif est insuffisant pour faire face à son passif exigible »¹⁶⁶⁵. Elle est proche de la cessation des paiements¹⁶⁶⁶ qui est caractérisée par « l'impossibilité, pour un commerçant, un artisan ou une personne moral de Droit privé, de faire face au passif exigible avec son actif disponible, cause d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire »¹⁶⁶⁷. La cessation des paiements ne se confond cependant pas avec l'insolvabilité qui est l'acte par lequel le débiteur qui cesse ses paiements peut avoir un actif supérieur à son passif »¹⁶⁶⁸. Ainsi, la cessation des paiements est distincte de l'insolvabilité parce qu'un débiteur peut être solvable, c'est-à-dire avoir un actif supérieur à son passif, et être en cessation des paiements dès lors que son actif n'est pas

¹⁶⁶³ V., Cass. soc. 20 juin 2006, n° 05-40.662 ; 14 oct. 2009, n° 08-40.723 à n° 08-43.736 et n° 08-43.103.

¹⁶⁶⁴ C. trav., art. L. 3253-20.

¹⁶⁶⁵ S. GUINCHARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 20^e éd., Dalloz, 2012, p. 502 et s.

¹⁶⁶⁶ Cf., G. TEBOUL, « A propos de la cessation des paiements », *RJ com.* 1998, 169 ; J.-P. MARTY, « De la cessation des paiements aux difficultés prévisibles », *Lamy dr. aff.*, 2005, p. 21, suppl. au n° 80 ; G. BERTHELOT, « La cessation des paiements : une notion déterminante et perfectible », *JCP E* 2008, 2232 ; P.-M. LECORRE, « La notion de difficultés que le débiteur ne peut surmonter. A propos de la CA Paris, pôle 5, ch. 9, 25 févr. 2010 : Affaire Cœur la Défense », *Gaz. Pal.* 16/17 avr. 2010, p. 13 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Montchrestien, 2011, p. 228 et s ; J. VALLANSAN, « Que reste-t-il de la cessation des paiements ? », *Rev. proc. coll.* 2012-3, dossier 13.

¹⁶⁶⁷ V., C. com., art. L. 631-1.

¹⁶⁶⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., p. 143.

disponible, c'est-à-dire réalisable immédiatement¹⁶⁶⁹. Or, l'insolvabilité suppose que l'actif soit inférieur au passif, afin d'engendrer une impossibilité durable de règlement des dettes¹⁶⁷⁰. En ce sens, le terme « d'insolvabilité » qui est employé à l'intitulé de cette thèse être considéré au sens large. Dans cette optique, la Cour de cassation a décidé que le simple refus de paiement du débiteur¹⁶⁷¹, le constat d'un résultat déficitaire¹⁶⁷², la perte d'exploitation ou le non-paiement des salaires ne constituent pas un état de cessation des paiements¹⁶⁷³. En vérité, le risque de non-paiement des salaires est une composante de la cessation des paiements¹⁶⁷⁴ qui ne concerne que l'impossibilité de l'employeur de régler à un moment donné, c'est-à-dire immédiatement les sommes dues aux salariés. La cessation des paiements est donc un *risque économique* plus large que celui du non-paiement des salaires. Ce dernier n'a pas, en revanche, la même nature que le risque social.

171.- Risque social. Le régime de la garantie collective des créances des salariés est différent de celui de la sécurité sociale car le risque couvert par cette dernière n'a pas la nature, la qualité de risque de non-paiement des créances salariales. Elle protège en effet contre le risque social¹⁶⁷⁵ qui est « tout risque inhérent à la vie en société »¹⁶⁷⁶, à l'existence humaine. Il a des particularités qui ne peuvent être satisfaites par le droit commun de la réparation des dommages. Il doit par conséquent être sécurisé par le droit social¹⁶⁷⁷ pour tempérer les règles de droit commun de la responsabilité¹⁶⁷⁸ qui n'accorde aux victimes qu'une *réparation*

¹⁶⁶⁹ Cf., Cass. com. 25 nov. 1997, *Bull. Civ.* IV, n° 303 ; 27 févr. 2007, n° 06-10.170, *Bull. civ.* IV, n° 65, D. 2007, p. 872, obs. Lienhard ; 7 févr. 2012, n° 11-11.347.

¹⁶⁷⁰ Cass. com. 28 mars 1962, *RTD com.* 1962, p. 737, obs. Houin ; CA Metz, 26 juin 1990, *D.* 1992, somm. P. 2, obs. Derrida ; Colmar, 1^{er} ch. civ., 16 mars 1998, *LPA*, 21 mai 1998, n° 61, p. 10.

¹⁶⁷¹ Cass. com. 27 avr. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 154.

¹⁶⁷² Cass. com. 3 nov. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 343.

¹⁶⁷³ Cass. com. 9 janv. 1996, *D. aff.*, 1996, p. 273.

¹⁶⁷⁴ C. com., art. L. 631-1 ; Cf., J. CALVO, « La notion de cessation des paiements dans les procédures collectives », *LPA* 1999, n° 178, p. 4 ; J. BESSE, « Réflexions critiques sur la formule « passif exigible et exigée » », *Rev. proc. coll.* 2000, p. 39 ; J.-P. MARTY, « De la cessation des paiements aux difficultés prévisibles », in *La loi du 25 janvier 1985 a vingt ans ! entre bilan et réforme*, *Dr. aff. Suppl.* au n° 80, mars 2005, p. 21 ; D. TRICOT, « La cessation des paiements, une notion stable », *Gaz. Pal.* 29-30 avr. 2005, p. 13 ; C. DELATTRE, « La notion d'actif disponible au sens de l'article L. 621-1 (devenu L. 631-1) du Code de commerce », *Rev. proc. coll.* 2007, p. 109 ; G. BERTHELOT, « La cessation des paiements : une notion déterminante et perfectible », *JCP E* 2008, 1, p. 2232 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., pp. 218 et s.

¹⁶⁷⁵ J. DONZELOT, *L'invention du social, Essai sur le déclin des passions politiques*, éd., Seuil, 1994, p. 49 et s. ; F. NETTER, *La sécurité sociale et ses principes*, Dalloz (rééd.), 2004, p. 5 et s. ; P. DURAND, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Dalloz (rééd.), 2005, p. 14-22, p. 175 et s. ; R. LAFORE, « La notion de risque social », *Regards (EN3S)*, n° 26, 2006, p. 24.

¹⁶⁷⁶ J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, 17^e éd., Dalloz, 2011, Coll. « Précis », p. 205 et s. et p. 214.

¹⁶⁷⁷ M. BORGETTO et R. LAFORE, « La République sociale », préc., p. 121 et s.

¹⁶⁷⁸ U. BECK, *La société du risque, sur la voie d'une autre modernité*, Alto-Aubier, 2001 ; Conseil d'État, *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public, 2005, La Doc. fr.

individuelle à travers les assurances privées. En effet, le libéralisme¹⁶⁷⁹ a accentué l'acceptation des risques couverts par les entreprises privées d'assurance qui fonctionnent pour le profit¹⁶⁸⁰. Le risque social n'est pas, en principe, couvert par les assurances privées, mais les mécanismes qui se reposent sur une prise en charge par la collectivité. Il est toutefois délicat de définir le risque social, c'est-à-dire, celui qui est pris en charge par la sécurité sociale parce qu'il est défini par le droit des assurances. Ce dernier le considère comme un événement futur et incertain dont la réalisation ne dépend pas exclusivement de la volonté de l'assuré¹⁶⁸¹. Il peut s'agir notamment d'une maladie, d'un décès¹⁶⁸², d'un incendie¹⁶⁸³, d'un mariage, de la naissance d'un enfant. Certaines associations familiales ont critiqué la considération de la naissance d'un enfant comme un risque social car elle n'est que la conséquence normale du mariage¹⁶⁸⁴.

Parfois, la notion de risque social est opposée à celle de charges¹⁶⁸⁵. Il est celui qui est lié à la vie sociale de la personne¹⁶⁸⁶. C'est un événement pouvant survenir à tout individu et provoquant, pour lui, soit des dépenses importantes, comme la maladie ou la maternité, soit une diminution sensible de ses revenus habituels, comme la vieillesse, et nécessitant donc une prise en charge collective¹⁶⁸⁷. La collectivité qui prend en charge le risque social est la communauté nationale¹⁶⁸⁸, alors que le risque d'insolvabilité n'est pris en charge que par la collectivité patronale¹⁶⁸⁹. Le risque économique de non-apeiement des salaires est pris en charge par l'institution de garantie parce qu'il diminue les revenus du salarié n'est en réalité

¹⁶⁷⁹ P. DURAND, *La politique contemporaine de Sécurité sociale*, préface de Xavier Prétot, Dalloz, 2005, p. 11.

¹⁶⁸⁰ F. PERROUX, *Cours d'économie politique*, t. II, 1939, p. 14 ; P. DURAND, « Rémunération du travail et socialisation du droit », *Dr. soc.* 1942, n° 3, p. 85 ; G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1946, n° 84 et s. ; G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2^e éd., 1948, n° 187, p. 345 ; M. PICARD, A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, 4^e éd., t. 1, 1950, p. 4 et s.

¹⁶⁸¹ M. PICARD, A. BESSON, préc., n° 22 et s., p. 35-43.

¹⁶⁸² Ce sont des risques portant atteinte à la personne de l'assuré.

¹⁶⁸³ Il porte atteinte à un bien matériel de l'assuré.

¹⁶⁸⁴ P. DURAND, *La politique contemporaine de Sécurité sociale*, préc., p. 14

¹⁶⁸⁵ La distinction entre le risque et la charge, Cf., A. ROUAST, P. DURAND, *Précis de droit du travail*, 4^e éd., n° 375 ; P. LAVIGNE, *Risque social et charges sociales*, Dalloz, 1948, chron. 89.

¹⁶⁸⁶ C. VELTCHEFF, « Le risque, un écueil étymologique, une aventure linguistique », *RFAS*, avril-juin 1996, p. 69 ; E. ALFANDARI, « L'évolution de la notion de risque social. Les rapports entre l'économie et le social », *Rev. inter. droit économique*, De Boeck Université, 1997/1, p. 14 ; R. MARIÉ, *Du processus de généralisation de la sécurité sociale de 1945 à nos jours*, thèse Droit, Nantes, 1997 ; J.-J. CHAUCHARD, « De la définition du risque social », *TPS* juin 2000, chron. p. 4 ; F. EWALD, « La société assurantielle », *Risques*, n° 1, p. 5 ; C. RIOT, *Le risque social*, éd., Université de Montpellier I, 2005 ; J.-P. LABORDE, *Droit de la sécurité sociale*, PUF, coll. « Thémis Droit public », 2005, p. 54 et s. ; Cahier n° 1, Série C, La Sécurité sociale, de l'Institut de science économique appliquée (La notion de sécurité sociale, Les plans anglo-saxons de sécurité sociale), p. 14.

¹⁶⁸⁷ Cf., G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., p. 922.

¹⁶⁸⁸ CSS, art. L. 111-1 ; L.-E. CAMAJI, *La personne dans la protection sociale*, préc., pp. 89 et s.

¹⁶⁸⁹ Cf., J.-M. VERDIER, A. COEURET, M.-A. SOURIAU, *Droit du travail, Les relations individuelles de travail*, préc., p. 80 et s.

qu'un démembrement du risque social. Le risque de défaillance de l'employeur est une espèce du risque social. L'opposition entre la nature des risques est *in fine* un point de distinction du régime de la garantie des salaires à celui de la sécurité sociale. Les limites du rapprochement entre les régimes de la garantie des créances salariales et de la sécurité sociale se situent également au niveau du nombre, de la quantité de risques couverts.

B. La distinction quantitative

172.- Unité et diversité de risques couverts. Le nombre de risques couverts par la sécurité sociale n'est pas identique à celui de la garantie des créances salariales. Cette différence quantitative de risques couverts peut justifier les limites de la proximité entre le régime de la garantie des salaires et celui de la sécurité sociale. En effet, le régime de la garantie des salaires a été consacré pour assurer exclusivement les salariés contre le risque de non-paiement des sommes dues par l'employeur. C'est un seul risque qui est pris en charge par l'AGS. L'unité du risque couvert est ainsi un critère distinctif du régime de la garantie et celui de la sécurité sociale. Cette dernière ne se limite pas à l'indemnisation d'un seul risque comme le mécanisme collectif de garantie des salaires. Il prend en charge plusieurs types de risques sociaux, notamment l'accident du travail et la maladie professionnelle.

En effet, si la sécurité sociale se limitait à la couverture des risques qui obligeaient les ouvriers à cesser leur travail soit temporairement, soit définitivement¹⁶⁹⁰, elle ne se contente plus seulement à protection contre les risques liés à la perte de l'emploi. Le régime de la sécurité sociale couvre désormais une grande diversité de risques, notamment ceux entraînant la diminution du niveau de vie du salarié ou l'augmentation des charges de famille. Les risques couverts par la sécurité sociale peuvent généralement être classés en deux grandes catégories. D'une part, les risques physiologiques composés de la maladie, de la maternité, de l'invalidité¹⁶⁹¹, de la vieillesse¹⁶⁹², du décès¹⁶⁹³ et du veuvage¹⁶⁹⁴. D'autre part, les risques professionnels¹⁶⁹⁵ composés de l'accident du travail¹⁶⁹⁶ et de la maladie professionnelle¹⁶⁹⁷.

¹⁶⁹⁰ P. PIC, *Traité élémentaire de la législation industrielle*, Les lois ouvriers, 6^e éd., 1931-1933.

¹⁶⁹¹ CSS, art. L. 341-1 et s.

¹⁶⁹² J. BICHOT, « Sur divers modes de gestion de la retraite », *Dr. soc.* 1991, p. 271 ; J. CASSANDRE, « Retraites : le mirage de la capitalisation », *Dr. soc.* 1991, p. 518 ; P. SALY, « Capitalisation et répartition, jalons historiques », *Retraite et société*, 6/94 ; A. PEZARD, « La retraite par capitalisation », *LPA* 2000, n° 28, p. 4-13 ; BICHOT, « Quel statut juridique pour les droits à pension ? », *Dr. soc.* 2003, p. 402.

¹⁶⁹³ J. LEWIS (ed.), *Grender, Care and Welfare State restructuring in Europe*, 1998.

La garantie de l'AGS est par conséquent un mécanisme mono-risque¹⁶⁹⁸ qui n'a pas le même régime que la sécurité sociale qui est un mécanisme multi-risque. Le caractère multi-protection de la sécurité sociale découle incontestablement de la logique universaliste de ce modèle¹⁶⁹⁹. L'opposition entre leurs régimes se caractérise également par le fait que la garantie des salaires est un mécanisme unifonctionnel et la sécurité sociale multi-fonctionnel.

En somme, la distinction du champ de risques couverts est comme la distinction de la nature des risques couverts un point de distanciation du régime de la garantie de l'AGS et celui de la sécurité sociale. Cependant, la survenance d'un risque social peut avoir des conséquences importantes sur le contrat du travail. La conséquence essentielle est surtout la rupture du contrat de travail. Il en est ainsi lorsque le salarié est mis ou a pris la retraite¹⁷⁰⁰ sans cumuler cette retraite avec un emploi¹⁷⁰¹. De même, la maladie d'un salarié qui perturbe le

¹⁶⁹⁴ CSS, art. L. 356-2 et D. 356-3 ; CSS, art. R. 356-4.

¹⁶⁹⁵ Y. SAINT-JOURS, « La réparation des accidents du travail confrontée aux assauts du libéralisme », *Dr. ouvr.* août 1994 ; F. MEYER, *L'évaluation des risques professionnels*, PU Strasbourg, 1995 ; M.-M. LEGOUHY, L. MILET, « La réparation du risque professionnel par la sécurité sociale », *RPDS* 2003, p. 95 ; M. BADEL, « La notion de risque professionnel : état des lieux à la lumière des évolutions récentes », *RDSS* 2004, p. 206 ; S. BOURGEOT, T. BOTHUAN, « La gestion du risque de santé par l'entreprise », *Bull. soc. FL* 2005, p. 215 ; R. PILLET, « La responsabilité des employeurs et des salariés en cas d'accident du travail et de maladie professionnelle », in *Leçons de droit social*, Sirey, 2005, p. 277 ; Y. SAINT-JOURS, « L'influence du risque professionnel sur l'évolution de la responsabilité civile », *Dr. soc.* 2007, n° 709, p. 367 ; L. LEROUGE, « Le renouvellement de la définition de l'accident du travail », *RDSS* 2007, p. 696.

¹⁶⁹⁶ J.-J. DUPEYROUX, « La notion d'accident du travail », *D.* 1964, p. 23 ; *D.* 1967, p. 747, 1968, p. 409 ; X. PRETOT, *Grands arrêts de la sécurité sociale*, n° 46 à 57 ; M. LAROQUE, « Assurance accidents du travail, Mieux tarifer pour mieux prévenir », *Dr. soc.* 1987, p. 874 ; L. MILET, « Qu'est-ce qu'un accident du travail ? », *RPDS* 2001, n° 673, p. 151.

¹⁶⁹⁷ Y. SAINT-JOURS, « L'enjeu de la rénovation de la législation des accidents du travail et des maladies professionnelles », *Dr. ouvr.* 1998, p. 215 ; L. MILET, « Les voies de la réparation intégrale des accidents du travail et des maladies professionnelles », *Dr. soc.* 2002, p. 840 ; M. LAROQUE (Rapport), « La rénovation de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles », 2004 ; M. BADEL, « La notion de risque professionnel : état des lieux à la lumière des dernières évolutions », *RDSS* 2004, p. 208 ; L. LEROUGE, *La reconnaissance d'un droit à la santé mentale au travail*, LGDJ, 2005 ; « Reconnaissance des troubles psychologiques post-traumatiques », *Cah. soc. Barreau de Paris*, 2005, n° 176, p. 2 ; S. BUZZY, *La santé au travail (1880-2006)*, La Découverte, 2006 ; R. PELLET, « L'entreprise et la fin du régime des accidents du travail et des maladies professionnelles », *Dr. soc.* 2006, p. 402 ; M. BADEL, « Souffrance au travail et risque professionnel », *RDSS* 2006, p. 918 ; M. BADEL, « Les partenaires sociaux ont engagé des négociations pour réformer le régime relatif aux risques professionnels : fin des négociations sur la réforme du régime AT/MP », *Sem. soc. Lamy* 2007, n° 1299, p. 9.

¹⁶⁹⁸ Pour la définition de multirisque et monorisque, Cf., O. JOKUNG NGUENA, *Du monorisque au multirisque. Une étude théorique et une application à la finance et à l'assurance*, Thèse Lille 2, 1994, sous la dir. de M. Levasseur.

¹⁶⁹⁹ M. BORGETTO, « Universalité et droit de la protection sociale », in G. Koubi, O. Jouanjan (dir.), *Sujets et objets universels en droit*, PU Strasbourg, 2007, p. 13.

¹⁷⁰⁰ C. trav., art. L. 1237-5 ; Cass. soc. 16 janv. 2008, n° 06-44.583, *RDT* 2008, p. 234, obs. M.-C. Amauger-Lattes ; CE, 17 juin 2009, n° 304027, 4° et 5° sous-sect., *RJS* 11/09, n° 868 ; Cons. const. 4 févr. 2010, Déc. n° 2010-98, QPC *JO* 5 févr. 2011, p. 2335 ; Cass. soc. 16 févr. 2011, n° 09-72.061 et n° 10-10.465, *RDT* 2011, pp. 241 et s. ; cf., J. DUPRAT, « Mise à la retraite et discrimination », *RJS* 3/07, pp. 223 et s.

¹⁷⁰¹ Cf., *supra*, n° 181.

fonctionnement de l'entreprise peut être la cause du licenciement¹⁷⁰². Ainsi, l'employeur peut licencier une salariée en état de maternité s'il est dans l'impossibilité de maintenir son contrat de travail¹⁷⁰³, en dépit de l'interdiction de licenciement dont bénéficient les femmes enceintes¹⁷⁰⁴.

Conclusion du chapitre 2

Le mécanisme collectif de garantie des créances des salariés et la sécurité sociale sont deux techniques aux régimes juridiques connexes. Leur proximité est caractérisée par la convergence de leurs régimes à la garantie de la sécurité économique des bénéficiaires. Ainsi,

¹⁷⁰² Cass. soc. 13 mars 2001, n° 99-40.110, *RJS* 5/01, n° 592 ; 27 mars 2001, n° 98-44.292, *RJS* 6/01, n° 801.

¹⁷⁰³ Cass. soc. 4 mai 1972, n° 71-40.066 ; 25 juin 1975, n° 74-11.723 ; 4 oct. 1995, n° 94-41.162 ; 19 nov. 1997, n° 94-42.540, *RJS* 1/95, n° 24.

¹⁷⁰⁴ C. trav., art. L. 1225-4, al. 2, L. 1225-5 et L. 1225-39.

la couverture de l'AGS protège les salariés « contre le risque de non-paiement des créances salariales en cas d'insolvabilité de l'employeur ». Dans cette optique, la sécurité sociale protège contre les « risques sociaux » afin que les bénéficiaires conservent l'équilibre de leurs revenus, mieux encore le pouvoir d'achat. En revanche, la garantie de la sécurité économique peut être mise en danger par certains événements, notamment le changement de la situation juridique de l'employeur ou la cessation du contrat de travail.

Toutefois, la connexité entre le régime de la garantie des salaires et celui de la sécurité sociale est limitée. En effet, si l'institution de garantie des salaires ne protège que le salarié et les personnes qui lui sont assimilées contre le seul risque d'insolvabilité de l'employeur, la conception de l'universalité affichée de la sécurité sociale permet la couverture d'une plus grande diversité de risques sociaux auxquels sont victimes non seulement les salariés, mais également les non salariés, y compris les retraités. Les limites de la conception de l'universalité de la sécurité sociale ne donnent pas encore des traits forts de ressemblance pouvant rapprochés significativement le régime de sécurité sociale à celui de la garantie collective des salaires. Cette limitation du champ des bénéficiaires et des risques couverts permet de garder l'équilibre financier du mécanisme de garantie des salaires et lui donner une efficacité consistante.

Conclusion du titre 2

Le mécanisme de garantie des salaires entretient des rapports très étroits avec le modèle de sécurité sociale. La connexité entre leurs natures juridiques résulte de leur caractère d'assurances obligatoires. L'assujettissement à ces mécanismes est impératif, même si le principe de solidarité permet de ne pas lier directement le montant de la garantie avec le

montant de la cotisation. Le bénéfice de ces assurances peut être accordé, dans certains cas, sans pour autant que l'obligation de cotisation n'ait été satisfaite. La solidarité dans le mécanisme de garantie des salaires est limitée entre les employeurs, alors qu'elle est très étendue dans la sécurité sociale. Le droit français exige que la collectivité nationale doit assurer à chaque personne - citoyen - une certaine sécurité économique.

L'assujettissement obligatoire se constate également au niveau européen, car le droit européen oblige les États membres à mettre en place les institutions de garantie capables de prendre en charge non seulement les créances des salariés nationaux, mais aussi celles des salariés transfrontaliers. Il instaure également la coordination des régimes de sécurité sociale qui n'harmonise pas la sécurité sociale dans l'Union. Cette coordination vise notamment la liberté de circulation des personnes et l'égalité de traitement entre les citoyens de l'Union.

En dépit de cette proximité, la garantie des salaires a une nature juridique distincte à celle de la sécurité sociale. Elle ne peut être qualifiée de sécurité sociale de salaires ou d'une assurance sociale, car le régime de la garantie collective des salaires n'est pas identique à celui de la sécurité sociale. En effet, si la garantie de l'AGS tend, comme la sécurité sociale, vers la garantie de la sécurité économique des bénéficiaires, elle n'est toutefois pas fondée sur la logique d'universalité comme l'est la sécurité sociale. Cette logique permet à la sécurité sociale d'indemniser plusieurs catégories de personnes et une grande diversité de risques sociaux. En revanche, la garantie collective des salaires ne prend en charge que les créances des salariés et assimilés, et ne protège que contre le risque d'insolvabilité de l'employeur. Malgré tout, l'extension du champ des bénéficiaires de la garantie des salaires n'égale pas encore la conception universaliste de la sécurité sociale. Par conséquent, la garantie collective des salaires est qualitativement et quantitativement différente de la sécurité sociale. La qualification *d'assurance sociale* ne peut donc *in fine* lui être attribuée.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

La garantie collective des créances des salariés n'a pas de nature juridique légalement définie. La jurisprudence n'apporte aucune précision, et la doctrine annonce des natures juridiques controversées. De plus, la doctrine est divisée entre les auteurs qui lui attribuent la qualification d'assurance et ceux qui l'analyse comme un mécanisme de sécurité sociale des

salaires. Cette étude a intégré, en l'absence de prise de position de la loi, de la jurisprudence et de consensus au sein de la doctrine, dans son objet la recherche de la qualification de la garantie des salaires. Cette conclusion éclaire sur les rapports qu'entretient la nature de la garantie des salaires et celles des privilèges de droit commun et de la sécurité sociale.

En effet, la garantie de l'AGS n'a pas la même nature que les mécanismes de protection des créances des salariés de droit commun, car elle est financée par les cotisations des employeurs, alors que les privilèges sont assis sur le patrimoine d'un seul employeur. Par conséquent, l'insuffisance des actifs rend inefficace ces privilèges. Néanmoins, il existe une complémentarité entre le régime de la garantie des salaires et celui des privilèges. Ils poursuivent tous le règlement des créances alimentaires en accordant la priorité de paiement et en prenant directement en charge les créances salariales en cas de défaillance de l'employeur. Cette protection se limitant aux créances alimentaires, les plafonds ont été institués afin de minorer le montant des créances garanties.

Par ailleurs, la garantie des salaires n'a pas la nature d'une assurance sociale, même s'il existe une proximité entre leurs natures juridiques. En effet, la garantie des salaires et la sécurité sociale sont des assurances obligatoires assujettissant aux cotisations afférentes à leur financement, malgré la solidarité qui les fonde. Ces assurances existent également au niveau européen à travers l'exigence communautaire de garantie des salaires et la coordination des systèmes de sécurité sociale. Néanmoins, cette proximité ne permet pas de qualifier la garantie des salaires de sécurité sociale ou d'assurance sociale, car la connexité de leurs régimes juridiques est limitée. Si le régime de la garantie des salaires converge, en effet, comme celui de la sécurité sociale vers la garantie de la sécurité économique des bénéficiaires, cette dernière peut être mise à mal notamment par la cession d'entreprise. Ces mécanismes ne couvrent pas, en outre, les mêmes risques ni le même cercle de bénéficiaires. D'une part, la sécurité sociale a un champ de bénéficiaires plus étendu à raison de son universalité, alors que la garantie des salaires ne bénéficie qu'aux salariés et assimilés. D'autre part, la sécurité sociale protège contre une multitude de risques sociaux, alors que l'AGS ne protège que contre le risque de non-paiement des créances salariales. Ceci étant, la garantie collective des créances salariales n'a ni la nature d'un privilège ni celle d'une assurance relevant de la sécurité sociale. Elle a une nature *sui generis* qui ne peut être assimilée à celle d'une autre institution dans le dispositif juridique actuel. La singularité de la nature de ce mécanisme justifie sans doute sa dynamique, son efficacité.

SECONDE PARTIE : LA DYNAMIQUE DE LA GARANTIE

173.- Délimitations et effets des limites. L'assurance garantie des salaires est un soutien précieux pour les entreprises en difficulté dont l'état de trésorerie est nécessairement très dégradé. Elle permet ainsi à ces entreprises de mieux supporter leurs difficultés économiques, financières et sociales¹⁷⁰⁵. De ce fait, elle est très convoitée et attractive. Cependant, elle ne

¹⁷⁰⁵ V., C. trav., art. L. 3253-6 : « Tout employeur de droit privé assure ses salariés, y compris ceux détachés à l'étranger ou expatriés mentionnés à l'article L. 5422-13, contre le risque de non-paiement des sommes qui leur

profite ni à toutes les entreprises ni à toutes les créances des salariés. En effet, le champ d'application de la garantie des salaires est limité. La garantie est circonscrite à la fois quant à son objet et dans le temps.

D'une part, la garantie de l'AGS a été instituée pour protéger les créances des salariés qui résultent de l'exécution du contrat de travail¹⁷⁰⁶. Toutefois, le Code du travail indique à certains endroits que la créance qui est garantie résulte du contrat de travail¹⁷⁰⁷. En pratique, l'exigence de rattachement de la créance à l'exécution du contrat de travail¹⁷⁰⁸ ou au contrat de travail¹⁷⁰⁹ est assouplie par la jurisprudence qui impose à l'institution de garantie la prise en charge de certaines créances dont le lien avec l'exécution ou le contrat de travail lui-même n'est pas facile à démontrer. Les créances qui sont véritablement rattachées à l'exécution du contrat de travail¹⁷¹⁰ sont le salaire et ses compléments, alors que celles qui sont liées au contrat de travail¹⁷¹¹ s'étendent du salaire aux dommages-intérêts dus par l'employeur en raison de la violation des prescriptions du droit du travail¹⁷¹². Si l'extension jurisprudentielle de l'objet garanti par l'AGS favorise le recouvrement d'une part plus importante des créances des salariés, elle présente également l'inconvénient d'un possible déséquilibre financier de l'institution de garantie.

D'autre part, l'intervention de l'institution de garantie est limitée dans le temps. Cette limite a été instituée dès la loi du 27 décembre 1973¹⁷¹³ et a, depuis, toujours conservé un rôle central dans la construction de la garantie par l'AGS des créances salariales. Ainsi, la créance

sont dues en exécution du contrat de travail, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire » ; Loi n° 73-11 du 27 déc. 1973, *JO*, 30 déc. 1973, p. 14145, art. 1^{er} ; J. SAVATIER, « L'épilogue de l'affaire LIP. L'accord de Dôle du 29 janvier 1974 », *Dr. soc.* 1974, 233 ; P. LYON-CAEN, « Quelques aspects de la protection des intérêts financiers des salariés », in *Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, A. LYON-CAEN, Q. URBAN (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, pp. 89-98.

¹⁷⁰⁶ C. trav., art. L. 3253-6. Cf., F. PÉROCHON, R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, 8^e éd., L.G.DJ, coll. « Manuel », 2009, p.523 ; J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012, pp. 927 et s.

¹⁷⁰⁷ C. trav., art. L. 3253-1. Cf., A. MARTINON, « Garantie AGS : quelles sont les créances garanties par l'AGS ? », *JCP S* 2007, n° 46, pp. 22-23, note sous Cass. soc. 20 juin 2007, n° 05-43.053, AGS Paris c./ Fraiz ; P. DUPRAT, « La situation des salariés, les créances salariales », *Gaz. Pal.* 2008, n° 118, pp. 37-38, comm. sous Cass. soc. 13 févr. 2008, n° 06-44.971.

¹⁷⁰⁸ Les créances qui se rattachent à l'exécution de la créance sont la créance de salaire et ses compléments.

¹⁷⁰⁹ Cette expression inclut non seulement les salaires et compléments de salaire, mais également diverses sommes qui n'ont pas une nature salariale.

¹⁷¹⁰ V., Cass. soc. 16 mars 1999, *Bull. civ.* V, n° 114, p. 83.

¹⁷¹¹ V., Cass. soc. 8 juin 1999, *Bull. civ.* V, n° 265, p. 192.

¹⁷¹² Cf., T. MÉTEYÉ, A. ARSEGUÉL, « AGS : le prix d'un progrès social », *Rev. Lamy dr. aff.*, suppl. mars 2005, p. 90.

¹⁷¹³ Cf., R. LAMORIL, *La garantie du paiement des salaires en cas de règlement judiciaire ou de liquidations des biens de l'employeur (Commentaires de la Loi n° 73-1194 du 27 décembre 1973)*, Thèse Lille II, 1977, sous la dir. Soinnie.

garantie est celle qui est née au cours de périodes déterminées en référence à la date des décisions judiciaires de la procédure collective¹⁷¹⁴. Par conséquent, sont exclues du champ d'intervention de l'institution de garantie, les créances qui naissent en dehors des périodes de garantie. Ainsi, l'article L. 3253-8 du Code du travail détermine deux grandes périodes de garantie des salaires : celle précédant la date du jugement d'ouverture (garantie des sommes dues à la date du jugement) et celle qui lui est postérieure (garantie des créances nées au cours de la période d'observation ou de maintien provisoire d'activité, soit entre le jugement d'ouverture et le jugement arrêtant le plan de sauvegarde, de redressement ou de cession ou prononçant la liquidation, ainsi que des créances nées après ce dernier jugement). Si les créances antérieures au jugement d'ouverture¹⁷¹⁵ peuvent être nées à n'importe quel moment de la période antérieure, tel n'est pas le cas des créances postérieures : les créances postérieures au jugement de liquidation¹⁷¹⁶ et, surtout, les créances résultant de la rupture du contrat de travail liée à la procédure quelle qu'elle soit doivent être nées dans un laps de temps limité après le prononcé du jugement¹⁷¹⁷.

Une telle délimitation temporelle n'est pas sans incidences sur le contrat de travail, en particulier s'agissant des créances liées à la rupture : elle incite l'employeur à la précipitation. Plus encore, elle crée une dynamique susceptible d'inciter à la rupture des contrats de travail. Or, cet empressement risque d'amenuiser ou d'anéantir certaines dispositions protectrices du droit du travail telles que l'obligation de reclassement préalable au prononcé du licenciement économique. Cette situation est une illustration topique de la tension, si ce n'est de la concurrence, entre le droit commercial et le droit du travail. La logique de sauvegarde des entreprises du droit commercial¹⁷¹⁸, à laquelle on peut rattacher le bénéfice de l'assurance des salaires, conduit à accélérer la rupture du contrat. Celle du droit du licenciement économique, instrument de la stabilité des contrats et de l'emploi, vise au contraire à tempérer cette rupture pour maximiser les chances d'une alternative permettant d'éviter le licenciement. La recherche du bénéfice de cette garantie délimitée dans le temps, favoriserait donc l'échec de la démarche de prévention des licenciements, c'est-à-dire la rupture du contrat, laquelle est en

¹⁷¹⁴ C. trav., art. L. 3253-8. Cf., C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Montchrestien, 2011, pp. 633-636.

¹⁷¹⁵ C. trav., art. L. 3253-8, 1^o.

¹⁷¹⁶ C. trav., art. L. 3253-8, 4^o.

¹⁷¹⁷ C. trav., art. L. 3253-8, 2^o et 3^o.

¹⁷¹⁸ J. PALLUSSEAU, « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », in *Études offertes à R. HOUIN*, Dalloz, 1985.

quelque sorte instituée en condition de la garantie qui n'a donc pas lieu d'être en cas de succès de la démarche de reclassement.

Par ailleurs, cet échec est également favorisé par la simplification de certaines procédures de licenciement, variables selon le type de procédure collective ouverte. La stabilité du contrat de travail dépend ainsi non seulement de l'étendue de la garantie, mais encore de la nature de la procédure collective en jeu. Le contrat de travail est davantage protégé dans la procédure de sauvegarde, à laquelle le régime de droit commun du licenciement économique est applicable¹⁷¹⁹, que dans la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires qui autorise le recours à un régime simplifié. Toutefois, cette dernière observation est à tempérer car le juge applique un contrôle et des sanctions de nature à atténuer l'incitation ou la précipitation de la rupture du contrat de travail. De plus, c'est précisément à l'occasion de ce contentieux que la responsabilité de plusieurs acteurs pourra être mise en cause et favoriser l'indemnisation des salariés, concurremment au rôle joué par l'AGS en substitution de l'employeur défaillant.

174.- Responsabilité d'indemniser les salariés. La garantie des salaires ne peut être mise en mouvement que si l'employeur est insolvable. L'AGS n'est pas le débiteur principal de l'indemnisation des salariés. L'obligation d'indemniser les salariés relève en premier lieu de la responsabilité de l'employeur débiteur. Par conséquent, l'AGS n'intervient que subsidiairement pour accorder ses avances aux salariés en cas de défaillance de l'employeur¹⁷²⁰. Mais, en deuxième lieu, l'obligation de paiement de la créance qui résulte de la rupture du contrat du salarié n'incombe pas toujours à l'employeur ou en tout cas pas tel qu'on se le représente traditionnellement. En effet, l'organisation des entreprises aujourd'hui a évolué. Elle se fait parfois en réseaux¹⁷²¹ ou groupes¹⁷²². Dans ce cadre, le salarié se trouve

¹⁷¹⁹ S. VERNAC, « Le droit du licenciement dans la procédure de sauvegarde », in *Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, A. LYON-CAEN, Q. URBAN (dir.), Dalloz 2007, p. 125 ; P. BAILLY, « Les licenciements et les procédures collectives », *Gaz. Pal.* 2008, n° 4, p. 3 ; H. DE FREMONT, « Les licenciements et les procédures collectives : un compris acceptable ? », *Gaz. Pal.* 2009, n° 1, p. 11.

¹⁷²⁰ C. trav., art. L. 3253-20 ; cf., P. PÉTEL, *RJC* 2006, n° 3, p. 174.

¹⁷²¹ P. MARINI et alii, « L'exercice de la profession d'avocat en réseau et le marché du droit », *LPA* 1998, n° 132, pp. 4-25 ; A. SUPIOT, « Travail, droit et technique », *Dr. soc.* 2002, n° 1, pp. 13-25 ; E. PESKINE, « Les réseaux », *Sem soc. Lamy* 2003, n° 1140, p. 68 et, *Réseaux d'entreprise et droit du travail*, préf. A. Lyon-Caen, L.G.D.J., coll. « Bibl. De droit social », t. 45, 2008 ; O. LECLERC et alii, « Droit du travail », *D.* 2009, n° 9, p. 590 ; G. MARIE, « L'appropriation des concepts managériaux par le droit du travail », *Lexbase Hebdo éd. soc.* 22 janv. 2009, n° 334 ; J. BOULAY, O. CHANUT, *Les réseaux de franchise*, Paris La découverte, coll. « Repères Gestion », 2010.

¹⁷²² J.-P. LE GALL, C. LE GALL-ROBINSON, *Droit des sociétés. Aspects particuliers : groupes, salariés, valeurs mobilières et marchés financiers*, Dalloz, coll. *Mémentos Droit privé*, 2004 ; T. DARIUSH, *La*

parfois en relation avec deux employeurs par le biais d'un unique contrat de travail. La responsabilité de la perte de son emploi et du paiement de son salaire incombe de ce fait à plusieurs employeurs¹⁷²³ et, particulièrement¹⁷²⁴, la responsabilité du co-employeur¹⁷²⁴ peut être engagée. Ce type de situations permet ainsi à la jurisprudence d'élargir le champ de la responsabilité de l'indemnisation des salariés à d'autres débiteurs solvables. En dernier lieu, la procédure collective peut être accompagnée d'un transfert de tout ou partie du pouvoir de décision du débiteur-employeur aux mandataires de justice. Dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions, ils peuvent engager leur responsabilité, s'ils ne prennent pas des mesures nécessaires à la conservation du patrimoine de l'entreprise défaillante¹⁷²⁵, mais également s'ils ne licencient pas, par exemple, le salarié durant les périodes de garantie prédéfinies¹⁷²⁶. En conséquence, ces mandataires sont une sorte de catégorie de responsables alternatifs de l'indemnisation des salariés. La rupture du contrat de travail pour motif économique peut donc impliquer d'autres acteurs que l'employeur insolvable. C'est ainsi que l'étude de la dynamique de la garantie, en extension, repose à la fois sur la détermination de son objet (Titre 1) et sur celle des personnes à qui est imputée la charge d'indemnisation des salariés (Titre 2).

restructuration des groupes internationaux de sociétés : approche du droit français et communautaire, sous la dir. de M.-J. Campana et A. Reygrobelle, Thèse Paris 10 Nanterre, 2008 ; J. COUARD, « Affaire Metaleurop : éclairages sur le comportement d'une société mère au chevet de sa filiale mourante », *LPA* 2012, n° 25, p. 5 ; G. LOISEAU, « Le co-emploi, nouveau virus des groupes de sociétés ? », *Bull. Joly Sociétés*, 2012, n° 2, p. 168 et « Le risque de co-emploi dans les groupes de sociétés : critères, conséquences pratiques et remèdes », *Option finance* 2012, n° 1156, p. 33 ; M. HAUTEFORT, « Co-employeur – Le véritable employeur est celui qui détient les pouvoirs », *Jurispr. soc. Lamy*, 2012, n° 314, p. 10 ; P. MORVAN, « Contrat de travail – Coemploi dans les groupes de sociétés », *JCP S* 2012, n° 6, p. 24, note sous Cass. soc. 30 nov. 2011, n° 10-22.964 à n° 10-22.985 et n° 10-22.994 ; J. BÉGUIN et alii, « Droit du commerce international », *JCP G* 2012, n° 9, p. 443.

¹⁷²³ Cf., M.-L. MORIN, « Les frontières de l'entreprise et la responsabilité de l'emploi », *Dr. soc.* 2001, n° 5, p. 478.

¹⁷²⁴ V., Pour la notion de co-employeur, v., Cass. soc. 28 sept. 2010, n° 09-41.243, *Bull. Joly Sociétés* 2010, 1518, note S. Brissy ; 18 janv. 2011, n° 09-69.199, *JCP S* 2011, 1065, note P. Morvan ; *JCP E* 2011, 1291, note F. Aubonnet ; *RDC* 2011-3, p. 935, obs. C. Neau-Le-duc ; 22 juin 2011, n° 09-69.021, *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 906, note N. Morelli ; 28 sept. 2011, n° 10-12.278, Recyflex, anciennement Metaleurop, et AGS c/ X et a. ; G. AUZERO, « Qualité de co-employeur et compétence juridictionnelle », *Lexbase Hebdo-éd. soc.*, 15 déc. 2011, n° 466, note sous Cass. soc. 30 nov. 2011, n° 10-22.964 et n° 10-22.994 ; « La qualité de co-employeur », *Bull. Joly Sociétés* 2011, n° 12, pp. 1025-1027, note sous Cass. soc. 6 juill. 2011, n° 09-69.689, Sté Global Event System ; « La qualité de co-employeur », *RDT* 2011, n° 11, pp. 634-637, note sous Cass. soc. 22 juin 2011, n° 09-69.021 ; C. NEAU-LE-DUC, « Brèves remarques d'actualité sur les procédures collectives, les salariés et les groupes de sociétés », *Rev. proc. coll.* 2011, colloque 5 ; P. PÉTEL, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises », *JCP E et A*, 2012, n° 1, p. 29 et s.

¹⁷²⁵ Cass. com. 6 juill. 1993, n° 91-14.707, *Bull. civ. IV*, n° 281 ; 6 juill. 1999, n° 97-12.613, *Bull. civ. IV*, n° 150, *Rev. Lamy dr. aff.* 1999, n° 21, n° 1332, obs. G. Montégudet ; 22 juin 2010, n° 09-14.193, *Dict. perm. Diff. Entr.* 2010, *Bull.* n° 314, p. 10.

¹⁷²⁶ Cass. soc., 24 mars 2010, n° 09-40.147.

Titre 1 : L'objet de la garantie

175.- Conception large. La garantie de l'AGS a été créée pour protéger les droits financiers des salariés. La délimitation de l'objet de la garantie est structurée autour des notions de *créance de salaire* et de *créance salariale*¹⁷²⁷. En effet, la notion de créance de salaire n'est pas précisément définie¹⁷²⁸. Elle est même absente des textes relatifs aux « créances couvertes par l'assurance » qui se réfèrent aux « créances » ou « sommes dues » en les rattachant à une période ou un objet. En tout état de cause, elle ne se limite pas seulement à la créance de salaire et ses accessoires, et englobe, au contraire, toutes les sommes dues aux salariés¹⁷²⁹. Il a toutefois été souligné que sa dynamique semble davantage guidée par le sauvetage de l'entreprise que par la survie de son personnel¹⁷³⁰. C'est précisément cette dynamique qui a permis l'élargissement du champ d'application de la garantie. Si la loi du 27 décembre 1973 attachait la garantie aux créances dues en exécution du contrat de travail¹⁷³¹, la situation a

¹⁷²⁷ Pour le détail de la distinction créance de salaire et créance salariale, Cf., D. PALLANTZA, *La créance de salaire*, Thèse Paris 1, 2011, p. 6 et s.

¹⁷²⁸ Cf., F. PIPPI, *De la notion de salaire individuel à la notion de salaire social*, préc., p. 41 ; Y. GAILLARD, G. THUILLIER, « Pour une approche psychologique de la politique des revenus », *Dr. soc.* 1965, n° 4, p. 213 ; D. HENNEBELLE, *Essai sur la notion de salaire*, préc., p. 28.

¹⁷²⁹ Cf., D. PALLANTZA, *La créance de salaire*, Paris I, 2011, sous la dir. Grégoire Loiseau, pp. 2 et s.

¹⁷³⁰ P. LANGLOIS, « Les créances salariales et la dynamique du redressement judiciaire », *Dr. soc.* 1987, p. 799 ; « Le sort des créances des salariés », *RTD com.*, 1987, n° spéc., p. 11.

¹⁷³¹ Par exemple la formule toujours présente à l'art. L. 3253-6 C. trav. : « Tout employeur de droit privé assure ses salariés, y compris ceux détachés à l'étranger ou expatriés mentionnés à l'article L. 5422-13, contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire ».

évolué. Cette évolution s'est opérée essentiellement sous l'influence de la jurisprudence, même si le législateur a parfois lui-même occasionné l'extension des créances garanties¹⁷³². Il existe désormais en quelque sorte deux types de créances garanties associés à deux régimes. D'abord, le régime de droit commun résultant de l'interprétation de l'article L. 3253-6 du Code du travail : « tout employeur de droit privé assure ses salariés [...] contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail ». La créance garantie, à laquelle renvoie l'expression « sommes dues en exécution du contrat de travail », est la rémunération : le salaire proprement dit et ses compléments¹⁷³³. Depuis, les créances qui n'ont pas véritablement la nature de salaire sont également garanties, mais font l'objet d'un régime spécifique : c'est le cas de l'intéressement, de la participation¹⁷³⁴ et de l'épargne salariale¹⁷³⁵. Enfin, la détermination de la nature, donc par suite, du régime, des créances salariales prises en charge par l'AGS nées avant le jugement d'ouverture¹⁷³⁶ a engendré un abondant contentieux.

Mais l'examen de la nature des créances garanties et de leur régime ne serait pas complet sans s'intéresser à l'extension du champ de la garantie aux créances résultant de la rupture du contrat de travail.¹⁷³⁷ Elle a transformé, dans une certaine mesure la rupture du contrat de travail en une condition de la garantie de la créance du salarié¹⁷³⁸, alors même que le législateur ne cesse de réaffirmer la finalité de « maintien de l'emploi » des procédures collectives¹⁷³⁹. À la diversité des modes de rupture du contrat de travail répond une prise en charge par l'institution de garantie des créances résultant de plusieurs types de ruptures. Si le

¹⁷³² A.-L. PIERÈS, « Intervention de l'AGS: l'expansion accrue du régime de garantie sous l'influence de la jurisprudence (1998-2001) », *Cah. dr. entreprise* 2002/2, p. 15 ; Y. CHAGNY, « La situation des salariés de l'entreprise en difficulté », *RJS* 10/1999, p. 743.

¹⁷³³ Voir par exemple, C. trav., art. L. 3253-3 (privilèges) ou encore, art. L. 3221-3 (égalité de rémunérations entre les femmes et les hommes).

¹⁷³⁴ C. trav., art. L. 3253-10 ; Cass. soc. 17 mai 1995, *Rev. proc. coll.* 1996, p. 272.

¹⁷³⁵ G. AUZERO, « La détermination des créances garanties par l'AGS en matière d'épargne salariale », *RDT* 2009, p. 358.

¹⁷³⁶ C. trav., art. L. 3253-8, 1^o.

¹⁷³⁷ C. trav., art. L. 3253-8, 2^o et 3^o.

¹⁷³⁸ A. FIORENTINO, *La rupture du contrat de travail en droit anglais. Droit comparé anglais et français*, PUAM, 2008, préface de Daniel Berra, p. 533, spéc. n^o 972.

¹⁷³⁹ C. com., art. L. 620-1 et L. 631-1, al. 2 ; B. KANGA, *Entreprises en difficulté et droits des salariés : de l'illusion au désespoir*, sous la dir. de J. Tillhet-Pretnar, Thèse, Paris 13 Nord, 1993, 279 p. ; P. MORVAN, « Le droit social dans la réforme des entreprises en difficulté », *JCP E* 2005, I, 1511 ; R. VATINET, « La place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP S* 2005, n^o 15, p. 9 ; « Le volet social de la loi de sauvegarde des entreprises précisé par son décret d'application », *JCP S* 2006, n^o 11, p. 9 ; A. BOYER, *Protection des salariés et sauvetage de l'entreprise : quête d'un équilibre*, thèse Aix-Marseille, PUAM, 2006 ; H. HOUASSI, *Les incertitudes des restructurations d'entreprises sur la situation collective des salariés*, LGDJ, 2006 ; B. SAINTOURENS, P. DUPRAT, « Les droits des salariés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.* n^o spéc. 8-10 mars 2009, p. 40.

licenciement pour motif économique reste la rupture la plus répandue dans les entreprises en difficulté, le motif économique peut également justifier une rupture amiable. Cette dernière a une place très limitée dans les entreprises en difficulté, car elle n'est prise en charge par l'institution de garantie que si elle est née plusieurs mois avant la date du jugement d'ouverture. Par ailleurs, les ruptures du contrat de travail sont soumises à des procédures très précises, auxquelles les manquements sont aussi sévèrement sanctionnés dans la procédure de sauvegarde que dans les entreprises en cessation des paiements.

Si le rapport entre la prise en charge par l'AGS et la rupture du contrat de travail est si central, c'est, outre la question de la nature des créances résultant de tel ou tel type de rupture, en raison de la délimitation de la période de garantie qui se pose. En effet, l'institution de garantie ne prend en charge que les créances qui sont nées dans la période de garantie définie par la loi. La célérité des ruptures est donc la règle dans les procédures collectives car l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur est tenu de rompre le contrat de travail dans les délais impartis. À défaut, il engage sa responsabilité. En revanche, le dépassement de la période de garantie ne rend pas la rupture invalide ; l'employeur doit simplement prendre à sa seule charge les conséquences de la rupture et verser aux salariés les indemnités et/ou les dommages-intérêts qui en résultent. Il en résulte que si la garantie des salaires a un objet dont la délimitation se comprend désormais de manière extensive (Chapitre 1), cette extension de son champ d'application quoique favorable aux salaires, a rendu quelque peu complexes les rapports entre cette garantie et la rupture du contrat de travail dans les entreprises en difficulté (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Une conception étendue de l'objet de la garantie

176.- Une diversité de créances garanties. La loi du 27 décembre 1973 avait délimité de manière restrictive le champ des créances garanties. Les lois suivantes ont élargi ce champ. Cet élargissement a été renforcé par la jurisprudence qui ne se limite pas aux prescriptions

législatives et en a donné une interprétation « très libre »¹⁷⁴⁰. L'extension du champ des créances garanties développe une dynamique de la garantie très favorable aux salariés¹⁷⁴¹. Cette dynamique peut être approuvée en raison de sa conformité à sa fonction sociale originelle de protection patrimoniale des salariés. Mais cette observation peut aussi amener à une appréciation plus nuancée : « le progrès social est un bien, mais son prix ne saurait être trop élevé pour la seule AGS »¹⁷⁴². En effet, la détermination de la nature de la créance susceptible d'entrer dans le champ de la garantie suscite des controverses dont l'objet est la détermination de la nature spécifique de telle ou telle créance du salarié qui justifierait sa prise en charge par l'institution de garantie. Ce n'est pas seulement pour la délimitation du champ de la prise en charge par l'AGS, mais encore pour la recherche de ses justifications, de sa rationalité, que la nature de la créance est une question déterminante. Ainsi, l'extension de la garantie est réalisée au profit de la protection des salariés, mais au prix d'une interprétation « très libre de la loi »¹⁷⁴³ ; notamment la lettre de l'article L. 3253-6 du Code du travail en vertu duquel « l'assurance [...] couvre les sommes dues aux salariés par tout employeur de droit privé [...] en exécution du contrat de travail¹⁷⁴⁴ ». Cette interprétation risque de priver cette prise en charge de sa rationalité.

C'est en conservant cette ambivalence à l'esprit que doivent être analysés les deux aspects affectant l'objet de la garantie. La dynamique de la garantie des salaires a *au prime abord* été animée par la nature des sommes dues en exécution du contrat de travail. C'est ce qui témoigne sans conteste l'interprétation stricte de la loi par la jurisprudence au départ. L'assouplissement du critère de rattachement de la créance à l'exécution du contrat de travail ensuite permet la garantie des créances qui n'ont pas de lien direct avec l'exécution du contrat (Section 1). Par ailleurs, les créances à garantir sont celles qui se rattachent à des périodes de garantie prédéterminées par rapport à la date d'ouverture de la procédure collective (Section 2).

¹⁷⁴⁰ C. RADÉ, *Dr. soc.* 2001, p. 673.

¹⁷⁴¹ Y. GUYON, « Les droits des salariés dans la liquidation collective des biens de l'entreprise », *Dr. soc.* 1974, p. 138 ; A. ARSEGUEL, « AGS : le prix du progrès social », *Rev. Lamy Dr. aff.* 2005, suppl.

¹⁷⁴² A. ARSEGUEL, « AGS : le prix du progrès social », *Rev. Lamy dr. aff.* 2005, n° 80, suppl.

¹⁷⁴³ C. RADÉ, *Dr. soc.* 2001, p. 673.

¹⁷⁴⁴ L. 27 déc. 1973, art. 1^{er} ; Cass. soc. 24 oct. 2006, *D.* 2006, act. jur. p. 2790, obs. A. Liénhard ; P. PETEL, « L'AGS et la réforme des procédures collectives », *RJ com.* 2006, p. 174 ; T. MÉTEYÉ, « La loi de sauvegarde des entreprises : le point de vue de l'AGS », *LPA* 17 févr. 2006, n° 35, p. 48 ; « L'intervention de l'AGS dans les procédures de sauvegarde », *Gaz. Pal.* 14-18 juill. 2006, p. 3 ; « La place de l'AGS dans les procédures collectives (Quelques questions posées à Th. Méteyé) », *Rev. proc. coll.* 2008, n° 3, p. 11 ; C. GAILHBAUD, « L'AGS dans la procédure de sauvegarde », *LPA* 28 nov. 2008, n° 239, p. 3.

Section 1 : La nature des créances garanties

177.- Principe et inflexibilité. La nature de la créance est entendue ici comme la catégorie dans laquelle entre la créance garantie, sa classification et non pas sa qualification de salaire, c'est-à-dire le prix exact du travail fourni par le salarié. La nature salariale de la créance n'est pas le critère déterminant de la garantie¹⁷⁴⁵. En effet, la nature de la créance qui est garantie par l'institution de prise en charge des salaires a largement évolué. Cette évolution est en apparence favorable aux salariés. Elle rend la garantie plus accessible. Cependant, l'extension du champ du régime risque de déséquilibrer les finances de l'institution de garantie. Elle augmente aussi les prélèvements obligatoires à l'égard des entreprises. Or, les politiques publiques actuelles suivent plutôt au contraire un mouvement de réduction de ces prélèvements. Le déséquilibre total de ce système pourrait sonner le glas du mécanisme ou retarder le paiement immédiat des créances des salariés.

Les sommes qui sont prises en charge par l'AGS, lorsque l'employeur est insolvable sont, en premier lieu, celles qui sont rattachées à l'exécution du contrat de travail, dont le salaire, les appointements ou commissions proprement dites et ses accessoires¹⁷⁴⁶ (§ 1). Mais la jurisprudence a donné à la notion de « sommes dues en exécution du contrat de travail » une interprétation variable, instable, qui a conduit à l'affaiblissement de l'exigence qu'elle portait. Elle a permis d'intégrer dans le champ de la garantie des créances qui n'ont pas exactement un lien direct avec le contrat de travail (§ 2).

Paragraphe 1 : L'exigence de rattachement de la créance à l'exécution du contrat de travail

178.- Annonce légale. La garantie de la créance du salarié est soumise à son rattachement à l'exécution au contrat de travail. En effet, l'article L. 3253-6 du Code du travail prescrit que

¹⁷⁴⁵ Cass. soc. 17 déc. 1991, Kaluszyner et a c./ ASSEDIC des Bouches-du-Rhône, *Bull. civ.* V, n° 587 ; *Dr. soc.* 1992, p. 194.

¹⁷⁴⁶ Voir, C. trav., art. L. 3253-3.

l'institution de garantie assure les « sommes dues à l'exécution du contrat de travail [...] »¹⁷⁴⁷. L'exigence de rattachement de la créance à l'exécution du contrat de travail est l'une des conditions essentielles de la prise en charge des salaires depuis la création du mécanisme de garantie des salaires¹⁷⁴⁸. Cette exigence devait permettre de délimiter le bénéfice de la garantie aux salaires et à leurs compléments ; mais il n'en a rien été. L'obligation de garantie est d'une part indépendante de la qualification de salaire de la créance concernée qu'il convient de définir (A). C'est pour cette raison que d'autre part, les compléments et accessoires de salaire sont aussi garantis (B).

A. Le détachement de la créance à la qualification de salaire

Le mécanisme collectif de garantie des créances des salariés a été mis en place afin protéger les salaires, créances conformes, par excellence, à l'exigence de rattachement à l'exécution du contrat de travail. Pour autant, il a été jugé que la garantie de l'AGS ne dépend pas de la nature de la créance : l'exigence de rattachement à l'exécution du contrat est autonome de la qualification de salaire. Ce détachement de la créance garantie à la qualification de salaire peut s'expliquer par la difficulté de cerner la notion de salaire.

179.- Difficulté de définir le salaire. Lier, la prise en charge par l'assurance garantie des salaires, à la nature salariale de la créance aurait nécessité de pouvoir définir et circonscrire la notion de salaire. Or, même si le salaire¹⁷⁴⁹ est la question centrale du salariat¹⁷⁵⁰, il n'a pas de définition directement donnée par la législation sociale¹⁷⁵¹. C'est une notion multiforme¹⁷⁵² qui reçoit diverses appellations : émoluments, traitement, tous autres avantages et accessoires payés, etc. La qualification de salaire, conçue strictement comme « contrepartie du travail

¹⁷⁴⁷ C. trav., art. L. 3253-6, L. 3253-8 ; Cass. soc. 22 juin 1993, *JCP E* 1993, pan. n° 1110 ; *Bull. Joly Sociétés* 1993, 1237, note Couret ; *D.* 1994, somm. p. 80, obs. A. Honorat ; *JCP E* 1994, I, 351, n° 15, obs. Pétel ; 15 janv. 2003, *RJS* 3/03, n° 353 ; 17 mai 2005, *RJS* 11/05, n° 1148 ; 10 mars 2009, n° 07-45.326 ; 5 juin 2010, *RJS* 8-9/10, n° 651.

¹⁷⁴⁸ Loi du 27 déc. 1973, art. 1^{er}.

¹⁷⁴⁹ Cf., Pour la notion de salaire, D. HENNEBELLE, *Essai sur la notion de salaire*, PUAM, 2000.

¹⁷⁵⁰ R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question centrale. Une chronique du salariat*, Fayard, 1995.

¹⁷⁵¹ Cf., P.-H. ANTONMATTÉI, « La qualification de salaire », *Dr. soc.* 1997, p. 316 ; D. PALLANTZA, *La créance de salaire*, préc., p. 3.

¹⁷⁵² Cf., P.-H. ANTONMATTÉI, « La qualification de salaire », *Dr. soc.* 1997, p. 571 ; D. HENNEBELLE, *Essai sur la notion de salaire*, Thèse PU Aix-Marseille, 2001 ; R. MABILEAU, *L'évolution des modes de rémunération dans l'entreprise*, Thèse Nantes, 2004 ; P. RODIÈRE, « Le salaire dans les écrits de Gérard Lyon-Caen », *Dr. soc.* 2011, n° 1, p. 6 ; G. COUTURIER, « De quoi le salaire est-il la contrepartie ? », *Dr. soc.* 2011, n° 1, p. 10.

accompli »¹⁷⁵³, est parfois dépassée par la définition de la rémunération. Cette dernière est plus vaste selon les termes de l'article L. 3221-3 du Code du travail, relatif à l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes : « La rémunération est le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier »¹⁷⁵⁴. Par conséquent, le salaire est au fil des années devenu une composante parmi d'autres de la rémunération. En tout état de cause, la notion de salaire de base, noyau central de la rémunération, n'a pas non plus été définie. Au mieux, peut-on avancer qu'elle exprime la fixité, l'intangibilité par opposition au caractère variable des commissions, de toute façon limitées dans leur variation par l'application du minimum garanti, le SMIC, même quand elles composent l'intégralité de la rémunération¹⁷⁵⁵. Ce serait donc la partie de la rémunération qui revient de droit au salarié qui a fourni son travail, sur le paiement de laquelle, il peut compter. Le salaire de base pourrait aussi être défini par son caractère central : il est souvent la référence pour le calcul des primes et majorations attribuées aux salariés. Mais le développement incessant de nouvelles politiques salariales affectant la forme et la structure de la rémunération s'opposent à ce qu'on se fie à ce type de considération. En conclusion, la recherche de la définition du salaire pour les besoins de la détermination du champ de la garantie des salaires est une gageure. C'est pourquoi, il est préférable que l'obligation de garantir le salaire¹⁷⁵⁶ ne dépende pas de la qualification de la créance, mais de son lien avec le contrat de travail et que, l'exigence de rattachement de la créance au contrat de travail prévale sur sa nature¹⁷⁵⁷. Ainsi, s'il est une certitude, c'est que le salaire¹⁷⁵⁸ est une créance qui se

¹⁷⁵³ Cass. soc. 11 janv. 1962, n° 58-40.128 ; 10 juin 2008, n° 06-000P ; 7 avr. 2010, n° 07-45.322, *JCP S* 2010, 1286, note D. Everaert-Dumont ; X. LAGARDE, « Prix et salaire », in *Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ 2001, p. 527.

¹⁷⁵⁴ Cf., P.-H. ANTONMATTEI, « La qualification de salaire », *Dr. soc.* 1997, p. 571 ; R. MABILEAU, *L'évolution des modes de rémunération dans l'entreprise*, Thèse Nantes, 2004.

¹⁷⁵⁵ V., Cass. soc. 12 juill. 2010, n° 08-43.497.

¹⁷⁵⁶ Cass. soc. 20 mai 1992, *Dr. soc.* 1992, n° 7, p. 13.

¹⁷⁵⁷ Ce qui n'est pas sans rappeler la stratégie adoptée par le droit de la Sécurité sociale en matière d'assiette des cotisations sociales (CSS, art. L. 242-1, al. 1^{er} : « Pour le calcul des cotisations des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales sont considérées comme rémunérations toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail, notamment les salaires, ou gains, les indemnités de congés payés, le montant de retenues pour cotisations ouvrières, les indemnités, primes, gratifications et tous autres avantages en argent, les avantages en nature, ainsi que les sommes perçues directement ou par l'entremise d'un tiers à titre de pourboire. La compensation salariale d'une perte de rémunération induite par une mesure de réduction du temps de travail est également considérée comme une rémunération, qu'elle prenne la forme, notamment, d'un complément différentiel de salaire ou d'une hausse du taux de salaire horaire »).

¹⁷⁵⁸ Cass. soc. 6 mai 1997, *RJS* 8-9/1997, n° 984 ; 14 déc. 1999, *RJS* 1/2000, n° 45 ; D. HENNEBELLE, *Essai sur la notion de salaire*, PUAM, 2000.

rattache à l'exécution du contrat de travail, donc garantie par l'AGS, mais la nature de salaire ne se substitue pas à l'exigence de rattachement à l'exécution du contrat, ni ne l'épuise.

En réalité, le salaire n'est versé que si l'employeur est lié avec le salarié par un contrat de travail qui crée un lien synallagmatique entre les deux¹⁷⁵⁹. La créance de salaire est en effet la stricte contrepartie de la prestation de travail¹⁷⁶⁰. La qualification de salaire présente des enjeux majeurs car elle permet d'appliquer à la créance concernée des dispositions spécifiques, notamment celles relatives à la prescription et à l'assurance garantie des salaires¹⁷⁶¹. Ces dispositions sont d'ordre public et l'employeur est ainsi tenu de verser un salaire égal, lorsque les salariés exercent un travail identique¹⁷⁶². Ce principe sécurise la créance de salaire, car l'employeur ne peut accorder des rémunérations aux salariés de façon subjective. En somme, l'institution de garantie des créances des salariés prend en charge que les sommes qui résultent de l'exécution du contrat de travail. Cette expression a été considérée largement afin que les accessoires du salaire soient également pris en charge, en dépit de la difficulté de déterminer la nature de certains d'entre eux.

B. La garantie des accessoires du salaire

180.- Difficultés et intégration dans les créances garanties. Les accessoires ou compléments de salaire, caractérisés par leur variété, sont une partie importante des difficultés juridiques en matière de rémunération. Cela n'empêche toutefois pas qu'ils soient soumis, concernant le régime du salaire, aux dispositions d'ordre public relatives à la protection, aux prescriptions, à l'égalité de traitement, à la non-discrimination... comme le salaire de base¹⁷⁶³.

¹⁷⁵⁹ V., Cass. soc. 10 oct. 1979, *Bull. civ.* V, n° 704 ; Crim. 6 oct. 1980, *D.* 1981, IR 144; 12 juin 1981, *Bull. civ.* V, n° 539 ; Cass. com. 15 déc. 1987, *D.* 1988, IR. 23.

¹⁷⁶⁰ Cf., J. PÉLISSIER, G. AUZÉRO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012, p. 850.

¹⁷⁶¹ V., Cass. soc. 17 nov. 1977, *Bull. civ.* V, n° 628 ; 17 déc. 1991, *Dr. soc.* 1992, p. 194 ; Cf., G. LOISEAU, « Le salaire de l'image », *Sem. soc. Lamy* 2009, n° 1415, p. 12.

¹⁷⁶² C. trav., art. L. 3231-1 et s. ; A. LYON-CAEN, « De l'égalité de traitement en matière salariale (à propos de l'arrêt *Ponsolle*, Cass. soc. 29 oct. 1996), *Dr. soc.* 1996, n° 12, pp. 1013-1015 ; P. WAQUET, « Le principe d'égalité en droit du travail », *Dr. soc.* 2003, n° 3, p. 278 ; A. JEAMMAUD, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. soc.* 2004, n° 7-8, p. 696 ; T. AUBERT-MONPEYSSSEN, « Principe « À travail égal, salaire égal » et politiques de gestion des rémunérations », *Dr. soc.* 2005, n° 1, p. 18 ; G. AUZÉRO, « L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2006, n° 9-10, p. 822.

¹⁷⁶³ V., Cass. soc. 23 sept. 1992, n° 89-45.686, *Gaz. Pal.* 1992, 2, pan. p. 264 (la prime de treizième mois). En revanche, les termes de « rattachement au contrat de travail ne suppose pas que la créance soit un accessoire du salaire ». Par conséquent, le remboursement des frais de déplacement sont couverts « parce qu'ils sont considérés comme rattachés au contrat de travail (P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, préc., p. 1789).

En revanche, ils ne sont qu'en partie soumis à son régime. En effet, des règles particulières et diverses leur sont applicables, notamment en matière d'ouverture du droit à rémunération, de périodicité du versement, de modification et de suspension. C'est pourquoi, en pratique, le contentieux en matière de compléments de salaire porte le plus souvent sur le caractère obligatoire ou non du complément, leurs conditions de versement et leur intégration dans la comparaison au SMIC ou au minimum conventionnel.

Ces conditions spécifiques sont souvent définies à raison de leur finalité propre ou de leur source particulière. Ils peuvent en effet, d'une part, avoir pour sources le contrat de travail, l'accord collectif, l'usage ou encore l'engagement unilatéral de l'employeur. Et, d'autre part, leur variété est encore accrue par la diversité de leur objet : gratifications versées par l'employeur au salarié pour manifester sa satisfaction au travail accompli¹⁷⁶⁴, primes compensant une sujétion particulière (notamment, primes de froid, d'insalubrité, de pénibilité) ou récompensant une performance (notamment, les primes de rendement, de production, de dépassement d'objectifs¹⁷⁶⁵), un comportement ou une « vertu » (notamment les primes d'ancienneté pour la fidélité à l'entreprise, d'assiduité, de mérite), les primes versées à la survenance d'un événement personnel (notamment les primes de mariage, de naissance, de déménagement)¹⁷⁶⁶.

Ces caractéristiques sont-elles également susceptibles de s'opposer à une prise en charge par l'institution de garantie au même titre que le salaire de base ? Dès lors que, ce n'est ni la nature de salaire, définie au regard de son objet (la contrepartie de la prestation de travail), pas plus que sa source qui ne délimite la garantie des salaires, mais le rattachement de la créance à l'exécution du contrat de travail, voire à la seule existence d'un contrat de travail entre le débiteur et le créancier, les difficultés suscitées par le particularisme des compléments et accessoires ne paraissent pas de nature à écarter une telle prise en charge. Il n'est nul besoin de soulever la relativité de la notion de salaire et de débattre de l'équivalence ou non entre tel ou tel complément et le salaire de base au regard des finalités poursuivies par la garantie des créances des salariés.

¹⁷⁶⁴ J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012, p. 858.

¹⁷⁶⁵ Cass. soc. 3 avr. 2001, *Dr. soc.* 2001, n° 6, p. 672, note Ch. Radé.

¹⁷⁶⁶ Il peut s'agir également de primes qui n'ont pas de finalité telles que la prime annuelle, le 13^e mois ou la prime de vacances, etc.

181.- Une garantie limitée dans le temps. Les particularités des compléments et accessoires de salaire soulèvent cependant dans certains cas des difficultés spécifiques au regard de la délimitation temporelle de la garantie.

Par exemple, la Cour de cassation s'est prononcée dans deux arrêts en ce qui concerne la contestation par les salariés, après le placement en redressement judiciaire de leur employeur, de la dénonciation, antérieure au jugement d'ouverture de la procédure, des primes qui leur étaient attribuées. Dans cette affaire, les salariés bénéficiaient d'une « prime de production » que l'employeur avait institué en remplacement de deux primes antérieures instituées par usage. La mise en place de la prime de production avait été réalisée par accord passé avec chaque salarié concerné. Quelques années plus tard, l'employeur procède unilatéralement à la suppression de cette prime. À la suite de la mise en redressement judiciaire de l'employeur, un salarié saisit la juridiction prud'homale pour contester la dénonciation par l'employeur de la prime de production qu'il considère comme incorporée dans son contrat de travail. À défaut d'accord exprès de sa part, cette prime ne saurait donc être valablement supprimée et devrait être inscrite au passif de la société et prise en charge par l'assurance garantie des salaires. Le conseil de prud'hommes a fait droit à sa demande en fixant ces primes au passif de la société en redressement afin qu'elles soient garanties par l'institution de garantie. Saisie par la société, la cour d'appel confirme le jugement. Un pourvoi ayant été formé, la Cour de cassation a indiqué, le 1^{er} février 2012¹⁷⁶⁷, que la prime de production qui était attribuée aux salariés à raison de l'usage de la société avait été incorporée dans le contrat du travail, en sorte que, l'employeur ne pouvait valablement la supprimer unilatéralement.

En revanche, elle indique que les sommes constituant le rappel des primes qui auraient dû être versées pendant la période postérieure à la date du jugement de redressement judiciaire sont fixées au passif de la société, mais n'entrent pas dans le champ de l'objet de la garantie de l'AGS dès lors que la liquidation judiciaire n'est pas prononcée¹⁷⁶⁸. En effet, « en l'absence de prononcé de liquidation judiciaire, l'AGS n'a pas à garantir le paiement des créances nées postérieurement au redressement judiciaire et résultant de la poursuite du contrat de travail »¹⁷⁶⁹. L'institution de la prise en charge des salaires n'a l'obligation de garantir, s'agissant d'une créance résultant du contrat et non de sa rupture, que la fraction de la prime

¹⁷⁶⁷ Cass. soc. 1^{er} févr. 2012, n° 10.-17.394.

¹⁷⁶⁸ Cass. soc. 1^{er} févr. 2012, n° 10-17.591.

¹⁷⁶⁹ Cass. soc. 1^{er} févr. 2012, n° 10-17.591.

qui est née avant le jugement de redressement. La Cour de cassation réaffirme dans cette décision également le principe de subsidiarité de l'intervention de l'institution de garantie des salaires et les limites de son champ matériel.

On trouvera, s'agissant de compléments et accessoires de salaires, d'autres cas où la référence à la période de garantie était susceptible de poser problème. En effet, l'indemnité de congés payés pour un travail accompli antérieurement au jugement d'ouverture est garantie quelle que soit la date d'exigibilité¹⁷⁷⁰ ; l'indemnité de congés payés conventionnels n'est garantie que lorsque le salarié ne les a pas pris pour un fait imputable à l'employeur¹⁷⁷¹. De même, la créance d'indemnité conventionnelle de départ à la retraite est garantie à la condition que le salarié ait atteint l'âge de la retraite avant la date du jugement d'ouverture de la procédure¹⁷⁷² ainsi que la contrepartie de la clause de non-concurrence est garantie si elle est échue à la date du jugement d'ouverture de la procédure¹⁷⁷³. Enfin, le salarié bénéficiaire d'un congé parental d'éducation¹⁷⁷⁴, celui qui cesse son travail avant la décision ouvrant la procédure pour raison de santé¹⁷⁷⁵ ou celui auquel le contrat est interrompu dans les quinze jours suivant la liquidation judiciaire à cause d'un accident¹⁷⁷⁶ bénéficient de la garantie, tout comme, le salarié en contrat à durée déterminée en cas de rupture anticipée, même si le contrat n'a pas été exécuté¹⁷⁷⁷.

Il en découle qu'à rebours d'une application stricte de l'exigence légale de rattachement des créances à l'exécution du contrat de travail qui aurait exclu, ou au moins sérieusement limité, la prise en charge des différentes composantes de la rémunération, la Cour de cassation a opté pour une interprétation large plus favorable aux salaires. Mais cette extension à l'« extrême » est telle que sa compatibilité avec l'expression de « sommes dues en exécution du contrat de travail » pourtant toujours en vigueur devient difficile à établir.

¹⁷⁷⁰ Cass. soc. 21 nov. 1989, *Bull. civ. V*, n° 674 ; *JCP E* 1990, 15832, obs. Ph. Pétel ; *Rev. proc. coll.* 1990, 295, obs. E. Kerckhove.

¹⁷⁷¹ Cass. soc. 10 déc. 2003, n° 02-41.210, inédit, *Rev. proc. coll.* 2004, p. 253, n° 27, obs. F. Taquet.

¹⁷⁷² Cass. soc. 12 avr. 1995, n° 92-18.005, *Bull. civ. V*, n° 132 ; *D.* 1995, somm. p. 307, obs. A. Honorat ; *Rev. proc. coll.* 1995, 499, obs. F. Taquet.

¹⁷⁷³ Cass. soc. 14 déc. 1999, n° 97-43.346, *Bull. civ. V*, n° 485 ; *D.* 2001, somm. p. 121, obs. F. Derrida.

¹⁷⁷⁴ Cass. soc. 23 mars 2004, n° 02-40.598, inédit.

¹⁷⁷⁵ Cass. soc. 23 mars 2004, n° 02-40.448, inédit, *Rev. proc. coll.* 2004, p. 253, n° 28, obs. F. Taquet.

¹⁷⁷⁶ Cass. soc. 23 févr. 2005, n° 02-47.411, inédit, *Rev. proc. coll.* 2005/2, P 146, n° 9, obs. F. Taquet.

¹⁷⁷⁷ *Dict. perm. Difficultés des entreprises*, *Bull.* 223, 2 avr. 2002, p. 5831, « AGS – Garantie de paiement des créances salariales », n° 23.

Paragraphe 2 : Un rattachement souple de la créance

182.- Prévalence du rattachement de la créance au contrat. L'exigence légale de rattachement de la créance à l'exécution du contrat de travail s'est avérée très vite limitée. La nature de la créance garantie n'est plus définie par rapport à l'exécution du contrat de travail, mais au regard du contrat de travail lui-même¹⁷⁷⁸. Il a été souligné par un auteur qu'il existe désormais une garantie du « tout contractuel »¹⁷⁷⁹. Cet assouplissement de l'exigence de rattachement de la créance au contrat de travail a été critiqué parce que la *vocation sociale* de l'AGS doit être circonscrite à la couverture des *besoins alimentaires* des salariés. Par conséquent, la couverture devrait se limiter au salaire et aux accessoires ayant eux-mêmes une nature alimentaire¹⁷⁸⁰. Or, en pratique, la souplesse de l'exigence du rattachement de la créance au contrat de travail permet de garantir des sommes variées qui n'ont souvent ni la nature du salaire ni celle d'accessoires directs du salaire. C'est pourquoi, le débat en matière de protection des créances des salariés porte aujourd'hui essentiellement sur les types de créances à garantir¹⁷⁸¹ et non sur la nature de la garantie ou sur le plafonnement de la garantie comme autrefois. Le rattachement de la créance garantie au contrat de travail ouvre en conséquence le champ des créances prises en charge. L'étendue des créances garanties ne se limite plus à la créance de salaire et aux compléments ou accessoires du salaire. Plusieurs types de créances sont, à ce titre, garantis. L'institution de garantie est, en effet, tenue de prendre en charge une diversité de créances qui trouvent leur fondement dans la loi, les conventions et accords collectifs ou résultant d'un certain nombre de ruptures spécifiques (A). Cette extension du champ des créances garanties est critiquée (B).

¹⁷⁷⁸ Cass. soc. 22 mars 1984, *Bull. civ.* V, n° 112 ; D. 1984, IR 406 ; 10 juill. 1991, *Bull. civ.* V, n° 351 ; 8 juill. 1999, D. 1999, IR 212 ; *RJS* 1999, 801, n° 1310 ; 17 mai 2005, *Doc Gynéco*, n° 02-47.541, P+B ; 3 déc. 2008, n° 07-42.469 cité par J.-M. GUILLOUX, « Créances de contrat d'artiste et garantie de l'AGS : le rattachement d'une créance au contrat de travail prévaut sur sa nature », *Rev. Lamy droit de l'immatériel* 2009, n° 47 ; 14 oct. 2009, *JCP S* 2009, 1577, obs. Lahalle ; J.-M. GUILLOUX, « Vers une exécution équitable du contrat d'artiste ? », *Rev. Lamy Dr. Immatériel* 2007/31, n° 1048 ; J.-Y. KERBOURC'H, J. VINCENT, « Validité et effets de la clause d'options stipulée dans un contrat d'artiste », *RLDI* 2007/31, n° 1049 et « Jusqu'où les contrats de production et d'édition conclus par des artistes de la musique peuvent-ils restreindre leur liberté de travailler ? », *Dr. soc.* 2007, p. 808.

¹⁷⁷⁹ Cette expression est utilisée par C. RADÉ, note sous Cass. soc. 8 juin 1999, *Dr. soc.* 9/10, 1999, p. 848.

¹⁷⁸⁰ Cf., P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, préc., p. 1787 et s.

¹⁷⁸¹ F. TAQUET, « Prise en charge des indemnités de rupture du contrat d'apprentissage en cas de liquidation judiciaire », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 5, p. 59, note sous Cass. soc. 7 juill. 2009, n° 08-40.870 ; F.-X. LUCAS, « L'AGS et le droit martyrisés par la Chambre sociale », *Bull. Joly Sociétés*, mars 2009 ; A. BOYER, « Un droit social contre-productif dans les entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.* 2010, p. 8 ; T. METEYÉ, « L'évolution du champ d'intervention de l'AGS. De la sécurité juridique à l'insécurité juridique et économique », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, p. 67.

A. La diversité des créances garanties

183.- Données du problème. Le contrat de travail confère au salarié un statut particulier qui impose à l'employeur le respect de certaines obligations légales et conventionnelles. D'une part, l'exécution du contrat de travail appelle l'exécution d'obligations auxquelles la source est strictement contractuelle, mais également d'autres obligations, de source légale ou encore conventionnelle, « liées à l'existence ou à la rupture d'un tel contrat »¹⁷⁸². D'autre part, le non-respect, par l'employeur, de ces obligations génère au profit du salarié des créances indemnitaires qui trouvent leur source directement dans la loi. C'est ainsi que, dès lors que l'employeur est *insolvable*, l'objet de la garantie des créances est fondé, non seulement sur les obligations contractuelles notamment le paiement de la créance de salaire, mais également sur des obligations légales et conventionnelles. En conséquence, la prise en charge de ce type de créance était susceptible de soulever deux problématiques : la Cour de cassation allait-elle distinguer selon la source formelle de l'obligation ou, au contraire, rattacher au contrat les unes et les autres ? Allait-elle privilégier la nature indemnitaire de ces créances ou considérer que l'indemnisation sanctionnant l'inexécution de ces obligations de faire ou de ne pas faire en constituait une modalité d'exécution, caractérisant ainsi un rattachement à l'exécution du contrat ?

La principale est l'indemnité de licenciement¹⁷⁸³ qui compense la perte de l'emploi par le salarié. Cette indemnité¹⁷⁸⁴ et les créances résultant d'un licenciement irrégulier ou abusif seront analysées dans le Titre 2 de cette Partie¹⁷⁸⁵. En attendant, il convient de préciser simplement que l'expression de « rattachement de la créance garantie au contrat de travail »¹⁷⁸⁶ et non seulement à « l'exécution du contrat de travail » a fait évoluer largement l'étendue des créances des salariés prises en charge par l'institution de garantie. Ainsi, est-elle tenue de garantir les indemnités de licenciement¹⁷⁸⁷, les dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse¹⁷⁸⁸ et/ou pour licenciement irrégulier¹⁷⁸⁹, ou encore l'indemnité

¹⁷⁸² Cass. soc. 4 déc. 2002, *RJS* 2/2003, n° 199, p. 136.

¹⁷⁸³ Elle a été instituée par l'ordonnance du 13 juillet 1967. Cf., J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012, p. 564.

¹⁷⁸⁴ C. trav., art. L 1234-9.

¹⁷⁸⁵ Cf., *intra*, n° 181 et s.

¹⁷⁸⁶ C. trav., art. 3253-1.

¹⁷⁸⁷ Cass. soc. 12 juin 2001, n° 98-40.936.

¹⁷⁸⁸ Cass. soc. 8 juin 1999, n° 97-40.659, *Bull. civ.* V, n° 266.

¹⁷⁸⁹ Cass. soc. 6 mai 1997, n° 94-42.699, *Bull. civ.* V, n° 116.

due en raison d'un retard dans le paiement de l'indemnité de rupture¹⁷⁹⁰. Nous allons toutefois examiner ici de manière plus détaillée les dommages-intérêts qui résultent de la violation d'autres obligations légales ou conventionnelles de l'employeur.

184.- Une variété de dommages et intérêts garantis. La dynamique de la garantie n'a pas exclu la prise en charge des créances résultant de la violation directe d'obligations par l'employeur, alors que la garantie est déjà étendue aux sommes dues au titre d'intéressement et de participation aux résultats de l'entreprise¹⁷⁹¹, aux arrérages de préretraite¹⁷⁹² et aux droits acquis sur un compte d'épargne-temps¹⁷⁹³. Il existe une kyrielle de dommages-intérêts que l'institution de garantie est tenue de prendre en charge¹⁷⁹⁴. En effet, l'AGS doit prendre en charge les dommages et intérêts résultant du manquement aux règles relatives au repos dominical du salarié, à la fourniture du bulletin de paie¹⁷⁹⁵, de la non-remise des documents utiles à la convention de reconversion (actuellement contrat de sécurisation professionnelle)¹⁷⁹⁶, l'indemnité pour violation de la priorité de réembauchage¹⁷⁹⁷, les dommages et intérêts en cas d'interruption de la formation en alternance du salarié¹⁷⁹⁸ ou en cas de rupture abusive de la période d'essai¹⁷⁹⁹. Il en résulte que la jurisprudence a inclus dans l'étendue de la garantie des créances fondées sur l'inexécution d'une obligation contractuelle (rattachement au contrat), non seulement la violation des obligations directement contractuelles, par leur source, mais aussi la violation des obligations légales et conventionnelles qui encadrent l'exécution du contrat de travail, pour lesquelles le lien avec le contrat est plus lâche, c'est-à-dire indirect. Cependant, cette distinction au sein de l'obligation de garantie des salaires s'amenuise.

Ainsi, la garantie des créances rattachées de manière indirecte au contrat de travail manifeste la volonté d'élargissement de l'objet à garantir par l'institution de garantie. La Cour de cassation est allée très loin dans l'extension du champ de la garantie des créances des salariés

¹⁷⁹⁰ Cass. soc. 10 juill. 2001, n° 99-43.912, *Dr. soc.* 2001, p. 1127, note G. Couturier.

¹⁷⁹¹ C. trav., art. L. 3253-10 ; Cass. soc. 17 mai 1995, *Rev. proc. coll.* 1996, n° 2, p. 272, note F. Taquet ; 30 sept. 2004, *Dr. soc.* 2004, p. 1149, note J. Savatier ; 28 nov. 2007, *RJS* 2/2008, n° 189.

¹⁷⁹² C. trav., art. L. 3253-11 ; Cass. soc. 10 avr. 1991, *RJS* 5/1991, n° 584 ; 2 nov. 1993, *RJS* 12/1993, n° 1203 (prévision des arrérages de préretraite par un engagement unilatéral de l'employeur).

¹⁷⁹³ C. trav., art. L. 3154-1 et D. 3254-1 et s.

¹⁷⁹⁴ Cf., CA Paris, 21^e ch. B, 9 déc. 1998, UNEDIC c./ Khayat, *D.* 1999, p. 63 ; CA Douai, 29 janv. 1999, *RJS* 10/99, n° 1337.

¹⁷⁹⁵ Cass. soc. 8 janv. 2002, *Dr. soc.* 2002, p. 371.

¹⁷⁹⁶ Cass. soc. 2 mars 1999, *RJS* 5/99, n° 670.

¹⁷⁹⁷ Cass. soc. 30 oct. 2001, n° 99-45.043.

¹⁷⁹⁸ Cass. soc. 31 oct. 2000, *RJS* 1/01, n° 41.

¹⁷⁹⁹ Cass. soc. 24 oct. 2000, *RJS* 1/01, n° 41.

par rapport à ce que prévoit le législateur : elle permet même la garantie des créances qui résultent indirectement de l'inexécution du contrat de travail telles que la réparation d'un préjudice moral découlant de l'inexécution d'une obligation, le plus souvent le préjudice moral existant à l'occasion d'un licenciement abusif¹⁸⁰⁰. À ce propos, elle avait autrefois rejeté sa garantie parce qu'il ne se rattachait pas directement au contrat de travail. Il résultait d'un comportement fautif de l'employeur¹⁸⁰¹.

La prise en charge de la créance résultant d'un préjudice moral a été confirmée par l'arrêt du 24 octobre 2000¹⁸⁰². Il est jugé que la réparation du préjudice moral est incluse dans les dommages et intérêts résultant du licenciement abusif, car l'employeur n'a pas respecté son « obligation d'exécuter le contrat de bonne foi ». La condamnation de l'employeur sur le fondement de l'obligation d'exécuter le contrat du travail de bonne foi se réfère indirectement à l'article 1134 du Code civil. Pourtant, la Cour de cassation se fondait fréquemment sur l'article 1382 du Code civil pour retenir la responsabilité délictuelle de l'employeur dès lors qu'il commettait un manquement à l'occasion de la rupture du contrat de travail. Elle change de fondement et se place sur le terrain de la responsabilité contractuelle. Dans cette optique, il a été décidé, en outre, que les dommages-intérêts dus à une salariée victime de harcèlement sexuel étaient eux aussi garantis par l'institution de garantie des salaires¹⁸⁰³.

En effet, la Cour de cassation a décidé, le 10 juillet 2001, que les dommages et intérêts dus aux salariés laissés sept mois dans l'expectative et qui ont reçu leurs indemnités de rupture tardivement sont des sommes qui se rattachent au contrat de travail et, à ce titre, garanties par l'assurance garantie des salaires¹⁸⁰⁴. Deux indemnités sont prises en considération dans cette décision. La première, relative à l'incertitude que l'employeur a laissé planer sur le sort du contrat de travail, est rattachée à la responsabilité contractuelle de l'employeur et non à sa responsabilité délictuelle. La seconde, liée au retard de paiement des indemnités de rupture, est rattachée à l'article 1153 du Code civil¹⁸⁰⁵, le retard de règlement des salaires causant un préjudice aux salariés.

¹⁸⁰⁰ Cass. soc. 8 juin 1999, *Dr. soc.* 1999, n° 9/10, p. 847.

¹⁸⁰¹ Cass. soc. 10 juill. 1991, *RJS* 10/91, n° 1093.

¹⁸⁰² Cass. soc. 24 oct. 2000, *Dr. soc.* 2001, n° 2, p. 206.

¹⁸⁰³ Cass. soc. 15 déc. 2004, n° 02-46.973.

¹⁸⁰⁴ Cass. soc. 10 juill. 2001, *Dr. soc.* 2001, n° 12, p. 1127.

¹⁸⁰⁵ Cass. soc. 26 janv. 2000, *RJS* 3/00, n° 281.

Ce faisant, la majorité des fautes de l'employeur est désormais amplement rattachée au contrat de travail, ce qui autorise que les dommages et intérêts qui en résultent soient pris en charge par l'institution de garantie. La notion de rattachement indirect de la créance au contrat de travail est entendue de façon large¹⁸⁰⁶. L'extension de la garantie des sommes liées indirectement au contrat reposerait sur l'accentuation du « courant contractualiste »¹⁸⁰⁷ de la jurisprudence et viserait à renforcer la protection des salariés contre le risque de non-paiement des salaires. L'extension de la responsabilité de l'employeur est désormais fondée sur l'exécution directe ou indirecte du contrat de travail. Cette conception est critiquée¹⁸⁰⁸ parce que d'innombrables créances garanties sont éloignées de la référence légale aux « sommes dues en exécution du contrat de travail ». Le « souci de la Chambre sociale de la Cour de cassation d'améliorer la situation des salariés des entreprises en difficulté se heurte à la définition des créances garanties »¹⁸⁰⁹. Elle impose donc la prise en charge de certaines créances « contre le texte ou le sens de la loi »¹⁸¹⁰.

La Cour de cassation a donné la justification de cette extension dans un arrêt du 4 décembre 2002, concernant les dommages et intérêts dus en raison de l'inexécution par l'employeur de son obligation de délivrer des bulletins de paye, un certificat de travail et une attestation Pôle Emploi¹⁸¹¹. Elle énonce « d'une part, qu'aux termes de l'article 1142 du Code civil, toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution par le débiteur. D'autre part, selon l'article 1147 du même Code, le débiteur est condamné s'il y a lieu, au paiement de dommages-intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution ; qu'il en résulte que les dommages-intérêts alloués au créancier au titre de l'inexécution d'une obligation ou d'un retard dans son exécution, constituent une modalité d'exécution de l'obligation de faire ou de ne pas faire ». Ainsi, on a pu écrire, à propos du recours au régime général des obligations plutôt qu'aux dispositions du Code du travail concernées¹⁸¹², la Cour de cassation « adopte une motivation générale, qui couvre tous les cas où l'employeur manque à ses obligations, sans qu'il y ait lieu de faire une distinction [...] entre les obligations prévues dans le contrat de travail lui-même et celles qui

¹⁸⁰⁶ S. DA ROCHA, *Le rôle de l'AGS dans l'indemnisation des salariés*, préc., p. 61.

¹⁸⁰⁷ C. RADÉ, sous Cass. soc. 8 juin 1999, *Dr. soc.* 1999, n° 9/10, p. 848.

¹⁸⁰⁸ C. RADÉ, sous Cass. soc. 8 juin 1999, *Dr. soc.* 1999, n° 9/10, p. 848.

¹⁸⁰⁹ A. CHARBIN, « La garantie de l'AGS: portée réelle de l'évolution jurisprudentielle », *TPS*, juill. 1999, p. 5.

¹⁸¹⁰ Y. CHAGNY, « Quelques observations sur la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de garantie des créances salariales », *Sem. soc. Lamy*, n° 1138, 6 oct. 2003, p. 32.

¹⁸¹¹ Cass. soc. 4 déc. 2002, *RJS* 2/03, n° 199.

¹⁸¹² C. trav., art. L. 3253-6.

résultent de dispositions légales liées à l'existence ou à la rupture d'un tel contrat »¹⁸¹³. En réalité, la prise en charge par l'AGS des créances correspondant à des dettes de réparation de l'employeur est admise¹⁸¹⁴. Sont ainsi garanties les créances qui résultent de la violation des obligations contractuelles ou des règles légales ou conventionnelles attachées au contrat de travail.

En conséquence, puisque ni la nature de salaire ni la source formelle de la créance ne sont déterminantes, et que seul le rattachement au contrat de travail importe, peuvent être prises en charge : l'indemnité de non-concurrence dans la limite d'un montant maximal correspondant à un mois et demi de travail¹⁸¹⁵. Les sommes dues au titre de l'intéressement¹⁸¹⁶ et de la participation¹⁸¹⁷ des salariés aux résultats et performances sont garanties lorsqu'elles revêtent la forme d'un droit de créance sur l'entreprise¹⁸¹⁸ ou encore « les arrrages de préretraite dus à un salarié ou à un ancien salarié en application d'un accord professionnel ou interprofessionnel, d'une convention collective ou d'un accord d'entreprise » dès lors que le dispositif « prévoit le départ en préretraite à cinquante-cinq ans au plus tôt »¹⁸¹⁹. En revanche, les arrrages de préretraite n'entrent pas dans le champ de la garantie, s'ils « sont versés en application d'une note ou d'un procès-verbal de réunion du comité d'entreprise parce qu'elle ne constitue pas un accord collectif au sens de l'article L. 2221-1 du Code du travail »¹⁸²⁰.

De même, l'AGS garantit l'indemnité réparatrice du préjudice du salarié qui résulte du non-paiement des cotisations à la caisse complémentaire de prévoyance par l'employeur¹⁸²¹. Il importe peu que le « taux de cotisation choisi par l'employeur ne soit qu'une modalité de l'exécution de son obligation conventionnelle »¹⁸²². Par ailleurs, la Cour de cassation a décidé que l'institution des garanties des salaires doit prendre en charge le règlement des dommages-intérêts dus par l'employeur à raison de l'inobservation de l'obligation d'affiliation à une caisse de retraite complémentaire des cadres en violation des obligations contractuelles qui lui

¹⁸¹³ Note sous Cass. soc. 4 déc. 2002, *RJS* 2/03, n° 199, p. 136.

¹⁸¹⁴ C. RADE, note sous Cass. soc. 2 mars 1999, *Dr. soc.* 1999, n° 5, p. 534.

¹⁸¹⁵ Cass. soc. 28 juin 1985, *RJS* 1995, 722, n° 1136.

¹⁸¹⁶ C. trav., art. L. 3311-1 et s.

¹⁸¹⁷ C. trav., art. L. 3322-1 et s.

¹⁸¹⁸ C. trav., art. L. 3253-10 et L. 3253-12 ; Cass. soc. 17 mai 1995, n° 93-46.441, NPT, *Rev. proc. coll.* 1996, 272, obs. F. Taquet ; 30 sept. 2004, *Bull. civ.* V, n° 242 ; *TPS* 2004, n° 358 ; *Dr. soc.* 2004, 1149, obs. Savatier.

¹⁸¹⁹ C. trav., art. L. 3253-11 ; Cass. soc. 10 avr. 1991, n° 88-45.688, n° 88-45.693, *Bull. civ.* V, n° 175 ; *D.* 1993, somm. 75, obs. A. Honorat ; 2 nov. 1993, n° 90-42.661, NPT, *Gaz. Pal.* 1993, II, pan. 284.

¹⁸²⁰ Cass. soc. 10 avr. 1991, *Bull. civ.* V, n° 175 ; *D.* 1993, somm. 75, obs. A. Honorat ; *RJS* 1991, 311, n° 584 ; 2 nov. 1993, *RJS* 1993, 714, n° 1203.

¹⁸²¹ Cass. soc. 31 mars 1998, *Bull. civ.* V, n° 184 ; *D.* 1998, IR 125.

¹⁸²² Cass. soc. 25 janv. 2005, *Dr. soc.* 2005, 477, obs. Radé ; *Cah. soc. Barr.* 2005, A. 33, obs. Charbonneau.

incombent¹⁸²³. Elle énonce que les sommes dues en vertu d'un accord d'entreprise sont garanties¹⁸²⁴, ainsi que les ressources et le remboursement de frais médicaux prévus par la convention collective applicable dans l'entreprise¹⁸²⁵.

Ainsi, le déplacement du critère vers le rattachement de la créance au contrat de travail, c'est-à-dire l'assouplissement de la formule légale de rattachement à l'exécution du contrat, oblige l'AGS à prendre en charge des « dommages et intérêts dus aux salariés à raison de l'inexécution par l'employeur d'une obligation résultant du contrat de travail »¹⁸²⁶. Par exemple, elle doit prendre en charge les dommages-intérêts réparateurs des conséquences du prêt de main d'œuvre illicite effectué au détriment du salarié qui caractérise un manquement de l'employeur à son obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail¹⁸²⁷. La Cour de cassation a décidé le 4 mai 2011 que « les dommages-intérêts alloués, à raison du préjudice moral subi par la salariée à cause de son licenciement abusif et en infraction avec les dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail sont garantis par l'AGS dans les conditions prévues par l'article L. 3253-8 du Code du travail »¹⁸²⁸.

Ces solutions, concernant différentes catégories de créances, soulèvent manifestement deux difficultés. D'abord, l'extension du champ de la garantie à des sommes ayant la nature de dommages-intérêts interroge au regard de la distinction antérieure entre sommes liées au contrat et sommes liées à une action en responsabilité. Ensuite, si on peut imaginer un rattachement souple, lorsque les dommages-intérêts sont liés à l'inexécution d'une obligation contractuelle, la difficulté se pose de manière accrue s'agissant de l'admission de ceux liés à une obligation extracontractuelle qui ne correspondent pas en vérité aux « sommes dues en vertu du contrat de travail »¹⁸²⁹. Il peut s'agir notamment des créances résultant du défaut de déclaration et de paiement des cotisations aux organismes sociaux¹⁸³⁰, du non-paiement par

¹⁸²³ Cass. soc. 8 janv. 2002, *Dr. soc.* 2002, 371, obs. Radé.

¹⁸²⁴ Cass. soc. 5 avr. 1995, *RJS* 1995, 429, n° 652, 1^{re} esp.

¹⁸²⁵ Cass. soc. 28 oct. 1997, *Bull. civ.* V, n° 338; *D.* 1998, IR 16.

¹⁸²⁶ Cass. soc. 16 mars 1999, *RJS* 5/99, n° 670, p. 412.

¹⁸²⁷ Cass. soc. 9 nov. 2004, *Bull. civ.* V, n° 280; *RJS* 2005, 42, n° 43.

¹⁸²⁸ Cass. soc. 4 mai 2011, n° 10-30.646 (n° 1064 F-D) *Fanon c/ Courtoux*, *RJS* 7/11, n° 579.

¹⁸²⁹ Cass. soc. 10 juill. 1991, n° 88-41.704, *Bull. civ.* V, n° 351, *D.* 1992, somm. 386, obs. A. Honorat ; 12 janv. 1993, n° 92-40.162, NPT, *Gaz. Pal.* 1993, I, pan. 48 ; 21 févr. 1995, n° 93-44.143, NP, *D.* 1995, somm. 305, obs. A. Honorat ; 16 mars 1999, *Bull. civ.* V, n° 114 ; *RJS* 5/99, n° 670, p. 412 ; CA Paris, 7 avr. 1998, *D.* 1998, IR 135.

¹⁸³⁰ C. trav., art. L. 3253-8, dernier alinéa ; LFSS pour 1997, art. 36 ; Cass. soc. 30 nov. 1999, *RJS* 1/00, n° 46 ; Cass. soc. 8 janv. 2002, *Bull. civ.* V, n° 1 ; C. CHARBONNEAU, « La garantie par l'AGS des cotisations sociales de retraite complémentaire », *Cah. soc. barr. Paris*, 1^{er} avr. 2005, n° 169, p. 171, note sous Cass. soc. 25 janv. 2005, Sté Pojacier, n° 03-40.195 ; C. RADÉ, « Garantie de l'AGS : une salutaire réécriture (Loi n° 2005-

l'employeur des cotisations dues à la caisse de prévoyance¹⁸³¹, de la rétention indue des cotisations destinées à un organisme de protection sociale complémentaire¹⁸³². Il en est de même des dommages et intérêts dus pour la violation des règles relatives aux congés payés¹⁸³³ et à l'autorisation du licenciement d'un salarié protégé¹⁸³⁴. L'AGS doit également garantir les dommages-intérêts dus à raison de l'inexécution par l'employeur de son obligation de délivrer aux salariés des bulletins de paie, des certificats de travail et attestations Assedic (devenu Pôle emploi)¹⁸³⁵, de non souscription d'une assurance-groupe relative au capital-décès¹⁸³⁶, les frais professionnels¹⁸³⁷, l'indemnité de non-respect de l'extension du bénéfice d'un contrat de solidarité à une nouvelle période¹⁸³⁸ et les dommages-intérêts pour avoir privé de salaire pendant plusieurs mois¹⁸³⁹. En somme, la protection des créances résultant de la violation des règles d'ordre public social présente un caractère original puisque ces créances ne découlent pas du contrat de travail, mais de la loi qui est leur source ou conformément aux mécanismes de l'ordre public social, des conventions collectives et accords collectifs qui dérogent à la loi par des dispositions ayant le même objet et plus favorables aux salariés.

En pratique, la prise en charge par l'institution de garantie de ces dommages-intérêts exprime l'infléchissement de l'exigence de rattachement de la créance à l'exécution du contrat de travail. Le détachement de l'obligation de garantir de l'AGS par rapport à la stricte *exécution du contrat de travail* est favorable à l'indemnisation des salariés en ce qu'il étend le champ d'application de la garantie. On retrouve cette dynamique concernant l'obligation de l'assurance des salaires de garantir les créances qui résultent des ruptures du contrat de

845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, art. 177) », *Lexbase Hebdo éd. soc.* 1^{er} sept. 2005, n° 179 ; « L'AGS doit garantir le non-paiement des cotisations obligatoires », *Lexbase Hebdo éd. soc.* 9 nov. 2006, n° 235, note sous Cass. soc. 24 oct. 2006, n° 04-46.622 ; P. DUPRAT, C. GAILHBAUD, « La situation des salariés », *Gaz. Pal.* 2009, n° 305-307, p. 31, note sous Cass. soc. 17 juin 2009, n° 1308 ; 7 juill. 2009, n° 1616 ; 14 juill. 2009, n° 1612 ; 12 mai 2009, n° 918 ; 7 juill. 2009, n° 1617 ; 23 juin 2009, n° 1433 ; 7 juin 2009, n° 1585 ; 17 juin 2009, n° 1324.

¹⁸³¹ Cass. soc. 30 mars 1999, *Dr. soc.* 1999, n° 6, p. 646 ; 28 mars 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 664 ; 25 janv. 2005, *Dr. soc.* 2005, p. 477 ; P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, 3^e éd., Litec, 2007, p. 404.

¹⁸³² Cass. soc. 12 janv. 1999, *RJS* 2/99, n° 207 ; 17 juin 2009, n° 08-41.866.

¹⁸³³ Cass. soc. 2 juin 1992, *Bull. civ.* V, n° 358 ; *D.* 1993, Somm. 75, obs. A. Honorat ; 20 juin 2007, n° 05-43.453.

¹⁸³⁴ Cass. soc. 16 nov. 1999, *RJS* 1/00, n° 45.

¹⁸³⁵ Cass. soc. 4 déc. 2002, *Bull. civ.* V, n° 368 ; *RJS* 2003, 136, n° 199.

¹⁸³⁶ Cass. soc. 4 févr. 1987, *Dr. soc.* 1987, n° 7-9, p. 619 ; 25 juin 1996, n° 93-41.917, NPT, *Gaz. Pal.* 1996, II, pan. 218 ; 8 juill. 1997, *Bull. civ.* V, n° 248 ; v., Cass. soc. 28 janv. 2006, *JCP S* 2006, 1446, note P. Morvan ; Cf., P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6e éd., Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2011, p. 1789.

¹⁸³⁷ Cass. soc. 17 déc. 1991, *Bull. civ.* V, n° 587, p. 364 ; *D.* 1992, IR 47 ; 14 juin 2006, n° 04-43.820 ; 17 juin 2009, n° 07-43.872 ; P.-M. LE CORRE, préc., p. 1789.

¹⁸³⁸ Cass. soc. 9 oct. 1990, *Bull. civ.* V, n° 427.

¹⁸³⁹ Cass. soc. 26 mars 1992, n° 90-45.259 ; 20 juin 2007, *JCP S* 2007, 1852, note A. Martinon.

travail¹⁸⁴⁰, particulièrement celles prononcées avant la date du jugement d'ouverture en dépit des difficultés spécifiques auxquelles se heurtait cette prise en charge.

185.- CSP¹⁸⁴¹, transaction, rupture amiable et garantie. Le mécanisme collectif de garantie est tenue de prendre également en charge les créances qui résultent d'un certain nombre de ruptures antérieures notamment l'indemnité résultant d'un contrat de sécurisation professionnelle, des indemnités transactionnelles¹⁸⁴² et des ruptures amiables. D'abord, le contrat de sécurisation professionnelle¹⁸⁴³, qui remplace la convention de reclassement personnalisé¹⁸⁴⁴ qui elle-même se substituait à la convention de reconversion, a été instituée par la loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 relative au développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels¹⁸⁴⁵, également encadré par l'Accord National Interprofessionnel du 31 mai 2011 qui a reçu l'agrément nécessaire par arrêté du 6 octobre 2011. Ainsi, l'article L. 1233-65 du Code du travail prescrit que « dans les entreprises non soumises à l'obligation de proposer le congé de reclassement¹⁸⁴⁶ prévu à l'article L. 1233-71, l'employeur propose à chaque salarié dont il envisage de prononcer le licenciement pour motif économique, une convention de reclassement personnalisé¹⁸⁴⁷ ». En effet, l'article L. 3253-8, 3° du Code du travail prévoit la couverture des « créances résultant de la rupture du contrat de travail des salariés dont le contrat de sécurisation professionnelle a été proposé »

¹⁸⁴⁰ V., C. trav., art. L. 3253-8, 2°.

¹⁸⁴¹ Le contrat de sécurisation professionnelle.

¹⁸⁴² Cass. soc. 3 avr. 2001, n° 99-42.183, *Bull. civ.* V, n° 116 ; M.-C. HALLER, « Étendue de la garantie face à un accord transactionnel », *sem. soc. Lamy* 2006, n° 1252, note sous Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 03-44.444, P+B+R.

¹⁸⁴³ D. BAUGARD, « Le contrat de sécurisation professionnelle », *RDT* 2011, n° 10, p. 570.

¹⁸⁴⁴ L'obligation de proposer un contrat de reconversion était régie par les anciens articles L. 321-5, L. 122-14-2 et L. 122-14-4 du Code du travail. Pour la convention de reclassement personnalisé, v., C. trav., art. L. 1233-65 ; C. LEFRANC-HAMONIAUX, « Convention de reclassement personnalisée et transaction », *JCP G* 2011, n° 25, p. 1205, note sous Cass. soc. 31 mai 2011, n° 10-14.313 ; C. TERRENOIRE, S. BÉAL, « L'adhésion à une CRP implique la renonciation aux offres de reclassement », note sous Cass. soc. 28 sept. 2011, n° 10-23.703 et n° 10-23.704, *JCP E* 2012, n° 5, p. 47.

¹⁸⁴⁵ Loi n° 2011-893, 28 juill. 2011, art. 41 ; C. trav., art. L. 1233-65 à 1233-70. Cf., P. LE COHU, « Le contrat de sécurisation professionnelle », *Gaz. Pal.* 2011, n° 350-351, p. 14 ; B. DESAINT, M. FAVIER, « Loi pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels. Aspects contractuels », *Jurispr. soc. Lamy* 2011, n° 308, pp. 4-8.

¹⁸⁴⁶ Il s'agit des entreprises de moins de mille salariés et les entreprises en redressement judiciaire quel que soit l'effectif.

¹⁸⁴⁷ C. trav., art. L. 1233-65 à L. 1233-70 ; L. n° 2005-32, 18 janv. 2005, ANI 5 avr. 2005 ; Cons. Const. 28 déc. 2011, n° 2011-645 DC (Loi de finances rectificative pour 2011, CSCL 1135644S ; Cf., P. LE CORRE, « Le contrat de sécurisation professionnelle », *Gaz. Pal.* 2011, n° 350-351, p. 14 ; A. LOUVET, « Le contrat de sécurisation professionnelle », *JCP S* 2011, n° 37, p. 15 ; D. BAUGARD, « Le contrat de sécurisation professionnelle », *RDT* 2011, n° 10, pp. 570-572 ; D. VINCENT, « Le contrat de sécurisation professionnelle : aspects pratiques », *Bull. soc. Francis Lefebvre* 2012, n° 6, p. 327 ; F. MELLERAY, « Le sécurisation des parcours professionnels des agents contractuels de la fonction publique », *AJDA* 2012, n° 20, pp. 1095-1099.

dès lorsqu'elle intervient dans les périodes de garantie indiquées au 2° de cet article¹⁸⁴⁸. En ce sens, la Cour de cassation a admis également la garantie des dommages et intérêts qui résultent de l'adhésion du salarié à une convention de reconversion¹⁸⁴⁹. En somme, la solution qui est déduite pour le contrat de sécurisation professionnelle appliqué aux entreprises de taille moyenne peut aussi être appliquée aux grandes entreprises soumises à l'obligation de proposer un congé de reclassement¹⁸⁵⁰ ou de mobilité¹⁸⁵¹.

Ensuite, la garantie de l'AGS bénéficie aux titulaires d'indemnités résultant des transactions¹⁸⁵² qui ont l'autorité de la chose jugée¹⁸⁵³. Cette autorité impose à l'employeur de régler la créance qui est déterminée par voie de transaction¹⁸⁵⁴. S'il est insolvable, les indemnités transactionnelles rentrent dans le champ de la garantie délimité à l'article L. 3253-8 du Code du travail¹⁸⁵⁵. À cet égard, la Cour de cassation considère désormais les créances qui résultent de la transaction ont la nature de créances dues en exécution du contrat de

¹⁸⁴⁸ Cass. soc. 27 mai 2009, n° 08-43.137, *Bull. civ.* 139 ; *Rev. proc. coll.* 2009, p. 58, note F. Taquet.

¹⁸⁴⁹ Cass. soc. 12 févr. 1992, *D.* 1993, somm. p. 75, obs. A. Honorat ; 2 mars 1999, *Le Trirant c/ AGS*, n° 96-43.604 ; F. DERRIDA, in *La situation des salariés (suite et fin)*, « La créance de dommages-intérêts résultant de la transmission tardive des documents nécessaires au bénéfice d'une convention de conversion est couverte par la garantie de l'AGS », *D.* 2001, p. 119.

¹⁸⁵⁰ C. trav., art. L. 1233-71 : « Dans les entreprises ou établissements de mille salariés et plus [...] l'employeur propose à chaque salarié dont il envisage de prononcer le licenciement pour motif économique un congé de reclassement qui a pour objet de permettre au salarié de bénéficier d'actions de formation et des prestations d'une cellule d'accompagnement des démarches de recherche d'emploi ».

¹⁸⁵¹ C. trav., art. L. 1233-71 et s. R. 1233-17 à 36. Le congé de mobilité remplace le congé de reclassement dans les entreprises qui ont conclu des accords de gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences (L. 21 déc. 2006). Il est proposé avant la rupture du contrat et constitue une rupture amiable si le salarié accepte la proposition. Cf., E. DURLACH, « Congé de mobilité et droit du licenciement économique », *RDT* 2007, p. 440.

¹⁸⁵² C. civ., art. 2044 ; cf., G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF/ Quadrige, 2011, p. 928 ; F. VÉLOT, « Transaction et PSE : gare au mélange des genres », *Sem. soc. Lamy* 2008, n° 1367, p. 10, note sous Cass. soc. 20 nov. 2007, n° 06-41.410 ; « Transaction, substitut du parachute doré ? », *Bull. Joly Sociétés* 2011, n° 5, p. 391, note sous Cass. com. 1^{er} mars 2011, n° 10-13.993, SA Havas ; S. BÉAL, « La nullité de la transaction ou la fin de la sécurisation d licenciement », *JCP E* 2010, n° 44-45, p. 51, note sous Cass. com. 13 juill. 2010, n° 09-40.984 ; M. PIERCHON, « Qui du TASS ou du Conseil de prud'hommes a qualité pour qualifier une indemnité transactionnelle ? », *JCP S* 2011, n° 41, pp. 25-27 ; E. POULIQUEN, « Qualification des indemnités transactionnelles de licenciement », *Rev. Lamy dr. civ.* 2011, n° 86, pp. 50-51, note sous Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 2011, n° 10-23.373 ; C. LEFRANC-HAMONIAUX, « Convention de reclassement personnalisée et transaction », *JCP G* 2011, n° 25, p. 1205, note Cass. soc. 31 mai 2011, n° 10-14.313 ; A. MARTINON, « Condamnation des indemnités conventionnelles « transactionnelles » », *JCP S* 2011, n° 1, p. 42, note sous Cass. soc. 12 juill. 2010, n° 08-44.966, Mme M c/ SA Paris Première.

¹⁸⁵³ C. civ., art. L. 2052.

¹⁸⁵⁴ J. BARTHÉLÉMY, « Indemnités transactionnelles liées à la rupture de Contrat à Durée déterminée (CDD) », *Dr. soc.* 2011, n° 2, p. 218, note sous Cass. soc. 2^e, 7 oct. 2011, *URSSAF de Lyon c/ Asvel Basket*, n° 09-12.404.

¹⁸⁵⁵ Cass. soc. 3 avr. 2001, n° 99-42.183, M. Gers c/ M/ Pavec ; *Dr. soc.* 2001, p. 672, obs. Ch. Radé ; « La garantie des dommages et intérêts transactionnels » : CA Paris, 22 févr. 1990, *Cah. soc. Barreau Paris* 1993, chron. « L'assurance des créances salariales », n° 54, p. 285 ; H. TISSANDIER, « De nouveaux éclaircissements sur les sommes garanties par l'AGS », *D.* 2001, p. 826 ; E. SERVERIN, « L'opposabilité à l'AGS d'une transaction homologuée après médiation judiciaire », *RDT* 2006, p. 120.

travail »¹⁸⁵⁶ ou des stipulations du contrat de travail¹⁸⁵⁷ et repousse l'idée de la novation des créances résultant des transactions envisagée autrefois¹⁸⁵⁸. Par conséquent, l'institution de garantie doit prendre en charge les mensualités dues par l'employeur à un ancien salarié au titre d'une convention amiable conclue avant le jugement d'ouverture¹⁸⁵⁹. Par ailleurs, précisons également, par assimilation, que l'indemnité contractuelle de licenciement est une clause pénale et constitue une créance indemnitaire couverte par l'assurance garantie des salaires¹⁸⁶⁰. De ce fait, la garantie des créances salariales définies par transaction suit la conception jurisprudentielle d'élargissement constant du champ des créances à garantir et participe de la difficulté pour l'institution de garantie d'échapper à la prise en charge des créances salariales¹⁸⁶¹. Ne reste à l'AGS, pour limiter ses dépenses¹⁸⁶², qu'à élever une contestation de ce type de créances telle que, souvent, sur le montant élevé de la créance salariale fixée par voie de transaction.

En effet, les hypothèses où l'institution de garantie est autorisée à contester les créances transactionnelles sont strictement limitées¹⁸⁶³. De plus, les conditions d'une telle contestation restent difficiles à mettre en œuvre. La Cour de cassation dans un arrêt du 25 janvier 2006¹⁸⁶⁴, a apporté deux précisions essentielles sur ce type de contestation. En premier lieu, elle a décidé que « l'assurance garantie des salaires n'était recevable à contester l'accord transactionnel conclu au cours d'une procédure de médiation et homologuée par le juge prud'homal qu'à la condition d'établir que cet accord procédait d'une fraude [...] aux droits

¹⁸⁵⁶ Cass. soc., 6 mai 1998, n° 96-40.650, *Jurispr. soc. Lamy*, 18 juin 1998, n° 14-16; *Sem. soc. Lamy*, 18 juin 1998, n° 16, *Jurispr. gén.*, arrêts résumés : « Transaction, Liquidation judiciaire et effets d'une transaction sur les créances salariales ».

¹⁸⁵⁷ Cass. soc. 3 avr. 2001, n° 99-42.183, *Jurispr. soc. Lamy*, 29 mai 2001, n° 80-89 ; *Dr. soc.* 2001, n° 6, p. 672.

¹⁸⁵⁸ CA Paris, 22 févr. 1990, *Garp c./ Zemrani* ; Rouen, 9 févr. 1999, *AGS c./ Gers*.

¹⁸⁵⁹ Cass. soc. 23 nov. 2004, n° 02-41.836 ; M.-C. HALLER, « AGS Étendue de la garantie face à un accord transactionnel », *Sem. soc. Lamy*, 2 oct. 2006, n° 1276 suppl.

¹⁸⁶⁰ CA Paris, 21^e ch. B, 9 déc. 1998, *D.* 1999, p. 63. La Cour d'appel a décidé que dans cette espèce que « l'indemnité contractuelle de licenciement prévue au contrat d'un directeur opérationnel, qui s'analyse en une clause pénale, n'a pas le caractère d'un salaire mais constitue une créance indemnitaire qui est couverte par l'assurance des créances de salaires ».

¹⁸⁶¹ F. TAQUET, « L'opposabilité des décisions de justice à l'AGS », *Sem. soc. Lamy*, 6 oct. 2003, suppl. n° 1138, « Licenciements, indemnités de chômage et garantie des salaires ».

¹⁸⁶² B. SOINNE, « L'AGS est-elle en faillite ? », *Rev. proc. coll.* 2003, n° 4, p. 291-293.

¹⁸⁶³ C. RADÉ, « Seule l'hypothèse d'une fraude autorise l'AGS à contester le montant des créances garanties en exécution d'une transaction », *Lexbase Hebdo éd. soc.*, 2 févr. 2006, n° 200, note sous Cass. soc. 25 janv. 2006, n° 03-45.444, *AGS c./ M. Vincent Sénequier-Crozet*, FS-P+B+R.

¹⁸⁶⁴ Cass. soc. 25 janv. 2006, n° 03-45.444, *Bull. civ. V*, n° 22 ; *D.* 2006, IR p. 395, *AGS c/ M. Vincent Sénequier-Crozet*. Cf., B. BLOHOM-BRENNEUR, « La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation », *D.* 2001, chron. p. 251 ; B. MUNOZ PEREZ, E. SERVERIN, « Le sort des demandes prud'homales en 2004 », *Infostat justice*, n° 87, avr. 2006.

de l'AGS »¹⁸⁶⁵, laquelle relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. En second lieu, la Cour de cassation indique encore dans l'arrêt du 25 janvier 2006, que «trouvant son fondement dans l'article L. 122-14-4 du Code du travail¹⁸⁶⁶, la créance indemnitaire du salarié pour licenciement sans cause réelle et sérieuse relevait du plafond 13, peu important que son montant résulte d'un accord de médiation ».

Or, déjà, le montant de la créance transactionnelle trouve sa source dans l'accord lui-même, et non à l'extérieur des parties. En outre, le principe de l'effet relatif des contrats¹⁸⁶⁷ pouvait être invoqué au soutien de la contestation de l'AGS dès l'instant où le juge s'est limité simplement à son homologation¹⁸⁶⁸, alors qu'il devait participer activement à la conclusion de cet accord¹⁸⁶⁹. Dans cet aspect, encore, des précisions peuvent être trouvées au sein de l'ordre juridique communautaire : selon la CJUE, un fonds de garantie espagnol pouvait s'opposer à la prise en charge des sommes prévues par un accord de conciliation¹⁸⁷⁰. Dans de telles hypothèses, la CJUE prive de garantie des créances salariales fixées par conciliation, et cela, en dépit du fait qu'elle soit effectuée sous contrôle judiciaire.

Cette solution est, en somme, proche de celle qu'avait adoptée la Cour de cassation sous l'empire de la loi instituant les plafonds 4 et 13 qui limitaient le montant de la garantie. Il semble, en effet, que les créances résultant d'une transaction homologuée soient directement en lien avec les indemnités prévues par le Code du travail pour sanctionner, notamment l'absence de la cause réelle et sérieuse du licenciement ou l'indemnité de préavis. Cela étant, ces créances découlent des dispositions légales et le plafond 13 s'appliquait à l'ensemble des créances déterminées par voie transactionnelle. Par ailleurs, la question de la garantie des créances résultant des ruptures amiables proprement dites peut se poser.

¹⁸⁶⁵ L'exception de fraude s'applique ici de manière générale.

¹⁸⁶⁶ C. trav., art. L. 1235-2 et s. et L. 1235-13 nouveaux, selon le type d'irrégularité (dans cette affaire : art. L. 1235-3).

¹⁸⁶⁷ Ainsi, l'autorité de la chose jugée d'un contrat ne s'applique qu'aux parties contractantes et non aux tiers.

¹⁸⁶⁸ La Cour de cassation avait déjà imposé le 3 avril 2001 (n° 99-42.183, *Bull. civ. V*, n° 116 ; *D.* 2001, IR p. 1852) à l'assurance des salaires de garantir les sommes déterminées par une transaction, sauf que cela concernait l'hypothèse d'une transaction prise en exécution de contrat au titre de l'article L. 143-11-1 du Code du travail. A cet effet, il a été décidé que les sommes déterminées par la transaction étaient considérées comme prévues par le contrat de travail. Cf., R. MELOT, *Les modes de règlement contractuels des litiges nés du contrat de travail*, Thèse en sociologie, 2002, Ecole normale supérieure de Cachan ; E. SRVERIN, « L'opposabilité à l'AGS d'une transaction homologuée après médiation judiciaire », *RDT* 2006, p. 120.

¹⁸⁶⁹ Cass. soc., 28 mars 2000, *Bull. civ. V*, n° 135 ; *D.* 2000, jurispr. p. 537, note J. Savatier.

¹⁸⁷⁰ CJCE, 16 déc. 2004, Olaso Valero, aff. C-520/03, *Rec. CJCE*, p. I-12065 ; *D.* 2005, IR p. 168 ; CJCE, 4^e ch., ord., 13 déc. 2005, Maria Cristina Guerrero Pecino c./ Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), aff. C-177/05.

Enfin, la prise en charge des créances résultant des ruptures amiables a également été affirmée¹⁸⁷¹. Elle est toutefois limitée. En effet, l'article L. 3253-13 du Code du travail prescrit que « l'assurance prévue à l'article L. 3253-6 ne couvre pas les sommes qui concourent à l'indemnisation du préjudice causé par la rupture du contrat de travail dans le cadre d'un licenciement pour motif économique, en application d'un accord d'entreprise ou d'établissement ou de groupe ou d'une décision unilatérale de l'employeur, lorsque l'accord a été conclu et déposé ou la décision notifiée moins de dix-huit mois avant la date du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire »¹⁸⁷². Ainsi, l'assurance des salaires ne prend en charge que les indemnités de ruptures fixées d'un commun accord dix-huit mois avant la date d'ouverture de la procédure collective¹⁸⁷³ et, n'a pas l'obligation de garantir les créances salariales qui sont fixées par accord entre le salarié et l'employeur pendant la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. Cette limitation de l'étendue temporelle de la garantie évite que l'institution de garantie n'ait à supporter des charges financières liées aux indemnités fixées par les parties, alors que l'entreprise connaissait déjà des difficultés au moment où l'accord est conclu¹⁸⁷⁴. Elle déjoue l'éventualité d'une fraude à la loi par entente frauduleuse entre l'employeur et le salarié afin que ce dernier puisse bénéficier d'importantes sommes prises en charge par l'AGS, sans nullement remettre en cause la prise en charge des créances salariales postérieures au jugement.

Elle se rapproche des nullités de la période suspecte¹⁸⁷⁵ qui est déterminée par le tribunal de commerce pour permettre l'annulation des actes effectués par l'employeur (les actes de disposition surtout) de manière irrégulière au cours de celle-ci afin d'éviter tout appauvrissement du patrimoine du débiteur en difficulté.

En effet, la créance du salarié doit respecter la limitation temporelle nécessaire à sa garantie. En ce sens, les juges avaient déjà exclu du bénéfice de la garantie des créances salariales, les commissions acquises par un VRP après la date du jugement d'ouverture, mais pendant la

¹⁸⁷¹ Cass. soc. 30 sept. 2009, n° 08-42.076, *JCP S* 2009, 1506, note P. Morvan.

¹⁸⁷² Cf., F. TAQUET, « Créances garanties : décision de l'employeur ou accord d'entreprise », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 1, p. 48, note sous Cass. soc. 30 sept. 2009, n° 08-42.076.

¹⁸⁷³ C. trav., art. L. 3252-13 ; v., Cass. soc. 29 sept. 2009, n° 08-41.772 à 08-42.532.

¹⁸⁷⁴ Cass. soc. 23 nov. 2004, M. Jean Fauvet c./ Sté Stradelec et a., n° R 02-41.836 ; arrêt n° 2237 FS-P+B+R+I ; *Dr. soc.* 2005, n° 2, p. 221, obs. Christophe Radé.

¹⁸⁷⁵ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6^e éd., Dalloz, 2011, p. 1766 et s.

période d'observation¹⁸⁷⁶. De même, la Cour de cassation n'hésite pas à exclure du champ de l'assurance garantie une partie des créances nées avant la date du jugement dès lors qu'elles doivent être réglées après ce jugement. Elle estime qu'il ne suffit pas que la créance soit née avant la date du jugement d'ouverture pour qu'elle puisse recevoir un règlement complet. À ce titre, elle a exclu une partie de l'indemnité compensatrice de la clause de non-concurrence du champ de l'assurance garantie des salaires¹⁸⁷⁷.

Mais une décision du 23 novembre 2004¹⁸⁷⁸ semble rompre avec cette logique en faveur d'une extension de la prise en charge. En l'espèce, un salarié a conclu une convention de rupture amiable avec son employeur par laquelle ce dernier s'engage à lui verser une indemnité mensuelle durant au moins quatre années. Trois années plus tard, l'entreprise est placée en redressement judiciaire. Par conséquent, le salarié demande le versement de ses sommes à l'assurance garantie des salaires qui refuse d'honorer à sa demande. Le salarié saisit le juge qui le déboute, puis, interjette appel. La cour d'appel constate que l'accord ne contient pas de clause précisant la déchéance du terme lorsque l'employeur n'honore pas son engagement et, en conclut que l'assurance garantie des salaires n'est pas appelée à intervenir pour les créances postérieures à la date du jugement d'ouverture.

En dépit du raisonnement cohérent du juge d'appel, la Cour de cassation n'a pas suivi sa position. Elle a décidé que « la créance du salarié résultait d'un accord conclu avant le jugement d'ouverture et que la somme convenue était due à la date de ce jugement ». La Cour de cassation consacre ainsi une règle fondamentale qui consiste à obliger l'assurance garantie des salaires à indemniser les créances salariales fixées par accord ou décision unilatérale de l'employeur à la condition qu'elles soient nées avant la date du jugement d'ouverture. Elle admet également que la garantie des salaires joue même si l'échéance arrive après la date du jugement d'ouverture. Ainsi, la créance du salarié dont le contrat est rompu par convention amiable est née à la date de la conclusion de cette convention et donc bien plus de dix-huit mois avant la date du jugement d'ouverture. Cette décision est conforme à l'article L. 3253-13 du Code du travail¹⁸⁷⁹, mais quel rapport doit avoir ces créances amiables vis-à-vis des indemnités de licenciement.

¹⁸⁷⁶ CA Versailles, 11^{ème} ch., 30 janv. 1989, n° 915/88.

¹⁸⁷⁷ Cass. soc. 6 mai 1997, *Bull. civ. V*, n° 162 ; *JCP E* 1997, jurispr. p. 471, note J.-J. Serret ; 2 oct. 1997, n° 95-42.403, inédit ; 27 oct. 1999, *Dr. soc.* 2000, p. 123.

¹⁸⁷⁸ Cass. soc. 23 nov. 2004, M. Jean Fauvet c./ Sté Stradelec et a., n° R 02-41.836 ; *Dr. soc.* 2005, n° 2, p. 221, obs. Ch. Radé.

¹⁸⁷⁹ C. trav., art. L. 143-11-3, al. 4 anc. ; Rédaction issue de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, art. 57. En effet, l'article L. 3253-13 du

En définitive, la créance qui résulte de la rupture amiable n'est garantie que si elle respecte la limitation temporelle exigée. Elle ne doit pas être confondue avec l'indemnité de licenciement¹⁸⁸⁰. En réalité, la rupture amiable éloigne les salariés de la garantie, car elle doit intervenir plusieurs mois avant la date du jugement d'ouverture afin que la créance qui en résulte soit prise en charge. Les salariés ont donc intérêt à refuser cette forme de rupture pendant la période suspecte ou au cours de la procédure collective. Pourtant, cette forme de rupture pourrait permettre le bénéfice d'une meilleure indemnité de départ. L'inquiétude liée à la fraude devrait être dissipée, car la loi soumet ces ruptures à certaines dispositions du licenciement économique. Toutefois, l'extension de l'objet de la garantie est sujette à diverses critiques.

B. La critique de l'extension de l'objet de la garantie

186.- Éléments de la critique. L'interprétation mitigée de l'exigence légale de rattachement de la créance à l'exécution du contrat de travail est en butte de critiques. Premièrement, l'interprétation faite par le juge de cette exigence légale dévoie considérablement la formule de « sommes dues en exécution du contrat de travail »¹⁸⁸¹. Cette interprétation ouvre la porte à la couverture de la quasi-totalité des créances du salarié¹⁸⁸². Il a été même souligné par un auteur que l'extension a pour finalité de garantir « tout ou rien »¹⁸⁸³. L'exigence légale a

Code du travail dispose que « l'assurance prévue à l'article L. 3253-6 (art. L. 143-11-1 anc.) ne couvre pas les sommes qui concourent à l'indemnisation du préjudice causé par la rupture du contrat de travail sans le cadre d'un licenciement pour motif économique, en application d'un accord d'entreprise ou d'établissement ou de groupe ou d'une décision unilatérale de l'employeur, lorsque l'accord a été conclu et déposé ou la décision notifiée moins de dix-mois avant la date du jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ». (P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6^e éd., Dalloz, 2011, p. 1766).

¹⁸⁸⁰ C. trav., art. L. 1234-9 ; F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, 3^e éd., LGDJ, 2011, pp.544-545.

¹⁸⁸¹ Cass. soc. 16 mars 1999, *Bull. civ.* V, n° 114, p. 83. L'expression de « créances se rattachant au contrat de travail » est souvent préférée à celle de « créances nées en exécution du contrat de travail » (Cass. soc. 8 juin 1999, *Bull. civ.* V, n° 265, p. 192). Cf., P. LAFARGE, L. SERFATI, F. SICARD, *Procédures collectives et droit du travail*, Nathan, 1990, p. 111 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Montchrestien, Coll. « Domat droit privé », 2011, p. 633 ; J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2012, p. 914 et s., n° 828.

¹⁸⁸² Cf., H. BLAISE, « L'extension jurisprudentielle de la garantie de l'AGS », *Dr. soc.* 1987, n° 7/8, p. 617 ; T. MÉTEYÉ, « Les conditions d'intervention de l'AGS », *Dr. soc.* 1987, n° 12, p. 827 ; F. TAQUET, « AGS – Dommages-intérêts », *Rev. proc. coll.* 1999, n° 4, p. 161, chron. sous Cass. soc. 2 mars 1999, Le Tiran c/ AGS-GARP et a., n° 979 P ; 16 mars 1999, AGS et a. c/ Debard et a., n° 1265 P. ; D. JACOTOT, « Extension « forcée » du domaine de la garantie de l'AGS », *Act. proc. coll.*, 2012, n° 10, p. 1.

¹⁸⁸³ F. TAQUET, « AGS – Dommages-intérêts », préc.

perdu de la valeur au profit d'un rattachement de la créance au contrat de travail¹⁸⁸⁴ qui apparaît dans certaines situations très incertain. Cette inconstance se vérifie, en négatif, à propos des sommes dues en remboursement d'un prêt consenti par l'employeur à son salarié¹⁸⁸⁵ ou de celles dues en indemnisation du salarié par son employeur suite à l'échec de l'acquisition de la qualité d'associé¹⁸⁸⁶ : ces sommes, quoique dues entre les mêmes personnes, ne présentent aucun lien avec leur rapport juridique d'employeur à salarié. De même, il est encore difficile de rattacher directement « le capital-décès » qui est prise en charge par l'AGS¹⁸⁸⁷ au contrat de travail.

Deuxièmement, cette interprétation peut être critiquée parce que l'évanescence de l'exigence légale n'autorise véritablement pas une telle extension. Cette dernière ne concorde ni avec l'objectif de limiter le nombre de créances garanties, ni avec la finalité d'une garantie minimale du mécanisme de protection. Le rattachement de la nature de la créance au contrat de travail rend instable le critère de rattachement. Cette instabilité crée une insécurité juridique et économique, car le juge étend ou réduit le champ des créances garanties quand il veut¹⁸⁸⁸. Le juge a, dans la détermination de la nature de la créance salariale garantie, dépassé son pouvoir d'interprète de la loi, car l'article L. 3253-6 du Code du travail est en effet clair sur la nature de la créance garantie. Ce dépassement de pouvoir réduit par conséquent amplement le périmètre des créances écartées de l'*objet* de la garantie.

187.- Exclusion limitée des créances. Le rattachement de la nature de la créance garantie au contrat de travail a une conséquence importante. Elle limite ainsi l'étendue des créances exclues du bénéfice de la garantie parce que l'institution de garantie couvre « tout ou presque »¹⁸⁸⁹. La Cour de cassation considère que sont exclues du champ de la garantie, la créance résultant d'un plan social au motif qu'elle résulte d'une convention entre l'employeur et un organisme extérieur à l'entreprise¹⁸⁹⁰ ; les sommes versées pour l'acquisition de parts

¹⁸⁸⁴ P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, 2^e éd., Litec, Coll. « Litecprofessionnels », 2010, p. 769.

¹⁸⁸⁵ Cass. soc. 30 nov. 1999, *RJS* 1/2000, n° 45.

¹⁸⁸⁶ Cass. soc. 8 mars 2005, *RJS* 5/2005, n° 524.

¹⁸⁸⁷ Cass. soc. 14 févr. 1987, *Dr. soc.* 1987, n° 7/8, p. 619 (*souligné par nous*).

¹⁸⁸⁸ Cf., H. BLAISE, « Les créances garanties par l'AGS : une jurisprudence évolutive », *Dr. soc.* 1994, n° 9/10, p. 778.

¹⁸⁸⁹ P. LOKIEC, *Droit du travail, t. 2, Les relations collectives de travail*, PUF, coll. « Thémis droit », Paris 2011, p. 444.

¹⁸⁹⁰ Cass. soc., 24 févr. 1993, OMI, *Bull. civ.* V, n° 65 ; 21 oct. 1998, *RJS* 12/1998, n° 1491 (Dans ce cas, le versement des indemnités en réparation d'un préjudice cause par les souffrances physiques et morales endurées par la victime d'un accident de travail dû à la faute inexcusable de l'employeur incombe à la caisse de Sécurité sociale et non pas à l'employeur. C'est pour cette raison que l'institution de garantie est déchargée).

sociales¹⁸⁹¹ ; le remboursement d'un acompte¹⁸⁹² ou du matériel appartenant au salarié¹⁸⁹³ ; certains avantages liés au plan social¹⁸⁹⁴ ; la novation d'une créance salariale¹⁸⁹⁵. Il en est de même des sommes dues en application de l'article 700 du NCPC¹⁸⁹⁶ et des frais d'expertises¹⁸⁹⁷, de la créance résultant de la faute du mandataire de justice¹⁸⁹⁸, des stock-options des salariés¹⁸⁹⁹ ou des droits du salarié sur un compte épargne-temps dans certains cas¹⁹⁰⁰. Dans cette optique, les frais d'huissier de justice¹⁹⁰¹, de l'astreinte due à la suite de la résistance opposée par l'employeur à l'exécution d'une décision de justice¹⁹⁰² sont exclus. Les créances auxquelles l'employeur n'est pas lui-même débiteur sont normalement exclues du champ de la garantie, comme celles dont le salarié n'est pas lui-même créancier. C'est le cas de la réparation du préjudice causé par les souffrances physiques et morales endurées par la victime d'un accident de travail dû à la faute inexcusable de son employeur qui est une *dette* de la sécurité sociale¹⁹⁰³. En outre, la Cour de cassation a décidé que « les sommes versées à un fonctionnaire détaché auprès d'une société d'économie mixte en vertu de dispositions statutaires relatives à la fonction publique et non d'un contrat de travail sont exclues du champ de l'assurance garantie des salaires »¹⁹⁰⁴.

En dépit de cette exclusion timide de certaines créances, l'obligation de garantir la créance du salarié n'est pas encore dépendante de la qualification de salaire de la créance. Cette indépendance semble moins justifiée, car le Code du travail emploie toujours la formule de

¹⁸⁹¹ Cass. soc. 7 juill. 1998, *Bull. civ.* V, n° 366 ; 8 mars 2005, *RJS* 5/2005, n° 524.

¹⁸⁹² CA Besançon, 14 janv. 1994, cité in M. BLOT, *Les Chroniques de Jurispr. soc.* 1995, p. 3.

¹⁸⁹³ CA Nancy, 19 oct. 1994, cité in M. BLOT, *Les Chroniques de jurispr. soc.* 1995, p. 3.

¹⁸⁹⁴ Cass. soc. 25 mai 1993, *RJS* 7/93, n° 749, p. 440.

¹⁸⁹⁵ V., Cass. soc. 22 juin 1993, *RJS* 8/93, n° 873 ; 30 nov. 1999, n° 4611 D. ; 29 juin 2005, *JCP S* 2005, n° 16, 1260, p. 26, note P. Morvan ; 26 janv. 2006, *RJS* 4/2005, n° 451 ; 22 févr. 2006, *JCP S* 2006, n° 23, 1441, p. 21, note P. Morvan ; 20 févr. 2007, *RJS* 5/2007, n° 602 ; P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, préc., p. 770, n° 1329.

¹⁸⁹⁶ Cass. soc. 9 mars 1994, *Cah. prud'h.* 1994, n° 10, p. 171 ; 16 mai 1995, n° 93-42.535 ; 2 mars 1999, n° 97-40.044, *Bull. civ.* V, n° 87 ; 26 janv. 2000, n° 98-44.177 à n° 98-44.182, *Bull. civ.* V, n° 37 ; *Cah. D. aff.* 2000, somm., p. 119, obs. F. Derrida.

¹⁸⁹⁷ Cass. soc. 30 avr. 1997, *Gaz. Pal.*, n° 1831, 2/3 juill. 1997.

¹⁸⁹⁸ Cass. soc. 12 févr. 1992, n° 89-42.055 et n° 89-42.234, *Bull. civ.* V, n° 84, *JCP E* 1992, pan. p. 166, n° 502, *Gaz. Pal.* 1992, 1, pan., p. 111, *D.* 1993, somm. p. 75, note A. Honorat.

¹⁸⁹⁹ G. BÉLIER, A. CORMIER, « Stock-options et droit du travail », *Dr. soc.* 2000, n° 9/10, p. 838 ; F. FOURNIER-DEVILLE, « La fiscalité des stocks-options et les nouvelles régulations économiques », *Gaz. Pal.* 2001, doct., p. 1603.

¹⁹⁰⁰ Cass. soc. 7 avr. 2010, n° 09-40.015, *Bull. civ.* V, n° 85, *Act. proc. poll.* 2010, n° 146, comm. Ch. Neau-Leduc.

¹⁹⁰¹ Cass. soc. 12 janv. 1999, *Bull. civ.* V, n° 9 ; *D.* 1999, IR 50.

¹⁹⁰² Cass. soc. 7 nov. 1990, *RJS* 12/90, n° 976 ; 16 mai 1995, n° 93-42.535, *Gaz. Pal.* 1995, 2, pan. p. 137 ; 12 janv. 1999, n° 96-42.585, *Bull. civ.* V, n° 9, *Cah. D. aff.* 2000, somm. p. 117, obs. F. Derrida ; 12 mars 2003, n° 01-40.174 ; 8 oct. 2003, n° 01-43.263.

¹⁹⁰³ Cass. soc. 21 oct. 1998, *Bull. civ.* V, n° 442.

¹⁹⁰⁴ Cass. soc. 7 juill. 1998, *Bull. civ.* V, n° 365 ; *RJS* 10/1998, 742, n° 1226 et n° 1301.

rattachement de la créance à l' « exécution du contrat de travail ». La jurisprudence avait pourtant bien suivi cette conception restrictive avant de rendre l'interprétation des « sommes dues en exécution du contrat de travail » complètement insaisissable. Le déplacement à l' *extrême* du critère de rattachement de la créance garantie de l' « exécution du contrat de travail » vers le rattachement au « contrat de travail » lui-même, conduit à assouplir l'exigence de rattachement de la créance à l'exécution du contrat de travail. Il peut ainsi être affirmé que l'exigence de rattachement est souple et permet la couverture des créances auxquelles le lien direct avec l'exécution du contrat de travail n'est pas facile à démontrer.

Force est de constater, en définitive, que les créances qui sont exclues du champ de la garantie sont peu nombreuses. Les multiples revirements opérés par la jurisprudence démontrent que les contours de l'expression légale de « sommes dues en exécution du contrat de travail » ne sont pas figés. De la multiplication des types de créances garanties renforçant l'indétermination de l'objet de la garantie, il faut s'attendre à d'autres rebondissements jurisprudentiels à l'égard des quelques créances restant encore écartées du champ de la garantie. Ainsi, les sommes dues à raison d'une action en responsabilité contre l'employeur ne sont couvertes que si elles résultent de l'inexécution par l'employeur d'une obligation découlant du contrat de travail¹⁹⁰⁵. C'est le fondement juridique de l'action qui permet de garantir ou non les dommages-intérêts qui en résultent. En ce sens, les dommages-intérêts résultant de la responsabilité contractuelle sont couverts¹⁹⁰⁶, alors que ceux résultant de la responsabilité délictuelle, par exemple, ne sont pas couverts. Il a été estimé qu' « en cas d'inexécution, d'exécution imparfaite ou de retard dans l'exécution¹⁹⁰⁷ de ses obligations, l'employeur peut être condamné au paiement de dommages-intérêts, qui se substituent à l'obligation négligée, en application de l'article 1147 du Code civil. C'est bien de l'exécution du contrat de travail dont il s'agit »¹⁹⁰⁸. Mais la Cour de cassation étend cette garantie également aux dommages-intérêts qui sont dus pour « réparer le préjudice occasionné par le non-respect par l'employeur de ses obligations légales et conventionnelles »¹⁹⁰⁹. Il ne s'agit

¹⁹⁰⁵ Cass. soc. 12 janv. 1999, n° 96-42.585, *Bull. civ.* V, n° 9 ; 2 mars 1999, n° 96-43.604, *Bull. civ.* V, n° 89 ; 17 oct. 2000, n° 98-45.139, *JCP G* 2001, II, 10532, note Colonna. Cf., P. GIRARD-THUILIER, « Le droit du travail face à l'entreprise en difficulté », in *Rapp. C. cass.* 1992, p. 215, spéc. p. 223 ; *Bull. soc. Lefebvre* 8-9/1993, p. 413, spéc. p. 416.

¹⁹⁰⁶ J. COLONNA, note sous Cass. soc. 17 oct. 2000, *JCP G* 2001, II, p. 1017.

¹⁹⁰⁷ V., Cass. soc. 31 oct. 2000, SA MD Consultants et ac/ Paillard et a., *RJS* 1/2001, n° 15, p. 15.

¹⁹⁰⁸ Y. CHAGNY, « La situation des salariés de l'entreprise en difficulté », *RJS* 10/1999, chron. p. 748 ; Rapp. J.-L. AUBERT, Y. FLOUR, E. SAVAUX, *Les obligations. 3 – Le rapport d'obligation*, Armand Colin, 1999, n° 172, p. 106.

¹⁹⁰⁹ J. COLONNA, préc., p. 1018.

plus, par conséquent, seulement des obligations découlant du contrat de travail. Les créances garanties sont « des sommes versées [...] en exécution du contrat de travail et du statut collectif qu'il implique »¹⁹¹⁰, dès lors que, l'obligation négligée naît « directement de celui-ci, qu'elle découle de la loi ou du règlement, ou qu'elle trouve son origine dans un accord collectif, un usage ... »¹⁹¹¹. Toutefois, il est clair que même en ce qui concerne l'exclusion des sommes dues en raison de l'action en responsabilité civile contre l'employeur, la jurisprudence et la législation sociale n'ont pas une clarté absolue. Il existe encore diverses incertitudes. Ce faisant, il se trouve que certaines sommes pourraient être garanties, alors qu'elles n'ont pas véritablement un lien direct avec l'obligation contractuelle de travail.

En définitive, la Délégation Unedic AGS se trouve, victime de la jurisprudence sociale extensive du champ des créances garanties. Il a été souligné par M. MÉTEYÉ que l'extension exagérée du champ des créances en faveur des salariés menace l'équilibre financier du système de garantie en remettant en cause son « fonctionnement et le plafond de son intervention »¹⁹¹². Pour cet auteur, si l'extension du champ d'intervention de la garantie apporte une sécurité juridique et économique aux salariés, le « tout indemnisable » de la jurisprudence sociale crée une insécurité juridique et économique à l'égard de l'institution de garantie. Il s'alarme que « désormais, tout est garanti, tout est gratuit, sauf pour l'AGS ! » Il critique l'évolution extensive de la jurisprudence en tant qu'elle oriente exclusivement au profit du salarié et ne tient aucun compte de l'objectif initial de la garantie. Dans ce droit fil, un autre auteur titrait : « L'AGS et le droit martyrisés par la chambre sociale »¹⁹¹³. Eu égard à cela, le vœu d'un « droit social spécifique aux procédures collectives »¹⁹¹⁴ est renouvelé. Par ailleurs, l'expansion du champ d'application de la garantie ne se limite pas seulement à la nature de la créance.

¹⁹¹⁰ Cass. soc. 28 oct. 1997, ASSEDIC Toulouse Midi-Pyrénées et AGS c/ de Sousa, *Bull. civ.* V, n° 338 ; *JCP G* 1997, IV, 2444 ; *RJS* 12/97, n° 1447, p. 885.

¹⁹¹¹ Y. CHAGNY, préc., p. 748 ; J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012, n° 1032, p. 1051.

¹⁹¹² T. MÉTEYÉ, « L'AGS face à la jurisprudence sociale », *Rev. Lamy dr. aff.* 2009, n° 39, pp. 96-98, note sous Cass. soc. 3 déc. 2008, n° 07-42.469 ; 24 sept. 2008, n° 06-45.766 ; 4 mars 2009, n° 07-42.381 ; 11 févr. 2009, n° 07-10.583 ; « L'évolution du champ d'intervention de l'AGS (De la sécurité juridique à l'insécurité économique) », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, p.67, Actes du colloque de Toulouse du 10 sept. 2010 « Le périmètre du droit de la défaillance économique », colloque inaugural de l'Association des Juristes de la Défaillance Économique (AJDE).

¹⁹¹³ F.-X. LUCAS, « L'AGS et le droit martyrisés par la chambre sociale », *Bull. Joly Sociétés*, mars 2009. Cf., également F. PÉROCHON, R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté*, 7^e éd., Litec, n° 487.

¹⁹¹⁴ T. MÉTEYÉ, « L'évolution du champ d'intervention de l'AGS (De la sécurité juridique à l'insécurité juridique et économique) », préc., p. 71.

De plus, l'extension de la garantie aux créances qui ne résultent pas de l'exécution du contrat de travail peut déséquilibrer les finances de l'institution de garantie. En effet, l'assiette et le taux de cotisation de l'AGS ne prennent pas en considération toutes les créances qui sont indemnisées, contrairement au cas de la sécurité sociale : la cotisation à l'AGS de l'employeur est fixée sur la base de la rémunération brute, c'est-à-dire du salaire et de ses compléments et non des autres sommes garanties¹⁹¹⁵. La question de la cohérence entre la charge qui est mise sur l'AGS et les ressources doit donc être posée. Toutefois, la délimitation de la garantie ne se limite pas seulement aux créances garanties. L'analyse est donc suspendue à l'examen des périodes de garantie et des procédures dans lesquelles l'institution de garantie est tenue d'intervenir.

Section 2 : Une délimitation temporelle de la garantie

188.- Identification des champs temporels de la garantie. La garantie des salaires n'est pas un mécanisme qui intervient indéfiniment dans le temps. Elle est encadrée dans des limitations temporelles précises. En effet, la loi du 27 décembre 1973 délimitait le champ temporel des créances garanties aux créances qui étaient nées avant le jugement d'ouverture¹⁹¹⁶. Cette limitation excluait systématiquement du champ temporel de l'assurance garantie, les salaires et indemnités qui étaient nées après ce jugement¹⁹¹⁷. Toutefois, le mécanisme a été raffiné, et l'étendue temporelle du mécanisme de protection des salaires a été allongée, même si la mise en mouvement de la garantie est encore limitée dans le temps. Il existe désormais plusieurs limitations temporelles¹⁹¹⁸. Ces limitations sont fixées au regard de la date de naissance de la créance et présentent un intérêt particulier dans le traitement des créances salariales dans les entreprises en difficulté. L'étendue temporelle de la garantie est généralement constituée de deux grandes catégories de créances : celles qui sont nées avant la date du jugement d'ouverture qui sont qualifiées de créances antérieures et celles qui sont nées après ce jugement qualifiées de créances postérieures¹⁹¹⁹. Cette distinction a un enjeu

¹⁹¹⁵ Cf., *supra*, n° 129 et s.

¹⁹¹⁶ Cf., R. LAMORIL, *La garantie du paiement des salaires en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens (Commentaire de la loi n° 73-1194 du 27 décembre 1973)*, Thèse droit Lille, 1977, p. 65.

¹⁹¹⁷ Le champ de la garantie a été étendu aux créances postérieures tout en conservant la prise en charge des créances antérieures.

¹⁹¹⁸ C. trav., art. L. 3253-8 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2011, p. 633 et s. ; A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Litec, coll. « Manuel » 2011, p. 514 et s.

¹⁹¹⁹ C. trav., art. L. 3253-8

majeur, car l'employeur ou l'AGS n'est pas obligée de régler de la même manière la créance antérieure et la créance postérieure.

Sous la législation antérieure, le refus de prendre en charge les créances postérieures au jugement d'ouverture incitait les syndics à rompre prématurément les contrats de travail dès que la procédure est ouverte, alors même que la nécessité du licenciement n'allait pas de soi, et rendait difficile la poursuite de l'activité de l'entreprise. De fait, les chances du redressement de l'entreprise en étaient réduites d'autant. La loi du 25 janvier 1985, qui vise directement le maintien de l'activité et de l'emploi, a remédié à cette situation en permettant la prise en charge par l'institution de garantie des salaires des créances postérieures au jugement d'ouverture. L'AGS est un organe qui garantit dorénavant la gestion antérieure et postérieure de l'employeur ; concilie le passé et l'avenir de l'entreprise, et favorise le maintien de l'activité et de l'emploi, contrairement aux privilèges de droit commun qui ne s'intéressent qu'à la protection des créances salariales de la période antérieure au jugement d'ouverture et laissent de côté la question de la poursuite de l'exploitation et donc du maintien de l'emploi.

Une nuance, toutefois, doit être apportée : la loi du 26 juillet 2005, sans remettre en cause la garantie des créances postérieures en matière de redressement et de liquidation judiciaires, n'admet pas l'intervention de l'AGS pour les créances antérieures à la procédure de sauvegarde qu'elle a créée¹⁹²⁰. En effet, puisque la procédure de sauvegarde traite en amont, c'est-à-dire à titre préventif, les difficultés des entreprises, l'employeur n'étant pas en cessation des paiements doit être en mesure d'assumer lui-même ses obligations de payer les créances des salariés.

Dit autrement, la date du jugement d'ouverture est une *ligne rouge* qui sépare deux grands périmètres temporels de garantie : celui antérieur à la date du jugement d'ouverture de la procédure et celui postérieur à cette date. La garantie des créances des salariés, contrairement aux privilèges de droit commun (le privilège général essentiellement), est un mécanisme qui n'est mobilisé que si une procédure collective est ouverte à l'égard de l'employeur assujetti

¹⁹²⁰ Cass. soc., 10 mars 2009, n° 07-45.326, *Act. proc. coll.* 22 mai 2009, n° 136, obs. D. Jacotot ; *JCP E* 2009, 1549, note I. Beyneix (La Chambre sociale a refusé l'indemnisation d'un licenciement effectué avant l'ouverture de la procédure collective) ; Cf., T. MÉTEYÉ, « L'intervention de l'AGS dans les procédures de sauvegarde », *Gaz. proc. coll.* 2006/3, p. 3 et s. ; C. GAILHBAUD, « L'AGS dans la procédure de sauvegarde », *LPA*, 28 nov. 2008, n° 239, p. 3.

aux cotisations y afférentes. Ainsi, l'ouverture de la procédure collective est une condition de la mise en mouvement de garantie de l'AGS, ainsi qualifiable « d'organe procédural », et la date du jugement qui la prononce permet de déterminer les périodes de garantie. La créance du salarié incluse dans l'objet de la garantie est ainsi marquée par un rapport d'antériorité avec le jugement d'ouverture de la procédure collective (§ 1), ou parfois de postériorité (§ 2).

Paragraphe 1 : L'antériorité

La loi du 27 décembre 1973 a été consacrée pour permettre la couverture des créances antérieures. Cette couverture est la motivation principale de l'institution de la garantie de l'assurance des salaires. En effet, le mécanisme de garantie des salaires a été introduit spécifiquement pour protéger les sommes dues aux salariés à la date du jugement d'ouverture. Cette protection pionnière des créances antérieures a toujours été maintenue au fil des réformes. La période antérieure est donc centrale dans le mécanisme de garantie des créances des salariés (A) et, en instituant indirectement, mais nécessairement l'ouverture d'une procédure collective en condition de ce mécanisme, lui confère les traits d'une institution procédurale (B).

A. La centralité de la garantie des créances antérieures

La garantie des créances nées avant le jugement d'ouverture dans le cadre de l'exécution du contrat de travail exige qu'une définition de la créance antérieure soit donnée (1) et que le champ de l'antériorité de la créance¹⁹²¹ soit délimité, étant précisé qu'il sera nécessaire d'apprécier la conformité de la garantie rétrospective des créances au droit européen (2).

1. La définition de la créance antérieure

189.- Date du fait générateur de la créance. La créance du salarié qui est prise en charge est celle qui naît avant la date du jugement d'ouverture. En effet, l'article L. 3253-8, 1 ° du Code du travail prescrit que « l'assurance mentionnée à l'article L. 3253-6, couvre les sommes dues aux salariés à la date du jugement d'ouverture de toute procédure de redressement ou de

¹⁹²¹ Cass. soc., 12 juin 2002, n° 00-41.153 ; 30 oct. 2002, n° 00-46.779.

liquidation judiciaire [...]. Aux termes de cette disposition, il faut déterminer la somme qui est due au regard de son fait générateur. Ainsi, la date de réalisation du fait générateur, date de naissance du droit de créance, est la condition essentielle de l'appréciation du caractère antérieur de la créance. La créance due à la date du jugement d'ouverture¹⁹²² est en effet celle dont le fait générateur - précède le jour du jugement¹⁹²³. La créance du salarié doit en effet être certaine¹⁹²⁴ à la date du jugement d'ouverture, peu important sa liquidité¹⁹²⁵ ou son exigibilité¹⁹²⁶. Le juge cherche donc la date du fait générateur de la créance pour indemniser et non celle de l'exigibilité¹⁹²⁷. La condition d'exigibilité de la créance n'est exigée que dans certains cas précis tels que les créances d'intéressement, de participation et d'arrérages de préretraite. Cette condition n'est pas édictée à titre général¹⁹²⁸.

Seule la condition d'antériorité est essentielle dans la prise en charge par l'institution de garantie de la créance salariale¹⁹²⁹. Cette conception de la créance antérieure résulte de la loi du 27 décembre 1973, qui prévoit que le bénéfice de la garantie n'est accordé qu'aux salariés auxquels les créances sont « dues [...] à la date de la décision prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens »¹⁹³⁰. Ce faisant, les créances postérieures étaient alors exclues parce qu'elles n'existent pas à la date du jugement d'ouverture de la procédure collective.

En réalité, la Cour de cassation est restée très attachée à la formule de la couverture des sommes dues à la date du jugement d'ouverture. Le législateur n'a pas non plus modifié les

¹⁹²² Cass. soc. 6 juin 2000, *Rev. proc. coll.* 2001, n° 1, pp. 36-48, n° 17, obs. F. Taquet.

¹⁹²³ C. trav., art. L. 3253-8, 1° ; Cass. com. 20 janv. 2009, n° 08-11.098 ; 1^{er} févr. 2011, n° 10-11.577.

¹⁹²⁴ La créance certaine est « une dette dont l'existence est incontestable et qui permet à son titulaire de pratiquer une saisie-exécution » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF, 2011, p. 136) ; Cass. soc. 12 juin 2002, n° 00-41.153 ; 30 oct. 2002, n° 00-46.779 ; 10 mai 2006, n° 04-42.076.

¹⁹²⁵ La créance est liquide « lorsqu'elle est « déterminée avec certitude dans son montant, chiffrée, ce qui suppose qu'elle est d'abord certaine en son principe ; la réciprocité n'est pas exacte » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., p. 531).

¹⁹²⁶ La créance exigible « est une dette dont le créancier est en droit de réclamer l'exécution immédiate, sans être tenu de respecter un terme, ni d'attendre l'accomplissement d'une condition suspensive » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., p. 374) ; Cass. soc. 18 juill. 1989, cité par P. LAFARGE, L. SERFATI, F. SICARD, *Procédures collectives et droit du travail*, Nathan, 1990, p. 17 ; Cass. soc. 23 nov. 2004, *JCP E* 2005, n° 17, p. 711, obs. Ph. Pétel ; H. BLAISE, « L'extension jurisprudentielle de la garantie de l'AGS », *Dr. soc.* 1987, n°7-8, p. 616 ; F. PÉROCHON, R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, 8^e éd., LGDJ, coll. « Manuel », 2009, p. 221.

¹⁹²⁷ Cass. soc. 14 janv. 1987, *D.* 1987, somm. 211.

¹⁹²⁸ H. BLAISE, « Les créances garanties par l'AGS: une jurisprudence évolutive », *Dr. soc.* 1994, n° 9/10, 778.

¹⁹²⁹ Cf., A. HUGON, *Créances salariales : Le rôle de l'AGS. Regard sur la loi de Sauvegarde des Entreprises du 26 juillet 2005*, L'Harmattan, 2009, préf. T. Météyé, p. 46 et s. ; D. PALLANTZA, *La créance de salaire*, Thèse Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2001, p. 586.

¹⁹³⁰ Loi du 27 déc. 1973, art. 1^{er}.

dispositions relatives à l'étendue temporelle des créances antérieures dans les réformes du droit des procédures collectives qui ont suivi la loi du 27 décembre 1973. La formule des « sommes dues à la date du jugement d'ouverture » reprise à l'article L. 3253-8, 1° du Code du travail renferme diverses créances. Il peut s'agir des salaires¹⁹³¹ et leurs accessoires¹⁹³², de la contrepartie pécuniaire d'une clause de non-concurrence¹⁹³³ ou encore les indemnités d'une rupture antérieure à l'ouverture du jugement du contrat de travail. Il peut s'agir également des indemnités de préavis, de licenciement¹⁹³⁴, de congés payés¹⁹³⁵, de licenciement sans cause réelle et sérieuse¹⁹³⁶ ou de licenciement abusif¹⁹³⁷; les indemnités déterminées par transaction à la suite d'une rupture¹⁹³⁸; les indemnités compensatrice du licenciement d'un salarié protégé¹⁹³⁹ ou des créances de participation aux résultats de l'entreprise; arrérages de préretraite; cotisations sociales patronales¹⁹⁴⁰, etc. Mais l'interprétation de cette expression a fait l'objet de divergences.

190.- Divergences et évolutions de l'interprétation de l'antériorité. L'interprétation de l'expression de « sommes dues à la date du jugement d'ouverture » n'a pas été simple pour le juge. Les divergences sont nées dans l'évolution de la considération de la condition d'antériorité de la créance salariale. Ainsi, la Cour de cassation interprétait strictement la formule de « sommes dues à la date du jugement d'ouverture », tandis que les juges du fond en adoptaient une conception de plus en plus extensive. La justification de l'interprétation stricte donnée par la Cour de cassation, fondée sur le rejet d'un amendement parlementaire tendant à adopter une conception extensive similaire à celle des décisions déferées devant elle, a été critiquée. Un auteur soulignait justement que « le Parlement peut rejeter un

¹⁹³¹ Cass. soc. 29 juin 2005, *JCP S* 2005, 1260, P. Morvan; 7 déc. 2005, *JCP S* 2006, 1159, note P. Morvan; 22 févr. 2006, *JCP S* 2006, 14441, note P. Morvan.

¹⁹³² Cass. soc. 28 oct. 1997, *RJS* 12/97, 1447.

¹⁹³³ Cass. soc. 6 mai 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 751, 2 arrêts, obs. R. Vatinet; 27 oct. 1999, *Dr. soc.* 2000, 123, obs. Ch. Radé; 14 déc. 1999, n° 97-43.346, *Bull. civ.* V, n° 485, p. 361. V., Cass. soc. 22 mars 2005, n° 03-40.664 (La créance résultant d'un préjudice causé par la nullité d'une clause de non-concurrence est garantie).

¹⁹³⁴ Cass. soc. 12 juin 2001, *RJS* 8-9/01, n° 1024.

¹⁹³⁵ Cass. soc. 21 nov. 1989, n° 88-11.556, *Bull. civ.* V, n° 674, p. 405; 2 juin 1992, *Bull. civ.* V, n° 358.

¹⁹³⁶ Cass. soc. 20 mai 1992, *RJS* 2/93, n° 155; 8 juin 1999, *Dr. soc.* 1999, 847, obs. C. Radé; 3 avr. 2001, *Dr. soc.* 2001, 672, obs. C. Radé; 28 janv. 2004, *RJS* 4/04, n° 383; 25 janv. 2006, *JCP S* 2006, 1446, note P. Morvan.

¹⁹³⁷ Cass. soc. 29 janv. 2003, *Bull. civ.* V, n° 26; 21 févr. 2006, n° 03-46.355.

¹⁹³⁸ Cass. soc. 24 sept. 2002, *RJS* 12/02, n° 1399 (2^e esp.); 23 nov. 2004, *Dr. soc.* 2005, 221, obs. C. Radé.

¹⁹³⁹ Cass. soc. 16 nov. 1999, *D.* 1999, IR 281; Cf., H. ROSE, Y. STRUILLLOU, *Droit du licenciement des salariés protégés*, 4^e éd., Economica, 2011, p. 1122 et s.

¹⁹⁴⁰ C. trav., art. L. 3253-8, 2° dernier alinéa: « La garantie des sommes et créances mentionnées aux 1°, 2° et 4° inclut les cotisations et contributions sociales et salariales d'origine légale, ou d'origine conventionnelle imposée par la loi »; v., Cass. soc. 8 janv. 2002, n° 99-44.220, *Bull. civ.* V, n° 1, p. 1; 25 janv. 2005, n° 03-40.195, *Bull. civ.* V, n° 17.

amendement sans que ce rejet puisse être interprété comme la volonté expresse et définitive du législateur de s'opposer à l'adoption de la règle proposée par l'auteur de l'amendement »¹⁹⁴¹. En effet, l'interprétation jurisprudentielle stricte pourrait, tout en se fondant sur la volonté du législateur, aller en réalité à son encontre. À propos, la déclaration de l'un des rapporteurs de la loi de 1975 est éclairante : il faut « donner toute son efficacité sociale à la loi de décembre 1973, en étendant le champ d'intervention de ce régime, afin d'éviter que ne se produisent, contre la volonté du législateur, des situations qui, pour être en nombre limité, n'en sont pas moins douloureuses »¹⁹⁴². Il a également été souligné par d'autres auteurs que « dans l'esprit social qui a présidé au vote par l'Assemblée de la loi du 27 décembre 1973, il serait regrettable de ne pas procéder à cette extension »¹⁹⁴³. « Si nous adoptons cette disposition, nous apporterons en effet une pierre supplémentaire à l'édifice qui a été entreprise en 1973 »¹⁹⁴⁴. En pratique, le cas du salarié licencié avant la date du jugement d'ouverture pose souvent des problèmes. Une réflexion sur la prise en charge de la créance résultant d'un licenciement antérieur est nécessaire.

191.- Créances résultant d'un licenciement antérieur. La créance garantie est celle qui naît avant la date du jugement d'ouverture. Mais cette exigence temporelle pose de difficultés d'appréciation de l'antériorité pour certaines sommes résultant d'un licenciement puisque le caractère certain de la créance n'est pas toujours antérieur à la date du jugement d'ouverture. En effet, la date de naissance de la créance peut être en décalage avec son exigibilité ou sa certitude qui peut être postérieure à la date du jugement d'ouverture. Ainsi, le salarié qui est licencié avant la date du jugement d'ouverture bénéficie de la garantie de l'AGS pour l'ensemble de ses créances, qu'elles soient superprivilégiées, privilégiées ou chirographaires parce que ces créances sont vraisemblablement devenues exigibles à la date du jugement d'ouverture¹⁹⁴⁵. Cette interprétation de la loi du 27 décembre 1973 exclut automatiquement les créances résultant de la rupture du contrat de travail, si elles ne sont pas certaines à la date du jugement d'ouverture parce qu'elles sont considérées comme postérieures à la date du jugement.

¹⁹⁴¹ R. LE ROUX-COCHERIL, préc., p. 117.

¹⁹⁴² A. BOLO, préc., p. 9807.

¹⁹⁴³ H. BAUDOUIN, Rapporteur, in *Débats parlementaires Assemblée nationale*, séance du 15 décembre 1975, *JO*, 16 déc. 1975, p. 9811.

¹⁹⁴⁴ J.-A. GAU, in *Débats parlementaires Assemblée nationale*, séance du 15 déc. 1975, *JO*, 16 déc. 1975, 9811.

¹⁹⁴⁵ V., Cass. soc. 13 mai 1981, *Dr. soc.* 1992, 193, obs. H. Blaise.

Mais, dans la mesure où « une telle solution serait inacceptable et contraire au vœu du législateur »¹⁹⁴⁶, le syndic (administrateur et mandataire judiciaire, désormais) mettait un terme au contrat de travail « immédiatement après le prononcé du jugement et avant toute autorisation de continuer l'exploitation, les créances qu'engendre cette rupture ne sont pas dues à la date de la décision prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens ; elles ne peuvent être nées qu'après cette décision ; on ne les en a pas moins toujours considérées comme des créances antérieures au jugement et, comme telles, bénéficient des sûretés attachées aux créances salariales »¹⁹⁴⁷. Par conséquent, la jurisprudence a interprété favorablement cette disposition en admettant que la créance qui résulte d'un licenciement auquel le caractère certain de la créance est postérieur à la date du jugement d'ouverture est garantie car, c'est la cause de la créance qui doit être prise en compte, en dépit du fait que son échéance soit postérieure ou « si l'évaluation de son montant dépend d'une décision judiciaire ultérieure »¹⁹⁴⁸. La garantie de la créance dont le caractère certain est déterminé après la date du jugement d'ouverture est en conformité avec la *conception sociale et solidaire* de l'assurance garantie des salaires. Néanmoins, les difficultés peuvent également surgir lorsque la créance résulte de la résiliation d'un contrat d'apprentissage.

192.- Créances résultant de la résiliation du contrat d'apprentissage. La créance antérieure peut naître également de la résiliation judiciaire d'un contrat d'apprentissage. La Cour de cassation est assez libérale en ce qui concerne la date de résiliation du contrat d'apprentissage. Elle indique que « le juge qui prononce la résiliation d'un contrat d'apprentissage peut en fixer la date au jour où l'une des parties a manqué à ses obligations ou au jour de la demande de résiliation ». Si cette date est antérieure à la liquidation judiciaire, l'indemnité du salarié qui résulte du manquement de l'employeur « relève de la garantie de l'AGS »¹⁹⁴⁹. En revanche, si cette date est fixée postérieurement parce que l'une des parties a demandé la résiliation du contrat après la date du jugement d'ouverture, le bénéfice de la garantie est exclu. Cette solution ne coïncide pas véritablement avec celle adoptée en matière de licenciement car la date de la cause de la résiliation peut être écartée. Or, l'exclusion de la date de la cause de la résiliation est défavorable au salarié parce qu'elle le prive de la garantie de l'assurance des salaires. En pratique, la difficulté de la cause de la créance est également rencontrée lorsqu'il s'agit d'une créance conditionnelle.

¹⁹⁴⁶ F. SARAMITO, préc., p. 438.

¹⁹⁴⁷ F. DERRIDA, préc., p. 119.

¹⁹⁴⁸ V., Cass. soc. 13 mai 2009, *RJS* 7/2009, n° 609 ; Cf., D. PALLANTZA, *La créance de salaire*, préc., p. 587.

¹⁹⁴⁹ Cass. soc. 1^{er} oct. 2003, *RJS* 2003, 992, n° 1421.

193.- Créances conditionnelles et garantie. La délimitation temporelle de la garantie se butte parfois à la détermination de l'antériorité d'une créance si elle est une créance conditionnelle. Cette dernière est soumise à une fermeté d'interprétation du juge. L'interprétation rigoureuse du champ temporel de la créance de départ en retraite, par exemple, manifeste « la volonté de ne pas porter atteinte aux finances de l'AGS »¹⁹⁵⁰. En effet, la créance conditionnelle ne devient exigible que si un événement survient : c'est la condition spéciale du droit à la créance conditionnée. En ce sens, la Cour de cassation a décidé que l'indemnité de départ à la retraite n'est pas un objet de la garantie si « les salariés n'ont atteint l'âge de 60 ans fixé par la convention collective qu'après l'ouverture de la procédure collective »¹⁹⁵¹. Cette indemnité est également exclue du champ de la garantie lorsque la rupture du contrat de travail intervient après le jugement d'ouverture et à la seule initiative du salarié qui n'a pas informé son employeur de son intention de rompre le contrat¹⁹⁵². Dans cette optique, la Cour de cassation a décidé que la prime de fin d'année n'est pas prise en charge par l'institution de garantie parce que le jugement d'ouverture a été prononcé le 10 décembre 1992. En effet, le treizième mois n'est dû qu'à compter du 31 décembre¹⁹⁵³.

La jurisprudence a essayé de cerner les critères de la détermination de l'antériorité de la créance définie par la loi. Si la date de la cause de la créance reste l'élément essentiel de la détermination de l'antériorité d'une créance, l'expression de « sommes dues à la date du jugement d'ouverture » nécessite, cependant, encore des clarifications parce que la définition de la date de naissance de certaines créances telles que les indemnités de départ à la retraite n'est pas encore satisfaisante. Et cela, en dépit du fait que la délimitation temporelle des créances antérieures soit conforme au droit de l'Union européenne.

¹⁹⁵⁰ C. SOUWEINE, « L'étendue de la garantie des créances salariales », in *Contentieux prud'homal et entreprises en difficulté*, préc., p. 103.

¹⁹⁵¹ Cass. soc. 12 avr. 1995, *Bull. civ. V*, n° 132 ; *D.* 1995, Somm. 307, obs. A. Honorat ; *Dr. soc.* 1995, 603, obs. H. Blaise.

¹⁹⁵² Cass. soc. 20 avr. 2005, *Bull. civ. V*, n° 147 ; *RJS* 2005, 538, n° 743 ; *JCP S* 2005, 1009, note Morvan.

¹⁹⁵³ Cass. soc. 14 mai 1997, *Bull. civ. V*, n° 172 ; *D.* 1997, IR 145.

2. La délimitation temporelle des créances antérieures et le droit européen

194.- Maintien de la délimitation. La délimitation temporelle des créances antérieures a été maintenue au fil des années. La délimitation temporelle des créances antérieures a été instituée par la loi fondatrice de la « garantie des créances salariales » du 27 décembre 1973¹⁹⁵⁴. Mais, depuis, toutes les réformes du droit des entreprises en difficulté qui ont suivi, l'ont maintenue. La couverture des créances antérieures a toujours été au centre de la mise en application de la garantie des salaires. Le rattachement de la créance à la rétropection, c'est-à-dire au passé de l'entreprise est déterminé, selon l'article L. 3253-8, 1° du Code du travail, par rapport à la date du jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires. Dans cette optique, l'ouverture de la procédure est l'une des conditions de la mise en mouvement de la garantie des salaires.

Deux observations peuvent être faites à propos de la délimitation temporelle de la garantie aux créances antérieures permettant de définir l'antériorité de la créance. D'une part, le législateur, au regard de la nouveauté du mécanisme d'assurance des salaires n'avait pas encore mûri sa réflexion sur l'ensemble des effets de la garantie, tant sur les salariés que sur l'entreprise. Il a donc choisi de calquer la délimitation temporelle de la garantie de l'AGS sur celle des privilèges de salaires de droit commun déjà étudiés¹⁹⁵⁵. Or, la garantie des seules créances antérieures pose déjà un sérieux problème au regard de l'hypothèse plus que probable de licenciements liés à la procédure, donc postérieurs au jugement d'ouverture de celle-ci. D'autre part, cette délimitation temporelle de la garantie aux créances antérieures a pour avantage de limiter le nombre de créances garanties et, par conséquent, la charge financière de l'institution de garantie.

Néanmoins, la délimitation temporelle prescrite par le Code du travail est en définitive conforme au droit communautaire¹⁹⁵⁶. Elle est même plus favorable que le droit communautaire car l'AGS est tenue de prendre en charge les créances antérieures sans

¹⁹⁵⁴ Loi du 27 déc. 1973, art. 1^{er}.

¹⁹⁵⁵ Cf., *supra*, n° 58 et s.

¹⁹⁵⁶ Dir. n° 2002/74/CE, art. 1^{er} : « La présente directive s'applique aux créances des travailleurs salariés résultant de contrats de travail ou de relations de travail et existant à l'égard d'employeurs qui se trouvent en état d'insolvabilité » ; art. 3, al. 1 : « Les États membres prennent les mesures nécessaires afin que les institutions de garantie assurent, [...], le paiement des créances impayées des travailleurs salariés résultant de contrats de travail ou de relations de travail y compris, lorsque le droit national le prévoit, des dédommagements pour cessation de la relation de travail » ; Dir. n° 2008/94/CE du Parlement et du Conseil relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, art. 1, 2 et 3 ; Dir. n° 2002/74/CE, art. 4 ; Dir. n° 2008/94/CE, art. 4 ; cf., *supra*, n° 159 et s.

limitation de période, même si l'on suppose que cette dernière est calquée sur celle des privilèges de droit commun. Il importe seulement que la créance soit née avant la date du jugement d'ouverture de la procédure¹⁹⁵⁷. Par conséquent, la date d'ouverture de la procédure collective a une importance capitale puisque l'antériorité de la créance est déterminée par rapport à cette date. La procédure collective présente également un intérêt particulier pour la mise en œuvre de la garantie des salaires car le mécanisme géré par l'AGS est en effet procédural.

B. La garantie de l'AGS : un mécanisme procédural

195.- Procédure collective, critère de la mise en œuvre. La garantie des créances salariales est un mécanisme supplétif des privilèges de salaires ; elle n'intervient que si les privilèges auxquels bénéficient le salarié ne sont pas mis en œuvre. En effet, si le privilège général des salariés peut être mis en œuvre sans l'ouverture d'une procédure collective, la garantie de l'AGS est comme le superprivilège¹⁹⁵⁸, une technique procédurale. Par conséquent, l'AGS n'est tenue d'intervenir que si l'employeur *insolvable* est placé en procédure collective. L'employeur qui, malgré son insolvabilité ne demande pas l'ouverture de la procédure collective, ne peut demander à l'institution de garantie de prendre en charge ses *dettes de salaires*. Cette exigence d'ouverture de la procédure collective est clairement prescrite dans le Code du travail. Aux termes de l'article L. 3253-6 de ce code, l'assurance protège contre le risque de non-paiement de sommes dues aux salariés en exécution du contrat de travail, « en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire »¹⁹⁵⁹.

L'exigence de l'ouverture de la procédure collective existe depuis la création de la garantie des salaires. Cette dernière est considérée comme un mécanisme réservé aux salariés dont l'entreprise est mise en procédure collective. Le critère d'ouverture d'une procédure collective conditionne en définitive la mise en mouvement de la garantie, car toutes les entreprises qui ne se placent pas sous la couverture de la justice ne peuvent demander l'intervention de l'institution de garantie¹⁹⁶⁰. En réalité, l'ouverture de la procédure collective

¹⁹⁵⁷ V., C. trav., art. L. 3253-8, 1 °.

¹⁹⁵⁸ C. trav., art. L. 3253-2.

¹⁹⁵⁹ L'AGS n'est pas tenue de prendre en charge les créances antérieures des salariés dans la cadre d'une procédure de sauvegarde. Cf., C. GAILHBAUD, « L'AGS dans la procédure de sauvegarde », *LPA* 2008, n° 239, pp. 3-7.

¹⁹⁶⁰ Cass. soc. 7 févr. 1990, *Bull. civ.* V, n° 43 ; *RJS* 1990, 157, n° 210.

est le premier critère de la mise en œuvre de la garantie des salaires : que la créance du salarié soit antérieure ou postérieure à la date d'ouverture du jugement de la procédure, elle est en tout état de cause due que si l'employeur est sous la protection de la justice. La procédure collective acquiert ainsi une majesté incontournable.

En effet, si l'exigence de l'ouverture permet de limiter le nombre de salariés bénéficiaires de la garantie et de réduire la charge financière de l'institution de garantie, en ne prenant en charge les créances des salariés mis au *chômage partiel*, par exemple, le nombre de procédures pendant lesquelles l'institution de garantie est tenue d'intervenir a augmenté. Ainsi, la loi du 26 juillet 2005 a ajouté à la procédure de redressement et de liquidation judiciaire, la procédure de sauvegarde. En plus, l'AGS est tenue d'intervenir presque dans toutes les phases de ces procédures collectives. Ces dernières présentent une importance majeure car la date de naissance de la créance est déterminée au jour de leur ouverture¹⁹⁶¹. Cette exigence d'ouverture de la procédure a été appliquée aux procédures de redressement et de liquidation judiciaires sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985 (1) avant d'être appliquée, désormais, à la procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005 (2).

1. Au regard de la loi du 25 janvier 1985

196.- Garantie limitée. La garantie de l'AGS était limitée sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985 parce qu'elle ne s'appliquait qu'à la procédure de redressement et à la liquidation judiciaires. La loi du 27 décembre 1973 dispose que l'employeur assure les salariés contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues à la date de la décision qui prononce le « règlement judiciaire ou la liquidation des biens »¹⁹⁶². La procédure de règlement judiciaire a été remplacée par « la procédure de redressement judiciaire¹⁹⁶³ » qui vise dorénavant le maintien de l'activité de l'entreprise et de l'emploi. Par conséquent, l'assurance des salaires n'intervient pas au titre de n'importe quelle incapacité de payer les créances, mais uniquement au titre de celle qui est constatée par une décision de justice rendue à l'égard de l'employeur. Il s'agit en effet d'une incapacité de payer prise dans un

¹⁹⁶¹ Cass. soc. 3 mai 2011, n° 10-14.297 (n° 1026 FS-D), Baudin c. Sté Ravise Bes, *RJS* 7/11, n° 613.

¹⁹⁶² Loi 27 déc. 1973, art. 1^{er}.

¹⁹⁶³ Loi 25 janv. 1985, art. 1^{er}.

cadre collectif. Il a été souligné par Mme SOUWEINE que « la garantie de l'AGS est propre aux hypothèses de règlement collectif »¹⁹⁶⁴.

C'est ainsi que l'intervention de l'assurance des salaires est subordonnée à la mise en procédure collective d'un employeur et que seuls les employeurs placés en procédure collective peuvent demander l'intervention de l'institution de garantie, s'ils sont dans l'incapacité d'honorer leurs *dettes de salaires*. En revanche, la question s'est posée de savoir si les termes « en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens » impliquaient également la « liquidation judiciaire de l'entreprise »¹⁹⁶⁵. La Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que l'institution de garantie, « tenue de garantir le paiement des sommes dues aux salariés à la date du jugement d'ouverture de la procédure collective, ne peut, pour se dispenser de son obligation, se prévaloir du fait que le tribunal de commerce, qui a ouvert la procédure collective, a prononcé d'emblée la liquidation »¹⁹⁶⁶. Concernant la prise en charge de la créance salariale par l'AGS, la nature de la procédure collective importe peu. L'assurance des salaires joue même si la liquidation judiciaire intervient sans procédure de redressement judiciaire préalable : que la liquidation soit immédiate à cause de l'impossibilité de redressement de l'entreprise ou qu'elle intervienne après l'échec d'une procédure de redressement judiciaire, l'institution de garantie est tenue d'indemniser les salariés. Pour éviter les incertitudes, la loi du 10 juin 1994 a modifié l'article L. 143-11-1 de l'ancien Code du travail, devenu l'article L. 3253-6, pour intégrer les termes « ou de liquidation judiciaire ». C'est « donc la date du jugement d'ouverture qui conditionne l'intervention de l'AGS plus que la nature du jugement prononcé »¹⁹⁶⁷.

En somme, le droit des entreprises en difficulté a connu une évolution importante avec la loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises. Cette loi institue la procédure de sauvegarde. Sa consécration ne manque pas de mettre à l'épreuve la garantie des salaires dont la mise en mouvement reste soumise au critère d'ouverture de la procédure collective. Pourtant, la nouvelle procédure est ouverte en dehors de toute cessation des paiements.

¹⁹⁶⁴ C. SOUWEINE, *Les créances résultant du contrat de travail dans le redressement et la liquidation judiciaire*, thèse Droit, Grenoble II, 1992, p. 269.

¹⁹⁶⁵ S. DA ROCHA, *Le rôle de l'AGS dans l'indemnisation des salariés*, Mémoire Master II, Lille II, préc., p. 98.

¹⁹⁶⁶ Cass. soc. 11 juill. 1989, *JCP E* 1989, I, 19089 ; 19 déc. 1989, *Rev. proc. coll.* n° 7, 1990, p. 294.

¹⁹⁶⁷ B. BEZIAN, « La garantie des créances salariales dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire : quelques décisions récentes », *Dr. soc.* 1991, n° 9/10, p. 679.

2. Au regard de la loi du 26 juillet 2005

197.- Garantie limitée dans la procédure de sauvegarde. La procédure de sauvegarde a été introduite pour anticiper la cessation des paiements des entreprises. Elle permet de traiter en amont, c'est-à-dire à titre préventif les difficultés des entreprises¹⁹⁶⁸. À la suite d'un âpre débat à l'Assemblée nationale, l'intervention de l'AGS dans la procédure de sauvegarde a été consacrée. Mais elle est cependant limitée aux créances postérieures. Elle ne couvre pas les créances antérieures dans la procédure de sauvegarde¹⁹⁶⁹. En effet, l'employeur n'étant pas en cessation des paiements doit être en mesure d'assumer lui-même ses obligations de payer les créances des salariés¹⁹⁷⁰. Il doit avoir des fonds disponibles pour régler les créances salariales. À défaut, il doit pouvoir les payer avec les premières rentrées de fonds.

Cette exclusion peut être considérée comme justifiée non seulement par le moindre risque d'insolvabilité de l'employeur, par rapport au redressement et à la liquidation judiciaire, mais encore par la réduction du risque de non-paiement des salaires du fait de l'ouverture de cette procédure de sauvegarde¹⁹⁷¹. Le bénéfice de la garantie pour les créances postérieures dans la procédure de sauvegarde exige que le mandataire judiciaire justifie auprès de l'institution de garantie, lors de la demande des avances que l'insuffisance des fonds disponibles est caractérisée. L'institution de garantie peut contester dans un délai déterminé fixé par voie réglementaire, la réalité de cette insuffisance devant le juge-commissaire. Dans ce cas,

¹⁹⁶⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière », *Dr. et patr.* 2005, n° 133, p. 24 ; T. MÉTEYÉ, « LES : Le point de vue de l'AGS », *LPA* 17 févr. 2006, n° 35 ; T. MONTÉLAN, « L'intervention de l'AGS dans les procédures de sauvegarde », *Gaz. Pal.* 2006, n° 199, p. 3 ; E. MOUIAL-BASSILANA, L.-C. HENRY, « L'agencement des différentes procédures instaurées par la loi de sauvegarde », *LPA* 2007, n° 119, p. 49 ; M. BAYLE, « L'enchaînement des procédures de prévention et de traitement de la cessation des paiements », *LPA* 2008, n° 213, p. 3.

¹⁹⁶⁹ Cass. soc. 10 mars 2009, n° 07-45.326, *Jurispr. soc. Lamy* 2009, n° 255 ; 28 sept. 2010, *JCP S* 2010, 1496, note T. Lahalle ; F.-X. LUCAS, H. LÉCUYER, « Loi de sauvegarde des entreprises », *LPA* 2006, n° 35, p. 48 ; C. GAILHBAUD, « L'AGS dans la procédure de sauvegarde », *LPA* 2008, n° 239, p. 3 ; I. BEYNEIX, « Étendue de la garantie de l'AGS à l'aune de la procédure de sauvegarde », *JCP E* 2009, n° 22, p. 28, note sous Cass. soc. 10 mars 2009, n° 07-45.326 ; A. HUGON, *Créances salariales impayées : Le rôle de l'AGS. Regard sur la loi du 26 juillet 2005 de Sauvegarde des Entreprises*, p. 89.

¹⁹⁷⁰ R. VATINET, « Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde », *JCP S* 2005, n° 15, p. 9 ; T. MÉTEYÉ, « L'intervention de l'AGS dans les procédures de sauvegarde », *Gaz. Pal.* juill. 2006, p. 5 ; P. ROUSSEL GALLE, *Réforme du droit des entreprises en difficulté. De la théorie à la pratique*, préface de Daniel TRICOT, 2^e éd., Litec, 2007, p. 179 ; P. BAILLY, « Les licenciements et les procédures collectives », *Gaz. Pal.* 7/8 nov. 2008, p. 3626 ; S. VERNAC, « Le droit du licenciement dans la procédure de sauvegarde », in *Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, A. LYON-CAEN, Q. URBAN (dir), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires, 2007, p. 125.

¹⁹⁷¹ Cf., P. PÉTEL, « La réforme des plans de redressement », *LPA* 2004, n° 116 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Le projet de la loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière », *Dr. et patr.* 2005, n° 133, p. 24 ; T. MÉTEYÉ, « LSE. Le point de vue de l'AGS », *LPA* 2006, n° 35.

l'avance des fonds est soumise à l'autorisation du juge-commissaire¹⁹⁷². L'exigence de justification de l'insuffisance caractérisée des fonds limite ainsi les demandes de prise en charge des créances lorsque l'entreprise n'est pas en cessation des paiements¹⁹⁷³. En revanche, la couverture de la garantie s'étend aux créances dues à la date du jugement d'ouverture si la procédure en jeu est une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

198.- Garantie extensive dans le redressement et la liquidation. La loi du 25 juillet 2005 n'a pas supprimé les procédures de redressement et de liquidation judiciaire, mais elle a aussi maintenu l'application de la garantie des salaires dans ces procédures. À l'inverse de la procédure de sauvegarde, le champ d'application de la garantie de l'AGS est large dans le redressement et la liquidation judiciaires. L'étendue temporelle de la garantie dans ces procédures englobe à la fois l'antériorité et la postériorité de l'entreprise. Toutefois, l'étude va se reposer ici sur la garantie des sommes dues à la date du jugement¹⁹⁷⁴. En effet, les « créances antérieures » sont prises en charge par l'institution de garantie lorsqu'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire est ouverte¹⁹⁷⁵.

Il a été noté que la délimitation temporelle des créances antérieures est définie par la cause de la créance, c'est-à-dire le fait générateur de la créance concernée. Ce critère est cependant difficile à appliquer aux créances conditionnelles ou à la rupture du contrat de travail dont l'indemnité réparatrice du préjudice causé est déterminée après le jugement d'ouverture par le juge prud'homal. Si la procédure collective présente un intérêt parce que l'antériorité de la créance est définie par rapport à la date du jugement d'ouverture, elle est aussi la condition principale de la mise en mouvement de la garantie des salaires. Le caractère procédural de la garantie des salaires rend ambigu son rôle dans les procédures collectives. On peut ainsi s'en douter que le nombre limiter des actions portées par l'institution de garantie devant le juge manifeste sa volonté de ne pas appauvrir le patrimoine de l'employeur afin d'assurer indirectement sa fonction tendant à la sauvegarde de l'entreprise. En outre, les limitations temporelles du bénéfice de la garantie semblent favorables à cette conception de sauvegarde

¹⁹⁷² C. trav., art. L. 3253-20 ; Loi n° 2008-67, 21 janv. 2008, art. 3, 54°.

¹⁹⁷³ Cf., A. HUGON, *Créances salariales. Le rôle de l'AGS...*, L'Harmattan, 2009, p. 89 et s.

¹⁹⁷⁴ C. trav., art. L. 3253-8, 1° ; Cass. soc. 25 mai 2004, P n° R. 02-42.503.

¹⁹⁷⁵ C. trav., art. L. 3253-8, al. 2, 1° ; Cass. soc. 10 mars 2009, n° 07-45.326, *Bull. civ. V*, n° 65, n° 463 FS-P+B ; *D.* 2009, AJ, 807, note A. Liénhard ; *Act. proc. coll.* 2009/9, n° 136, note D. Jacotot ; *JCP E* 2009, 1549, note I. Beyneix ; P. LAFARGE, L. SERFATI, F. SICARD, *Procédures collectives et droit du travail*, Nathan, 1990, p. 116 ; T. MÉTEYÉ, « Les conditions d'intervention de l'AGS », *Dr. soc.* 1987, n° 12, p. 827 ; C. SOUWEINE, *Les créances résultant du contrat de travail dans le redressement et la liquidation judiciaires*, Thèse Grenoble, t. 1 et 2, 1992, p. 291.

de l'entreprise¹⁹⁷⁶. Néanmoins, le champ temporel de la garantie des salaires est réduit dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, car la loi du 25 juillet 2005 n'inclut que les créances postérieures dans l'étendue temporelle de la garantie. Il est donc important de scruter l'espace des créances postérieures dans la mise en œuvre de la garantie des salaires.

Paragraphe 2 : La postériorité

199.- Évolution favorable aux salariés et à l'entreprise. À l'opposé des privilèges des salaires qui ne protègent que les créances du passé de l'entreprise, la garantie de l'AGS prend en charge cumulativement les créances du passé et celles de l'avenir. En effet, l'institution de garantie est, désormais, tenue de couvrir les créances postérieures, car la dynamique de la garantie des salaires n'a pas éternellement été cantonnée à la prise en charge des créances antérieures¹⁹⁷⁷. Dans le cadre des anciennes dispositions, toutes les créances postérieures y compris celles résultant d'un licenciement intervenant après le jugement déclaratif du règlement judiciaire étaient exclues du champ de la garantie des salaires. Les créances des salariés qui étaient nées après le jugement déclaratif étaient les « créances de la masse »¹⁹⁷⁸. Contrairement aux « créanciers dans la masse », ils bénéficiaient d'un paiement par préférence et à l'échéance de leurs créances. Ainsi, ils n'avaient pas le droit de réclamer le règlement de leurs créances à l'AGS puisque la demande de paiement prioritaire doit être adressée à l'employeur. Or, l'employeur placé en procédure collective n'a pas souvent d'actifs disponibles en suffisance pour désintéresser les salariés. Par conséquent, l'ouverture d'une procédure de liquidation des biens après l'ouverture d'un règlement judiciaire défavorisait les salariés. Déjà, ceux auxquels les contrats de travail étaient maintenus à la date du jugement d'ouverture risquaient de voir leurs salaires non payés, alors qu'ils avaient fourni la prestation de travail pendant la poursuite de l'activité après ce jugement¹⁹⁷⁹ et, que leur travail postérieur à la date du jugement est de nature à contribuer à la sauvegarde de l'entreprise¹⁹⁸⁰. De plus, dès lors qu'ils étaient licenciés, leurs indemnités de licenciement n'étaient pas non plus prises en charge par l'institution de garantie ; ils perdaient ainsi à la fois

¹⁹⁷⁶ Cf., *infra*, n° 210 et s (La garantie dans ses rapports avec la rupture du contrat de travail).

¹⁹⁷⁷ Loi du 27 déc. 1973, art. 1^{er}.

¹⁹⁷⁸ V., CA Paris, 3^e ch. sect. A, 16 févr. 1983, SA Locafrance c/ Mme Annick Pavec.

¹⁹⁷⁹ Cf., G. RIPPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, par Ph. Delebecque et M. Germain, 17^e éd., LGDJ, 2004, t. 2.

¹⁹⁸⁰ Cass. soc. 20 janv. 1993, *Bull. civ.* V, n° 16, D. 1994, somm. 40, obs. A. Honorat.

leur emploi et leurs salaires. Il était donc préférable qu'une liquidation judiciaire soit directement prononcée.

La nouvelle dynamique de la garantie a vu cette dernière élargie aux créances postérieures¹⁹⁸¹. Désormais, l'institution de garantie prend en charge les créances salariales qui se rattachent à la *prospective*, c'est-à-dire à l'*avenir de l'entreprise*. Ceci dit, l'analyse d'une part, de la consécration de la garantie des créances postérieures (A) et, d'autre part, de la nature des créances postérieures et leur traitement préférentiel (B) est nécessaire pour comprendre cette nouvelle dynamique de la garantie.

A. La consécration de la garantie des créances postérieures

200.- Parcours d'intégration. Après avoir été privées de la garantie de l'AGS, les créances postérieures ont fini par faire parti de l'étendue temporelle du mécanisme de garantie. La loi du 27 décembre 1973 ne prévoyait pas la garantie des créances postérieures. Cette absence de garantie avait un effet négatif sur la poursuite des contrats de travail et de l'activité. La dynamique de la garantie a permis d'entendre le champ de la garantie aux créances nées après la date du jugement d'ouverture. C'est, en effet, la loi du 25 janvier 1985 concernant le redressement et la liquidation judiciaires qui a étendu la prise en charge par l'institution de garantie des créances des salariés aux créances postérieures au jugement d'ouverture. Dorénavant, l'institution de garantie est tenue de prendre en charge également les créances salariales nées après le jugement d'ouverture¹⁹⁸². En ce sens, la loi du 26 juillet 2005 qui introduit la procédure de sauvegarde n'autorise, de son côté, concernant cette procédure, la prise en charge que des créances postérieures¹⁹⁸³. Au total, l'assurance de « l'insolvabilité de l'employeur » couvre désormais les créances postérieures dans la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire¹⁹⁸⁴.

¹⁹⁸¹ C. trav., art. L. 3253-8, 2° ; Cf., J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012, p. 934 ; F. PÉROCHON, R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, 8^e éd., LGDJ, coll. « Manuel », 2009, p. 524 et s. ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Montchrestien, Coll. « Domat droit privé », 2011, p. 672 et s.

¹⁹⁸² C. trav., art. L. 3253-8, 2°.

¹⁹⁸³ Cass. soc. 10 mars 2009, *RJS* 5/09, n° 436.

¹⁹⁸⁴ C. trav., art. L. 3253-6 et L. 3253-8, 2°.

Si la loi permet la garantie des créances postérieures, la jurisprudence a joué un rôle déterminant dans l'extension du champ de la garantie. Ainsi, la doctrine estime que, la jurisprudence dans le cadre de l'élargissement du champ d'intervention de l'AGS, privilégie l'aspect social par rapport à l'aspect économique. Elle est divisée sur l'évolution du champ d'application du régime de la garantie. Il s'agit moins de réduire la protection des salariés au nom des intérêts économiques de l'entreprise que de prendre en compte le souci de l'équilibre financier de l'institution de garantie, qui paraît être le seul fondement envisageable d'une telle réduction. Il a été ainsi avancé que la jurisprudence doit « tenir compte, mieux [qu'elle] ne le fait, de la situation particulière de ce tiers au contrat de travail qu'est l'AGS, de ses droits propres et de la finalité de cette garantie »¹⁹⁸⁵ et que « la démarche [de la Cour de cassation] consiste à interpréter, jusqu'à la dénaturation, les textes d'un point de vue toujours plus extensif afin d'étendre le plus possible la garantie. Au final, le résultat est une hypertrophie du champ de la garantie avec un impact négatif, tant sur la nécessaire maîtrise des dépenses que sur le maintien de l'équilibre financier »¹⁹⁸⁶.

Il est vrai que, même en ne considérant que l'intérêt des salariés, l'amélioration de leur protection patrimoniale ne doit pas se faire au détriment de l'équilibre financier du mécanisme de garantie des salaires : la remise en cause qui pourrait résulter d'un certain niveau de déséquilibre replacerait les salariés dans la situation désastreuse d'avant la loi du 27 décembre 1973, telle que vécue à l'époque par les salariés de l'entreprise *Lip* qui est à l'origine de la mise en place de la garantie des créances des salariés. Il n'existe pas, actuellement, d'autre mécanisme susceptible de le relayer. Ainsi M. MÉTEYÉ se demandait : « faudra-t-il attendre que l'institution se trouve au bord de l'asphyxie pour que les mises en garde répétées commencent à être prises au sérieux et ne donnent plus lieu à des commentaires teintés de scepticisme quant à l'impact réel des décisions de justice rendues ? »¹⁹⁸⁷.

Mais, en réalité, si l'importance du rôle de l'AGS dans l'indemnisation des salariés n'est pas contestée, il est moins sûr que la source des difficultés financières de l'assurance garantie des salaires soit uniquement à rechercher dans les décisions de justice qui l'obligent à prendre en charge les créances salariales. Déjà, le juge n'étant que l'interprète de la loi, il appartient au législateur d'assurer l'équilibre du régime par l'adoption de nouvelles mesures. Mais encore,

¹⁹⁸⁵ R. VATINET, « Garantie de l'AGS et sort du contrat de travail en cas de procédure collective », *Dr. soc.* 2003, n° 3, p. 288.

¹⁹⁸⁶ T. MÉTEYÉ, « Garantie AGS : jusqu'à où peut-on aller trop loin? », *Dr. soc.* 2002, n° 11, p. 972.

¹⁹⁸⁷ T. MÉTEYÉ, « Garantie AGS : jusqu'à où peut-on aller trop loin? », préc.

le droit des salariés au paiement de leurs salaires¹⁹⁸⁸ doit d'autant plus demeurer assuré que, si les causes de la dégradation de la situation financière de l'institution de garantie peuvent être externes¹⁹⁸⁹ ; elles peuvent également être internes à la gestion du régime de garantie. C'est le cas, par exemple, du manque de rigueur de l'organe de la procédure collective qui établit les relevés de créances salariales, des organes (administrateur¹⁹⁹⁰ et mandataire judiciaires) qui prononcent les licenciements pour motifs économiques à la place de l'employeur sous le contrôle du juge-commissaire¹⁹⁹¹.

Il en résulte que la garantie des créances postérieures améliore considérablement la situation financière des salariés dans les entreprises en défaillance. Elle permet ainsi d'octroyer un traitement particulier aux créances salariales qui naissent après la date du jugement d'ouverture¹⁹⁹². Mais, un débat doctrinal et jurisprudentiel est né sur la nature de la créance postérieure¹⁹⁹³, en dépit du fait que, la loi a clairement *inclu* les créances postérieures du champ de la garantie des salaires.

B. La nature des créances postérieures et le traitement préférentiel

La nature des créances postérieures s'oppose à celle des créances antérieures. En effet, la nature des créances postérieures qui sont incluses dans le champ d'application de la garantie des salaires est définie comme les créances antérieures par rapport à la date du jugement, mais cette nature ne se limite pas à l'instar des créances antérieures à son rapport avec la date du jugement d'ouverture ; elle est soumise à d'autres critères de validité. Comment se détermine alors la nature des créances postérieures ? (1). Mais si cette qualification est reconnue quel est le traitement réservé à ces créances ? (2).

¹⁹⁸⁸ E. VACANT, in Débats parlementaires, Ass. Nat., séance du 21 nov. 1973, *JO*, 22 nov. 1973, p. 6215.

¹⁹⁸⁹ Les causes de la dégradation de la situation financière de l'AGS peuvent être liées au nombre de procédures collectives ouvertes ou à l'augmentation des champs d'application par la loi (Loi n° 2002-73 du 17 janv. 2002 de modernisation sociale, *JO*, n° 15 du 18 janv. 2002, p. 1008, art. 214 sur la prise en charge par l'AGS des créances des salariés dont le contrat de travail a cessé pour cas de force majeure en raison d'un sinistre; Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, *JO*, n° 179 du 5 août 2003, p. 13449). Cf., J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012, p. 498 ; S. BECHAUX, « Faute d'emploi, les chômeurs créent leur boîte », *Liais. soc., magazine* 2004, n° 53, p. 34.

¹⁹⁹⁰ C. trav., art. L. 621-37.

¹⁹⁹¹ Cass. soc. 26 juin 2001, *Act. proc. coll.* n° 16, 2001, n° 219.

¹⁹⁹² Cf., Y. CHAGNY, « La situation des salariés de l'entreprise en difficulté », *RJS* 1999, n° 11, p. 819 ; P. PÉTEL, « L'AGS et la réforme des procédures collectives », *RJ com.* 2006/3, pp. 174 et s. n° 21.

¹⁹⁹³ V., Cass. soc. 6 déc. 1978, *Bull. civ.* V, n° 834, p. 628 ; CA Amiens, 6 mai 1976, *Dr. soc.* 1978, n° 2, p. 128 ; Orléans, 11 juill. 1977, *Dr. soc.* 1978, n° 2, p. 126 ; Nancy, 13 oct. 1977, *Dr. soc.* 1978, n° 2, p. 131.

1. La qualification de créance postérieure

201.- Conditions de la qualification. Le placement en procédure collective d'une entreprise n'entraîne pas forcément la cessation d'activité. La poursuite de son activité nécessite que ses partenaires et ses acteurs, à commencer par ses salariés, exercent des prestations qui soient capables de générer des créances. Et, précisément, ce sont ces créances liées à des prestations effectuées après la date du jugement d'ouverture qui sont qualifiées de *créances postérieures*. Ainsi, les créances postérieures sont celles qui « sont nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins de l'entreprise »¹⁹⁹⁴. À ce sujet, les articles L. 622-17, I et L. 641-13, I du Code de commerce fixent trois conditions nécessaires à la qualification de créance postérieure : la créance doit naître régulièrement, postérieurement et être rattachée à la finalité de la procédure envisagée¹⁹⁹⁵.

D'abord, la créance régulière est celle qui est née dans le cadre réglementaire de la répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation¹⁹⁹⁶. Par exemple, l'employeur qui est soumis à l'intervention d'un administrateur ne peut conclure un contrat susceptible de générer une créance postérieure sans l'accord de cet administrateur, voire parfois du juge-commissaire. À défaut, la créance ne peut être qualifiée de postérieure au sens des dispositions précitées. Il faut préciser que la créance qui naît en marge de ces dispositions n'est pas nulle : elle est seulement exclue de la finalité de la procédure¹⁹⁹⁷, donc du *champ de la garantie*.

¹⁹⁹⁴ C. com., art. L. 622-17, I ; Cass. 12 janv. 2010, Sté Finamur, n° 08-21.456, *JCP E* 2010, n° 7, p. 21 ; F. PÉROCHON, « Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005 », *Gaz. Pal.* 8 sept. 2005, n° 251, p. 57 ; J. VALLANSAN, « Procédures collectives/ Quel sort pour les frais irrépétibles et les dépens dans les instances en cours, créances postérieures inutiles ? », note sous Cass. civ. 3^e, 7 oct. 2009, *SCI La Chantourne c./ Mme J-Y. Bermond ès qual. et a.*, n° 08-12.920, *JCP E* 2009, n° 51-52, p. 29 ; M. CABRILLAC, « Les créanciers pris isolément », *JCP E* 2011, n° 3, p. 50, note sous Cass. com. 21 sept. 2010, n° 09-68.604 ; L.-C. HENRY, note sous Cass. com. 17 mai 2011, n° 10-15.518, *Gaz. Pal.* 2011, n° 280-281, pp. 22-23 ; L.-C. HENRY, note sous Cass. com. 15 juin 2011, Caisse nationale du RSI c./ Sté Ardi, n° 10-18.726, *Gaz. Pal.* 2011, n° 280-281, pp. 23-24.

¹⁹⁹⁵ Cf., G. BERTHELOT, « Les créanciers postérieurs méritants (première partie) », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 3, pp. 84-97 ; L.-C. HENRY, note sous Cass. com. 1^{er} févr. 2011, n° 10-12.746, *Gaz. Pal.* 2011, n° 91-92, p. 23.

¹⁹⁹⁶ Cass. com. 12 oct. 1998, *Bull. civ.* IV, n° 240, *JCP E* 1998, 2069, obs. M. Cabrillac et P. Pétel ; *RTD com.* 1999, p. 979, obs. A. Martin-Serf.

¹⁹⁹⁷ F. PÉROCHON, R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, 8^e éd., LGDJ coll. Manuel, 2009, n° 310 ; C. SAINT-ALARY-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2011, n° 594.

Ensuite, la créance doit naître *régulièrement après*¹⁹⁹⁸, *postérieurement* à la date du jugement d'ouverture de la procédure¹⁹⁹⁹ pour être qualifiée de *créance postérieure*. Cela signifie que le fait générateur de la créance doit être postérieur à la date du jugement²⁰⁰⁰. La prise en considération de la date du fait générateur de la créance permet de ne pas prendre en compte la date d'exigibilité de la créance²⁰⁰¹, qui importe peu. Ainsi, le contrat qui est conclu après la date du jugement génère des créances postérieures s'il n'est pas conclu après la clôture de la procédure en cause²⁰⁰². Par analogie, le contrat qui est conclu antérieurement à la date du jugement d'ouverture, mais qui produit ses effets avant cette date est une créance antérieure²⁰⁰³. En revanche, la qualification de la créance devient plus compliquée si le contrat qui est conclu avant le jugement d'ouverture produit ses effets après ce jugement d'ouverture. Dans cette hypothèse, la jurisprudence s'écarte de l'interprétation téléologique de la loi pour effectuer une « analyse matérielle²⁰⁰⁴ » afin de déclarer que la créance ne naît plus à la date du fait générateur, mais de la réalisation des prestations nécessaires²⁰⁰⁵.

Enfin, la créance doit être « *utile* » à l'entreprise ou à la procédure collective²⁰⁰⁶. Aux termes de l'article L. 622-17 du Code de commerce, la créance postérieure doit naître « pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie

¹⁹⁹⁸ Cass. soc. 13 févr. 2008, n° 06-44.277, F-D, Sté Nouvelle des Transports Ducros et a. c/ M. J.-P. Beauvais et a.; F. LEGRAND, « La créance de nature salariale née régulièrement après le jugement d'ouverture échappe à la forclusion », *Rev. proc. coll.* 2008, n° 3, p. 61.

¹⁹⁹⁹ A. MARTIN-SERF, note sous Cass. civ. 2^e, 16 sept. 2010, n° 09-16.182, *RTD com.* 2011, n° 3, pp. 540-642 ; F. PEROCHON, R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, préc. n° 235, p. 306 ; P. DELEBECQUE, « Quel est le fait générateur de la créance du bénéficiaire dans une promesse unilatérale d'achat ? », *Droit maritime français* 2012, n° 732, pp. 41-45, note sous Cass. com. 3 mai 2011, n° 10-18.031.

²⁰⁰⁰ Cass. 2^e civ. 16 sept. 2010, n° 09-16.182, B. c./ RAM province et a. ; M.-P. DUMONT-LEFRAND, « Fait générateur des créances : créance de soulte de partage judiciaire », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 2, pp. 74-75, note sous Cass. com. 3 nov. 2010, n° 09-14.600, Berthe c./ B.

²⁰⁰¹ Cass. com. 12 janv. 2010, n° 08-21.456, *D.* 2010, p. 203, obs. Liénhard, *D.* 2010, p. 1820, obs. Le Corre ; 3 mai 2011, n° 10-18/031, *D.* 2011, p. 2069, obs. P.-M. Le Corre ; M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit commercial. Entreprises en difficulté*, 7^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2006, n° 760 et s. ; F. PEROCHON, R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, préc. n° 306-1.

²⁰⁰² Cass. com. 3 avr. 1990, n° 88-19.807, *Bull. civ.* IV, n° 113, *D.* 1990, jurispr. p. 385, note M. Jeantin, *RTD com.* 1990, p. 497, obs. A. Martin-Serf ; *Rev. proc. coll.* 1990, p. 232, obs. C. Saint-Alary-Houin, *JCP E* 1990, II, n° 15829, note M. Cabrillac ; Cf., C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., n° 602 ; M.-N. JOBARD-BACHELIER, M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, Sirey, 2007, n° 2385.

²⁰⁰³ Cass. com. 8 juin 1999, n° 96-18.840, *Bull. civ.* IV, n° 121, *JCP G* 1990, II, n° 15829, note M. Cabrillac.

²⁰⁰⁴ F. PÉROCHON, R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, préc., n° 306 et s.

²⁰⁰⁵ Cass. com. 2 oct. 2001, n° 98-22.493, *Bull. civ.* IV, 157, *D.* 2001, p. 3118, obs. A. Liénhard ; *D.* 2002, p. 800, note F. Derrida ; *JCP E* 2002, 175, n° 16, obs. M. Cabrillac.

²⁰⁰⁶ P.-M. LE CORRE, « Les nouvelles règles de fixation du passif », *Gaz. Pal.* 2005, p. 17, spéc. n° 7 ; P. PÉTEL, Les créances postérieures, *Rev. proc. coll.* 2006, p. 142, spéc. n° 14 et s. ; F. PÉROCHON, R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, 8^e éd., n° 311 et s. ; P.-M. LECORRE, « La taxe foncière, une créance postérieure méritante ? », *Gaz. Pal.* 2010, p. 14.

d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période » lorsque la procédure de sauvegarde ou de redressement est ouverte. C'est un lien d'utilité de la créance qui est demandé²⁰⁰⁷. Cette conception existe également en cas de liquidation : « les créances nées régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire »²⁰⁰⁸ sont garanties si elles sont utiles.

Toutefois, deux décisions de la Cour de cassation ont divergé sur l'utilité de l'indemnité de rupture d'un contrat. En effet, la Chambre commerciale de cette Cour a, d'une part, décidé que « la créance d'indemnités de rupture d'un contrat, n'étant pas née pour les besoins du déroulement de la procédure ou en contrepartie d'une prestation, est soumise aux dispositions de l'article L 622-24 du Code de commerce dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises »²⁰⁰⁹. Cela étant, la créance salariale résultant d'une rupture postérieure du contrat de travail serait incluse dans le champ de la garantie. En revanche, la Chambre sociale de la même Cour a, d'autre part, adopté une position opposée à celle de la Chambre sociale qui pourrait s'annoncer comme un revirement en décidant dans un arrêt du 16 juin 2010, que les indemnités liées aux licenciements effectués par le liquidateur après le jugement étaient rattachés aux besoins du déroulement de la procédure²⁰¹⁰.

En somme, la divergence des positions des Chambres de la Cour de cassation font écho au débat doctrinal en cours sur la distinction parmi les créances postérieures : entre celles *méritantes*, c'est-à-dire, *inhérentes* à la procédure²⁰¹¹ et dignes d'un traitement préférentiel et celles qui sont *contingentes*, c'est-à-dire correspondant aux besoins de la période d'observation ou du maintien provisoire de l'activité²⁰¹². Le débat de la qualification de la créance postérieure mérite ainsi d'être explicité.

²⁰⁰⁷ Cf., F. PEROCHON, « Le sort des créanciers postérieurs », in *La réforme des procédures collectives*, Colloque CRAJEFE, Nice, 27 mars 2004, *LPA* 2004, n° 116, p. 16 et s., n° 25.

²⁰⁰⁸ C. com., art. L. 641-13, I, al. 1 ; F. MACORIG-VENIER, « L'évolution chaotique de la situation des créanciers titulaires de sûretés », In *La loi du 25 janvier 1985 a 20 ans ! Entre bilan et réforme*, Actes colloque Toulouse, 20 et 21 janv. 2005, *RLDA* 2005/80, n° 114 ; F. REILLE, « Les retouches apportées au sort des créanciers postérieures élus », *Gaz. Pal.* 2009, n° 66, p. 38 ; F. MACORIG-VENIER, C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les créanciers dans l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », préc., p. 65, n° 51 ; P. CROCQ, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *JCP E* 2009, 1313, spéc. n° 12 ; F. PÉROCHON, R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, 8^e éd., LGDJ, 2009, n° 312-2 et s.

²⁰⁰⁹ Cass. com., 5 oct. 2010, n° 09-70.249 ; A. LIÉNHARD, « Créance postérieure non privilégiée: indemnité de rupture », *D.* 2010, n° 37, p. 2428.

²⁰¹⁰ Cass. soc. 16 juin 2010, n° 08-19.351, *Gaz. Pal.* 2010, p. 27, obs. L.-C. Henry.

²⁰¹¹ Ce sont les créances qui sont nées pour les besoins de la procédure.

²⁰¹² Cf., P.-M. LE CORRE, « La taxe foncière, une créance postérieure méritante », *Gaz. Pal.* 15-16 oct. 2010, p. 12.

202.- Positions doctrinales. L'appréhension de la qualification de la créance postérieure n'a pas été identique en doctrine. C'est la date de naissance qui a suscité les controverses. En effet, la doctrine s'appuie sur l'expression de « sommes dues à la date du jugement d'ouverture » afin de déterminer la nature postérieure de la créance. D'aucuns ont suivi la position de la Cour de cassation et, soulignent que la loi du 27 décembre 1973 n'obligeait pas l'AGS à prendre en charge les créances résultant des licenciements intervenant postérieurement au jugement d'ouverture. Les créances qui sont prises en charge sont celles qui résultent des licenciements prononcés immédiatement après le jugement d'ouverture, c'est-à-dire d'une *postériorité récente*.

Elles sont garanties « pour des raisons de droit aussi bien que d'équité »²⁰¹³. Par conséquent, les « dettes de la masse doivent être payées par préférence à toutes autres dettes sur l'actif de la masse, mais ne bénéficient pas du régime d'assurance de la loi de 1973, car elles sont nées de faits postérieurs à la fois au jugement d'ouverture et à l'engagement de la masse par le syndic ». Ainsi, « les créances postérieures au jugement ne relèvent pas de l'assurance-insolvabilité »²⁰¹⁴, parce que « l'assurance-insolvabilité ne couvrira pas les créances postérieures au jugement déclaratif »²⁰¹⁵. La situation des créances postérieures était, en réalité, assez désastreuse puisque les salariés auxquels les créances sont nées après le jugement d'ouverture sont moins protégés avec le privilège et le superprivilège des salaires parce que ces sûretés s'assoient sur le patrimoine de l'employeur qui ne dispose pas souvent d'actifs disponibles suffisants pour les régler. D'autres auteurs, en revanche, ont adopté une position différente de celle de la Cour de cassation. Ils estiment qu'« il y a là une situation tout à fait anormale sur le plan de l'équité »²⁰¹⁶. En effet, « la loi de 1973 est un texte spécial, dérogatoire au droit commun de la faillite, et dont la portée ne peut être limitée [...] par les principes régissant le droit commercial ». Autrement dit, « la répartition entre dettes de masse et dettes dans la masse doit donc être maintenant abandonnée »²⁰¹⁷. L'abandon de la distinction entre créanciers de la masse et créanciers dans la masse permet d'interpréter d'une manière souple le champ temporel de la garantie des créances des salariés, qui procède elle-même à une interprétation particulière de la qualification de la créance postérieure. En ce

²⁰¹³ J. RIVERO, R. HOUIN cité in R. LE ROUX-COCHERIL, *Dr. soc.* 1978, n° 2, p. 117.

²⁰¹⁴ F. DERRIDA, préc., p. 123.

²⁰¹⁵ F. SARAMITO, préc.

²⁰¹⁶ M. HENRY, « L'étendue de la garantie d'assurance des créances de salaires et sa mise en œuvre rapide », *Dr. ouvr.* 1979, p. 477.

²⁰¹⁷ R. LE ROUX-COCHERIL, « La garantie du salaire par l'AGS », *Dr. soc.* 1978, n° 2, p. 118.

sens, l'institution gestionnaire de la garantie a donné aussi sa position sur la date de naissance de la *créance garantie*.

203.- Position de l'AGS sur la date de naissance de la créance. La position de l'institution de garantie des créances des salariés sur la qualification de créance postérieure a évolué. Elle a dans un premier temps interprété strictement l'expression de « sommes dues après la date du jugement d'ouverture » en considérant que « toutes les créances postérieures constituent des dettes de masse »²⁰¹⁸ afin de les exclure du champ de la garantie des salaires. Toutefois, elle avait admis quelques dérogations sur la demande dûment motivée du syndic²⁰¹⁹. Il a ainsi été souligné que « lorsque le syndic ne sollicite pas à temps la dérogation permettant aux salariés licenciés de bénéficier de la garantie, ces derniers se retrouveront lésés et ils ne pourront bénéficier des AGS ». Dans un second temps, elle a interprété largement cette expression afin de permettre la continuation de l'activité. Cet assouplissement de la position de l'AGS a été salué par un auteur²⁰²⁰.

La loi du 25 janvier 1985 a, en somme, permis la garantie des créances salariales postérieures de manière large. La qualification de créance postérieure a une solennité particulière et permet à la créance du salarié de bénéficier d'un traitement préférentiel par rapport aux créances antérieures. Cette reconnaissance est favorable aux salariés, malgré le débat sur la distinction entre les créances postérieures *méritantes* et *non méritantes*. La qualification de créance postérieure manifeste également la particularité de la prestation des salariés dans les entreprises en difficulté. De plus, la délimitation temporelle postérieure est aussi conforme au droit de l'Union européenne²⁰²¹. Par conséquent, le traitement préférentiel dont bénéficient les créances postérieures ne peut être contesté.

²⁰¹⁸ Décision du 26 juill. 1974, cité in R. LAMORIL, thèse Droit Lille II, 1977, p. 67.

²⁰¹⁹ Décision du 4 avr. 1975, cité in R. LAMORIL, thèse Droit, Lille II, 1977, p. 68.

²⁰²⁰ M. HENRY, « Le sort des créances salariales », *Dr. ouvr.* 1985, p. 175.

²⁰²¹ Dir. n° 2002/74/CE du Parlement européen et du conseil du 24 sept. 2002, modifiant la dir. n° 80/987/CEE du Conseil concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, art. 3, al. 2 ; Dir. n° 2008/94/CE du Parlement et du Conseil du 22 oct. 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, art. 3, al. 2 « Les créances prises en charge par l'institution de garantie sont les rémunérations impayées correspondant à une période situation [...] après une date déterminée par les États membres ». Il faut comprendre « après une date déterminée par les États membres comme une date fixée postérieurement à la date d'ouverture ou d'état d'insolvabilité de l'employeur ».

2. Le traitement préférentiel des créances postérieures

204.- Accentuation de la faveur de paiement. La qualification de créance postérieure a un intérêt, au mieux un effet particulier pour le salarié. Elle lui permet de bénéficier d'un régime de faveur pour le paiement de sa créance²⁰²². En effet, l'article 40 de loi du 25 janvier 1985 a prévu un *droit de priorité* de paiement, par l'entreprise, des créances postérieures, qui n'existe pas au profit des créances antérieures²⁰²³. Si l'employeur est *insolvable*, l'AGS est tenue de prendre en charge les créances postérieures. Cette priorité de paiement, qui existe toujours, permet d'inciter les créanciers à apporter un secours nécessaire à l'entreprise et au déroulement de la procédure collective. En vérité, si les créances postérieures ne bénéficiaient pas d'un traitement préférentiel, il est évident que les salariés ne devraient pas avoir un intérêt à poursuivre la relation de travail avec l'employeur en difficulté.

La priorité de paiement de ces créances a rapidement été qualifiée par la doctrine de « privilège »²⁰²⁴, alors que la loi du 25 janvier 1985 ne disait rien de tel. Le privilège de postériorité a été qualifié de privilège parce qu'il emprunte la « technique du droit de préférence »²⁰²⁵ des sûretés traditionnelles. Dans cet esprit, ce droit de paiement en priorité a été critiqué par certains auteurs en ce qu'il entre en concurrence directe avec les sûretés réelles²⁰²⁶. Par exemple, le paiement de la totalité des créances postérieures peut mettre en difficulté la mise en œuvre du superprivilège des salariés²⁰²⁷ qui ne concerne, lui, que les créances antérieures. Son application appauvrit les actifs disponibles nécessaires au paiement de ces créances, affaiblissant ainsi les chances de paiement qu'est censé procurer leur caractère superprivilégié.

Toutefois, la Cour de cassation a tranché et décidé en 2002, que le droit de traitement préférentiel des créances postérieures n'est pas un privilège, mais une simple priorité de

²⁰²² V., Cass. com. 17 sept. 2002, n° 99-15.480 ; 5 févr. 2002, n° 98-18.018 ; 8 juill. 2003, n° 00-17.639 ; 12 oct. 2004, n° 02-12.541 ; 10 mars 2009, n° 07-19.738 ; Cass. crim. 28 juin 2011, n° 10-88.137.

²⁰²³ Cass. com. 21 sept. 2010, n° 09-60.604, BNP c./ SCP C. et a., *Act. proc. coll.* 2010, n° 18257, obs. Regnaut-Moutier; *D.* 2010, act. 2223, obs. Liénhard ; M. CABRILLAC, « Les créanciers pris isolément », *JCP E* 2011, n° 3, pp. 50-51.

²⁰²⁴ J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 612 et s ; A. FOURNIER, « Privilèges généraux », *Rép. civ. Dalloz*, mai 2001, n° 50.

²⁰²⁵ J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles*, préc.

²⁰²⁶ M. CABRILLAC, P. PÉTEL, « Juin 1994, le printemps de sûretés réelles ? », *D.* 1994, chron. p. 243 ; M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », in *Études offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 709 et s., spéc. n° 9.

²⁰²⁷ Cf., *supra*, n° 76 et s.

paiement²⁰²⁸. La Cour de cassation justifie sa décision par le fait que la « priorité de paiement » des créances postérieures n'est pas fondée comme le « privilège » sur la « qualité de la créance »²⁰²⁹. Le privilège de postériorité est fondé sur la volonté du législateur de récompenser les créanciers qui facilitent le financement de l'entreprise en difficulté²⁰³⁰. La doctrine avance quasi-unaniment que le privilège de postériorité est une combinaison de la technique de la sûreté et de la voie d'exécution²⁰³¹.

Par la suite, la loi du 26 juillet 2005 affirmera clairement qu'il s'agit d'un *privilège*. Cette qualification est plus conforme à la définition de l'article 2324 du Code civil qui attribue cette qualification en vertu de la qualité de la créance concernée²⁰³². Il a des effets importants.

205.- Triple effet du traitement de faveur. Le traitement préférentiel accordé au bénéficiaire du privilège de postériorité reconnu aux créances postérieures consiste en un triple effet. Mais, dans la plupart du temps, il n'y a que les deux premiers effets du traitement de faveur qui sont relevés. Un troisième effet qu'il convient de noter, est moins relevé. D'abord, les créances postérieures doivent être payées à leur échéance²⁰³³. Elles ne sont pas soumises à l'interdiction de paiement qui frappe certaines créances antérieures²⁰³⁴. Ensuite, si elles ne sont pas payées à leur échéance, elles sont payées en priorité sur les premières rentrées de fonds²⁰³⁵. Enfin, si l'employeur est, en définitive, insolvable, l'AGS est tenue de les prendre en charge²⁰³⁶.

²⁰²⁸ Cass. com. 5 févr. 2002, n° 98-18.018, *Bull. civ.* IV, n° 27, *D.* 2002, p. 805, obs. A. Liénhard, *Act. proc. coll.* 2002, n° 100, obs. S. Piedelièvre, *JCP E* 2002, 807, n° 15, obs. M. Cabrillac, *JCP E* 2002, 1424, n° 19, obs. Ph. Delebecque, *RTD civ.* 2002, p. 337, obs. P. Crocq, *RTD com.* 2002, p. 542, A. Martin-Serf, *Rev. proc. coll.* 2003, p. 133, obs. C. Saint-Alary-Houin.

²⁰²⁹ A. LIENHARD, « Le privilège de procédure » n'est pas un privilège », *D.* 2002, n° 9, p. 806.

²⁰³⁰ Cf., P. SILMER, P. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, Coll. « Précis droit privé » 2012, n° 620.

²⁰³¹ Cf., F. PÉROCHON, R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement*, 9^e éd., LGDJ 2009, n° 225.

²⁰³² Cf., P. CROCQ, obs. Cass. com. 5 févr. 2002, n° 98-18.018, *RTD civ.* 2002, p. 337 et A. Martin-Serf, obs., *RTD com.* 2002, p. 542 ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 8^e éd., Litec, 2007, n° 653 ; P. ROUSSEL GALLE, « Les privilèges de procédure », *Cah. dr. entr.* 2009, n° 4, p. 41 ; F. PÉROCHON, R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, préc., n° 318 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., n° 602 ; P.-M. LECORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 2010/2011, n° 456.14.

²⁰³³ P.-M. LE CORRE, « La règle du paiement à l'échéance des créanciers postérieurs méritants et l'obligation de payer le super privilège des salaires sur les premières rentrées de fonds », *Rev. proc. coll.* 2012, p. 72 et s.

²⁰³⁴ Cf., *supra*, n° 29.

²⁰³⁵ C. com., art. L. 641-13.

²⁰³⁶ V., C. trav., art. L. 3253-8, 2° ; C. RADÉ, « Garantie de l'AGS et rupture des contrats de travail postérieure au jugement de liquidation », *Dr. soc.* 2007, n° 9/10, pp. 984-987, note sous Cass. soc. 6 juin 2007, AGS de Paris et a. c. M. Dominique Landon et a., n° 05-40.892.

206.- Paiement à l'échéance et paiement prioritaire. La dette de créance postérieure doit être, en principe, payée par l'employeur à son échéance. L'article L. 621-32 du Code de commerce prévoit que les créances qui sont nées régulièrement après le jugement d'ouverture, sont payées à leur échéance lorsque l'activité est poursuivie²⁰³⁷. Ainsi, en cas de cession totale, ou en cas de continuation, lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance, elles sont payées par priorité à toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception des créances garanties par le privilège de salaires établi aux articles L. 3253-2, L. 3253-4, L. 742-6 et L. 7313-8 du Code du travail.

En revanche, si une liquidation judiciaire est prononcée, elles sont, là encore, payées par priorité à toutes les autres créances, à l'exception de celles qui sont garanties par le privilège de salaires établi aux articles L. 3253-2, L. 3253-4, L. 742-6 et L. 7313-8 du Code du travail²⁰³⁸, des frais de justice, de celles qui sont garanties par des sûretés immobilières ou mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention ou constituées en application du chapitre V du titre II du livre 5. En réalité, les privilèges de droit commun qui devancent le privilège de postériorité sont limités. En ce qui concerne le salarié, c'est le superprivilège bénéficiant aux créances qui représentent les soixante derniers jours de travail avant la date du jugement d'ouverture²⁰³⁹. Leur paiement se fait dans l'ordre suivant : les créances de salaires dont le montant n'a pas été avancé en application des articles L. 3253-8 et suivants du Code du travail, les frais de justice, les prêts consentis par les établissements de crédit ainsi que les créances résultant de l'exécution des contrats poursuivis conformément aux dispositions de l'article L. 621-28 et dont le cocontractant accepte de recevoir un paiement différé²⁰⁴⁰ ; les sommes dont le montant a été avancé en application du 3° de l'article L. 3253-8 du Code du travail et enfin les autres créances, selon leur rang.

En pratique, la garantie des créances postérieures est favorable aux salariés et à l'entreprise. Elle assure à l'entreprise la main d'œuvre nécessaire à la poursuite de l'activité, car les salariés qui sont convaincus de l'existence du privilège de procédure hésiteront moins à poursuivre leurs contrats de travail – ce que, les privilèges de droit commun, qui ne protègent que les créances salariales antérieures, ne prennent pas. La protection des sûretés de droit

²⁰³⁷ Loi du 25 janv. 1985, art. 40.

²⁰³⁸ Le superprivilège des salariés.

²⁰³⁹ C. trav., art. L. 3253-2.

²⁰⁴⁰ Les prêts et délais de paiement doivent être autorisés par le juge-commissaire dans la limite nécessaire à la poursuite de l'activité pendant la période d'observation et faire l'objet d'une publicité. S'il y a résiliation d'un contrat régulièrement poursuivi, les indemnités et pénalités ne bénéficient de la priorité de paiement.

commun est étrangère à toute prospective : ces dernières permettent de régler le passé et l'avenir importe peu. Cette limite, comme la délimitation de la garantie de l'AGS aux créances antérieures, étaient toutefois, dans une certaine mesure justifiées, autrefois, par la moindre place qui était faite à la sauvegarde de l'entreprise afin de privilégier la liquidation des biens de l'entreprise. Le mandataire de justice, dès lors que la procédure collective était ouverte, rompaient prématurément le contrat de travail. Le salarié privé de garantie devait attendre la liquidation des biens de l'entreprise ou exercer les privilèges de droit commun. Mais, depuis, la créance postérieure est devenue une créance incluse dans le champ temporel de la garantie des salaires.

207.- AGS et créances postérieures. La dynamique de la garantie a été étendue aux créances postérieures. C'est la loi du 25 janvier 1985 qui a remédié à l'effet négatif de la délimitation de la garantie aux créances antérieures en élargissant le périmètre temporel de la garantie aux créances postérieures. En effet, cette loi, à l'inverse de celles qui ont précédé, a fixé plusieurs finalités à la procédure collective parmi lesquelles le maintien de l'activité de l'entreprise en difficulté. Ce maintien n'est possible que si les salariés acceptent de rester au service de l'employeur en poursuivant l'exécution de leurs contrats de travail. La prise en charge par l'AGS est une garantie qui les rassure que le travail qu'ils accomplissent en dépit du fait que l'employeur soit placé en procédure collective sera payé.

La garantie des créances postérieures permet, précisément, de concilier le paiement des salaires avec d'autres finalités des procédures collectives. La double garantie rétrospective et prospective des créances salariales est favorable aux salariés et à l'entreprise. Ainsi, la loi du 25 janvier 1985 qui a institué la garantie des créances postérieures a cherché non seulement à faciliter la poursuite de l'exploitation, mais également à maintenir les emplois. Par conséquent, le salarié ne peut poursuivre son contrat avec l'employeur en difficulté que s'il a des garanties qu'en cas de cessation du contrat de travail, les créances nées à compter de la date de la mise en procédure collective sont protégées. Pour cela, la loi prévoit que les contrats de travail sont soumis à un régime particulier en matière de continuation des contrats en cours : ils ne sont pas soumis à l'acceptation de l'administrateur pour être conservés, mais se poursuivent au contraire de plein droit²⁰⁴¹.

²⁰⁴¹ C. com., art. L. 622-13 ; M.-H. MONSÈRIÉ, « Le sort des contrats de travail et des créances dans les entreprises en redressement ou en liquidation judiciaires », *JCP E* 1992, n° 198, p. 549 ; *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires*, préf. C. Saint-Alary-Houin, Litec, 1994, spéc. n° 41 et « Aperçu sur

Par conséquent, les créances salariales qui sont nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont à défaut de paiement à leur échéance et en cas d'insolvabilité de l'employeur garanties par l'assurance des salaires. En effet, d'une part, l'article L. 3253-19 du Code du travail prescrit que les relevés des créances nées régulièrement après la date du jugement d'ouverture doivent être établis dans les dix jours qui suivent ce jugement. D'autre part, l'article L. 3253-20 du même code précise que les créances postérieures sont réglées dans les cinq jours de la réception des relevés de créances. Il faut rappeler que l'AGS bénéficie d'un rang très inférieur (3^e rang)²⁰⁴² pour la récupération des sommes avancées au titre des créances postérieures²⁰⁴³. Certes, l'infériorité de ce rang ne lui permet pas de récupérer l'intégralité des sommes avancées, mais cette limitation du remboursement des avances est favorable à la poursuite de l'activité de l'entreprise en difficulté.

Ainsi, l'institution de garantie est tenue de couvrir les primes d'intéressement des salariés liés aux résultats de l'entreprise qui naissent après le jugement d'ouverture²⁰⁴⁴. Elle doit garantir également les sommes qui indemnisent le « préjudice causé par la rupture du contrat de travail dans le cadre d'un licenciement pour motif économique, en application d'un accord d'entreprise ou d'établissement ou de groupe ou d'une décision unilatérale de l'employeur, lorsque l'accord est conclu et déposé ou la décision est notifiée » après la date du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire²⁰⁴⁵. La couverture des cotisations et contributions sociales salariales d'origine légale, ou conventionnelle doit aussi être assurée²⁰⁴⁶. Il faut toutefois noter que l'AGS n'assure pas les cotisations sociales patronales²⁰⁴⁷. En revanche, il est admis que l'institution de garantie est tenue de prendre en charge la contribution de l'employeur aux anciennes allocations de conversion dès lors que la convention de reconversion, remplacée par la convention de

les apports récents de la confrontation du droit des procédures collectives et du droit des obligations », *in Prospectives du droit économiques*, Dialogue avec Michel Jeantin, *D.* 1999, p. 429.I ; C. BRUNETTI, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *RTD com.* 2000, p. 783.

²⁰⁴² C. com., art. L. 641-13.

²⁰⁴³ C. com., art. L. 621-32.

²⁰⁴⁴ C. trav., art. L. 3253-10 ; G. AUZERO, « La détermination des créances garanties par l'AGS en matière d'épargne salariale », *RDT* 2009, p. 358.

²⁰⁴⁵ C. trav., art. L. 3253-13 ; Cass. soc. 30 sept. 2009, *RJS* 2009, 822, n° 939..

²⁰⁴⁶ C. trav., art. L. 3253-8, 4°.

²⁰⁴⁷ Cass. soc. 30 mars 1999, n° 96-44.332, *NPT, Dr. soc.* 1999, 646, note C. Radé ; 28 mars 2000, n° 98-42.494, *NPT, D.* 2001, somm. 119, obs. F. Derrida.

reclassement personnalisé puis, aujourd'hui, par le contrat de sécurisation professionnelle, était intervenue postérieurement à la date du jugement d'ouverture²⁰⁴⁸.

En somme, la dynamique de la garantie des salaires a été étendue aux créances postérieures. Ces créances sont différentes des créances antérieures au regard de leur date de naissance qui est déterminée par rapport à la date du jugement d'ouverture. En réalité, le salarié a intérêt que sa créance soit née postérieurement à cette date pour qu'il bénéficie d'un *droit de priorité de paiement* qui récompense la poursuite de son contrat de travail. Toutefois, la détermination de la nature antérieure ou postérieure de la créance apparaît complexe lorsque les procédures collectives se succèdent. Comment s'organise alors la protection des créances salariales dans cette situation ?

208.- Garantie et succession de procédures après une résolution. La qualification d'une créance d'« antérieure » ou « postérieure » est délicate à définir lorsque les procédures collectives se succèdent. En effet, le champ des créances garanties est parfois distingué selon qu'un « plan de redressement a été arrêté ou non ».²⁰⁴⁹ Si le plan de sauvegarde est arrêté, l'employeur bénéficie d'un aménagement du paiement des dettes et des mesures de réorganisation de l'entreprise. En revanche, s'il ne respecte pas les engagements du plan ou si la cessation des paiements survient, le plan est résolu et la liquidation judiciaire est ouverte²⁰⁵⁰. Le plan de sauvegarde étant anéanti, les créances arrivent automatiquement à l'échéance²⁰⁵¹. Par conséquent, l'AGS est tenue de garantir les créances qui sont nées entre le plan de continuation et le jugement d'ouverture d'une deuxième procédure relative à la résolution du plan parce qu'elles sont considérées comme les créances antérieures au regard de cette seconde procédure²⁰⁵². Mais la situation paraît totalement différente en matière de conversion de la procédure de sauvegarde en redressement ou liquidation judiciaire.

209.- Garantie et conversion de la sauvegarde en redressement ou liquidation. Précisons de prime abord que, par analogie, les solutions exposées au titre du redressement sont applicables en cas de conversion de la procédure de sauvegarde en liquidation judiciaire. La

²⁰⁴⁸ C. trav., art. L. 3253-8, 3° ; Cass. soc. 18 juill. 2000, n° 98-42.864, NPT, *Act. proc. coll.* 2000/16, n° 212.

²⁰⁴⁹ Cass. soc. 17 janv. 2001, n° 08-46.375, NPT, *Gaz. Pal.* 2001, pan. 25-27 févr. 2001, p. 22 ; 13 juin 2001, n° 99-42.977, NPT, *Act. proc. coll.* 2001/15, n° 194.

²⁰⁵⁰ C. com., art. L. 626-27.

²⁰⁵¹ Cf., A. HUGON, *Créances salariales impayées : Le rôle de l'AGS...*, préc., pp. 102 et s.

²⁰⁵² Cass. soc. 14 déc. 1999, n° 97-43.346, *Bull. civ.* V, n° 485 ; *Rev. proc. coll.* 2000, 63, n° 8, obs. F. Taquet.

conversion de la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire²⁰⁵³ pose la question de l'antériorité ou de la postériorité de la créance salariale. En effet, les créances antérieures n'ont pas le même régime selon que l'on se trouve en présence d'une procédure de sauvegarde ou d'un redressement judiciaire²⁰⁵⁴. Particulièrement, la procédure de sauvegarde exclut la prise en charge des créances antérieures au jugement d'ouverture²⁰⁵⁵ qui, est au contraire, assurée dans le cadre du redressement judiciaire.

En premier lieu, la question, en cas de succession d'un jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde puis d'un jugement prononçant la conversion de la procédure en redressement, est de savoir s'il faut écarter l'existence du premier afin de pouvoir considérer que les créances qui lui sont antérieures, et n'étaient donc à ce titre pas garanties, sont aussi des créances antérieures au second et donc, à ce titre, garanties par l'assurance des créances des salariés. Ou, au contraire, faut-il considérer que l'ouverture de la procédure de sauvegarde fait irrésistiblement obstacle à toute prise en charge par l'AGS des créances qui lui sont antérieures ?

La loi du 26 juillet 2005 qui institue la procédure de sauvegarde n'avait pas véritablement apprécié les effets pratiques d'une telle conversion en matière de paiement des salaires. La doctrine s'est rapidement emparée de la question, mais elle est divisée. Certains auteurs ont, d'une part, fondé leur assertion sur le principe d'unicité de la procédure pour avancer que la conversion de la sauvegarde en redressement ne se fait pas par une nouvelle procédure. Il faut donc faire abstraction du jugement de sauvegarde²⁰⁵⁶. En ce sens, le jugement qui convertit en redressement judiciaire la procédure de sauvegarde n'est pas un jugement d'ouverture²⁰⁵⁷ et, n'entre ainsi pas dans les prescriptions du Code du travail en vertu desquelles les créances

²⁰⁵³ V., C. com., art. L. 621-12 ; T. MONTERAN, « L'intervention de l'AGS dans les procédures de sauvegarde », *Gaz. Pal.* 2006, n° 199, p. 3 ; E. MOUIAL-BOUSSILANA, L.-C. HENRY, « L'agencement des différentes procédures instaurées par la loi de sauvegarde », *LPA* 2007, n° 119, p. 49 ; M. BAYLE, « L'enchaînement des procédures de prévention et de traitement de la cessation des paiements », *LPA* 2008, n° 213, p. 3.

²⁰⁵⁴ V., Cass. soc. 10 mars 2009, n° 07-45.326, *Bull. civ.* V, n° 65, *D.* 2009, p. 807, note A. Liénhard, *JCP E* 2009, II, n° 1546, note I. Beyneix ; T. METEYÉ, « L'intervention de l'AGS dans les procédures de sauvegarde », *Gaz. Pal.* 14-18 juill. 2006, p. 3.

²⁰⁵⁵ Cf., C. GAILHBAUD, « L'AGS dans la procédure de sauvegarde », *LPA* 2008, n° 239, pp. 3-7.

²⁰⁵⁶ A. JACQUEMONT, « Privilège des salariés et garantie de paiement », *J.-Cl. com.* 2007, n° 44 ; T. MASTRULLO, « La conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire », *Rev. proc. coll.* 2008, n° 46, p. 41.

²⁰⁵⁷ Cf., M. BAYLE, « L'enchaînement des procédures de prévention et de traitement de la cessation des paiements », 23 oct. 2008, 3, spéc. p. 8 ; C. GAILHBAUD, « L'AGS dans la procédure de sauvegarde », *LPA* 28 nov. 2008, n° 239, pp. 3-7 ; A. LIENHARD, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *D.* 2009, n° 2, chron. pp. 110-122.

couvertes sont des rémunérations dues aux salariés lorsqu' « est ouverte une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire »²⁰⁵⁸.

D'autres auteurs ont, en revanche, estimé que la « conversion n'a pas d'existence juridique, c'est pour cette raison qu'elle est considérée comme la clôture de la procédure initiale et en l'ouverture d'une nouvelle procédure, l'une étant indépendante de l'autre ». Pour eux, l'ouverture de la procédure de sauvegarde emporte l'impossibilité d'une prise en charge par l'AGS des créances antérieures²⁰⁵⁹. Cette position a été critiquée par une partie de la doctrine qui propose que l'institution de garantie puisse intervenir au moins si la cessation des paiements qui est la cause de la conversion de la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire est antérieure au jugement de sauvegarde²⁰⁶⁰.

En tout état de cause, les responsables de la Délégation Unedic AGS²⁰⁶¹ sont hostiles à l'application des règles de garantie des salaires de la procédure de redressement ordinaire, à celui qui résulte d'une conversion de la procédure de sauvegarde en redressement²⁰⁶², alors que l'étendue temporelle et la nature des créances salariales dépendent de la conception accordée à la conversion²⁰⁶³.

En définitive, si la dynamique de la garantie a permis d'étendre le champ temporel de la garantie des créances antérieures aux créances postérieures, les critères de détermination de ces créances limitent encore l'étendue de la garantie. Cette extension est favorable à l'indemnisation des salariés, mais elle ne doit pas aller continuellement au-delà. En effet, la charge financière de l'AGS induite par l'extension de l'étendue temporelle doit être prise en considération afin de ne pas asphyxier le mécanisme. L'extension du champ temporel de la garantie doit évoluer en harmonie avec l'équilibre financier de l'institution de garantie. La mise en œuvre de la garantie ne doit pas servir à déresponsabiliser l'employeur qui est le

²⁰⁵⁸ C. trav., art. L. 3253-2 ; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 5^e éd., Dalloz, 2009, p. 1786 et s..

²⁰⁵⁹ P. PÉTEL, « L'AGS et la réforme des procédures collectives », *RJ com.* 2006/3, p. 174, n° 15 ; T. MÉTEYÉ, « L'intervention de l'AGS dans les procédures de sauvegarde », *Gaz. Pal.* 2006/3, p. 3 ; A. ARSEGUEL, T. MÉTEYÉ, « Les aspects sociaux de la procédure de sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2008/2, p. 117, n° 24.

²⁰⁶⁰ M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2007, n° 543 ; F. PEROCHON, R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, 8^e éd., LGDJ, Coll. « Manuel », 2009, n° 392.

²⁰⁶¹ Monsieur T. MÉTEYÉ, principalement cité par T. MONTÉLAN, « L'intervention de l'AGS dans les procédures de sauvegarde », *Gaz. Pal.* 2006, n° 199, p. 3.

²⁰⁶² Cf., A. HUGON, *Créances salariales impayées : Le rôle de l'AGS...*, préc. p. 97.

²⁰⁶³ Cf., M. BAYLE, « L'enchaînement des procédures de prévention et de traitement de la cessation des paiements », *LPA* 2008, n° 213, p. 3.

débiteur principal de la dette de salaire. La garantie des créances salariales n'a pas été créée pour assurer le chômage causé par l'employeur, mais le risque d'insolvabilité.

Conclusion du chapitre 1

La dynamique de la garantie est favorable aux salariés parce que l'élargissement du champ d'application de celle-ci a permis la prise en charge de plusieurs de leurs créances. Pourtant, le Code du travail prescrit que les créances qui doivent être prises en charge sont celles qui se rattachent à l'exécution du contrat de travail. La jurisprudence a fait évoluer la formule de « sommes dues en exécution du contrat de travail » pour intégrer les créances qui résultent de l'inexécution ou d'un manquement de l'employeur dans le champ de la garantie. Les créances qui restent exclues du champ de la garantie des salaires sont cependant difficile à déterminer, même s'il peut être constaté que celles qui résultent de l'action en responsabilité personnelle à l'encontre de l'employeur en dépit de quelques tempéraments n'entrent pas considérablement dans le champ de la garantie

Mais l'extension du champ de la garantie aux créances postérieures permet aussi de protéger d'autres finalités de la procédure collective, sans pour autant généraliser cette institution jusqu'à devenir un mécanisme applicable à toutes les créances. En effet, toute généralisation de la garantie des salaires est proscrite par la conception *contractualiste* de la créance garantie²⁰⁶⁴. En réalité, le rattachement exclusif des créances résultant de l'obligation contractuelle est artificiel : l'« emprise du contrat semble, tant sur le plan théorique que pratique, excessive en ce qu'elle conduit à assimiler purement et simplement relation individuelle de travail et relation contractuelle »²⁰⁶⁵. En rejetant l'idée de la garantie « du tout contractuel », M. RADÉ note que « les techniques juridiques sont des instruments entre les mains des juges qui disposent du moyen de les mettre en œuvre lorsqu'ils poursuivent une juste fin. Mais il y a les plus grands dangers à pousser cette instrumentalisation aussi loin. Non seulement les libertés prises avec les théories fondatrices finissent inmanquablement par saper l'édifice qu'elles soutiennent, mais toute technique est « réversible » et est susceptible, un jour ou l'autre, de servir d'autres fins et d'autres logiques »²⁰⁶⁶. Ainsi, « le juge tient donc là l'occasion de jouer de cette notion²⁰⁶⁷ comme d'un instrument pour étendre ou au contraire restreindre l'étendue de la garantie »²⁰⁶⁸.

²⁰⁶⁴ Cf., C. RADÉ, note sous Cass. soc. 8 juin 1999, *Dr. soc.* 1999, n° 9/10, p. 848.

²⁰⁶⁵ C. RADÉ, note sous Cass. soc. 8 janv. 2002, *Dr. soc.* 2002, n° 3, p. 372.

²⁰⁶⁶ C. RADÉ, note sous Cass. soc. 24 oct. 2000, préc.

²⁰⁶⁷ Les créances résultant du contrat de travail.

²⁰⁶⁸ C. RADÉ, note sous Cass. soc. 8 janv. 2002, préc.

La position expansionniste de la notion de créances résultant du contrat de travail qu'adopte le juge aujourd'hui ne signifie en rien qu'il ne puisse la restreindre demain. La jurisprudence a livré une interprétation des textes relatifs à l'étendue des créances garanties trop extensive qui semble dépasser ses pouvoirs d'interprète de la loi²⁰⁶⁹. Cette instrumentalisation de la loi est constatée dans l'arrêt du 28 janvier 2004²⁰⁷⁰ par lequel la Cour de cassation a admis la garantie des dommages-intérêts dus pour un préjudice moral causé au salarié. Ainsi, la Cour de cassation « ayant constaté que les créances du salarié étaient relatives à l'exécution et à la rupture de son contrat de travail et qu'elles étaient nées antérieurement à l'ouverture de la procédure collective de l'employeur, la cour d'appel a pu décider, peu important la qualification donnée au préjudice né du licenciement et réparé par l'allocation de dommages-intérêts, que l'AGS était tenue d'en garantir le paiement ». En outre, la prise en charge des créances résultant de l'action en responsabilité a été critiquée. Un auteur notait que, « si l'objectif est louable, tout au moins au seul regard des intérêts des salariés, nous persistons à penser que ce rattachement au contrat de travail est très artificiel »²⁰⁷¹.

De plus, l'étendue temporelle de la garantie des salaires a été élargie. Elle ne se limite plus aux créances antérieures, elle intègre également les créances postérieures. Celles-ci bénéficient d'un privilège de postériorité récompensant leur participation de la poursuite de l'activité de l'entreprise en difficulté. Les salariés bénéficiaires de ce privilège sont ainsi payés à l'échéance de leurs créances ou en priorité sur les rentrées de fonds dans l'entreprise. En revanche, si l'employeur est insolvable, l'AGS prend en charge les créances concernées. En conséquence, l'extension du champ temporel de la garantie aux créances postérieures est favorable aux salariés qui restent au service de l'employeur, malgré son placement en procédure collective.

La dynamique propre de la garantie des salaires est favorable à l'expansion de la garantie à un nombre important de créances salariales. Cette garantie rétrospective et prospective est favorable aux salariés. Toutefois, l'inquiétude d'une généralisation totale doit être levée.

²⁰⁶⁹ V., C. civ., art. 4 : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice » ; C. LEFEBVRE, J.-C. MARIN, « Le juge est-il toujours la bouche de la loi ? », *JCP G* 2011, n° 51, p. 2533 ; J.-D. MARGUÉNAUD, « La reconnaissance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTD civ.* 2011, n° 4, p. 725 et s. ; R. FRAISSE, « QPC et interprétation de la loi », *LPA* 2011, n° 89, pp. 5-13 ; P. MALINVAUD, « Le contrôle de la loi par le juge », *Rev. dr. imm.* 2011, n° 3, p. 125 ; A. LYON-CAEN, « Dialogue des juges », *RDT* 2012, n° 5, p. 253.

²⁰⁷⁰ Cass. soc. 28 janv. 2004, *Bull. soc. Lefebvre*, 4 avr. 2004, n° 351.

²⁰⁷¹ C. RADÉ, note sous Cass. soc. 24 oct. 2000, *Dr. soc.* 2000, n° 2, p. 207.

Ainsi, l'AGS qui continue à assurer sa fonction traditionnelle de la garantie des salaires participe désormais à la sauvegarde ou au redressement de l'entreprise. Cette diversification de fonctions n'est pas sans conséquence sur l'emploi. En effet, la garantie des salaires a, également, une dynamique de redressement de l'entreprise²⁰⁷². Or, la sauvegarde ou le redressement de l'entreprise n'assure pas toujours le maintien de l'emploi²⁰⁷³. Par conséquent, la finalité économique de sauvegarde ou de redressement de l'entreprise par le truchement de la prise en charge des créances des salariés dénature les fonctions de la garantie des salaires. En vérité, l'institution de garantie ne doit pas avoir comme fonction que la garantie des salaires, même si la multiplication de ses fonctions rend complexe les rapports de la garantie des salaires et l'emploi de façon générale ou la rupture du contrat de travail en particulier, car la garantie a été étendue aux créances résultant de la rupture du contrat de travail²⁰⁷⁴. Ces dernières ont la qualification de créances postérieures.

²⁰⁷² Y. CHAGNY, « La situation des salariés de l'entreprise en difficulté », *RJS* 10/1999, p. 743 ; A. -L. PERIÈS, « Intervention de l'AGS : l'expansion accrue du régime de garantie sous l'influence de la jurisprudence (1998-2001) », *Cah. dr. entreprise*, 2002/2, p. 15

²⁰⁷³ M. JEANTIN, P. LE CANU, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., 2007, coll. « Précis », p. 379.

²⁰⁷⁴ C. trav., art. L. 3253-8, 2^o.

Chapitre 2 : La garantie dans ses rapports avec la rupture du contrat de travail

210.- Effet négatif de la garantie. L'extension du champ de la garantie des salaires aux créances postérieures est jugée salutaire pour les salaires, mais ne l'est pas toujours en matière d'emploi. En effet, le principe est énoncé : « la procédure de sauvegarde, de redressement ou la liquidation judiciaire qui est ouverte à l'encontre de l'entreprise n'a pas d'effet sur le contrat de travail »²⁰⁷⁵. Elle n'est pas un cas de force majeure qui rompt le contrat de travail²⁰⁷⁶. Celui-ci est poursuivi de plein droit²⁰⁷⁷. Mais sa pérennité n'est pas assurée car la rupture du contrat de travail est difficile à éviter dans l'entreprise en difficulté. Et cela, que le contrat soit conclu pour une durée déterminée ou pour une durée indéterminée. La rupture du contrat à durée indéterminée s'effectue le plus souvent par un licenciement. Ce dernier est soumis à des conditions de procédure importantes. Ces conditions de rupture ont été considérées par certains auteurs comme contre-productives à l'emploi et à l'économie²⁰⁷⁸. Dans cette perspective, d'autres auteurs ont proposé la création d'un contrat unique de travail afin de rompre avec l'émiettement des modes de contrats de travail²⁰⁷⁹ et sans doute pour soumettre ce contrat aux mêmes règles de rupture.

211.- Types de ruptures garanties. Le droit positif n'ayant pas encore unifié les régimes de ruptures du contrat de travail, l'institution de garantie des salaires est tenue de garantir les créances qui résultent de différents modes de ruptures du contrat. Le licenciement pour motif économique est le mode de rupture le plus répandu dans les entreprises en difficulté. Mais il peut s'agir également de la prise d'acte ou de la rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée. Toutefois, la garantie des salaires peut avoir un effet négatif à raison de l'urgence avec laquelle vont intervenir ces ruptures pour respecter les périodes de garantie.

²⁰⁷⁵ Cass. soc. 20 mai 1992, *D.* 1992, IR 187 ; 24 mai 2000, *Act. proc. coll.* n° 12, 17 juill. 2000 ; 20 avr. 2005; *RJS* 7/2005, n° 742.

²⁰⁷⁶ Cass. soc. 20 oct. 1993, *Bull. civ.* V, n° 240 ; 6 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 235.

²⁰⁷⁷ Il n'est pas soumis à l'article L. 622-13 du Code de commerce qui accorde à l'administrateur la faculté d'exiger la continuation des contrats en cours ou de les résilier de plein droit pendant la période d'observation.

²⁰⁷⁸ O. BLANCHARD, J. TIROLE, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La Doc. fr. 2003, p. 47.

²⁰⁷⁹ P. CAHUC, F. KRAMARZ, *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle, Rapport au ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et au ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale*, La Doc. fr. 2004, p. 125 ; M. CAMDESSUS (dir.), *Le sursaut – vers une nouvelle croissance pour la France*, La Doc. fr. 2004, pp. 91 et s.

212.- Périodes garanties. La garantie des créances des salariés est en quelque sorte fermée dans une limitation temporelle en ce qui concerne la survenance de la rupture du contrat de travail. En effet, si la loi du 27 décembre 1973 n'avait prévu que la garantie des créances antérieures, celle du 25 janvier 1985 a étendu la protection aux créances postérieures. Ainsi, la créance du salarié qui résulte de la rupture du contrat ne peut être garantie que si elle naît postérieurement à la date du jugement et durant la période impartie. Dans le cas contraire, elle est rejetée car elle n'entre pas dans le champ de la garantie. Selon l'article L. 3253-8, 2° du Code du travail cependant l'assurance couvre « les créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenant pendant la période d'observation, dans le mois suivant le jugement qui arrête le plan de sauvegarde, de redressement ou de cession, dans les quinze jours suivant le jugement de liquidation et pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation judiciaire et dans les quinze jours suivant la fin de ce maintien de l'activité ». La jurisprudence interprète strictement la limitation de ces périodes de garantie. Il peut, en pratique, être observé que la garantie des créances résultant des ruptures du contrat incite à la rupture du contrat de travail (Section 1). La garantie des salaires influence également sur le régime du licenciement pour motif économique (Section 2).

Section 1 : Une incitation à la rupture du contrat de travail

213.- La rupture : une notion composite. La dynamique de la garantie qui est étendue aux « créances résultant de la rupture du contrat de travail » déplace souvent le contentieux vers la notion de rupture du contrat de travail. Quelle est la rupture qui donne naissance à une créance salariale garantie ? La notion de rupture est vague pour être limitée seulement au « licenciement » qui était pourtant suggéré dans le projet de loi initial²⁰⁸⁰. Il a été souligné que « si le mot « licenciement » était maintenu, certaines situations actuellement couvertes par l'AGS ne le seraient plus. L'assurance couvre, en effet, des créances qui ne résultent pas à proprement parler du licenciement, mais qui sont dues en exécution du contrat de travail, en particulier « les sommes dues en cas d'inexécution des contrats à durée déterminée inachevés au jour de l'ouverture de la procédure, le salaire devant être assuré par l'employeur jusqu'au terme du contrat »²⁰⁸¹. Il n'y a pas que le licenciement qui soit visé, mais toutes les ruptures

²⁰⁸⁰ Cf., Amendement n° 421 qui remplace les termes « des licenciements prononcés » par ceux « de la rupture des contrats de travail intervenant », in Débats parlementaires, Assemblée nationale, séance du 10 avril 1984, *JO*, 11 avril 1984, p. 1350.

²⁰⁸¹ Cf., Débats parlementaires, Assemblée nationale, séance du 10 avril 1984, *JO*, 11 avril. 1984, p. 1350.

imputables à l'employeur. La jurisprudence précise en revanche qu'en cas de coexistence d'un motif économique et d'un motif personnel, c'est celui qui a été la cause première et déterminante qui est le fondement de la rupture²⁰⁸².

214.- Auteur de la rupture. La rupture qui donne naissance à une créance salariale garantie doit être œuvre d'un auteur déterminé. Elle doit en effet être, en principe, à l'initiative de l'employeur ou d'un organe de la procédure²⁰⁸³. Le choix de la forme de rupture est déterminant dans l'intervention de l'assurance garantie des salaires. Mais l'intervention de l'AGS n'est pas une finalité en soi dans les procédures collectives... même si trop de juges (et peut-être aussi quelques mandataires de justice) le pensent. Cette approche peut-être déterminante (et parfois regrettable) dans le choix de la procédure que le tribunal va ouvrir : c'est-à-dire préférer le redressement qui est mieux couvert par l'assurance garantie des salaires que la sauvegarde. Il a été souligné par deux auteurs que les employeurs et les mandataires de justice ont regardé d'un mauvais œil la méfiance qu'avaient certains présidents de tribunaux à l'encontre de la procédure de sauvegarde parce qu'ils pensent qu'ils n'ont pas droit à l'erreur puisqu'en cas de conversion de la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire, il n'y a pas de garantie de l'assurance des salaires pour les derniers salaires²⁰⁸⁴.

215.- Choix des types de rupture. Le bénéfice de la garantie des salaires n'est pas en soi un objectif des procédures collectives. Elle est toutefois une finalité sous-jacente de celles-ci. En pratique, l'employeur, l'administrateur ou le mandataire judiciaire choisit entre le licenciement économique qui donne naissance à une indemnité légale ou judiciaire et les ruptures amiables qui font naître des créances conventionnelles ou contractuelles. Paradoxalement, l'ambiance dans les entreprises en difficulté peut moins inciter d'une part, les salariés à rompre leurs contrats à l'amiable, car les ruptures amiables intervenant pendant la procédure collective ne sont pas prises en charge par l'assurance des salaires. D'autre part, les ruptures amiables peuvent être attractives dès lors que les salariés acceptent néanmoins de bénéficier de meilleures indemnités fixées à l'amiable qui doivent être réglées par l'employeur lui-même. Les ruptures amiables ne doivent pas avoir pour objectif de frauder la

²⁰⁸² Cass. soc. 3 avr. 2002, n° 1266 FD, *RJS* 6/02, n° 697 ; J. Duplat, *RJS* 11/03, p. 863.

²⁰⁸³ Cass. soc. 15 mars 2000, n° 1293 D ; 13 juin 2001, *RJS* 11/01, n° 1291 ; 3 avr. 2001, *RJS* 6/01, n° 744 ; B. SOINNE, *Traité théorique et pratique des procédures collectives*, Litec, 1987, p. 934 ; C. SOUWEINE, préc., p. 319.

²⁰⁸⁴ A. ARSEGUEL, T. METEYE, « Les aspects sociaux de la procédure de sauvegarde », *Rev. trim. Lexisnexusjurisclasseur*, avril-mai-juin 2008, p. 116.

loi. Sinon, elles sont irrégulières et la créance qui naît d'elles est exclue du champ d'application de la garantie. Cette garantie concourt directement au règlement rapide des créances des salariés et indirectement au financement de l'entreprise en difficulté. D'ailleurs, l'entreprise apparaît comme le grand bénéficiaire de ce mécanisme.

La garantie des salaires bénéficie aux créances qui résultent de divers types de ruptures du contrat de travail (§ 1)²⁰⁸⁵, même si la créance qui résulte de la démission du salarié est exclue²⁰⁸⁶. Cette diversité des types de rupture élargit le champ d'accès à la garantie, mais l'exigence temporelle à laquelle ils sont soumis afin de respecter les périodes de garantie provoque une célérité accrue des ruptures (§ 2).

Paragraphe 1 : Les types de ruptures

L'institution de garantie des créances salariales est tenue de prendre en charge des créances qui résultent essentiellement du licenciement pour motif économique (A), de la prise d'acte (B) et de la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée (C) parce que le terme de rupture indiqué à l'article L. 3253-8 du Code du travail est imprécis.

A. Le licenciement pour motif économique

216.- Acte unilatéral de l'employeur. Le licenciement pour motif économique est celui effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une cause matérielle²⁰⁸⁷ qui peut être la suppression, transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou des mutations technologiques²⁰⁸⁸. Il se fonde sur un motif économique²⁰⁸⁹ réel et sérieux²⁰⁹⁰ appréciable

²⁰⁸⁵ Cf. Pour les créances résultant d'une résiliation judiciaire du contrat de travail, Cass. soc. 14 oct. 2009, n° 07-45.257 ; *JCP S* 2009, 1559, note F. Dumont ; D. JACOTOT, « Résiliation judiciaire du contrat de travail et garantie de l'AGS », *Rev. proc. coll.*, n° 3, mai-juin 2011, pp. 32-35.

²⁰⁸⁶ CA Dijon, 29 févr. 2000, n° 99-00039.

²⁰⁸⁷ P. LOKIEC, *Droit du travail, t. 1, Les relations individuelles de travail*, PUF, coll. « Thémis droit », 2011, p. 256.

²⁰⁸⁸ C. trav., art. L. 1233-3 ; Cass. soc. 14 févr. 2007, *RDT* 2007, p. 242, obs. Ph. Waquet ; J.-Y. FROUIN, « La légalité du licenciement pour motif économique », *Sem. soc. Lamy*, 2005, n° 1226, p. 13.

²⁰⁸⁹ D. BAUGARD, « La qualification de motif économique », *RDT*, 2009, p. 510.

²⁰⁹⁰ C. trav., art. L. 1233-3 ; Dir. n° 98/58/CE, art. 1^{er} ; Cass. soc. 21 novembre 2000, n° 98-42.509, *Bull. civ.* 2000, V, n° 381, p. 292 ; 16 janv. 2001, Morvant c./ SNC Le Royal Printemps (*RJS* 3/01, n° 294) ; 10 juill. 2002,

par le juge²⁰⁹¹. Mais la question de l'influence de l'assurance garantie des salaires sur la décision de licencier est moins évoquée, alors que l'article L. 3253-8 du Code du travail prévoit la couverture des créances résultant de la rupture du contrat de travail. Il fait ainsi de la rupture du contrat de travail l'une des conditions d'intervention de la garantie. Le licenciement pour motif économique est fondé sur diverses causes.

217.- Diversité des causes économiques. Le licenciement économique dont la créance qui résulte est prise en charge par l'AGS a plusieurs causes²⁰⁹². Les justifications données par l'article L. 1233-3 du Code du travail qui prescrit les causes du licenciement pour motif économique²⁰⁹³ sont identiques à celles prévues par le droit communautaire relatif aux licenciements collectifs²⁰⁹⁴. Il ressort de ces dispositifs deux critères fondamentaux. D'une part, cette rupture doit être justifiée par un élément originel, la cause économique²⁰⁹⁵. D'autre part, le motif économique²⁰⁹⁶ se matérialise par son résultat qui est la suppression, la transformation ou la modification du contrat²⁰⁹⁷. Ces causes économiques de la rupture ne

Banque d'arbitrage et crédit c. / Robert ; 9 mars 2004, Macaire c. / Carrignano ; 8 juin 2005, *RJS* 2005, n° 265 ; 22 mars 2005, *RJS* 2005, n° 618 ; 7 avr. 2004, n° 01-42.882, *Cah. soc. Barr. Paris* 2004 S, 272 ; 23 mars 2005, n° 03-40.015, *RJS* 6/05, n° 614 ; A. JEAMMAUD, « La notion de licenciement pour motif économique », *Dr. soc.* 1981, p. 276 ; J.-M. SPOR TOUCH, « Les licenciements en cas de redressement ou de liquidation judiciaire », *Dr. soc.*, 1992, p. 787 ; Y. CHAGNY, « L'appréciation du motif économique du licenciement dans les groupes de sociétés : pour un cadre territorial français », *Cah. soc. Barreau*, 1995, chron. p. 173 ; P. WAQUET, « La cause économique du licenciement », *Dr. soc.* 2000, p. 168 ; G. COUTURIER, « Le licenciement de compétitivité », *Sem soc. Lamy*, n° 1245 du 23 janv. 2006, p. 8 ; B. BOUBLI, « Compétitivité de l'entreprise », *RDT*, 2008, p. 218.

²⁰⁹¹ Cass. soc. 31 mai 1956, *Brinon*, *D.* 1958, I, note Levasseur (interdiction de contrôler les décisions de gestion de l'employeur) ; 6 mai 1975, *Bull. civ.* V, n° 234 ; P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, Litec 2007, p. 50 ; M.-L. MORIN, « L'office du juge : l'exemple du contrôle de la cause économique du licenciement », in *L'emploi en ruptures*, B. GOMEL, D. MEDA et E. SERVERIN (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, p. 155.

²⁰⁹² T. SACHS, *La raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, Thèse Paris Ouest Nanterre La Défense, sous la dir. G. Borenfreud, 2009.

²⁰⁹³ Cass. soc. 13 avr. 1999, n° 96-45.028 ; 9 nov. 1999, n° 97-45.232 ; Y. DELAMOTTE, « L'accord interprofessionnel sur la sécurité de l'emploi », *Dr. soc.*, 1969, p. 498 ; J. PELISSIER, « Les licenciements économiques », *D.* 1975, chron. p. 135 ; J.-J. DUPEYROUX, « Deux lois ne font pas une législation cohérente », *Le Monde*, 18 févr. 1975 ; J. SAVATIER, *Dr. soc.* 1978, p. 297 ; J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd. Dalloz, coll. « Précis », 2012, p. 545 et s.

²⁰⁹⁴ Directive modifiée par celle du 20 juillet 1998, art. 1^{er} § 1 ; CJCE, 12 oct. 2004, Commission c. / Portugal, aff. C-55/02.

²⁰⁹⁵ Il s'agit d'un motif non attaché à la personne du travailleur, des difficultés économiques, des mutations technologiques, de la réorganisation de l'entreprise permettant la sauvegarde de la compétitivité ou autres causes à l'instar de la cessation de l'activité de l'entreprise ; Cf., A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 7^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2010, pp. 495-499 ; D. BAUGARD, « La qualification de motif économique », *RDT* 2009, p. 510 ; E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, 7^e éd., Dalloz, coll. « Hyper Cours », 2012, pp. 387 et s. ; J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., coll. « Précis », 2012, p. 559.

²⁰⁹⁶ Il s'agit de la suppression d'emploi, de la transformation d'emploi ou de la modification refusée du contrat de travail.

²⁰⁹⁷ F. DUQUESNE, *Droit du travail*, éd., Gualino, Paris 2009, pp. 359-362.

sont pas inhérentes à la personne du salarié²⁰⁹⁸. Néanmoins, le licenciement économique est un acte de volonté de type particulier de l'employeur, car la cause de cet acte n'est pas imputable aux deux parties contractantes²⁰⁹⁹.

Par ailleurs, il existe en pratique plusieurs causes économiques en dépit de l'énoncé succinct de l'article L. 1233-3 du Code du travail. La jurisprudence exploite l'adverbe notamment de ce dispositif pour élargir la nature économique des motifs à la réorganisation de l'entreprise pour sauvegarder sa compétitive²¹⁰⁰ et la cessation totale d'activité²¹⁰¹. Ces causes doivent être réelles et sérieuses pour permettre que la suppression, la transformation ou modification du contrat de travail ait un lien direct avec la cause économique. Le juge du contrat de travail apprécie en principe souverainement les causes économiques du licenciement²¹⁰².

Cependant, la qualification de cause économique retenue par les juridictions de la procédure collective s'impose au juge prud'homal²¹⁰³. Elle ne peut être contestée devant lui. Il ne connaît que les questions liées à la situation individuelle des salariés licenciés²¹⁰⁴. De ce fait, l'évaluation de la cause économique peut être différente selon que l'entreprise est en sauvegarde ou en cessation des paiements. Ainsi, la tentation de bénéficier de l'AGS est grande. Cette dernière garantit parfois contre son gré. Elle n'a pas une véritable prérogative pour contester le motif économique du licenciement devant le juge²¹⁰⁵. Les voies de recours

²⁰⁹⁸ Cass. soc. 24 avr. 1990, *RJS* 6/90, n° 480, p. 340 ; 14 nov. 2000, *Bull. civ.* V, n° 368 ; 16 janv. 2001, *Bull. civ.* V, n° 10 ; 3 févr. 2004, *RJS* 4/04, n° 389 (motif personnel) ; CE, 15 juin 2005, *JCP* 2005, n° 18-19, 1302, note Y. Kerbourc'h (motif économique) ; CJCE, 12 oct. 2004, Commission / Portugal, aff. C-55/02, *Rec.* p. I-9387, points 49 à 66.

²⁰⁹⁹ T. SACHS, *La raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, Thèse Université Paris-Ouest Nanterre La défense, 2009, (Dir.) Georges Borenfreund, p. 74.

²¹⁰⁰ Cass. soc. 5 avr. 1995, *Vidéocolor*, n° 93-43.886 ; 11 janv. 2006, Pages Jaunes, n° 04-46.201 et n° 05-40.977 ; 21 nov. 2006, Dunlop, n° 05-40.656, *Sem. soc. Lamy* 2006, n° 1286, p. 12 ; 31 mai 2006, *Catimini*, n° 04-47.376 ; 9 mai 2006, n° 05-40.554, *Lamy social* 2010, n° 2146 ; 13 sept. 2006, n° 05-41.665 ; 21 févr. 2007, n° 04-48.795 ; F. CHAMPEAUX, « Pages Jaunes : une parenthèse sur la sauvegarde de la compétitivité », *Sem. soc. Lamy*, 2011, n° 1476, p. 11.

²¹⁰¹ Cass. soc. 22 févr. 2006, n° 04-40.041 ; 1^{er} févr. 2011, n° 10-30.045 ; n° 10-30.046 ; n° 10-30.047 et n° 10-30.048 ; *Liais. soc. Quot.* 2011, n° 15791 (La fermeture d'une filiale pour améliorer la rentabilité du groupe ne constitue pas un motif économique de licenciement) ; F. FAVENNEC-HERY, « L'extinction de la relation de travail dans les groupes », *Dr. soc.* 2010, p. 762 ; P. BAILLY, « Les limites de la cessation d'activité », *Sem. soc. Lamy*, n° 1476, 24 janv. 2011, pp. 6-10 note sous Cass. soc. 18 janv. 2011, n° 09-69.199, P+B+R ; P. MORVAN, « La mise à mort du motif économique de licenciement tiré de la cessation d'activité d'une filiale. À propos de l'arrêt Goodyear du 1^{er} février 2011 », *JCP S* 2011, n° 9, pp. 3-4 ; P.-H. D'OMANO, « L'introuvable légèreté de l'employeur », *JCP S* 2011, n° 9, pp. 41-44, note sous Cass. soc. 1^{er} févr. 2011, n° 10-30.045 à n° 10-30.48, F-P+B, SA Goodyear Dunlop Tires France c/ Mme T.

²¹⁰² N. MAGGI-GERMAIN, « La dualité contentieuse. Tribunal de commerce et conseil de prud'hommes dans le règlement des défaillances d'entreprises », *LPA*, 12 août 1998, n° 96, p. 3.

²¹⁰³ Cass. soc. 10 mai 1999, *Bull. civ.* V, n° 204 ; *D.* 2000, somm. 6, obs. F. Derrida.

²¹⁰⁴ Cass. soc. 3 oct. 1989, *Bull. civ.* V, n° 559.

²¹⁰⁵ A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Litec 2011, p. 559.

permettant sa contestation sont très limitées²¹⁰⁶. Cette limitation des voies de recours permet à l'employeur de justifier facilement la cause économique et d'obtenir par conséquent la garantie. Ainsi, le champ d'intervention de la garantie s'élargit au désavantage de l'institution de garantie. La jurisprudence retient souvent la qualification de la cause économique du licenciement afin d'obliger l'institution de garantie à intervenir²¹⁰⁷.

Or, le droit de contester la cause économique réelle et sérieuse peut permettre la requalification de la cause économique en cause personnelle pour écarter l'intervention de l'institution de garantie des salaires. Cette approche prive cependant le salarié de la garantie, alors qu'il n'est pas l'auteur de la violation du dispositif. Toutefois, la limitation des voies de recours doit laisser au conseil de prud'hommes l'appréciation du caractère réel et sérieux du motif économique. Et cela, malgré l'obligation d'un contrôle de proportionnalité et non d'opportunité, pour concilier le droit à l'emploi²¹⁰⁸ avec la liberté d'entreprendre²¹⁰⁹ qui lui est imposée. L'institution de garantie assure, en somme, son efficacité sociale traditionnelle en protégeant les créances qui résultent des licenciements pour motif économique. Mais il peut être observé que les employeurs peuvent utiliser la garantie des salaires à d'autres fins. Tel que le « dégraissage » des effectifs. La garantie des salaires joue donc en quelque sorte double jeu ou enjeu²¹¹⁰.

La garantie des créances résultant du licenciement économique manifeste le nouveau mode de fonctionnement de l'assurance garantie des salaires. Elle ne poursuit plus essentiellement la fonction traditionnelle de règlement rapide des créances salariales, mais également le sauvetage de l'entreprise. La prise en charge des créances salariales permet aussi à l'employeur d'économiser les fonds pour continuer son activité. D'ailleurs, la garantie des créances résultant des licenciements économiques effectués pendant la liquidation judiciaire

²¹⁰⁶ Il n'est pas par exemple permis à l'assurance garantie de contester un plan de redressement ou de cession qui autorise les licenciements pour motif économique.

²¹⁰⁷ Cf., F. DUMONT, « La cause économique du licenciement en procédure de sauvegarde : inquiétudes quant à la mise en œuvre du régime de droit commun », *Rev. proc. coll.* juin 2007, p. 65.

²¹⁰⁸ G. LYON-CAEN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail », *D.* 1989, p. 289 ; A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, « L'incertain droit à l'emploi », *Travail, Genre et Sociétés*, n° 2, 1999, p. 29 ; M. BORGETTO, « Le droit au travail et à l'assistance dans le débat constitutionnel de 1848 », in G. Chianéa, J. L. Chabot (Dir.), *Les droits de l'homme et le suffrage universel*, L'Harmattan, 2000, p. 273 ; « L'article 5 du préambule », in G. CONAC, X. PRÉTOT, G. TEBOUL (dir.), *Le préambule de la constitution du 27 octobre 1946*, Dalloz, 2001, p. 127 ; M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, 8^e éd., Montchrestien, Domat, coll. « Droit public », 2012, p. 435 et s.

²¹⁰⁹ Cons. const. 12 janv. 2002 ; 13 janv. 2005 ; X. PRÉTOT, « De la liberté d'entreprendre au droit à un emploi : les bases constitutionnelles du droit du licenciement », *Dr. soc.*, 2005, n° 4, p. 371 ; J. ZILLER, « L'Europe sociale dans la Constitution pour l'Europe », *Dr. soc.*, 2005, n° 2.

²¹¹⁰ Elle est un pompier incendiaire qui essaie d'éteindre le feu qu'il a déclenché.

démontre l'évolution des fonctions de la garantie des salaires. En effet, elle prend en charge les créances d'une entreprise qui est vouée à l'échec, à disparaître, alors que le maintien du contrat de travail n'est qu'une utopie, car la situation des salariés ne s'améliore que rarement. La fonction protectrice de l'entreprise de la garantie des salaires tend à être privilégiée. La sauvegarde de l'entreprise caractérise une sorte d'intérêt général qui supprime celui des salariés. Mais le champ de la garantie des salaires ne se limite pas aux créances qui résultent du licenciement pour motif économique, les créances résultant de la prise d'acte peuvent aussi être garanties.

B. La prise d'acte de la rupture par le salarié

218.- Ambivalence de la prise d'acte. La prise d'acte est un mode de rupture ambivalent du contrat de travail. Cette ambivalence vient du fait qu'elle n'est pas en quelque sorte « un mode autonome de rupture »²¹¹¹, mais « un mode de rupture original »²¹¹² du contrat de travail. Seul le salarié en contrat à durée indéterminée²¹¹³ peut prendre acte de la rupture de son contrat²¹¹⁴ sans droit à la rétractation²¹¹⁵. Elle est l'acte par lequel le salarié déclare mettre un terme à son contrat de travail à cause des manquements de l'employeur²¹¹⁶. Elle

²¹¹¹ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 8^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2012, p. 414.

²¹¹² J. PÉLISSIER, G. AUZÉRO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012, p. 423.

²¹¹³ Cass. soc. 15 mars 2006, *Bull. civ. V*, n° 109. Le salarié qui a conclu un contrat de travail à durée déterminée s'il prend acte de la rupture de son contrat, la prise d'acte s'analyse en une rupture anticipée soumise à l'article L. 1243-3 du Code du travail (Cass. soc. 30 mai 2007, *RJS* 8-9/07, n° 919 ; 9 avr. 2008, *RDT* juill. 2008, obs. D. Jacotot). La doctrine est partagée sur cette question. D'aucuns pensent que la prise d'acte n'a pas lieu dans le régime du contrat de travail à durée déterminée (J. MOULY, *JCP S* 2007, 1171 ; C. ROY-LOUSTAUNAU, *Dr. soc.* 2008, 601 ; D. JACOTOT, *RDT* juill. 2008). D'autres ont émis des réserves sur la prise d'acte par un salarié en contrat à durée déterminée (J.-Y. FROUIN, « Une salarié en contrat à durée déterminée peut-il prendre acte de la rupture de son contrat de travail ? », *RJS* 10/07). Cf., J. PÉLISSIER, G. AUZÉRO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 423.

²¹¹⁴ Cass. soc. 25 juin 2003, Faucher, *Dr. soc.* 2003, 823, avis P. Lyon-Caen, p. 814 ; 25 juin 2003, Roto France'Illienne, *Bull. civ. V*, n° 208 ; 11 févr. 2004, *Bull. civ. V*, n° 49 ; 25 janv. 2006, *Sem. soc. Lamy* 2006, n° 1248, p. 12 ; G. COUTURIER, J.-E. RAY, « Autolicensiements : dérives et revirement », p. 817 ; J.-Y. FROUIN, « Rupture du contrat de travail : prise d'acte par l'employeur ou par le salarié », *RJS* 8-9/03, chron. 647 ; *D.* 2003, 2396, note J. Pélissier ; J.-Y. FROUIN, G. COUTURIER, « Existe-t-il un droit à l'autolicensiement du salarié ? », *Sem. Soc. Lamy*, n° 1119 du 22 avril 2003, p. 5 et p. 11 ; J. MOULY, « Démission ou licenciement : une alternative très convenable, propos critique sur un revirement », *Dr. soc.* 2004, p. 90 ; F. GÉA, « La prise d'acte de la rupture », *RJS* 8-9/10, pp. 559 et s. ; J. PÉLISSIER, G. AUZÉRO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis » 2012, pp. 487 et s. ; E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, 7^e éd., Dalloz, coll. « HyperCours », 2012, p. 334.

²¹¹⁵ Cass. soc. 14 oct. 2009, n° 08-42.878, *Bull. civ. V*, n° 221, *Sem. soc. Lamy* 2009, n° 1418, note F. Géa ; *D.* 2010, pan. 672, obs. E. Peskine ; *RDT* 2009, 712, obs. J. Pélissier ; 30 juin 2010, n° 09-41.456, *Bull. civ. V*, n° 155.

²¹¹⁶ Cass. soc. 21 janv. 2009, n° 07-41.822, FS-PB ; 14 oct. 2009, n° 08-40.723, FP-PB ; 24 nov. 2009, n° 08-43.702.

n'est pas un autolicencement du salarié²¹¹⁷, mais « cette qualification de prise d'acte a été étendue aux ruptures à l'initiative du salarié qualifiées de démission, mais qui ont pour origine un différend avec l'employeur »²¹¹⁸. En effet, si l'origine, c'est-à-dire la cause de la prise d'acte est imputée à l'employeur, à sa faute ; elle produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse²¹¹⁹. L'imputation de la responsabilité de la rupture à l'employeur permet au salarié qui prend acte de la rupture de son contrat de bénéficier à l'indemnité de licenciement légale ou conventionnelle, à l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et à l'indemnité compensatrice de préavis²¹²⁰. Si l'employeur est insolvable, la question de la garantie de l'AGS doit être soulevée. Les faits pouvant entraîner l'imputabilité de la responsabilité de la prise d'acte à l'employeur sont divers. Il a été jugé que la rupture par prise d'acte est imputée à l'employeur, lorsqu'il « a eu, à l'égard du salarié, une attitude « répétitive » constitutive de violences morales et psychologiques qui permettaient au salarié de rompre son contrat de travail »²¹²¹.

Le salarié doit néanmoins démontrer que sa prise d'acte est fondée sur la faute grave de l'employeur²¹²² afin d'éviter tout risque de perte de l'indemnité pour défaut de cause réelle et sérieuse du licenciement. Si la réalité des faits imputables ne peut être établie, la prise d'acte produit les effets d'une démission²¹²³. Par conséquent, le salarié peut être condamné à verser une indemnité compensatrice de préavis à l'employeur s'il dénoue la relation de travail²¹²⁴.

En ce sens, le rôle du juge dans l'appréciation de la réalité des faits reprochés à l'employeur par le salarié est important. Ainsi, les juridictions peuvent requalifier des prises d'acte, en

²¹¹⁷ Cass. soc. 4 nov. 2003, n° 01-44.740, 19 janv. 2005, préc.

²¹¹⁸ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, préc., p. 339, n° 478.

²¹¹⁹ Cass. soc. 25 juin 2003, SARL Technoram, *Bull. civ. V*, n° 209 ; *GADT*, n° 86 ; *D.* 2003, jurispr. 2396, note J. Pélissier ; *Dr. soc.* 2003, 817, note G. Couturier ; 19 oct. 2004, *Bull. civ. V*, n° 263 ; 19 janv. 2005 (2 arrêts), *Bull. civ. V*, n° 11 et 12 ; *Dr. soc.* 2005, 474, note F. Favennec-Héry.

²¹²⁰ Cass. soc. 16 mars 2010, n° 08-44.094 ; 2 juin 2010, n° 09-40.215, *Bull. civ. V*, n° 128.

²¹²¹ Cass. soc. 26 janv. 2005, *Bull. civ. V*, n° 23.

²¹²² Cass. soc. 19 janv. 2005, préc. ; 3 nov. 2010, n° 09-65.254, *JCP S* 2011, 1006, note J.-Y. Frouin ; *D.* 2011, 1246, pan. obs. J. Porta : « L'employeur qui ne fournit pas au salarié le travail convenu commet une faute suffisamment grave justifiant la prise d'acte ». La Cour d'appel de Toulouse avait déjà considéré que « l'employeur commet une faute grave justifiant la prise d'acte, lorsqu'il a eu connaissance des injures racistes subies par un salarié de la part d'un de ses collègues et qu'il n'a pas réagi pendant plusieurs mois » (CA Toulouse, 25 mars 2004, *RJS* 2004, n° 461).

²¹²³ Cass. soc. 19 avr. 2007, n° 06-44.754, *RDT* 2008, 254, obs. S. Bernard et T. Grumbach ; 19 déc. 2007, *Bull. civ. V*, n° 219, *RDT* 2008, 254, note S. Bernard et T. Grumbach ;

²¹²⁴ Cass. soc. 2 juill. 2008, n° 07-42.299.

démissions équivoques²¹²⁵. La démission est un acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail²¹²⁶. La prise d'acte de la rupture produit soit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse²¹²⁷, soit les effets d'une démission²¹²⁸. La qualification de licenciement sans cause réelle et sérieuse n'est actuellement retenue que si le salarié prouve que c'est la faute grave de l'employeur qui l'a contraint à quitter l'entreprise²¹²⁹. Une telle faute ne peut être le motif valable de la prise d'acte que si le manquement de l'employeur rend la poursuite du contrat de travail difficile, voire impossible²¹³⁰. L'exigence de l'empêchement de la poursuite du contrat de travail ne doit pas cependant exclure les petites brimades de l'employeur du champ des faits graves pouvant justifier une prise d'acte par le salarié²¹³¹.

Toutefois, la prise d'acte de la rupture n'est pas exclusive du comportement fautif de l'employeur, car les dommages-intérêts peuvent être alloués au salarié en vertu d'un licenciement brusque et vexatoire au regard des circonstances de la rupture²¹³². En dépit des effets indiqués, la prise d'acte n'est cependant, ni un licenciement, ni une démission. Sa nature juridique reste cependant difficile à cerner. Tantôt elle est qualifiée de licenciement sans cause réelle et sérieuse, tantôt de démission. Cette ambivalence apporte à ce mode de rupture des variations²¹³³ qui risquent de flouter la frontière entre le licenciement pour motif personnel et la démission qui sont pourtant autonomes.

²¹²⁵ Cass. soc., 15 mars 2006, *Bull. civ.* V, n° 109 ; 9 mai 2007, n° 05-42301 ; 05-40315 ; 05-41324 ; 05-41325 ; 05-40518) ; *RDT* 2007, 150, chron. J.-Y. Frouin ; *RDT* 2007, 452, obs. J. Auzero ; *D.* 2007, Pan. 3039, obs. E. Dockès.

²¹²⁶ Cass. soc. 9 mai 2007, n° 05-42.301 ; n° 05-40.315 ; n° 05-41.324 ; n° 05-41.325 ; n° 05-518 ; *RDT* 2007, 150, chron. J.-Y. Frouin ; *RDT* 2007, 452, obs. G. Auzero ; *D.* 2007, Pan. 3039, obs. E. Dockès ; *GADT*, n° 88.

²¹²⁷ Cass. soc. 25 juin 2003, SARL Technoram, *Bull. civ.* V, n° 209 ; *Grands arrêts*, n° 86 ; *D.* 2003, Jur. 2396, note J. Péliissier ; *Dr. soc.* 2003, 817, note G. Couturier et J.-E. Ray ; *RJS* 2003, n° 994, note J.-Y. Frouin, p. 647 ; 3 mai 2007, *JCP S* 2008, 1289, note J.-Y. Frouin.

²¹²⁸ Cass. soc. 26 janv. 2005, *RJS* 4/05, n° 339.

²¹²⁹ Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-44.236, Bio rad Laboratoires c/ Rieunier-Burle, note Ch. Radé, « La prise d'acte : la Cour de cassation plus stricte ? », *Lexbase Hebdo éd. soc.*, n° 391, du 15 avril 2010 ; 3 nov. 2010, n° 09-65.254, *JCP S* 2011, 1006, note J.-Y. Frouin ; *D.* 2011, 1246, Panorama Droit du travail, obs. J. Porta ; J.-Y. FROUIN, « Rupture du contrat de travail : prise d'acte décidée par le salarié », *JCP S* 2010, n° 23, p. 25-26 ; « Prise d'acte de la rupture seulement si le manquement de l'employeur empêche la poursuite du contrat », *Lettre Omnidroit*, 21 avril 2010, n° 95, p. 5 ; C. LEFRANC-HAMONIAUX, « Prise d'acte : exigence d'un fait gravement fautif de l'employeur », *JCP G*, 19 avril 2010, n° 16, p. 822.

²¹³⁰ Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-44.236, *Bull. civ.* V, n° 80.

²¹³¹ Cf., E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, 7^e éd., Dalloz, coll. « HyperCours », 2012, p. 331.

²¹³² Cass. soc. 16 mars 2010, n° 08-44.094, Bourgeois c/ Sté Group 4 Falck, *RJS* 6/10, n° 545.

²¹³³ A.-C. CREPLET et alii, « Variations autour de la prise d'acte », *RDT*, 2007, pp. 159-165.

La prise d'acte n'est pas un acte discrétionnaire²¹³⁴ comme la démission et le juge dispose d'une marge importante d'évaluation de la volonté du salarié²¹³⁵. Elle ne produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse que si les manquements de l'employeur sont suffisamment graves. Partant, le juge du fond apprécie librement la gravité de ces manquements²¹³⁶. Ainsi, il a été considéré comme suffisamment grave, le manquement par l'employeur de son obligation de sécurité vis-à-vis des salariés en ce qui concerne leur protection contre le tabagisme dans l'entreprise²¹³⁷. Il appartient au salarié de prouver la réalité des faits invoqués²¹³⁸. Si les faits invoqués sont graves et imputables à l'employeur, la prise d'acte produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

219.- Effets d'une prise d'acte qualifiée de licenciement. L'attribution à la prise d'acte des effets du licenciement sans cause réelle et sérieuse a plusieurs conséquences en matière de garantie des créances salariés. En effet, la qualification de licenciement sans cause réelle et sérieuse permet au salarié d'obtenir une indemnité de préavis, une indemnité de licenciement et une indemnité spéciale pour rupture sans cause réelle et sérieuse. En revanche, la qualification de démission lui fait perdre ces droits²¹³⁹. La prise d'acte a un effet immédiat sur le contrat et une éventuelle lettre de licenciement envoyée par l'employeur postérieure à cette prise d'acte n'est pas prise en considération²¹⁴⁰. Le salarié n'a pas le droit de rétractation²¹⁴¹ et l'employeur ne peut pas après la prise d'acte engager une procédure de licenciement²¹⁴². La prise d'acte étant une mesure de cessation du contrat de travail, l'adage « rupture sur rupture ne vaut » s'applique.

Par conséquent, les indemnités qui résultent de la prise d'acte qualifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse sont prises en charge par l'assurance garantie des salaires en cas

²¹³⁴ Cass. soc. 29 juin 2005, arrêt n° 1573 (*courdecassation.fr*).

²¹³⁵ Cass. soc. 19 oct. 2004 (*courdecassation.fr*), arrêt n° 1894, *Dr. soc.* 2005, 106, obs. F. Favennec-Héry.

²¹³⁶ Cass. soc. 16 nov. 2004, n° 02-46.048, *Bull. civ.* V, n° 287.

²¹³⁷ Cass. soc. 29 juin 2005, arrêt n° 1698, (*courdecassation.fr*)

²¹³⁸ Cass. soc. 19 déc. 2007, n° 06-44754, *RDT* 2008, 254, note S. Bernard et T. Grumbach.

²¹³⁹ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, 7^e éd., Dalloz 2012, p. 353.

²¹⁴⁰ Cass. soc. 19 janv. 2005 (*courdecassation.fr*), arrêt n° 1894, *Dr. soc.* 2005, 106, obs. F. Favennec-Héry.

²¹⁴¹ Cass. soc. 14 octobre 2009, n° 08-72.878 ; F. GÉA, « La rétractation de la prise d'acte, Dysharmonie jurisprudentielle », *Sem. soc. Lamy*, n° 1418, 26 oct. 2009, pp. 7-11 ; J. PÉLISSIER, « La prise d'acte : rétractation et charge de la preuve », *RDT*, 2009, n° 12, pp. 712-714, note sous Cass. soc. 14 oct. 2009, n° 08-42.878 ; H. GOSSELIN, F. GÉA, « Quelle est la nature juridique de la prise d'acte ? », *RDT*, 2009, n° 12, p. 688.

²¹⁴² Cass. soc. 19 janv. 2005 (2 arrêts), *TPS* avril 2005, comm. 114 ; *RJS* 3/05, n° 254, *Dr. soc.* 2005, 473, F. Favennec-Héry.

d'insolvabilité de l'employeur²¹⁴³. La garantie de la créance résultant du licenciement fondé sur la faute de l'employeur²¹⁴⁴ est une solution avantageuse pour le salarié, car son employeur étant insolvable, l'exclusion de cette créance du champ de la garantie des salaires lui porterait doublement préjudice. Il serait ainsi privé à la fois de son emploi et de son salaire. Cette dynamique de la garantie des salariés s'étend également aux créances qui résultent de la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée.

C. La rupture anticipée du contrat à durée déterminée

220.- Admission de la garantie. La créance qui résulte de la rupture du contrat de travail à durée déterminée n'a pas été exclue du champ de l'objet de la garantie des salaires défini à l'article L. 3253-8, 2° du Code du travail. Surtout, la notion de rupture du contrat qui est employée par cet article n'identifie pas clairement le mode de rupture concerné. En effet, l'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement²¹⁴⁵ ou de liquidation judiciaire²¹⁴⁶ ne constitue pas un cas de force majeure pour entraîner la rupture instantanée du contrat de travail à durée déterminée²¹⁴⁷. Cette procédure est dénuée de tout effet sur le contrat de travail²¹⁴⁸. Il appartient à l'employeur d'invoquer les causes prévues à l'article L. 1233-3 du Code du travail pour procéder au licenciement des salariés en contrat à durée indéterminée en dépit de sa mise en procédure collective. Cependant, les difficultés économiques ne manquent pas d'incidence sur les contrats de travail à durée déterminée. Malgré la procédure collective, le CDD conserve son intangibilité (1) et les créances qui résultent de sa rupture anticipée sont prises en charge par l'assurance garantie des salaires (2).

²¹⁴³ V., Cass. soc. 21 janv. 2009, n° 07-41.822, FS-PB ; 24 nov. 2009, n° 08-43.702, F-D ; 14 oct. 2009, n° 08-40.723, FD-PB ; CA Paris, Pôle 6, 21 oct. 2010, n° 09/00822 ; Pau, ch. soc. 5 sept. 2010, n° 09-02838 ; Versailles, 15^e ch., 1^{er} déc. 2010, n° 10/01427 ; Bordeaux, ch. soc. 22 mars 2011, n° 09/06515 ; Bordeaux, 1^{er} mars 2011, n° 09/06370 ; Cf., B. TEYSSIE et alii, « Droit du travail », *JCP G* 2007, n° 44, pp. 24-30 ; A. MARTINON, « Des effets du jugement d'ouverture d'une procédure collective », *JCP S* 2009, n° 5, pp. 21-22.

²¹⁴⁴ Le licenciement sans cause réelle et sérieuse n'est plus fondé sur les causes économiques de l'article L. 1233-3 du Code du travail.

²¹⁴⁵ Cass. soc. 18 oct. 1994, n° 91-42.607.

²¹⁴⁶ Cass. soc. 20 oct. 1993, n° 91-43.922 ; 10 juill. 1991, n° 87-42.340.

²¹⁴⁷ Cass. soc. 20 oct. 1993, *Bull. civ.* V, n° 240 ; 6 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 235.

²¹⁴⁸ Cass. soc. 20 avr. 2005, *RJS* 7/2005, n° 742 ; M. MORAND, « Quelques particularités des licenciements économiques dans l'entreprise en redressement ou liquidation judiciaire », *Suppl. au JCP E* n° 10, 7 mars 2002.

1. L'intangibilité du contrat à durée déterminée

221.- Résistance du contrat à durée déterminée. Le contrat de travail à durée déterminée a un régime immuable qui permet son maintien en dépit de l'ouverture de la procédure collective. Ainsi, il se poursuit de plein droit, car le seul fait d'ouvrir²¹⁴⁹ une procédure ne permet ni à l'employeur ni au salarié²¹⁵⁰ de rompre prématurément ce contrat. La loi exclut également les motifs économiques prévus à l'article L. 1233-3 du Code du travail de la rupture anticipée²¹⁵¹ du contrat de travail à durée déterminée²¹⁵². La rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée s'effectue sous un régime exceptionnel qui est indifférent des difficultés économiques de l'entreprise. L'employeur doit justifier les motifs précis de la rupture de ce contrat.

222.- Motifs de la rupture anticipée. La réalité économique et sociale d'une entreprise en difficulté pousse l'employeur à anticiper la rupture du CDD qui devrait en principe cesser à échéance. Malgré les difficultés, l'employeur doit suivre la procédure stricte habituelle de la rupture par anticipation du contrat à durée déterminée. La conclusion du contrat de travail à durée déterminée est spécialement réglementée²¹⁵³. Il n'est en principe rompu qu'en cas de faute grave du salarié (et non faute lourde comme dans le licenciement), de force majeure²¹⁵⁴, d'initiative du salarié, de résiliation judiciaire ou en commun accord²¹⁵⁵.

En ce qui concerne la rupture anticipée de ce contrat, la jurisprudence considère que le licenciement est un mode de rupture du contrat de travail à durée indéterminée qui ne peut être appliqué au contrat à durée déterminée²¹⁵⁶. En effet, l'article L. 1243-8, alinéa 1^{er} du Code du travail²¹⁵⁷ écarte les salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée des règles relatives à la rupture du contrat à durée indéterminée. Dès lors, l'employeur doit demander l'accord du salarié en l'absence de faute grave du salarié ou de force majeure. En somme, la

²¹⁴⁹ Cass. soc. 16 oct. 2002, n° 00-40.869.

²¹⁵⁰ Le salarié qui rompt par anticipation le contrat de travail à durée déterminée verse de dommages-intérêts à l'employeur. Ces dommages et intérêts sont calculés souverainement par le juge en fonction du préjudice prouvé.

²¹⁵¹ Cass. soc. 28 avr. 1986, n° 84-40.538 ; F. TAQUET, « Rupture anticipée du contrat à durée déterminée », *Les Cah. du DRH*, n° 84, 27 juin 2003.

²¹⁵² L'article L. 1243-8 du Code du travail exclut les titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée des dispositions relatives à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée ; CE, 10 juill. 1987, n° 66.889.

²¹⁵³ C. trav., art. L. 1242-2.

²¹⁵⁴ Cass. soc. 20 oct. 1993, n° 91-43.922, *Bull. civ.* V, n° 240 ; 18 nov. 1997, n° 95-41. 586.

²¹⁵⁵ C. trav., art. L. 1243-1 ; F. TAQUET, « Rupture anticipée du contrat à durée déterminée », *Les Cah. du DRH*, n° 84, 27 juin 2003.

²¹⁵⁶ CE, 10 juill. 1987, n° 66.889.

²¹⁵⁷ C. trav., art. L. 123-4, anc.

rupture anticipée qui s'est faite sans l'accord ni faute du salarié et en l'absence d'une force majeure est abusive et donne droit à diverses indemnités que l'AGS est tenue de garantir.

2. L'indemnisation de la rupture anticipée du contrat

223.- Diversité des indemnités. La rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée ouvre le droit à plusieurs indemnités garanties par l'institution de garantie des salaires²¹⁵⁸. En effet, le salarié dont le contrat à durée déterminée a été rompu de façon anticipée et abusive a droit à l'indemnité compensatrice de congés payés, mais également le cas échéant, à l'indemnité de fin de contrat et surtout à des dommages-intérêts. Ces derniers sont dus en dépit du fait que l'employeur a proposé de réembaucher le salarié²¹⁵⁹ ou de le réintégrer²¹⁶⁰. À cet égard, l'article L. 1243-4 du Code du travail prévoit que le salarié a droit à une indemnité au moins égale aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme de son contrat de travail. Cette indemnisation est un minimum qui ne subit aucune réduction²¹⁶¹. Le salarié bénéficie également d'une indemnité de fin de contrat et d'une indemnité compensatrice de congés payés.

Cette indemnisation est importante si le contrat conclu pour une longue période n'a été exécuté que peu de temps avant la rupture anticipée abusive. Par ailleurs, les dommages-intérêts qui réparent de façon forfaitaire et minimale le préjudice subi par le salarié en CDD ne peuvent être réduits²¹⁶². Leur attribution ne dépend pas du temps d'exécution du contrat de travail²¹⁶³. La jurisprudence précise que la réparation minimale légale prévue à l'article L. 1243-4 du Code du travail est due même si le salarié n'a pas commencé à exécuter le contrat²¹⁶⁴ ou n'a travaillé que quatre jours sur un contrat de travail à durée déterminée qui prévoit deux mois et demi de travail²¹⁶⁵. L'octroi de cette indemnité ne nécessite pas que le juge motive effectivement sa décision à l'égard du préjudice subi par le salarié²¹⁶⁶. Il importe

²¹⁵⁸ Cf., Cass. soc. 12 mars 2002, *RJS* 6/02, n° 569.

²¹⁵⁹ Cass. soc. 13 mars 1990, n° 1287, *SARL Cyclopera c/Vincent*.

²¹⁶⁰ Cass. soc. 23 nov. 1993, n° 3675, *Hoffer c/ Brucki*.

²¹⁶¹ Cass. soc. 31 mars 1993, n° 89-43.708, *RJS* 5/93, n° 492 ; 7 avr. 1994, n° 91-40.812 ; 27 févr. 2001, n° 98-45.140, *RJS* 5/01, n° 574.

²¹⁶² Cass. soc. 31 mars 1993, n° 1430, *SA Skin Pack c/ Motulski*, *RJS* 5/93, n° 492, *Bull. civ.* V, p. 69 ; 6 juin 1995, n° 2424, *Hurel c/ SA Flers Distribution*.

²¹⁶³ Cass. soc. 12 mars 2002, *Bull. civ.* V, n° 86 ; 26 sept. 2002, *RJS* 12/02, n° 1363.

²¹⁶⁴ Cass. soc. 12 mars 2002, n° 99-44.222 ; 26 sept. 2002, n° 2669, *Dessery c/ Assoc. Maison pour tous*, *RJS* 12/02, n° 1363.

²¹⁶⁵ Cass. soc. 25 oct. 1995, n° 92-42.081.

²¹⁶⁶ Cass. soc. 2 oct. 1991, n° 3031, *TDI c/ Péricard*.

peu également que le salarié ait retrouvé un emploi si l'indemnité se limite au montant minimum légal. Ceci étant, la fixation d'une indemnité supérieure au forfait minimum légal requiert la motivation réelle du préjudice subi par le salarié bénéficiaire de la mesure. Ainsi, lorsque le juge constate que le préjudice subi par le salarié est supérieur au montant des salaires à échoir jusqu'au terme du contrat à durée déterminée, il peut octroyer une indemnisation plus élevée, c'est-à-dire à la hauteur du préjudice²¹⁶⁷.

En réalité, l'indemnisation de la rupture anticipée abusive du CDD est identique dans l'entreprise en difficulté et dans l'entreprise *in bonis*. Mais les créances résultant de la rupture anticipée abusive du CDD sont garanties par l'assurance des salaires si elles sont nées pendant les périodes de garantie prescrites à l'article L. 3253-8, 2°, du Code du travail. Le salarié en CDD risque par contre de voir son indemnisation réduit, car le plafond de la garantie est déterminé en fonction de la date de la conclusion du contrat de travail. Or, le CDD manifeste une forme de relation à court terme.

En somme, les indemnités qui résultent de la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée sont prises en charge par l'assurance garantie des salaires. Cette dernière n'a pas cependant le droit de demander la requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée²¹⁶⁸ qu'en cas de fraude²¹⁶⁹. L'employeur ne peut non plus la demander²¹⁷⁰, sauf si le contrat n'a pas un véritable terme²¹⁷¹. Il appartient au salarié dont la précarité de l'emploi est protégée de demander une telle requalification²¹⁷². La procédure de requalification de ce contrat devant le conseil de prud'hommes a été simplifiée²¹⁷³.

En outre, il s'est posé la question de savoir si un salarié en contrat à durée déterminée pouvait prendre acte de la rupture de ce contrat²¹⁷⁴. En effet, la prise d'acte de la rupture est par

²¹⁶⁷ Cass. soc. 2 oct. 1991, n° 3031, TDI c/ Péricard.

²¹⁶⁸ C. trav., art. L. 1245-1 et s.

²¹⁶⁹ Cass. soc. 4 déc. 2002, *Bull. civ. V*, n° 367, *Dr. soc.* 2003, p. 297 ; 7 avr. 2004, *Bull. civ. V*, n° 278.

²¹⁷⁰ Cass. soc. 16 juill. 1987, *Bull. civ. V*, n° 481, *Les Grands arrêts*, 4^e éd., n° 35 ; 29 nov. 1989, *RJS* 1990, p. 71, n° 94 ; 13 févr. 1991, *Dr. soc.* 1991, 418, obs. J. Savatier ; 17 janv. 1996, *RJS* 3/96, n° 252.

²¹⁷¹ Cass. soc. 22 juin 1993, *D.* 1993, 592, note C. Roy-Loustaunau ; 24 févr. 1998, *Bull. civ. V*, n° 98 ; 19 mai 1998, *Bull. civ. V*, n° 267, *RJS* 7/98, n° 829.

²¹⁷² Cass. soc. 4 déc. 2002, n°00-43.750, *Act. proc. coll.*, Janv. 2003, note F. Taquet; « L'opposabilité des décisions de justice à l'AGS », *Sem. soc. Lamy*, 6 oct. 2003, suppl. n° 1138.

²¹⁷³ C. trav., art. L. 1245-2.

²¹⁷⁴ Cf., « Un salarié en Contrat à durée déterminée peut-il prendre acte de la rupture de son contrat de travail ? », *Option finance* 22 oct. 2007, n° 952, p. 35 ; J.-Y. FROUIN, « Un salarié en contrat à durée déterminée peut-il prendre acte de la rupture de son contrat de travail », *RJS* 10/07, p. 795 ; J.-P. KARAQUILLO, « La prise d'acte par un salarié de la rupture d'un CDD : une initiative à risques », *D.*, 2008, p. 2047 ; F. BUY, « Touche pas à

principe un mode autonome de rupture du contrat à durée indéterminée. Mais il est admis que le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée déterminée peut prendre acte de la rupture de son contrat lorsqu'il justifie l'embauche sous un contrat à durée indéterminée²¹⁷⁵. Il doit cependant respecter un préavis calculé à raison d'un jour par semaine, en considération de la durée totale du contrat²¹⁷⁶ pour le contrat à un terme précis. En revanche, lorsque le terme est imprécis, c'est la durée effectuée qui est prise en considération. Toutefois, dans les deux hypothèses, le préavis ne peut excéder deux semaines. La prise d'acte peut également être effectuée dans le cadre d'un travail temporaire. Cependant, le préavis ne peut être inférieur à un jour²¹⁷⁷. En conséquence, le salarié doit notifier la rupture du contrat de travail par écrit. Cette notification fait courir le préavis. Le salarié qui prend acte de la rupture du CDD court des risques importants²¹⁷⁸. Il est ainsi privé de l'indemnité de fin de contrat ou de mission²¹⁷⁹ puisque la prise d'acte n'est pas un mode de rupture du contrat à durée déterminée. De même, le salarié en CDD qui démissionne n'a pas droit à l'indemnité de fin de contrat, donc à l'AGS. Il est toujours tenu d'invoquer les manquements suffisamment graves de l'employeur pour bénéficier des dommages-intérêts²¹⁸⁰. Par contre, la prise d'acte d'un CDD n'ayant pas été prévue par la loi, elle constituerait une rupture anticipée²¹⁸¹. Néanmoins, si la diversité de types de rupture qui donnent naissance aux créances salariales ouvre le champ de la garantie aux salariés, la limitation temporelle dans lesquelles ces ruptures doivent intervenir n'est pas favorable à la conservation de l'emploi. Elle accélère, urge les ruptures.

Paragraphe 2 : La célérité des ruptures

224.- Exigence temporelle d'intervention de la rupture. Les créances des salariés qui résultent des licenciements économiques, de la prise d'acte ou de la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée ne sont prises en charge par l'AGS que si elles naissent

mon contrat de travail ! », *Cahiers de droit du sport, centre de sport Aix-Marseille*, 1^{er} janvier 2010, n° 19, p. 52-54 (Cass. soc. 12 janv. 08-43.128) ; D. JACOTOT, « Prise d'acte de rupture et modification du contrat subie par un entraîneur de football », *JCP S* 2010, n° 22, p. 24-27 (Cass. soc. 9 avr. 2008, n° 06-46.003).

²¹⁷⁵ Mémento pratique, *Francis Lefebvre, Social*, 2009, p. 309, n° 19975.

²¹⁷⁶ Le renouvellement y est intégré.

²¹⁷⁷ C. trav., art. L. 1251-28.

²¹⁷⁸ J.-P. KARAQUILLO, « La prise d'acte par un salarié de la rupture d'un CDD : une initiative à risques », *D.*, 2008, p. 2047.

²¹⁷⁹ Circ. DRT 8 du 2 mai 2002.

²¹⁸⁰ Cass. soc. 10 nov. 1993, n° 89-45.472 ; 2 févr. 1994, n° 89-42.778, *RJS* 3/94, n° 246 ; 23 sept. 2003, n° 01-41.495, *RJS* 12/03, n° 1370 ; 8 févr. 2005, n° 03-43.304, *RJS* 4/05, n° 351 ; 30 mai 2007, n° 06-41.180, *RJS* 8-9/07, n° 918.

²¹⁸¹ Cass. soc. 12 janv. 2010, n° 08-43.128, *RJS* 3/10, n° 242, p. 212.

dans des périodes temporelles de garantie bien définies²¹⁸². Ces périodes de garantie sont déterminées à l'article L. 3253-8, 2° du Code du travail. La naissance de la créance à une période précise de la procédure collective est une condition fondamentale de l'intervention de l'assurance garantie des salaires. En effet, l'exigence temporelle d'intervention de la rupture incite à la rupture du contrat de travail car la fermeture des délais de rupture ne permet pas à l'employeur de mettre en œuvre les mesures nécessaires à la conservation de l'emploi. Elle constitue ainsi la cause principale de la célérité, de l'urgence de la rupture du contrat de travail (A). L'inobservation de l'exigence temporelle d'intervention de la rupture n'invalide pas la rupture et le salarié peut par conséquent prétendre à l'assurance chômage (B).

A. L'origine de l'urgence de la rupture

225.- Fermeture des délais de rupture. La célérité de la rupture du contrat de travail qui est la source de la créance prise en charge par l'institution de garantie est causée par la restriction des délais dans lesquels la cessation du contrat doit intervenir. En effet, l'institution de garantie n'est obligée de prendre en charge les créances résultant des ruptures que si elles interviennent dans un temps limité²¹⁸³. Le temps de la rupture permet de déterminer le champ temporel de la garantie des salaires et des privilèges²¹⁸⁴. Cette conception de la prédétermination de la période de garantie est toutefois destructrice du contrat de travail. Ainsi, le temps de rupture commande la garantie des créances des salariés²¹⁸⁵ ; et particulièrement l'étendue matérielle de cette garantie. La garantie des créances salariales étant un système de socialisation du risque d'insolvabilité entraîné par la défaillance financière de l'employeur²¹⁸⁶, ce dernier profite du temps imparti de la rupture pour détruire les emplois auxquels, il n'est pas amené à payer personnellement le prix. Cette rapidité de la rupture incite l'employeur à privilégier l'indemnisation des créances résultant des ruptures au détriment de la mise en œuvre des mesures sociales d'accompagnement. En ce sens, l'AGS joue le rôle d'un instrument comptable, prévisionnel.

²¹⁸² Cf., Cass. soc. 20 avr. 2005, *JCP S* 2005, 1009, note P. Morvan ; 19 oct. 2010, *RJS* 1/11, n° 43.

²¹⁸³ V., C. trav., art. L. 3253-8, 2°.

²¹⁸⁴ P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, Litec 2007, p. 521 ; A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Litec, 2011, pp. 555-565.

²¹⁸⁵ A. BOYER, *Protection des salariés et sauvegarde de l'entreprise : quête d'un équilibre*, préface de Didier Poracchia, PUAM 2006, p 377-378.

²¹⁸⁶ Y. GUYON, *Droit des affaires*, tome 2, *Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire - Faillite*, 9^e éd., Economica, 2003, p. 391-393, n° 1352.

Cette limitation temporelle de la garantie est néanmoins conforme à la directive n° 2002/74/CE du Parlement et du Conseil européens du 23 septembre 2002 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur²¹⁸⁷. Elle dispose que « les États membres ont la faculté de limiter l'obligation de paiement des institutions de garantie visée à l'article 3 »²¹⁸⁸. Aux termes de l'article 3 de cette directive, « les créances prises en charge par l'institution de garantie sont les rémunérations impayées correspondant à une période se situant avant et/ou, le cas échéant, après une date déterminée par les États membres »²¹⁸⁹. Cette directive laisse aux États membres le choix de déterminer la période de garantie²¹⁹⁰. Ainsi, ils peuvent inscrire cette période minimale de trois mois dans une période de référence dont la durée ne peut être inférieure à six mois. S'ils prévoient une période de référence d'au moins dix-huit mois, ils peuvent limiter la période de garantie à huit semaines. En somme, les périodes les plus favorables aux salariés sont retenues pour le calcul de la période minimale. Ceci dit, la qualification de créances salariales antérieures et postérieures présente un enjeu majeur dans la protection des créances en cause²¹⁹¹. C'est la loi du 25 janvier et le décret du 27 décembre 1985²¹⁹² qui ont étendu le champ temporel de la garantie des salaires aux créances postérieures²¹⁹³, alors même que la loi du 27 décembre 1973 ne visait que les créances antérieures. En effet, l'article L. 3253-8, alinéa 2 du Code du travail prévoit que l'assurance ne peut couvrir les créances résultant de la rupture des contrats de travail que si elle intervient dans les périodes de garantie exigées²¹⁹⁴. Chaque phase de la procédure collective a, par conséquent, un temps, un moment de rupture bien déterminé²¹⁹⁵.

²¹⁸⁷ Dir. n° 2002/74/CE, art. 4 ; Dir. n° 2008/94/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 oct. 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, art. 3, al. 2.

²¹⁸⁸ Dir. n° 2002/74/CE, art. 4, § 1.

²¹⁸⁹ Dir. n° 2002/74, art. 3, § 2.

²¹⁹⁰ Dir. n° 2002/74/CE, art. 3.

²¹⁹¹ A. HUGON, *Créances salariales impayées : le rôle de l'AGS. Regard sur la loi de sauvegarde des Entreprises du 26 juillet 2005*, L'Harmattan, 2009, préf. Thierry Meteyé, p. 46.

²¹⁹² Cass. soc. 6 déc. 1978, *D.* 1979, p. 173 ; F. DERRIDA, « L'A.G.S. devant la Cour de cassation », *Dr. soc.*, 1979, p. 30.

²¹⁹³ A. HUGON, *Créances salariales impayées : le rôle de l'AGS. Regard sur la loi de sauvegarde des Entreprises du 26 juillet 2005*, préc., p. 122.

²¹⁹⁴ Cass. soc. 22 mars 1995, *Rev. proc. coll.* 1995, p. 497, obs. F. Taquet ; 10 mars 2009, *RJS* 5/2009, n° 436 ; 28 sept. 2010, *RJS* 12/2010, n° 937.

²¹⁹⁵ C. trav., art. L. 3253-8, 2° ; M. HENRY, « Le sort des créances salariales », *Dr. ouvr.* 1985, pp. 172-180 ; J. MORVILLE, « L'assurance des créances salariales : fonctionnement encore chaotique d'un mécanisme complexe », *Cah. soc. Barreau*, n° 42, 1992, pp. 213-216 ; R. VATINET, « La date de naissance des créances en droit du travail », in colloque *La date de naissance des créances*, CEDAG, faculté de droit de Paris 25 mars 2004, *LPA*, 2004, n° 224, pp. 19-23 ; Cass. soc. 21 janv. 2004, *Jurispr. soc. Lamy* 2004, n° 141, p. 24.

Premièrement, les ruptures qui donnent naissance aux créances garanties par l'AGS sont celles qui interviennent pendant la période d'observation de la procédure de sauvegarde²¹⁹⁶ ou de redressement judiciaire²¹⁹⁷. Deux procédures collectives distinctes sont ainsi soumises au même temps de rupture du contrat de travail, alors que les causes et objectifs ne sont pas vraisemblablement identiques. La période d'observation durant au minimum six mois, la période de garantie des créances résultant des ruptures du contrat de travail est également de six mois minimum. La période d'observation peut être renouvelée jusqu'à atteindre dix-huit mois²¹⁹⁸.

Deuxièmement, l'article L. 3253-8, 2 ° du Code du travail prescrit que les ruptures liées aux plans de sauvegarde²¹⁹⁹, de cession et de redressement doivent intervenir dans le mois suivant la date du jugement qui arrête le plan pour qu'elles soient couvertes²²⁰⁰. Les ruptures qui sont prises en charge sont celles qui sont incluses dans le plan. D'abord, l'article L. 3253-8, 2 °, b) du Code du travail soumet les ruptures liées au plan de sauvegarde à la même période de garantie que les ruptures liées au plan de cession et de redressement de la procédure de redressement judiciaire. Or, l'employeur ou l'administrateur judiciaire est toujours tenu de respecter la procédure de rupture de droit commun du licenciement économique comme pendant la période d'observation de la procédure de sauvegarde. La réduction du temps de rupture accélère le licenciement au détriment des mesures de maintien de l'emploi des salariés. Cette prédétermination du temps de rupture produit un effet pervers sur le contrat de travail. Elle ne permet pas à l'employeur ou l'administrateur de mettre en place les exigences du droit du travail protectrices de l'emploi. Ainsi, les délais de mise en œuvre des licenciements nécessaires pour asseoir la garantie des créances des salariés sont plus étroits²²⁰¹ et difficiles à concilier avec le principe du maintien de l'emploi.

²¹⁹⁶ Cass. soc. 10 mars 2010, *RJS* 5/09, n° 436 ; Cf., G. TEBOUL, « Petit bréviaire de la loi sur la sauvegarde pour ceux qui souhaitent une information pratique », *LPA*, 24 octobre 2005, p. 3, spéc. p. 6 ; R. VATINET, « Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 1995 », *JCP S* 2005, 1230, n° 9 ; M.-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, 4^e éd., Dalloz 2011, p. 168.

²¹⁹⁷ C. trav., art. L. 3253-8, 2 °, a).

²¹⁹⁸ La troisième demande de renouvellement de la période d'observation est de la seule compétence du procureur de la République.

²¹⁹⁹ Cass. soc. 19 oct. 2010, *RJS* 1/11, n° 43 ; Cf., T. MÉTEYÉ, « La loi de sauvegarde des entreprises : le point de vue de l'AGS », *LPA* 2006, n° 35, p. 48-49.

²²⁰⁰ C. trav., art. L. 3253-8, 2 °, b).

²²⁰¹ H. DE FREMONT, « Les licenciements et les procédures collectives : un compromis acceptable ? », *Gaz. Pal.*, 22 janv. 2009, n° 22, p. 11.

Ensuite, les ruptures dérogatoires²²⁰² du contrat de travail liées à la cession judiciaire donnent naissance à une créance garantie, si elles interviennent dans la période d'un mois à compter du jugement qui arrête le plan de cession²²⁰³. Les licenciements qui interviennent dans ce délai d'un mois sont ceux arrêtés par le jugement du tribunal de commerce²²⁰⁴. Par conséquent, il n'y a que les créances qui résultent de ces ruptures qui sont prises en charge par l'institution de garantie des salaires²²⁰⁵.

Enfin, les ruptures liées au plan de redressement doivent également intervenir dans un délai d'un mois²²⁰⁶. Aux termes de l'article L. 3253-8, 2°, b) du Code du travail, « l'assurance couvre les créances résultant de la rupture du contrat de travail intervenant dans le mois suivant le jugement qui arrête le plan de redressement »²²⁰⁷. Ce délai étroit ne permet pas à l'employeur ou l'administrateur de mettre en œuvre des mesures susceptibles de maintenir l'emploi des salariés. En pratique, il est tenu de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi, de réunir et consulter les représentants du personnel²²⁰⁸, d'informer l'autorité administrative²²⁰⁹, de respecter l'ordre des ruptures²²¹⁰, d'entretenir²²¹¹ et de notifier la rupture au salarié²²¹². La garantie est due même si la rupture du contrat n'est pas effective dans le temps d'un mois exigé par la loi. Seule importe, la volonté manifeste de l'administrateur judiciaire, par exemple, de rompre le contrat de travail dans ce délai²²¹³. Le point de départ de cette période de garantie est la date du jugement qui autorise les ruptures. En effet, lorsque le juge prévoit des ruptures dans une première décision sans les autoriser clairement²²¹⁴, la seconde décision les autorisant est le point de départ pour le décompte de ce temps de rupture garantie. Est considéré, comme jugement arrêtant le plan, le jugement modificatif. Par

²²⁰² Il est évident de noter par analogie que lorsque l'administrateur, le liquidateur ou l'employeur dépasse le délai imparti, les ruptures sont soumises au droit commun des licenciements économiques car le régime dérogatoire n'est plus applicable.

²²⁰³ C. trav., art., L. 3253-8, 2°, b) ; C. com., art. L. 631-19 et L. 642-5 ; Cass. soc. 6 juill. 1999, *Bull. civ.* V, n° 422.

²²⁰⁴ C. com., art. 642-5, introduit par l'ord. 18 déc. 2008.

²²⁰⁵ Cass. soc. 13 févr. 2008, *Gaz. Pal.* 27/28 avr. 2008, p. 37, obs. Ph. Duprat.

²²⁰⁶ C. trav., art., L. 3253-8, 2°, b) ; C. com., art. L. 631-19, al. 2.

²²⁰⁷ L. n° 2005-845 du 26 juillet 2005, art. 24 ; Cass. soc. 14 mai 1998, *Kadysz c/ Sté MGT et a.*, n° 96-41.029.

²²⁰⁸ C. trav., art. L. 133-58 et C. com., art. L. 631-19, II.

²²⁰⁹ C. trav., art. L. 1233-60.

²²¹⁰ C. trav., art. L. 1233-5.

²²¹¹ C. trav., art. L. 1233-11.

²²¹² C. trav., art. L. 1232-6.

²²¹³ Cass. soc. 2 oct. 2001, n° 99-45.346, n° 99-45421, *Bull. civ.* V, n° 295 ; *Act. proc. coll.* 2001/18, n° 236.

²²¹⁴ Cass. soc. 13 févr. 2001, n° 98-45.901, *Act. proc. coll.* 2001/7, n° 92 ; *Rev. proc. coll.* 2001, p. 258, n° 9, obs. F. Taquet.

conséquent, les ruptures effectuées dans la période d'un mois suivant le jugement modificatif du plan sont couvertes par l'assurance garantie des salaires²²¹⁵.

Par ailleurs, la limitation du temps de rupture d'un mois dans le plan de redressement peut être contestée au regard de la durée de ce plan. En effet, le tribunal de commerce peut librement fixer la durée du plan de redressement. Mais l'article L. 626-12 du Code de commerce²²¹⁶ précise que cette durée ne peut excéder quinze ans pour le débiteur agriculteur et dix ans pour les autres. Comme la rupture de la période d'observation le législateur devrait suivre également la durée du plan de redressement pour déterminer la période de garantie des créances résultant de la rupture du contrat de travail.

Troisièmement, en ce qui concerne le temps d'intervention des ruptures liées à la liquidation judiciaire, l'article L. 3253-8, 2°, c et d) du Code du travail dispose que l'assurance couvre les créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenant « dans les quinze jours suivant le jugement de liquidation ; pendant le maintien provisoire de l'activité par le jugement de liquidation judiciaire ». Deux périodes de garanties sont prévues dans la liquidation judiciaire : une période liée à la liquidation sans maintien d'activité et l'autre en cas de maintien provisoire d'activité. Dès lors que la liquidation est décidée sans maintien d'activité, la rupture doit intervenir dans les quinze jours suivant le jugement afin que la créance qui en résulte puisse bénéficier de la garantie²²¹⁷. Pour ce faire, la date du jugement doit être précise. Le juge est donc tenu de fixer la date au jugement. À cet effet, « l'assurance des créances des salariés ne concerne que les créances attachées au contrat de travail rompu dans les quinze jours suivant le jugement de liquidation »²²¹⁸. De même, le contrat de la salariée qui n'a pas été rompu par le liquidateur dans le délai de quinze jours du jugement de liquidation, n'engage pas la garantie de l'AGS pour les indemnités de rupture allouées à l'intéressée²²¹⁹. Dans ces affaires, M. Pierre LYON-CAEN donnait un avis qui exigeait que l'institution de garantie prenne en charge les indemnités des ruptures notifiées après la période

²²¹⁵ Cass. soc. 3 avr. 1991, n° 90-41.566, *Bull. civ.* V, n° 165 ; *D.* 1994, somm. p. 44, obs. F. Derrida.

²²¹⁶ L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005 ; C. com., art. L. 621-66 anc.

²²¹⁷ Cass. soc. 6 juin 2007, AGS de Paris et a., c./ M. Dominique Landron et a., *JCP S* 2007, 1761, note T. Lahalle ; *Dr. soc.* 2007, p. 987, obs. C. Radé « Garantie de l'AGS et rupture des contrats de travail postérieure au jugement de liquidation », spéc. p. 984.

²²¹⁸ Cass. soc. 21 nov. 1989, *Bull. civ.* V, n° 672 ; *D.* 1990. somm. 217, obs. Honorat ; 24 janv. 1990, *Bull. civ.* V, n° 24 et 25.

²²¹⁹ Cass. soc. 3 avr. 2002, AGS de Paris et Unedic c./ Mme Margerie et a., n° 1297 FP-P.

de garantie²²²⁰. L'AGS devenait en sorte une « sécurité sociale du salarié »²²²¹. Or, la rupture du contrat de travail dans le temps imparti se matérialise par des actes positifs du mandataire judiciaire. Le silence de ce dernier ne peut valoir un licenciement. En effet, la volonté du mandataire de justice de rompre le contrat de travail doit s'exprimer clairement²²²². Mais il importe peu que le licenciement soit notifié dans ce délai²²²³.

En revanche, lorsque l'activité de l'entreprise est provisoirement maintenue, l'article L. 3253-8, 2 °, d) du Code du travail²²²⁴ prescrit que l'assurance couvre les créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenant « pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation judiciaire »²²²⁵. Le juge fixe, en effet, la durée de la période du maintien provisoire de l'activité²²²⁶. Il détermine donc indirectement la période de garantie de la créance du salarié. Toutefois, la période judiciaire du maintien d'activité ne peut aller au-delà de trois mois. Mais le ministère public peut demander une prorogation de cette période de trois mois maximum en plus²²²⁷. Ainsi, le temps de rupture du contrat de travail au cours de la poursuite exceptionnelle de l'activité²²²⁸ est plus long que celle d'une liquidation sans poursuite d'activité.

Lorsque la liquidation judiciaire est prononcée sans maintien provisoire d'activité, la période d'intervention, c'est-à-dire la période durant laquelle la créance qui résulte de la rupture du contrat de travail est garantie est de quinze jours²²²⁹. La différence des périodes de garantie entre la liquidation judiciaire avec le maintien provisoire de l'activité ou non est justifiée par les objectifs poursuivis par ces deux phases de la liquidation judiciaire²²³⁰. S'il n'y a pas maintien d'activité, le juge envisage la réalisation des actifs, alors que le maintien de l'activité cherche en revanche la sauvegarde de l'entreprise et des emplois. Certains auteurs ont

²²²⁰ P. LYON-CAEN, « Garantie de l'AGS, en l'absence de lettre de licenciement, au cas de liquidation judiciaire », *Dr. soc.*, 2002, n° 5, pp. 528-529.

²²²¹ P. LYON-CAEN, « Garantie de l'AGS, en l'absence de lettre de licenciement, au cas de liquidation judiciaire », *Dr. soc.* 2002, n° 5, pp. 527-532 ; F. DERRIDA, *D.* 1974, chron. p. 119.

²²²² C. RADÉ, préc.

²²²³ Cass. soc. 6 juin 2007, préc.

²²²⁴ Ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008, art. 167, applicable à compter du 15 févr. 2009.

²²²⁵ Cass. soc. 17 juin 2009, *RJS* 10/09, n° 803.

²²²⁶ Cass. soc. 20 mai 1992, *D.* 1992, IR p. 187.

²²²⁷ C. com., art. L. 641-10, al. 1er et D. 231.

²²²⁸ Cass. soc. 27 nov. 2001, n° 99-45.693, inédit titré, *Act. proc. coll.* 2002/2, n° 22 ; 20 juin 2006, n° 04-48.523, *Bull. civ.* V, n° 418, n° 1643 FS-P+B.

²²²⁹ Cass. soc. 8 janv. 1997, n° 94-41.821, inédit, *Rev. proc. coll.* 1997, 355, obs. F. Taquet.

²²³⁰ La liquidation sans maintien d'activité tend principalement à réaliser les actifs et payer les créanciers tandis que la liquidation avec maintien provisoire d'activité tend soit, à la finition d'un chantier soit, à la cession de l'entreprise.

cependant jugé que cette solution est moins pragmatique²²³¹. En pratique, « le maintien provisoire de l'activité est en effet fréquemment utilisé pour terminer les chantiers en cours, achever des encours de production ou réaliser des stocks. Le liquidateur procède alors au licenciement du personnel au fur et à mesure que celui-ci n'est plus indispensable. La solution retenue alourdit considérablement les procédures dans un dispositif qui s'applique, par définition, à une courte période ».

Il en résulte que l'exigence temporelle de rupture du contrat de travail a un effet négatif sur l'emploi car elle ne permet pas à l'auteur de la rupture, en général, et du licenciement pour motif économique en particulier, de mettre en œuvre les mesures sociales nécessaires au maintien de l'emploi. Les procédures de licenciement pour motif économique n'assurent plus leurs missions de garanties procédurales protectrices de l'emploi²²³². Les limitations temporelles incitent dans une certaine mesure à la rupture prématurée du contrat de travail, car le temps imparti ne permet pas à l'auteur de la rupture de respecter les exigences procédurales de licenciement. Ce temps est insuffisant, et l'auteur de la rupture est contraint à la violation des procédures de licenciement. À tout le moins, les limitations temporelles sont un frein certain aux garanties et aux mesures sociales d'accompagnement des salariés. En outre, la rupture qui viole ces limitations n'est pas privée de sa validité. Il est considéré que la violation de la période de garantie constitue une irrégularité de forme qui cause simplement un préjudice au salarié. Ce dernier a seulement le droit de demander la réparation à l'auteur de la rupture²²³³ qu'il engage la responsabilité civile²²³⁴.

B. Les sanctions de l'inobservation de l'exigence temporelle

Le placement de l'employeur est procédure collective est une situation qui met à l'épreuve le droit commun des licenciements pour motif économique. Le droit du travail a été largement assoupli en matière de procédure de licenciement afin de permettre à l'employeur en difficulté de licencier plus facilement pour alléger les créances de salaires à sa charge²²³⁵. Mais le délai

²²³¹ P. FROELICH, M. SENECHAL, *LPA*, 9 févr. 2006, p. 15.

²²³² Cf., A. KONÉ-SILUÉ, *La précarité en droit social ivoirien*, Thèse Paris-Ouest Nanterre-La-Défense, 2011, sous la dir. A. Lyon-Caen, p. 43.

²²³³ Cass. soc. 18 nov. 1998, *Bull. civ. V*, n° 500, p. 373 (rejet) ; 5 oct. 1999, *Bull. civ. V*, n° 367, p. 270 (Cassation) ; 10 juill. 2002, *Bull. civ. V*, n° 242, p.237 ; 21 sept. 2005, n° 04-40.529 à 04-40.534.

²²³⁴ Cass. com. 6 juill. 1993, *Bull. civ. IV*, n° 281.

²²³⁵ La réduction du personnel lui permettra de trouver une solution adaptée à la situation présente.

de rupture du contrat prévu à l'article L. 3253-8, 2° du Code du travail est de rigueur²²³⁶. La violation des limitations temporelles de garantie entraîne essentiellement une conséquence : la déchéance du salarié du bénéfice de la garantie de l'AGS. Et cela, en dépit du maintien de la validité du licenciement pour motif économique et la possibilité pour le salarié de bénéficier de l'assurance chômage.

226.- Une privation de la garantie des salaires. L'inobservation de l'exigence temporelle de rupture prive le salarié de la garantie de l'AGS²²³⁷. À cet égard, l'institution de garantie ne peut être condamnée à couvrir les créances nées de la rupture survenue en dehors des périodes de garantie²²³⁸. En effet, la rupture qui intervient au-delà d'un mois à compter du jugement arrêtant le plan n'engage pas l'assurance garantie²²³⁹. Il en est de même de la rupture effectuée par le mandataire judiciaire en dehors des quinze jours qui suivent le jugement de liquidation²²⁴⁰. Cependant, le salarié ne peut invoquer la carence du mandataire judiciaire pour obtenir la garantie de l'assurance des salaires²²⁴¹. Elle est par contre due lorsque des actes positifs ont été effectués à l'expiration de la période de garantie. Ces actes ne renvoient pas *de facto* à la rupture du contrat de travail²²⁴². La Cour de cassation considère que l'attestation Assedic (désormais Pôle Emploi) qui mentionne la rupture du contrat délivrée au salarié par le mandataire judiciaire constitue un acte positif de rupture²²⁴³. Une déclaration mensongère de l'employeur au mandataire judiciaire de ne plus disposer de salarié constitue un tel acte qui engage sa responsabilité²²⁴⁴.

En outre, la cessation de l'activité à la date du jugement de liquidation judiciaire n'affecte pas l'obligation de rompre le contrat de travail dans les quinze jours qui suivent cette décision²²⁴⁵. Par conséquent, l'action en dommages-intérêts intentée devant le conseil de prud'hommes

²²³⁶ Cass. soc. 14 mai 2003, n° 1416 F-D ; *RJS* 8-9/03, n° 1018 ; 1^{er} oct. 2003, *RJS* 2003, n° 1396.

²²³⁷ T. MÉTEYÉ, « Les conditions d'intervention de l'AGS », in *La situation des salariés dans le cadre de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises*, Lille, 18 avr. 1986, *Dr. soc.* 1986, n° 9/10, p. 827 et « Garantie AGS : jusqu'où peut-on aller trop loin ? », *Dr. soc.* 2002, n° 11, p. 972.

²²³⁸ Cass. soc. 21 nov. 1989, *JCP E* 1990, I, 1427, *D.* 1990, somm. p. 217, obs. A. Honorat ; 10 oct. 1990, *Bull. civ.* V, n° 439 ; 27 mai 1998, *Rev. proc. coll.* 1999-1, p. 35, obs. F. Taquet ; 1^{er} déc. 1999, *Rev. proc. coll.* 2000-3, p. 107, n° 16, obs. F. Taquet.

²²³⁹ Cass. soc. 9 nov. 2005, n° 03-47.963, *Bull. civ.* IV, n° 314 ; *Rev. proc. coll.* 2006/1, p. 70, n° 11, obs. F. Taquet.

²²⁴⁰ Cass. soc. 5 avr. 1995 et 15 juin 1995, *Rev. proc. coll.* 1996, p. 120, obs. F. Taquet ; 3 avr. 2002, *Bull. civ.* V, n° 117 ; *D.* 2002, IR, 1534 ; *RJS* 2002, 532, n° 668 ; *Dr. soc.* 2002, 532, obs. P. Lyon-Caen (3 esp.).

²²⁴¹ Cass. soc. 11 oct. 1994, *Rev. proc. coll.* 1995, p. 377, obs. F. Taquet.

²²⁴² Y. CHAGNY, « Quelques aspects de la garantie des créances résultant du licenciement pour motif économique par l'entreprise en difficulté », *Gaz. Pal.*, 20-21 sept. 2002, doct. p. 61, n° 21.

²²⁴³ Cass. soc. 14 janv. 2004, n° 01-47.229, inédit.

²²⁴⁴ CA Paris, 3^e ch. A, 9 déc. 2003, RG n° 2002/15744.

²²⁴⁵ Cass. soc. 14 janv. 2004, préc.

pour rupture abusive n'exonère pas le mandataire judiciaire de l'exigence temporelle de rupture du contrat²²⁴⁶. De même, le mandataire judiciaire ne remplit pas la condition de temps de rupture dès lors que la lettre de licenciement n'a pas été notifiée au salarié dans le délai prévu à l'article L.3253-8, 2° du Code du travail, peu important que la lettre mentionne que la rupture prend effet à la date de la liquidation judiciaire²²⁴⁷. Cette privation de la garantie a également des conséquences financières importantes pour l'entreprise, car elle manque un soutien financier précieux pour sa sauvegarde. Toutefois, la rupture demeure *valide, saine*.

227.- Validité de la rupture retardée. La méconnaissance de l'exigence temporelle de rupture du contrat de travail ne prive pas la rupture de sa validité. En effet, la violation du temps d'intervention de la rupture du contrat de travail est indifférente sur la validité de la rupture elle-même. Cette indifférence du moment de la rupture sur la validité de cette rupture est due au motif que l'article L. 3253-8 du Code du travail, qui fixe le champ temporel de la garantie des créances des salariés, ne prévoit aucune sanction pour sa violation. C'est la Cour de cassation qui précise que l'inobservation de l'exigence temporelle de la rupture du contrat de travail dans les procédures collectives ne prive pas le licenciement d'effet²²⁴⁸. Cette exigence temporelle de rupture conditionne simplement la prise en charge des créances salariales par l'assurance des salaires. La validité du licenciement effectué en dehors des délais impartis pour la garantie des salaires risque d'inciter l'employeur à commettre des négligences dans l'application de règles de licenciement qui priveraient les salariés de la garantie de l'Associations pour la gestion du régime de garantie des salaires. Toutefois, la rupture n'étant ni dépourvu de cause réelle et sérieuse ni nulle, le salarié qui est privé de la garantie des salaires peut pourtant avoir droit à l'assurance chômage²²⁴⁹.

En définitive, si la rupture du contrat de travail, en général et le licenciement en particulier est devenu l'une des conditions d'application de l'assurance garantie des salaires²²⁵⁰, la loi n'autorise pas encore la garantie des créances nées en dehors des périodes de garantie. Les

²²⁴⁶ Cass. soc. 14 janv. 2004, préc.

²²⁴⁷ Cass. soc. 14 mai 2003, n° 01-40.584, *Rev. proc. coll.* 2003, p. 340, n° 5, obs. F. Taquet.

²²⁴⁸ Cass. soc. 21 sept. 2005, n° 04-40.529 et n° 04-40.534 F-P+B, Nespoulos et a. c/ Sté Clinique Merlin.

²²⁴⁹ Pour une étude détaillée de l'assurance chômage, Cf., Y. CHAGNY, « À propos de l'indemnisation du chômage », *Sem. soc. Lamy*, suppl. n° 1138, 6 oct. 2003, p. 15 ; M. BORGETTO, « L'activation de la solidarité : d'hier à aujourd'hui », *Dr. soc.* 2009, p. 1043 ; J. PÉLISSIER, G. AUZÉRO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012, p. 579 ; M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, 8^e éd., Montchrestien, 2012, p. 539.

²²⁵⁰ A. FIORENTINO, *La rupture du contrat de travail en droit anglais. Droit comparé anglais et français*, PUAM, 2008, préface de Daniel Berra, p. 533.

délais de rupture de rupture du contrat de travail nécessaire au bénéfice de la garantie sont stricts et constituent une condition de forme du licenciement. Cette exigence temporelle de licenciement influe par conséquent sur le régime des licenciements pour motif économique. Elle ne laisse pas une grande place au respect des obligations procédurales de licenciement, alors que le droit des entreprises en difficulté précise que les projets du plan de sauvegarde²²⁵¹, de redressement²²⁵² et de cession²²⁵³ doivent exposer et justifier le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales prises pour la poursuite de l'activité. Il s'agit donc simplement d'annonces sans effets pratiques. La célérité des ruptures relaie au second plan les conditions des licenciements pour motif économique (surtout) qui sont des véritables exigences de l'intervention de la garantie. Or, ces conditions caractérisent la nature de la rupture qui est liée au statut protecteur du salarié qui est sous le pouvoir de l'employeur²²⁵⁴. Toutefois, la violation du régime de licenciement n'entraîne pas l'exclusion de la créance du champ de la garantie, alors que celles qui ne respectent pas les limitations temporelles en sont exclues.

Section 2 : L'influence de la garantie sur le licenciement pour motif économique

228.- Diversification des régimes. Le mécanisme collectif de garantie des créances des salariés est devenu un mécanisme procédural dont la dynamique influence la rupture du contrat de travail, en général, et le licenciement pour motif économique, en particulier. En effet, le contrat de travail du salarié n'est pas rompu par le seul effet de l'ouverture de la procédure collective²²⁵⁵. Il est poursuivi de plein droit lorsqu'il est en cours le jour de l'ouverture d'une telle procédure²²⁵⁶. Par conséquent, la modification pour motif économique

²²⁵¹ C. com., art. L. 626-2 et L. 626-10.

²²⁵² C. com., art. L. 631-19, I.

²²⁵³ C. com., art. L. 642-1.

²²⁵⁴ Cf., P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 408, Paris, 2004, p. 144 et s.

²²⁵⁵ Cass. soc. 20 juin 2001, n° 99-43.793, *Act. proc. coll.* 2001/18, n° 240 ; M. DELTEIL, L. LAUTRETTE, « Le sort des contrats de travail dans la loi de sauvegarde des entreprises », *LPA* 17 févr. 2006, n° 35, p. 42 ; N. DECOPMAN, « Entreprises en difficulté et droit du travail », in *Entreprises en difficulté et droit du travail*, PUF, coll. « CREPRISCA », 2007 ; G. TEBOUL, « Le Code du travail : un divorce avec le droit des entreprises en difficulté ? », *LPA*, 2008, n° 1 et 2, p. 7 ; B. SAINTOURENS, P. DUPRAT, « Les droits des salariés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.* 8 à 10 mars 2009, n° sp. p. 40.

²²⁵⁶ C. com., art. L. 622-13-VI et L. 631-14, al. 1.

du contrat obéit par conséquent aux conditions de l'article L. 1222-6 du Code du travail²²⁵⁷. Pour se séparer du salarié, l'employeur, l'administrateur ou le mandataire judiciaire doit le licencier en respectant les conditions définies par le Code du travail, notamment l'obligation d'information et de consultation des représentants du personnel. Or, il apparaît en vérité difficile de concilier les exigences procédurales de licenciement avec certaines périodes de garantie des créances salariales, même si le licenciement des salariés dans les entreprises en difficulté est soumis aux régimes juridiques particuliers. Ces régimes sont cependant largement influencés par les modalités de la mise en mouvement du mécanisme de garantie des salaires. Le régime de licenciement varie selon la nature de la procédure collective. Ainsi, les conditions de la rupture du contrat de travail varient également en fonction de la nature du régime de licenciement. Les conditions de rupture sont imposées en fonction de la nécessité qu'a l'employeur du soutien de l'Association pour la Gestion du régime de garantie des créances des Salariés. Elles sont à certains égards des facteurs de tempérament de la célérité de la rupture. Les ruptures conditionnées sont un rempart contre l'abus du droit de licencier. La créance du salarié qui est garantie, est en principe, celle qui résulte d'une rupture qui respecte les obligations de fond et de forme. La garantie des salaires influe sur le régime de licenciement dans la mesure où le respect de la période de garantie est une condition de la prise en charge de la créance du salarié.

En effet, le régime du licenciement est différent selon qu'il s'agit d'une procédure de sauvegarde²²⁵⁸, de redressement²²⁵⁹ ou de liquidation judiciaire²²⁶⁰. La loi se réfère à l'emploi en cas d'ouverture des procédures sauvegarde²²⁶¹ et de redressement²²⁶², et la rupture du contrat de travail est soumise aux exigences procédurales. Mais les ruptures du contrat étant assujetties aux périodes de garantie, il est par exemple difficile de sécuriser un plan de sauvegarde de l'emploi, car les délais de mise en œuvre des licenciements nécessaires pour asseoir la protection de l'assurance garantie des salaires sont courts²²⁶³. Il a été souligné que « le régime et les effets des licenciements prononcés dans le cadre d'une procédure collective s'efforcent de réaliser un compromis acceptable entre la situation de l'entreprise et

²²⁵⁷ Cf., P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6^e éd., Dalloz, coll. Action, 2011, p. 742.

²²⁵⁸ C. com., art. L. 620-1.

²²⁵⁹ C. com., art. L. 631-1.

²²⁶⁰ C. com., art. L. 640-1.

²²⁶¹ C. com., art. L. 620-1.

²²⁶² C. com., art. L. 631-1, al. 2.

²²⁶³ H. DE FREMONT, « Les licenciements et les procédures collectives : un compromis acceptable ? », *Gaz. Pal.*, 2009, n° 22, p. 11.

les nécessités de sa survie, d'une part, et la protection des salariés contre la perte de leur emploi, d'autre part »²²⁶⁴. Si les conditions de licenciement sont assez rigides dans la sauvegarde, leur allègement dans les entreprises en cessation des paiements conduit au renforcement du contrôle du juge des garanties accordées au salarié. Il existe ainsi « un conflit de logique entre la logique commercialiste du droit des procédures collectives qui privilégie la sauvegarde de l'entreprise et sa viabilité, et la logique à finalité sociale du droit du travail dont l'objectif est de protéger les salariés en place » par l'observation du principe constitutionnel du droit à l'emploi²²⁶⁵. Par conséquent, les délais de mise en œuvre de procédures permettant de maintenir l'emploi étant souvent incompatibles avec les procédures collectives en cause qui réclament la rapidité, l'inobservation des procédures de licenciement (telle que l'obligation de reclassement, du plan de sauvegarde de l'emploi) est remplacé par un substitut financier qui va être assuré par l'assurance garantie des salaires²²⁶⁶. Quelle est alors la valeur du respect du régime, de la régularité du licenciement dans le processus de la garantie des créances salariales (§ 1) ? En effet, les ruptures de la procédure de sauvegarde sont des licenciements économiques de droit commun²²⁶⁷. Il existe une procédure rigide qui maintient le contrat de travail²²⁶⁸ à travers les obligations de reclassement des salariés, d'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi, d'information et de consultation des représentants du personnel²²⁶⁹, d'information de l'autorité administrative²²⁷⁰ et d'entretenir les salariés avant de

²²⁶⁴ P. BAILLY, « Les licenciements et les procédures collectives », *Gaz. Pal.* 2008/4, p. 3.

²²⁶⁵ Cass. ch. mixte, 7 juill. 2006, n° 04-14.788, concl. de Gouttes.

²²⁶⁶ Y. CHAGNY, « La situation des salariés de l'entreprise en difficulté, Première partie », *RJS*, n° 10/99, p. 743 et « La situation des salariés de l'entreprise en difficulté, Deuxième partie », *RJS*, n° 11/99, p. 819 et s.

²²⁶⁷ M. DELTEIL, L. LAURETTE, « Le sort des contrats de travail dans la loi de sauvegarde des entreprises », *LPA*, 17 févr. 2006, n° 35, p. 42 ; F. DUMONT, « La cause économique du licenciement en procédure de sauvegarde : inquiétude quant à la mise en œuvre du régime de droit commun », *Rev. proc. coll.* 2007, n° 2, p. 65 ; S. VERNAC, « Le droit du licenciement dans la procédure de sauvegarde », in *Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, A. LYON-CAEN et Q. URBAN (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 125 ; P. BAILLY, « Les licenciements et les procédures collectives », *Gaz. Pal.* 7/8 nov. 2008, p. 3626 ; C. CALOMILI et C. GATTO, « Les licenciements économiques dans les plans de cession », *LPA*, 28 nov. 2008, n° 239, p. 8 ; N. TAGLIARINO-VIGNAL, « Les obligations du reprenneur d'une entreprise soumise à une procédure collective », *RLDA*, juill.-août 2008, n° 1716 ; D. GIBRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, Defrénois, 2009, pp. 532-540.

²²⁶⁸ P. MORVAN, « Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté (L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005) », *JCP E*, 2005, n° 1511, p. 1751, spéc. n° 21.

²²⁶⁹ C. trav., art. L. 1233-61 ; Cass. soc. 17 mai 1995, *D.* 1995, jurispr. p. 438, n° 9 ; 13 janv. 2010, n° 08-15.776 (n° 84 FS-PB), Sté Carlo gruppo alimentaire SPA c/ Ancelin ; *RJS* 3/2010, n° 232 à 302, p. 215 (Seul l'employeur des salariés dont le licenciement est envisagé est tenu d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi, peu importe qu'il fasse partie d'un groupe) ; E. DOCKÈS, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. soc.*, 1994, 227 ; F. FAVENNEC-HERY, « Licenciement économique – Du contrôle « a priori » à la responsabilité « a posteriori » de l'entreprise », *RJS* 2002, p. 290 ; M. VERICEL, « Le plan de sauvegarde de l'emploi, acte normatif original », *Dr. soc.* 2005, p. 976 ; C. HANNOUN, « Les salariés et leurs représentants, acteurs des procédures collectives », in *Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, A. LYON-CAEN et Q. URBAN (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, pp. 23-40 ; J.-L. VALLENS, « Réflexions sur le thème : « les salariés et leurs représentants, acteurs des procédures collectives », in *Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, A. LYON-CAEN et Q. URBAN (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, pp. 41-47 ; R.

les notifier le licenciement. En revanche, les entreprises en cessation des paiements se voient appliquer le régime des licenciements économiques simplifiés. Mais il n'est pas interdit à l'AGS de prendre en charge les créances qui résultent de la violation des conditions de rupture du contrat de travail par l'employeur. Son intervention peut ainsi avoir certains effets sur le droit du licenciement pour motif économique (§ 2).

Paragraphe 1 : L'exigence de la régularité des procédures de licenciement dans le processus d'intervention de l'assurance garantie des salaires

Le placement de l'employeur en procédure collective ne l'exonère pas du respect des procédures de licenciement. La créance garantie devrait, en principe, être celle qui résulte d'un licenciement régulier, c'est-à-dire celle qui respecte les conditions de rupture car l'employeur n'est pas dispensé de leur accomplissement. Le maintien des conditions de licenciement permet de stabiliser l'emploi. Cependant, l'article L. 3253-8, 2° du Code du travail qui prévoit la couverture des créances résultant d'une rupture du contrat de travail, n'indique pas si le licenciement doit être régulier ou non. Les licenciements étant soumis aux régimes différents selon qu'il s'agit d'une procédure de sauvegarde, d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire. Le régime de droit commun s'applique aux ruptures qui interviennent dans la procédure de sauvegarde²²⁷¹. Ce régime est justifié par l'absence d'un *état de cessation des paiements*. L'entreprise étant *in bonis*, l'intervention de l'institution de garantie n'est pas systématique car elle est soumise à des conditions importantes²²⁷² : l'employeur doit présenter une attestation caractérisant l'insuffisance de fonds disponibles²²⁷³. Sans détailler les modalités d'intervention de l'AGS dans la procédure de sauvegarde, il convient de souligner qu'il existe toutefois des conditions communes de régularité de

BLINDAUER, « Les salariés dans les procédures collectives, plutôt spectateurs qu'acteurs. Observations d'un avocat en droit social », in *Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, A. LYON-CAEN et Q. URBAN (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, pp. 49-52 (L'auteur conclut en ces termes : « le droit du licenciement peut-il mettre à la place des mesures aussi différentes ? »).

²²⁷⁰ C. trav., art. L. 1233-46 et L. 1233-56 et R. 1233-6 ; Dir. n° 98/59/CE, 20 juill. 1998, art. 2 et 3.

²²⁷¹ F. DUMONT, « La cause économique du licenciement en procédure de sauvegarde : inquiétude quant à la mise en œuvre du régime de droit commun », *Rev. proc. coll.* 2007/2, p. 65, sp. p. 66, n° 3 ; S. VERNAC, « Le droit du licenciement dans la procédure de sauvegarde », in *Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, sous la dir. de A. LYON-CAEN et Q. URBAN, Dalloz 2007, p. 125 ; P. BAILLY, « Les licenciements et les procédures collectives », *Gaz. Pal.* 7/8 nov. 2008, p. 3626.

²²⁷² T. METEYE, « La place de l'AGS dans les procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2008, n° 3, p. 11 ; *Lettre de l'observation des entreprises en difficulté*, déc. 2007, n° 31, p. 15.

²²⁷³ F. TAQUET, « Le nouveau champ d'application de l'AGS », *Rev. proc. coll.* 4 déc. 2005, doct. p. 295 ; P. PÉTEL, L'AGS et la réforme des procédures collectives », *RJ com.* 2006, n° 3, pp. 174 et s. ; A. HUGON, *Créances salariales impayées : le rôle de l'AGS. Regard sur la loi de sauvegarde des Entreprises du 26 juillet 2005*, préf. T. Météyé, L'Harmattan, 2009, p. 173 et s.

procédure de licenciement nécessaires à la garantie des salaires à la sauvegarde, au redressement et à la liquidation (A) avant d'indiquer les modalités spécifiques de la régularité des procédures de licenciement dans les entreprises en cessation des paiements (B).

A. Les conditions communes de la régularité des procédures

La diversification des régimes de licenciements pour motif économique dans les entreprises en difficulté n'a pas exclu les éléments de ressemblance. On trouve des conditions communes de procédure à la fois dans le cadre d'un licenciement économique individuel que dans le licenciement collectif pour motif économique.

229.- Procédure du licenciement individuel et garantie de l'AGS. Le licenciement pour motif économique d'un salarié est soumis à une procédure qui devrait justifier l'intervention de l'assurance garantie des salaires. En effet, si le salarié est licencié seul pour un motif économique, l'auteur de la rupture doit avant le licenciement reclasser le salarié²²⁷⁴, s'entretenir avec le salarié²²⁷⁵ puis notifier le licenciement²²⁷⁶. En pratique, la lettre de convocation à l'entretien préalable doit indiquer au salarié la proposition du bénéficiaire d'une convention de reclassement personnalisé²²⁷⁷. Elle doit contenir, en outre, la date, l'heure et le lieu de l'entretien avec la possibilité d'assistance interne²²⁷⁸ ou extérieure²²⁷⁹. Si ces conditions sont remplies, le salarié bénéficie de la garantie de l'AGS car de cette rupture va naître à l'égard du salarié une créance de l'indemnité de licenciement ou compensatrice de

²²⁷⁴ C. trav., art. L. 1233-4 ; Cass. soc. 13 nov. 2008, *RDT* 2009, p. 37 ; 4 mars 2009, *RDT* 2009, p. 306 ; 13 janv. 2010, *Dr. soc.* 474, obs. G. Couturier ; 1^{er} juin 2010, *Lamy social*, 15 juin 2010. Cf., B. LARDY-PELISSIER, « L'obligation de reclassement », *D.* 1998, 42^e ch., chron., pp. 389-405 ; P. MORVAN, « Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté (L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005) », *JCP E*, 2005, n° 1511, p. 1751, spéc. n° 21, n° 23 ; M.-P. DUMONT-LEFRAND, « Procédure de sauvegarde », *J.-Cl. Proc. coll.* 2006, spéc. n° 75 et 79 ; F. HÉAS, *Le reclassement du salarié en droit du travail*, préf. A. Supiot, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », t. 34 ; J.-E. RAY, « Pour des restructurations socialement responsables », *Dr. soc.* 2006, p. 249 ; B. GAZIER, « Restructurations et reclassements : vers une redéfinition des responsabilités », *Dr. soc.* 2007, p. 259 ; B. BOUBLI, « Trente ans après, un nouveau visage du licenciement économique », *Dr. soc.*, 2007, p. 293 ; P.-Y. VERKINDT, « La sécurisation des parcours professionnels, sésame de toutes les réformes ? », *Dr. soc.*, 2007, p. 1104 et « Du droit du licenciement économique au droit de l'employabilité du salarié », *Sem. soc. Lamy*, 2007, n° 1291, p. 3 ; P. LOKIEC et alii, « Le reclassement », *RDT* 2010, p. 390.

²²⁷⁵ C. trav., art. L. 1232-2 et s. et L. 1233-11 et s.

²²⁷⁶ C. trav., art. L. 1233-15 et s. Cf., A. ARSÉGUEL, T. MÉTEYÉ, « Les aspects sociaux de la procédure de sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2008/2, p. 117 ; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6^e éd., Dalloz, coll. Dalloz Action, 2011, p. 752.

²²⁷⁷ C. trav., art. L. 1233-65 ; E. DURLACH, « Le droit du salarié ayant accepté une convention de reclassement personnalisé de contester la cause économique », note sous Cass. soc. 5 mars 2008, n° 07-41.964, *RDT* 2008, n° 6, p. 385.

²²⁷⁸ Il peut s'agir du salarié membre du comité d'entreprise ou de la délégation du personnel.

²²⁷⁹ La liste de ces personnes est disponible à l'inspection du travail ou à la mairie du lieu de convocation.

préavis²²⁸⁰. La prise en charge de cette indemnité est semble-il conforme à l'esprit de l'article L. 3253-8, 2° du Code du travail qui prévoit la prise en charge des créances résultant de la rupture du contrat de travail.

En revanche, l'omission de ces mentions rend la procédure irrégulière, même si le salarié s'est abstenu de se présenter²²⁸¹. De même, le défaut d'entretien préalable et de notification du licenciement prive la rupture de la cause réelle et sérieuse²²⁸². Le salarié peut avoir ainsi droit à des dommages-intérêts. En outre, la violation de l'obligation de priorité d'embauche est sanctionnée par l'octroi des dommages et intérêts²²⁸³. Toutefois, l'omission de cette priorité²²⁸⁴ dans la lettre de licenciement rend la procédure irrégulière. Le salarié bénéficie ainsi d'une indemnité minimum de deux mois de salaire²²⁸⁵.

À la lecture de l'article L. 3253-8, 2° du Code du travail, l'expression de la couverture des « créances résultant de la rupture des contrats de travail » se complexifie. On se demande si elle englobe les dommages et intérêts découlant de l'inobservation d'un élément de la procédure de licenciement. En effet, la nature des indemnités est-elle importante dans la prise en charge par l'AGS des créances résultant de la rupture du contrat de travail ? Les textes n'ont rien spécifié, mais le juge semble favorable à la garantie des indemnités qui découlent du non-respect de la procédure de licenciement. Il n'existe toutefois pas une jurisprudence riche sur la garantie des créances résultant de la rupture du contrat de travail. Cependant, la Cour de cassation a décidé de façon générale dans un arrêt du 6 mai 1997²²⁸⁶ que « l'indemnité due au titre du non-respect de la procédure cumulable avec les dommages-intérêts dus pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en application de l'article L. 122-14-5 du Code du travail²²⁸⁷ est une créance due en exécution du contrat de travail, garantie par l'Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés (AGS) ».

²²⁸⁰ Pour ce qui est de la garantie de l'indemnité de licenciement, Cf., *intra*, n° 336 et s.

²²⁸¹ Le salarié organise librement sa défense, mais il n'est pas obligé de se présenter ; il peut ainsi renoncer à son droit de défense.

²²⁸² C. trav., art. L. 1235-2 ; L. 1235-5 et L. 1235-14 ; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6^e éd., Dalloz, Coll. « Dalloz Action », 2011, p. 752.

²²⁸³ Cass. soc. 13 mai 1997, *RJS* 8-9/97, n° 965 ; 3 févr. 1998, *RJS* 3/98, n° 299.

²²⁸⁴ C. trav., art. L. 1233-45.

²²⁸⁵ Cass. soc., 16 déc. 1997, *RJS* 1/98, n° 80.

²²⁸⁶ Cass. soc. 6 mai 1997, *Bull. civ.* V, n° 162, p. 118.

²²⁸⁷ C. trav., art. L. 1235-2.

En ce sens, l'intervention de l'assurance garantie des salaires ne se limite pas à la prise en charge des indemnités légales ou conventionnelles de licenciement, elle garantit également les indemnités fixées par une décision de justice. Si la littérature juridique sur la question de la prise en charge des créances résultant de la rupture du contrat qui ne respecte pas la procédure de licenciement est presque inexistante, Mme BOYER dans sa critique contre les procédures de licenciements pour motif économique n'exclut pas la garantie des indemnités découlant de l'inobservation des conditions de rupture du contrat de travail²²⁸⁸.

Si la Cour de cassation est moins bavarde sur la garantie des créances résultant de la rupture du contrat qui ne respecte pas la procédure de licenciement, certaines cours d'appel n'excluent pas ces créances du champ de la garantie. La Cour d'appel de Colmar dans un arrêt du 28 juin 2011²²⁸⁹ a reconnu la prise en charge d'une créance résultant d'un licenciement pour défaut de lettre de la notification. Cet arrêt ayant fait l'objet d'un pourvoi, la décision de la Cour de cassation est attendue.

On peut également déduire la prise en charge des créances résultant d'une rupture qui n'a pas respecté l'obligation de notifier le licenciement à travers les affaires concernant les salariés protégés. Ainsi, la Cour de cassation a déjà énoncé dans une affaire concernant les licenciements des salariés protégés intervenant dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire que « l'absence de notification de la lettre de licenciement n'avait pas d'incidence sur la garantie de l'AGS, dès lors que le liquidateur a manifesté son intention de rompre les contrats de travail »²²⁹⁰.

Or, la Cour de cassation avait précédemment de manière générale exclue les créances qui résultaient d'un licenciement irrégulier pour défaut de lettre de licenciement du champ de la garantie des salaires²²⁹¹. La doctrine est divisée sur la question de savoir s'il faut ou non obliger l'institution de garantie à prendre en charge les indemnités dues au titre de la violation de l'obligation de notifier le licenciement aux salariés. M. Pierre LYON-CAEN a estimé que la créance du salarié dont le licenciement n'a pas été notifié peut bénéficier de la garantie de l'AGS sans pourtant que cette prise en charge ne mette en cause la pérennisation ou

²²⁸⁸ A. BOYER, « Un droit social contre-productif dans les entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.* 16-17 avr. 2010, pp. 8 et s.

²²⁸⁹ CA Colmar, 28 juin 2011, n° 10/02234.

²²⁹⁰ Cass. soc. 18 déc. 1991, *Dr. trav.* 1992, n° 1, p. 10 ; 6 juin 2007, *JCP S* 2007, p. 25.

²²⁹¹ Cass. soc. 3 avr. 2002, n° 99-2002, n° 99-44.288, *Bull. civ.* V, n° 117, p. 125 ; *D.* 2002, IR 1534 ; *RJS* 2002, p. 532, n° 668 ; *Dr. soc.* 2002, p. 527, obs. P. Lyon-Caen.

l'équilibre du mécanisme de garantie²²⁹². Pour lui, il y a rupture de fait du contrat de travail dont la responsabilité est imputable à l'employeur. Cette solution nécessite que le salarié prouve la réalité de son licenciement qui n'est pas notifié²²⁹³. La réalité du licenciement peut résulter en effet de l'impossibilité de travailler dès lors que l'entreprise est fermée²²⁹⁴. Mme VATINET a également développé une position favorable à la prise en charge par l'institution de garantie des créances résultant du défaut de notification du licenciement²²⁹⁵.

En revanche, M. MÉTEYÉ, au nom de la délégation de l'UNEDIC-AGS, s'alarme contre cette doctrine de la prise en charge des indemnités liées au défaut de notification du licenciement²²⁹⁶. Pour cet auteur, l'AGS n'est pas une sécurité sociale ; l'interprétation large du droit positif comporte un risque de « véritable surenchère » qui peut conduire à l'« asphyxie financière ». Il rappelle que l'institution de garantie des salaires « n'est pas une compagnie d'assurance mais [...] l'expression de la solidarité des employeurs, formidable et efficace outil de paix sociale : à cette fin, son intervention doit rester dans le cadre strict de la loi ». C'est donc cette position exclusive que la Cour de cassation avait adoptée dans l'arrêt du 3 déc. 2002 précité. Cette position peut se justifier par le fait que la Cour de cassation dans le souci de ne garantir que les créances intervenant dans les périodes légales de garantie ne pouvait pas prendre le risque de permettre la garantie des créances nées en dehors de ces périodes. Si le licenciement n'est pas notifié, il interviendra forcément après la période de garantie. Il peut aussi être annoncé que la décision étant prise à un moment où le système de garantie des salaires connaît des difficultés financières, une surcharge serait incohérente.

La prise en charge des licenciements qui n'ont pas respecté l'obligation de notifier la rupture pose la question de la détermination de la date de la rupture du contrat de travail. En effet, il a été noté que l'AGS n'est tenue de prendre en charge une créance que si elle est née pendant la période de garantie²²⁹⁷. Par conséquent, le juge doit apprécier la date de la rupture du contrat de travail afin de déterminer le champ matériel de la garantie du salarié. Les difficultés relatives à la régularité des procédures nécessaires à l'intervention de l'institution de garantie se posent également dans le cadre des licenciements collectifs.

²²⁹² P. LYON-CAEN, obs. sous Cass. soc. 3 déc. 2002, *Dr. soc.* 2002, p. 527.

²²⁹³ Cass. soc. 30 mai 1996, n° 93-43.496, inédit, *RJS* 1996, n° 775.

²²⁹⁴ Cf., A. HUGON, *Créances salariales impayées : Le rôle de l'AGS. Regard sur la loi de sauvegarde des Entreprises du 26 juillet 2005*, préf. T. Méteyé, L'Harmattan, 2009, p. 147.

²²⁹⁵ R. VATINET, « Garantie de l'AGS et sort du contrat de travail en cas de procédure collective », *Dr. soc.* 2003, pp. 288-289.

²²⁹⁶ T. MÉTEYÉ, « Garantie AGS : jusqu'à où peut-on encore aller trop loin ? », *Dr. soc.* 2002, p. 972.

²²⁹⁷ C. trav., art. L. 3253-8 ; Cf., *intra*, n° 309.

230.- Procédure de licenciement collectif et garantie de l'AGS. Le licenciement collectif²²⁹⁸ est défini à travers le licenciement pour motif économique. Selon l'article L. 1233-3 du Code du travail, « constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou modification substantielle du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ». C'est le sens également donné par le droit et la jurisprudence européenne²²⁹⁹.

Pour qu'un licenciement collectif soit valable, il faut que l'auteur de la rupture mette en place un plan de sauvegarde de l'emploi²³⁰⁰, informe et consulte les représentants du personnel²³⁰¹ (la procédure collective d'information), informe l'autorité administrative²³⁰² et

²²⁹⁸ Dir. n° 75/129/CEE du 17 févr. 1975 remplacée par celle n° 98/59/CE du 20 juill. 1998 concernant le rapprochements des législations des États membres en matière de licenciements collectifs ; Dir. n° 92-56 du 24 juin 1992, *JOCE* L 245, 26 août 1992 modifiant la directive n° 75/129/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs ; CJCE, 12 oct. 2004, aff. C-55-02, Commission c./ Portugal ; J. PELISSIER, « Observations à propos de la notion de licenciement individuel », in *Études offertes à G. H. Camerlynck*, Dalloz 1978, p. 83.

²²⁹⁹ Dir. n° 98/58/CE, art. 1^{er} : « Le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des salariés lorsque le nombre de licenciements intervenus est selon les États membres, soit pour une période de trente jours, au moins égal à dix dans les établissements employant plus de vingt et moins de cent travailleurs, au moins égal à dix pour cent du nombre des travailleurs dans les établissements employant habituellement plus de 300 travailleurs, et au moins égal à trente dans les établissements employant habituellement plus de 300 travailleurs ; soit pour une période de 90 jours ; au moins égal à vingt, quel que soit le nombre de travailleurs habituellement employés dans les établissements concernés » ; CJCE, 7 déc. 1995, Rockfon, aff. C - 449/93, Rec. I, p. 4306 ; 7 sept. 2006, Agorastoudis, aff. C-187/05 à 190/05 ; 15 févr. 2007, Athnaïki Chartopoïa, aff. C-27/05.

²³⁰⁰ C. trav., art. L. 1233-61 et s. ; Cass. soc. 23 juin 2009, n° 08-42.907 ; 10 févr. 2010, n° 08-44.663, *Rev. proc. coll.* 2010/3, comm. 107, note Taquet ; 13 juill. 2010, n° 09-65.182, *Rev. proc. coll.* mars/avril 2011, comm. 65, p. 65, note Taquet ; 19 janv. 2011, n° 09-43.522, *Rev. proc. coll.* mai/juin 2011, comm. 88, p. 51, note Taquet ; A. LYON-CAEN, « Responsabilité des entreprises et corégulation », *RDT* 2007, p. 549 ; P. WAQUET et alii, « Faut-il instituer une alerte financière dans l'entreprise », *RDT*, 2008, p. 705 ; P. LOKIEC, « *La longue marche* », *RDT* 2009, p. 522 ; F.-X. LUCAS, « L'affaire Molex, chronique du capitalisme français », *Bull. mensuel d'inf. des sociétés Joly*, 2010, n° 11, p. 855 ; F. RIQUIER-TAHIER, « L'évolution de la responsabilité sociétale de l'entreprise en France », *Option finance*, 25/10.2010, n° 1097, pp.27-28 ; A. BOYER, « Contenu et financement du PSE et nouvelles mesures d'accompagnement », *LPA*, 22 avr. 2010, n° 80, p. 12 ; I. DAUGAREIH, « Responsabilité sociale des entreprises transnationales : analyse critique et prospective juridique », *Journal de droit européen*, 2011, n° 175, p. 1 ; J. CHAUVIRÉ, « L'obligation de reclassement dans le licenciement pour motif économique », *Sem. soc. Lamy*, 31 janv. 2011, n° 1477.

²³⁰¹ C. trav., art. L. 1233-28 et s. et L. 1233-58 ; A. LYON-CAEN, « Le comité d'entreprise et les restructurations », *Dr. soc.* 2004, p. 285 ; Q. URBAN, « Quelle est l'implication des institutions représentatives du personnel dans le traitement juridique des difficultés des entreprises depuis la loi du 26 juillet 2005 ? », Colloque, Journée annuelle des juristes du travail, Vendredi 7 décembre 2007 à Paris, par l'Association française de droit du travail et autres portant sur « Les salariés et leurs représentants et les procédures collectives » ; M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 9^e éd., LGDJ, 2009, pp. 999 et s.

²³⁰² C. trav., art. L. 1233-60.

fixe l'ordre des licenciements²³⁰³. Pour évoquer succinctement le non-respect de l'obligation d'information et de consultation des représentants du personnel, il convient de noter qu'il constitue un délit d'entrave²³⁰⁴ au fonctionnement des institutions représentatives du personnel. Les représentants du personnel sont des salariés protégés auxquels le licenciement est soumis à une procédure particulière qui nécessite notamment la consultation du comité d'entreprise et l'autorisation de l'inspecteur du travail²³⁰⁵. L'employeur est donc tenu de fournir à ces représentants des informations utiles sur le projet de licenciements collectifs²³⁰⁶ afin de trouver des solutions alternatives aux licenciements²³⁰⁷ ou le lien avec le mandat de représentation des salariés. La violation de cette obligation d'information donne naissance à des dommages et intérêts. Par ailleurs, la violation des règles relatives à la fixation des critères d'ordre de licenciement ne prive pas la rupture de la cause réelle et sérieuse, mais permet au salarié de bénéficier d'une indemnité dont le montant doit être apprécié par le juge du fond²³⁰⁸.

Cependant, si l'employeur s'avère à terme insolvable, la question de la garantie des créances résultant des irrégularités de procédure liées aux licenciements collectifs se pose. Et cela, qu'il s'agisse de l'inobservation de l'obligation de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi, d'informer et de consulter les représentants du personnel ou de respecter les critères d'ordre de licenciements.

En effet, l'employeur qui ne respecte pas son obligation de reclasser les salariés dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi est condamné à verser des dommages-intérêts aux salariés. La Cour de cassation précise que lorsqu'il est insolvable, l'institution de garantie est tenue de prendre en charge les dommages-intérêts pour inexécution des mesures de

²³⁰³ C. trav., art. L. 1233-5.

²³⁰⁴ C. trav., art. L. 2328-1, L. 2316-1 et L. 2346-1. Cf., A. COEURET, « Entrave et discrimination », *Dr. soc.* 1987, p. 445 ; A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, 2^e éd., Litec, 2000, p. 261 et s.

²³⁰⁵ J.-Y. KERBOURC'H, *Le statut protecteur des représentants du personnel*, Litec, 2003 ; P. RENNES, « Protection des représentants du personnel », *Dr. ouvr.* 2008, n° 714, pp. 32-42 ; H. ROSE, Y. STRUILLOU, *Droit du licenciement des salariés protégés*, 4^e éd., Economica, 2011.

²³⁰⁶ C. trav., art. L. 1233-31.

²³⁰⁷ Cf., CJCE, 12 juin 1997, Industriel Democracy Board Fabricom (Tractebel), Case 3/97 ; 13 janv. 2004, Kuhne et Nage, aff. C-440 ; CA Versailles, 7 mai 1997, n° 308, Sté Renault c/ Comité de groupe européen Renault ; TGI Paris, 9 avr. 2001, Marks & Spencer, n° RG 01/54016 ; M.-A. MOREAU, « À propos de l'affaire Renault », *Dr. soc.* 1997, n° 5, pp. 493-509 ; M. JORGE, « La construction de l'ordre public social européen », *JCP* 1997, n° 44, pp. 449-452.

²³⁰⁸ Cass. soc. 9 juill. 2008, n° 07-42.501 ; F. TAQUET, « Non respect des règles relatives à l'ordre des licenciements », note sous Cass. soc. 27 janv. 2009, n° 07-42.680, *Rev. proc. coll.* mars-avril 2009, p. 26.

reclassement d'un PSE²³⁰⁹. La violation de la règle d'ordre de licenciements est sanctionnée sur deux plans²³¹⁰. Au plan civil, l'employeur est tenu de verser une indemnité au salarié pour préjudice subi²³¹¹, même si l'inobservation de cette règle ne prive pas le licenciement de sa cause réelle et sérieuse. Au plan pénal, l'article R. 1238-1 du Code du travail punit cette contravention de quatrième classe par une amende de 750 euros. Il peut être en même temps poursuivi pour délit d'entrave²³¹². Le délit d'entrave est, en effet, sanctionné par un emprisonnement d'une année et d'une amende de 3750 euros²³¹³. Ces sanctions sont multipliées par deux lorsqu'il y a récidive²³¹⁴. Il se pose aussi le problème de la garantie de ces créances par l'institution de garantie des salaires.

Par ailleurs, le licenciement d'un salarié protégé est soumis à l'autorisation de l'inspecteur du travail. Et cela, en dépit du fait que l'employeur soit en procédure de liquidation judiciaire²³¹⁵. Si le mandataire liquidateur n'obtient pas cette autorisation, le licenciement est nul²³¹⁶. Cette nullité de la rupture doit en principe entraîner l'obligation de réintégration du salarié. Mais si le salarié protégé ne demande pas une telle réintégration, l'employeur doit lui verser des dommages-intérêts. Ce dernier étant insolvable, la Cour de cassation a décidé dans un arrêt du 6 juillet 2007²³¹⁷ que « dès lors que le liquidateur a manifesté son intention de rompre les contrats de travail des salariés protégés dans le délai de quinze jours suivant le jugement de liquidation judiciaire et dès lors que les juges du fond ont retenu que les intéressés n'avaient plus ni travail ni salaire, ces contrats ont été effectivement rompus à cette date. En l'état de ces constatations, l'AGS doit garantir le paiement des créances indemnitaires résultant de la

²³⁰⁹ Cass. soc. 25 mai 2004, n° 02-42.503 ; 30 sept. 2009, n° 08-42.076 ; 8 févr. 2012, Sté Moulinex c/ AGS, n° 10-12.906, F-P+B ; Cf. L. FIN-LANGER, « L'AGS doit couvrir les dommages-intérêts pour inexécution de mesures de reclassement d'un PSE », *Jurispr. soc. Lamy* 2012, n° 319 et « Redressement et liquidation judiciaires. Extension de la garantie de l'AGS », *JCP S* 2012, n° 14, pp. 31-34.

²³¹⁰ Mais la jurisprudence fait cependant la distinction entre l'absence d'indication par l'employeur, à la demande du travailleur, des critères d'ordre des ruptures et l'inobservation de cette disposition. Lorsque le salarié fait la demande des critères et que l'employeur ne répond pas ou répond avec retard, cela constitue une irrégularité et le salarié est en droit de bénéficier des dommages et intérêts fixés en fonction du préjudice subi. Par contre, si l'employeur n'a pas observé le dispositif de fixation ou de mise en œuvre des critères de rupture, il existe des sanctions civiles et pénales.

²³¹¹ Le préjudice subi peut être la perte injustifiée de l'emploi.

²³¹² Il est poursuivi pour entrave s'il a déterminé les critères de la rupture au détriment de la consultation du comité d'entreprise.

²³¹³ C. trav., art. L. 2328-1.

²³¹⁴ Cela signifie que l'emprisonnement peut aller jusqu'à deux années et l'amende à 7500 euros.

²³¹⁵ Cf., T. LAHALLE, « Prise en charge par l'AGS de la créance résultant d'un licenciement nul » *JCP S* 2007, n° 41, pp. 24 et s.

²³¹⁶ Cass. soc. 6 juin 2007, n° 05-40.892, P, AGS de Paris et a. c/ Landron et a., *JCP S* 2007, n° 41, p. 25.

²³¹⁷ Cass. soc. 6 juin 2007, préc.

rupture des contrats de travail des salariés, peu important le fait qu'aucune lettre de licenciement ne leur ait été notifiée ».

En tout état de cause, il faut remarquer que les dérives qui étaient craintes de la mise en œuvre de la garantie dans la procédure de sauvegarde n'ont pas été constatées depuis que la loi du 26 juillet 2005 a été adoptée. La garantie des créances salariales n'a été sollicitée qu'entre 20 et 25% des procédures. Ces chiffres démontrent par ailleurs que la procédure de sauvegarde s'avère moins attractive que ce qui était supposé au départ. Ainsi, la procédure de redressement reste la procédure principale très attractive. Cette attractivité pouvait s'observer à travers la remarque de la dissuasion des employeurs de recourir à la procédure de sauvegarde à cause des contraintes du droit du travail²³¹⁸, mais cette remarque n'apparaît pas irrésistible car en ces temps de crise économique les employeurs ne résignent pas d'y recourir²³¹⁹. En somme, l'attractivité de la procédure de redressement est, en partie, fondée sur la simplification du régime des licenciements pour motif économique. Cette simplification semble mieux adaptée à la situation des entreprises en défaillance. Il existe cependant des éléments qui sont communs aux licenciements de la procédure de sauvegarde et aux procédures de redressement ou de liquidations judiciaires. Tel est le cas de l'obligation d'information et de consultation des représentants du personnel ou de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi. Il est ainsi important d'analyser le régime des licenciements des entreprises en cessation des paiements.

B. L'AGS et les licenciements dans les entreprises en cessation des paiements

Les licenciements pour motifs économiques qui interviennent dans les entreprises en cessation des paiements sont soumis à des conditions particulières. À l'opposé des entreprises en procédure de sauvegarde qui ont encore un état financier plus ou moins supportable, celles en cessation des paiements ont suffisamment besoin de la garantie de l'assurance des salaires. Par conséquent, le régime des licenciements a été assoupli²³²⁰ afin de donner une chance au redressement de l'entreprise. À la différence des ruptures de la procédure de sauvegarde, ceux

²³¹⁸ P. MORVAN, « Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté (L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005) », *JCP E* 2005, n° 1511, p. 1751, spéc. n° 21.

²³¹⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2011, p. 544.

²³²⁰ Cf., J.-M. BECQUET, « La décision du juge de la procédure concernant la rupture des contrats de travail », *Rev. proc. coll.* 2001, p. 237 ; G. TEBOUL, *LPA* 2 janv. 2008, p. 7 ; F. TAQUET, *Rev. proc. coll.*, 2009-1, p. 96.

intervenant dans la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire sont considérablement dépendants du juge. Toutefois, l'allègement des conditions de rupture paraît limité, car certains licenciements sont qualifiés d'exceptionnels et soumis à la décision du juge (1). En revanche, lorsque l'entreprise est placée en liquidation judiciaire, c'est le mandataire liquidateur qui joue un rôle important en dépit du fait que certaines conditions des licenciements de la période d'observation s'appliquent aux ruptures de cette procédure (2).

1. Les licenciements soumis à la décision du juge

231.- Licenciements autorisés par le juge-commissaire. Les licenciements pour motif économique qui interviennent pendant la période d'observation sont considérés comme des mesures exceptionnelles²³²¹. Le caractère exceptionnel de leur intervention évite qu'ils soient massivement effectués²³²² car la procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité économique et le maintien de l'emploi²³²³. L'objectif est en effet de poursuivre de plein droit les contrats de travail²³²⁴ et, toute modification d'un élément essentiel du contrat de travail du salarié requiert l'accord de ce dernier²³²⁵. Le changement des

²³²¹ Cf., C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit », 2011, n° 996 ; P. LE CANNU, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Dalloz, 2009, n° 744.

²³²² Cf., Y. CHAGNY, « Procédures collectives et sort de l'emploi des salariés ordinaires », Journée des juristes de droit du travail, Paris, 7 décembre 2007, <http://www.afdt-asso.fr/fichiers/publications>.

²³²³ C. com., art. L. 620-1 et L. 631-1.

²³²⁴ C. com., art. L. 622-13 ; D. MARTIN, « La sécurité contractuelle à l'épreuve du redressement judiciaire », *JCP N* 1986, I, 180, n° 11 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Le sort des contrats en cours dans le redressement judiciaire », Colloque Deauville, juin 1992, *RJ com.*, n° spéc. nov. 1992 ; M.-H. MONSERIÉ, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, préf. C. Saint-Alary-Houin, Litec, 1994, spéc. n° 413 et s. ; A. CHARBIN, « La situation des salariés de l'entreprise en difficulté », *RJS* 1999, p. 743 ; M.-H. MONSERIÉ, « Le sort des contrats de travail et des créances de salaire dans les entreprises en redressement ou en liquidation judiciaire », *JCP E* 2002, n° 198, p. 549 ; B. THULLIER, « Cession judiciaire des contrats et la loi de sauvegarde des entreprises : moins de pouvoirs pour le juge », *D.* 2006, n° 2/7231, pp. 89-168 ; A. LIENHARD, « Reprise des contrats de travail en cas de vente d'éléments hors plan de cession », *D.* 2006, n° 40/7269, pp. 2789-2790 ; M.-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté – Instruments de paiement et de crédit*, 3^e éd., Dalloz, 2009, p. 168 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 6^e éd., Montchrestien, 2009, p. 341 ; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6^e éd., Dalloz, 2011, p. 653.

²³²⁵ C. trav., art. L. 1222-6, L. 1222-7, L. 1222-8 et s. ; Cass. soc. 8 oct. 1987, Raquin, *Grands arrêts* n° 49, *Bull. civ. V*, n° 54 ; *D.* 1988, juripr. P. 57, note Y. Saint-Jours ; *Dr. soc.* 1988, p. 135, note J. Savatier ; 21 janv. 1988, *Bull. civ. V*, n° 58 ; 4 févr. 1988, *Bull. civ. V*, n° 96 ; P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, 771 ; J. PELISSIER, « Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, PUF, 2001, p. 101 et s. ; X. LAGARDE, « Aspects civilistes des relations individuelles de travail », *RTD civ.* 2002, p. 435 ; F. FAVENNEC-HERY, « Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif », *RJS* 2003, 459 ; A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, préf. B. Teyssié, Dalloz, 2005, pp. 127-133 ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 8^e éd., Montchrestien, 2012, pp. 464-466 ; A. COEURET, B. GAURIAU et M. MINÉ, *Droit du travail*, 2^e éd. Sirey, 2009, pp. 304-308 ; P. LOKIEC, S. ROBIN-OLIVIER (dir.), « La modification du contrat de travail », *RDT* 2009, n° 4, pp. 256-270 ; E. PESKINE, C. WOLMAK, *Droit du travail*, 7^e éd., Dalloz, 2012, pp. 85-87.

conditions de travail s'impose en revanche à lui²³²⁶. Le refus de la modification d'un élément essentiel du contrat de travail constitue un motif économique du licenciement dès lors qu'elle est consécutive aux difficultés économiques ou à des mutations technologiques²³²⁷. Pour éviter le « dégraissage »²³²⁸ massif des emplois, les licenciements pour motif économique durant la période d'observation exigent le respect d'une procédure particulière. Cette procédure se repose essentiellement sur l'autorisation du juge-commissaire²³²⁹. Les juges contrôlent rigoureusement les critères de l'obtention de cette autorisation pour dégager les responsabilités encourues.

232.- Procédure d'autorisation des licenciements. Les créances qui sont prises en charge par l'institution de garantie des salaires sont en principe celles qui résultent des licenciements autorisés par le juge-commissaire. L'autorisation de tels licenciements est soumise à des critères particuliers²³³⁰. C'est l'article L. 631-17 du Code de commerce qui détermine ces critères : « l'urgence, l'inévitabilité et l'indispensabilité ». Il est souligné par M. SPOR TOUCH que ces critères traduisent « la volonté du législateur de n'admettre des licenciements pour motif économique qu'en cas d'absolue nécessité »²³³¹. M. BADINTER déclarait d'ailleurs que « les licenciements avec les conséquences humaines qu'ils entraînent sont toujours déplorables ; ils ne peuvent être acceptés pendant la période d'observation que

²³²⁶ Cass. soc. 18 janv. 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 734, obs. B. Gauriau ; 10 janv. 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 553, obs. J. Savatier ; 6 févr. 2001, *RJS* 4/01, n° 412 ; 10 févr. 2001, *RJS* 4/2001, n° 412 ; 2 juill. 2003, *RJS* 10/03, n° 1120 ; P. WAQUET, « La modification du contrat et le changement des conditions de travail », *RJS* 1996, p. 791 ; F. BOUSEZ, M. MOREAU, « À propos des changements apportés par l'employeur aux conditions de travail », *JCP E* 1997, I, p. 705.

²³²⁷ C. trav., art. L. 1233-3 ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 8^e éd., Montchrestien, 2012, p. 462..

²³²⁸ P. MORVAN, « Le contrôle judiciaire des licenciements pour motif économique prononcés au cours d'une procédure collective », *Dr. soc.* 1998, n° 5, p. 443.

²³²⁹ Cass. soc. 20 janv. 2004, *Rev. proc. coll.* 2004, p. 133, obs. F. Taquet ; P. LANGLOIS, « Divorce du Droit du social et du Droit du redressement judiciaire ? Perspectives du Droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin », *D.* 1999, pp. 419-428 ; P. MORVAN, « Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté », *JCP E* 2005, I, p. 1511 ; F. TAQUET, « Le nouveau champ d'application de l'AGS ; art. 177 de la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises », *Rev. proc. coll.* 2005, p. 295 ; R. VATINET, « Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP S* 2005 et « Le volet social de la loi de sauvegarde des entreprises précisé par son décret d'application », *JCP S* 2006, n° 11, p. 9 ; P. BAILLY, « Les licenciements et les procédures collectives », *Gaz. Pal.* 7/8 nov. 2008, p. 3626.

²³³⁰ M.-H. MONSERIÉ, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, préface de C. Saint-Alary-Houin, Litec, 1994, p. 117 ; P. LANGLOIS, « Divorce du Droit du social et du Droit du redressement judiciaire ? Perspectives du Droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin », *D.* 1999, pp. 419-428 ; F. AUBERT, « Procédures collectives et droit des affaires. Morceaux choisis », in *Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, Université de Nice-Sophia-Antipolis, éd. Frison-Roche 2000, p. 7.

²³³¹ J.-M. SPOR TOUCH, « Les licenciements en cas de redressement ou de liquidation judiciaires », *Dr. soc.* 1992, p. 788.

dans la mesure où ils se révèlent nécessaires et où ils ne peuvent être évités par d'autres procédés »²³³².

Néanmoins, il existe une certaine redondance entre les critères d'urgence, d'inévitabilité et d'indispensabilité²³³³ des licenciements parce que ces termes évoquent à la fois la nécessité de rompre rapidement le contrat²³³⁴, mais aussi l'insuffisance de toutes les mesures sociales d'accompagnement prises. Dès lors, la rupture est irréversible²³³⁵. À ce sujet, Mme MONSERIÉ note en effet que « le caractère indispensable des licenciements s'impose dès que leur refus est de nature à pérenniser ou à accroître les difficultés existantes et conduit au prononcé de la liquidation judiciaire »²³³⁶.

En effet, les salariés ne peuvent contester l'ordonnance du juge-commissaire qui fixe le nombre des licenciements devant une juridiction prud'homale²³³⁷. L'ordonnance du juge-commissaire est exécutoire de plein droit à titre provisoire et le caractère de licenciement économique s'impose à eux dès lors qu'elle a acquis la force de la chose jugée²³³⁸. La juridiction prud'homale statue sur la situation individuelle des salariés liée, par exemple, à l'obligation de reclassement²³³⁹, à la cause réelle et sérieuse²³⁴⁰ ou à l'ordre des licenciements. En revanche, l'administrateur, les représentants des créanciers ou les représentants du

²³³² JO Sénat, Séance du 6 juin 1984, p. 1276.

²³³³ Y. CHAPUT, *Droit des entreprises en difficultés et faillite personnelle*, 2^e éd., PUF, 1996, n° 358, p. 310.

²³³⁴ T. com. Versailles, 17 nov. 1986, *Rev. proc. coll.* 1987, n° 3, p. 33, obs. Ph. Langlois ; *Dr. ouvr.* 1987, p. 251, note J. Grinsir ; B. TEYSSIÉ, « Les représentants des salariés dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires », *JCP E* 1986, II, 14677, p. 177 ; G. LYON-CAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis », 1998, 19^e éd., n° 1096, p. 1067.

²³³⁵ T. com. de Versailles, 17 nov. 1986, *Dr. ouvr.* 1989, p. 251, note Grinsir, *Rev. proc. coll.* 1987, 33, obs. Philippe Langlois ; T. com. de Melun, 7 mai 1987, *Gaz. Pal.* 12 et 13 août 1987, p. 17 ; *Rev. proc. coll.* 1989, p. 573 ; T. com. de Paris, 14 janv. 1988, *Gaz. Pal.* 1989, 1, p. 354 ; M.-H. Monsérié, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaire*, Litec 1994, p. 130.

²³³⁶ M.-H. MONSERIÉ, préc., p. 131.

²³³⁷ Cass. com. 9 juill. 1996, *D.* 1997, p. 60, note P. Bailly ; *JCP G* 1997, I, n° 4004, note P.P. ; 3 mars 1998, *D.* 1998, p. 418, P. Bailly.

²³³⁸ Cass. soc. 9 juill. 1996, n° 93-41.877, *Bull. civ.* V, n° 268 ; *JCP* 1997, I, 4004, n° 9, obs. Pétel ; 5 mars 1997, n° 95-41.230, NPT, *D.* 1997, jur. 522, note P. Bailly ; 26 mai 1999, n° 97-40.803, *Bull. civ.* V, n° 235 ; 5 oct. 1999, n° 96-40.746, *Bull. civ.* V, n° 367, n° 3389-P.

²³³⁹ Cass. soc. 8 juin 1999, *Act. proc. coll.* 1999, n° 187 ; 22 nov. 2000, *Act. proc. coll.* 2001, n° 64.

²³⁴⁰ Cass. soc. 21 févr. 1996, *JCP E* 1996, II, 862, note J.-J. Serret ; 5 oct. 1999, *Rev. proc. coll.* 2000-1, n° 3, obs. F. Taquet, *RJS* nov. 1999, n° 1359 ; 6 juill. 1999, *Rev. proc. coll.* 2000-1, n° 4, obs. F. Taquet ; 12 janv. 2000, *Rev. proc. coll.* 2000-3, p. 102, n° 4, obs. F. Taquet ; 22 févr. 2000, *Rev. proc. coll.* 2000-3, p. 103, n° 6, obs. F. Taquet ; 28 févr. 2000, *RJS* mai 2000, n° 516 ; Cf., A. ARSEGUEL et FADEUILLE, « Protection de l'emploi et droit des entreprises en difficulté : évolution jurisprudentielle récente », *LPA* 2000, n° 199, p. 9 ; P. LANGLOIS, « Divorce du droit social et du droit du redressement judiciaire ? Perspectives du droit économique, Dialogue avec M. Jeantin, *D.* 1999, p. 419.

personnel²³⁴¹ disposent d'un droit à agir. Dans cette optique, M. MORVAN souligne que, « l'absence de notification de l'ordonnance d'autorisation de licenciements aux salariés ou aux syndicats et l'impossibilité de *jure* ou de *facto* pour eux de former un recours à son encontre seraient contraires à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales »²³⁴². Cette ordonnance n'étant pas nominative, les salariés peuvent saisir le juge prud'homal. Elle est cependant revêtue de l'« autorité de la chose jugée »²³⁴³.

La soumission de la rupture à ces critères permet de stabiliser l'emploi. L'autorisation de licenciement doit être antérieure à la date du licenciement. La lettre de licenciement ne peut être considérée comme motivée que si elle fait référence à l'ordonnance du juge-commissaire²³⁴⁴. Le licenciement qui n'est pas autorisé par le juge-commissaire n'est pas nul²³⁴⁵, mais dépourvu de cause réelle et sérieuse parce qu'il perd son caractère économique²³⁴⁶. Cela justifie que le salarié qui est concerné par un tel licenciement ait droit aux dommages-intérêts²³⁴⁷. Par ailleurs, l'annulation d'une ordonnance autorisant la rupture prive également le licenciement de cause réelle et sérieuse²³⁴⁸. Sur le domaine de la garantie des salaires, le problème de la prise en charge de ces créances se pose. En effet, l'AGS est-elle tenue de prendre en charge les créances résultant d'un licenciement non autorisé par le juge-commissaire ? La réponse est mitigée, car la loi n'interdit pas explicitement la prise en charge des licenciements qui n'ont pas été autorisés par le juge-commissaire. Au regard du mouvement d'extension engagé par la jurisprudence, ces créances pourraient bien intégrer le champ de la garantie des salaires parce que le lien de rattachement de la créance au contrat de travail ne peut être que souple. La situation est-elle différente si le licenciement intervient dans le cadre des plans de cession ou de redressement de l'entreprise ?

²³⁴¹ C. com., art. R. 631-16, al. 2 ; T. com. Paris, 14 janv. 1988, *GazL Pal.* 1989, I, 354, note Marchi ; Cf., Q. URBAN, « Quelle implication des institutions représentatives du personnel dans le traitement des difficultés des entreprises depuis la loi du 26 juillet 2005? », *Rev. proc. coll.* 2008, p. 35 et s., n° 30.

²³⁴² P. MORVAN, « Le contrôle judiciaire des licenciements pour motif économique prononcés au cours d'une procédure collective », *Dr. soc.* 1998, p. 442.

²³⁴³ Cass. com. 23 janv. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 22, *RJDA* 5/96, n° 704 ; 14 mai 1996, *Bull. civ.* IV, n° 134, *RJDA* 10/96, n° 1231.

²³⁴⁴ F. TAQUET, « Motivation de la lettre de licenciement : référence à l'ordonnance du juge-commissaire », note sous Cass. soc. 27 janv. 2009, n° 07-42.680, *Rev. proc. coll.* 2009, p. 25.

²³⁴⁵ B. SOINNE, n° 1387.

²³⁴⁶ Cass. soc. 3 mai 2001, n° 99-41.813, *Bull. civ.* V, n° 151.

²³⁴⁷ Cass. soc. 12 mai 1998, n° 96-40.606, *Bull. civ.* V, n° 243 ; D. 1998, IR 148 ; 5 oct. 1999, n° 96-40.746, *Bull. civ.* V, n° 367 ; D. 2000, somm. 6, obs. F. Derrida ; *Act. proc. coll.* 1999/18, n° 239 ; 3 mai 2001, n° 99-41.813, *Bull. civ.* V, n° 151 ; *JCP E* 2001, pan. p. 1075.

²³⁴⁸ Cass. soc. 24 juin 2008, n° 07-41.929, n° 07-41.976, *Bull. civ.* V, n° 139, n° 1242 FS P+B ; *Act. proc. coll.* 2008/12, n° 197.

233.- Licenciements des plans. La cession a pour objectif d' « assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés... »²³⁴⁹ La cession judiciaire totale ou partielle²³⁵⁰ d'une entité économique autonome²³⁵¹ permet de transmettre automatiquement l'ensemble des contrats de travail en cours au nouvel employeur²³⁵². La décision qui arrête le plan de cession produit des effets *erga omnes* à l'égard des salariés, alors qu'ils ont le droit de s'opposer au transfert de leurs contrats de travail²³⁵³ dans le cadre d'une cession de droit commun²³⁵⁴. La cession judiciaire s'applique désormais à la procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires²³⁵⁵.

En effet, le maintien automatique et identique²³⁵⁶ des contrats en cours²³⁵⁷, peu important la nature du contrat de travail²³⁵⁸ peut produire des effets en ce qui concerne la garantie des

²³⁴⁹ C. com., art. L. 642-1 ; P. FROEHLICH, « L'ambivalence du plan de cession totale dans la loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, doct., p. 2879, n° 1 ; Y. CHAPUT, « Une nouvelle architecture du droit français des procédures dites collectives », *JCP G* 2005, I, spéc. p. 2102, n° 38 ; A. COEURET, « Le plan de cession, mesure de redressement ou mesure de liquidation ? », *Rev. Lamy dr. aff.*, mars 2005, suppl. p. 42 ; J. DAHARVENG, « Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives – Un événement et non plus une issue de la procédure », *Rev. proc. coll.*, 2006, p. 1047 ; M.-L. COQUELET, « Le plan de cession a-t-il changé ? », *Rev. proc. coll.* 2006/2, p. 188, n° 4 ; G. COUTURIER, « Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises en défaillance », *Bull. Joly sociétés* 2008, n°2, doct. p. 142 ; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratiques des procédures collectives*, 6^e éd., Dalloz, 2011, p. 837.

²³⁵⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Variations sur le plan de cession d'une entreprise en difficulté », Études offertes à Cl. Champaud, in *Le droit de l'entreprise dans les relations externes à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1997, p. 539.

²³⁵¹ Cass. soc. 24 oct. 2006, *Act. proc. coll.* 2007-1, n° 6, obs. L. Fin-Langer ; *D.* 2006, AJ, p. 2789, obs. A. Liénhard ; Ch. mixte, 7 juill. 2006, *D.* 2006, AJ, p. 1954, obs. A. Liénhard ; J. GRANGE, S. DUMAS, « Le sort des salariés dans les procédures collectives : un dispositif largement inadapté », *Sem. soc. Lamy*, 15 sept. 2003, n° 113, p. 5 ; S. BERAUD, « En finir avec les incertitudes pesant sur le sort des contrats de travail en matière de cession d'unité de production », *Rev. proc. coll.* 2003, p. 91 ; L. MOREUIL, P. MORVAN, « Cession d'unité de production après liquidation judiciaire et transfert des contrats de travail : un revirement ou une réforme s'impose », *JCP E* 2004, p. 2060 ; F. LABASQUE, « Le sort des contrats de travail en cas de cessation d'unité de production après le prononcé d'une liquidation judiciaire », *Lexbase Hebdo éd. aff.*, n° 153, jeudi 3 févr. 2005.

²³⁵² C. trav., art. L. 1224-1 ; Cass. soc. 5 avr. 1995, Tomson Vidéocolor, *Bull. civ. V*, n° 216.

²³⁵³ CJCE, 16 déc. 1992, Katsikas, aff. C-132/91 et C-139/91, Rec. I-6577, point 32 ; *JCP E* 1993, 266, p. 370, obs. P.-H. Antonmattéi ; V. IONESEU, « Le droit d'opposition des salariés au transfert du contrat de travail : mythe ou réalité », *Dr. soc.* 2002, 507 ; N. MINGNANT, « Le droit d'opposition du salarié en cas de transfert d'entreprise », *Lexbase Hebdo, éd., soc.*, 6 janv. 2005, n° 149 ; A. SUPLOT, « Les salariés ne sont pas à vendre (en finir avec l'envers de l'article L. 122-12, alinéa 2) », *Dr. soc.* 2006, n° 3, p. 264 ; L. PEERIN, « Transfert du contrat de travail : dispositif conventionnel », *D.* 2010, n°12, pp. 702-704.

²³⁵⁴ C. trav., art. 1224-1 et Dir. n° 2001/23/CE, art. 4.

²³⁵⁵ C. com., art. L. 631-13, L. 631-22 et L. 641 et s ; Loi du 26 juill. 2005 ; F. VAUVILLE, « La cession d'actifs après la réforme du 26 juillet 2005 », *Dr. et patr.* 2006, n° 146.

²³⁵⁶ Cass. soc. 23 oct. 1968, Eliard c/ Lenglet, *D.* 1969, p. 166 ; 22 juin 1993, n° 90-44.705, *Bull. civ. V*, n° 171 ; 20 oct. 1994, *JCP E* 1995, II, 726, 2^e esp., note J.-J. Serret ; 14 déc. 1999, n° 97-43.011 ; Ch. mixte, 7 juill. 2006, n° 04-14.788, *Bull. ch. mixte*, n° 5.

²³⁵⁷ C. BERGER, *L'offre de reprise d'une entreprise en procédure collective*, Thèse Aix-Marseille 3, 2000, sous la dir. J. Mestre ; Y. VIALA, « Le maintien des contrats de travail en cas de transfert en droit allemand », *Dr. soc.* 2005, n° 2 ; P. LAGOUTTE, J.-M. MIR, « Gestion sociale des transferts d'entreprise », *Liaisons soc.*, n° 14625, 12 mai 2006, pp. 3-90, suppl. au n° 14625 de Liaisons soc. Quotidien ; G. AUZERO, « Illustration des

salaires. Ainsi, la cession de l'activité²³⁵⁹ permet la continuation des contrats de travail en cours²³⁶⁰ sans modification²³⁶¹. La qualification²³⁶², l'ancienneté²³⁶³ et le droit à la priorité de réembauchage²³⁶⁴ du salarié sont conservées. La conservation des éléments du contrat de travail permet au salarié, s'il est licencié ultérieurement par le repreneur pour difficultés économiques, de bénéficier des droits plus avantageux. Il bénéficie par exemple d'une meilleure garantie de ses créances, car l'étendue matérielle de l'AGS est déterminée en fonction de la durée du contrat de travail.

Par ailleurs, le nouvel employeur doit solliciter l'accord du salarié pour modifier son contrat transféré²³⁶⁵. Le refus de la modification d'un élément essentiel du contrat de travail constitue une cause économique du licenciement²³⁶⁶. Mais, l'article L. 1224-1 du Code du travail a une portée limitée²³⁶⁷, car la cession totale d'une entreprise peut constituer une cause économique du licenciement. Dès lors, il limite les effets de l'article L. 1233-3 du même code. L'articulation entre le premier texte et le second dans les entreprises en cessation des paiements semble difficile²³⁶⁸. Cet article L. 1224-1 n'interdit pas les licenciements pour motif économique²³⁶⁹ puisque seule la fraude peut invalider les ruptures prononcées²³⁷⁰.

difficultés suscitées par la cession d'une entreprise en redressement judiciaire », *Lexbase Hebdo, éd. soc.*, n° 249, 22 févr. 2007, jurispr., note sous Cass. soc. 31 janv. 2007, Sté Isogard SAS Teyco ; P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, 2^e éd., Litec, Coll. « Litecprofessionnels », 2010, p. 11.

²³⁵⁸ Cass. soc. 31 oct. 1989, n° 86-42.558, *Bull. civ. V*, n° 621 ; 23 janv. 1990, n° 86-42.575 ; 28 mars 1996, n° 93-42.916.

²³⁵⁹ L.-C. HENRI, « Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises », *Gaz. Pal.* 2005, n° 251, p. 39.

²³⁶⁰ P. MORVAN, « Le droit social dans la réforme des entreprises en difficulté », *JCP E* 2005, n° 42, p. 1751.

²³⁶¹ CJCE, 15 juin 1988, Bork International, aff. C-101/87, Rec. p. 3057 ; 5 mai 1988, Berg et Buschers, aff. C-144 et 145/87, Rec.p. 2559 ; Cass. soc. 13 juin 1982, n° 80-40.853, *Bull. civ. V*, n° 302 ; 24 janv. 1990, n° 86-41.497, *Bull. civ. V*, n° 23.

²³⁶² Cass. soc. 31 mai 1978, *Bull. civ. V*, n° 409 ; 4 avr. 1990, n° 86-43.629, *Bull. civ. V*, n° 155 ; 20 mars 1997, n° 95-17.470.

²³⁶³ Cass. soc. 29 janv. 1969, n° 67-40.697, *Bull. civ. V*, n° 61 ; 26 mai 1976, n° 75-40.472 ; *Bull. civ. V*, n° 327 ; 12 mars 1987, n° 83-44.612, *Bull. civ. V*, n° 139 ; 24 janv. 1991, n° 89-41.038 ; *Bull. civ. V*, n° 39 ; 18 déc. 1991, n° 88-43.550, *Bull. civ. V*, n° 590 ; 17 mars 1998, n° 95-42.100.

²³⁶⁴ Cass. soc. 26 avr. 1992, n° 88-43.891, *Bull. civ. V*, n° 128 ; 7 juill. 1998, n° 95-43.678 ; 5 févr. 2002, n° 99-46.345 ; 5 mars 2002, n° 00-41.429, *Bull. civ. V*, n° 85 ; 9 juill. 2008, n° 07-40.352.

²³⁶⁵ V., Cass. soc. 25 janv. 2005, n° 02-41.819, *Bull. civ. V*, n° 18 ; 30 mars 2010, RJS 6/10, n° 489, 2^e esp. ; JCP S 2010, 1297, 1^{re} esp., note P. Morvan ; P. LOKIEC, S. ROBIN-OLIVIER (dir.), « La modification du contrat de travail », *RDT* 2009, n° 4, pp. 256-270.

²³⁶⁶ C. trav., art. L. 1233-3.

²³⁶⁷ N. MAGGI-GERMAIN, « La dualité contentieuse, Tribunal de commerce, Conseil de prud'hommes dans le règlement des défaillances d'entreprise », *LPA*, 12 août 1998, n° 96, p. 3.

²³⁶⁸ G. AUZERO, « Illustrations des difficultés suscitées par la cession d'une entreprise en redressement judiciaire », *Lexbase Hebdo, éd. soc.*, n° 249, 22 févr. 2007, jurispr. note sous Cass. soc. 31 janv. 2007, Sté Isogard SAS Teyco.

²³⁶⁹ M. HENRY, « Le fonds national de garantie des salaires, outil de restructuration du capital », *Dr. ouvr.* 1984, p. 416.

Toutefois, l'article L. 3253-8, 2°, b) du Code du travail prévoit la couverture de la créance qui résulte du licenciement dans le cadre d'un plan de cession ou de redressement par l'institution de garantie des salaires. Pour limiter les licenciements dès lorsque la procédure est ouverte, il appartient au tribunal et non plus au juge-commissaire d'autoriser les ruptures²³⁷¹. C'est un organe collégial qui décide des ruptures nécessaires exigeant l'intervention de l'assurance garantie dans le cadre du plan de cession²³⁷². La rupture est prise dans le cadre d'un équilibre subtil²³⁷³ entre le maintien du contrat et son sacrifice. Elle est un élément de la cession. Aucune nouvelle rupture ne peut être décidée après le jugement qui arrête le plan de cession. Une « clause du plan de cession de l'entreprise en redressement judiciaire, par laquelle le cessionnaire s'est engagé pour la durée de ce plan à ne procéder à aucun licenciement sans l'autorisation préalable du tribunal de commerce ne peut concerner que les licenciements prononcés pour motif économique et ne prive pas l'employeur de son pouvoir disciplinaire exercé sous le contrôle du juge prud'homal »²³⁷⁴.

En effet, les licenciements qui ne sont pas planifiés, programmés par le tribunal sont dépourvus de cause réelle et sérieuse²³⁷⁵. Si le bénéfice de l'assurance garantie des salaires impose que la rupture intervienne dans le mois suivant le jugement qui arrête le plan de

²³⁷⁰ Cass. soc. 15 oct. 1975, *Bull. civ.* V, n° 458 ; 26 oct. 1994, *Dr. soc.* 1995, obs. R. Vatinet ; B. GRELON, « Entreprises en difficulté et défense de l'emploi », *Gaz. Pal.* 1984, doct. p. 101 ; L. BOY et alii, *Droit des faillites et administration du capital*, PUG, coll. « Critique du droit », p. 18 et s.

²³⁷¹ V., Cass. soc. 12 mars 2008, n° 06-41.470, *Act. proc. coll.* 2008/7, n° 118 ; 3 mars 2009, n° 08-40.091, NP, *Rev. proc. coll.* 2009/2, p. 25, n° 23, note Taquet.

²³⁷² A. MAZEAUD, « Licenciement économique à l'occasion du transfert d'entreprise : les droits des salariés, » *Dr. soc.* 2003, n° 5 ; M. SCHLEY, « Le licenciement pour motif économique en droit allemand : conditions de validité et règles essentielles », *Dr. soc.* 2003, n° 5 ; L. DRAI, « Licenciement pour motif économique antérieur à la cession », *JCP S* 2008, n° 1, p. 34, note sous Cass. soc. 25 oct. 2007, Martin c/ Monteiro ; P. WAQUET, « Licenciement à l'occasion d'un plan de cession », *RDT* 2008, n° 1, p. 36, note sous Cass. soc. 7 nov. 2007, n° 06-41.208 : « Il n'est dérogé aux effets de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail qu'à la condition que le jugement qui arrête le plan de cession prévoit des licenciements et réponde aux exigences de l'article 64 du décret du 27 décembre 1985 ».

²³⁷³ G. TEBOUL, « Le Code du travail, un divorce avec le droit des entreprises en difficulté ? », *LPA* 2008, n° 1-2, p. 7.

²³⁷⁴ Y. CHAGNY, « Engagements sociaux du cessionnaire d'une entreprise en redressement judiciaire : de l'inefficacité à l'inutilité des engagements en matière de licenciement pour motif personnel », *RDT* 2007, n° 7/8, pp. 457 et s., note sous Cass. soc. 16 mai 2007, n° 06-40.496.

²³⁷⁵ Cass. soc. 12 déc. 1990, B. 665 ; 3 févr. 1998, B. 58 ; P. PETEL, *JCP E* 2002, p. 807, n° 13 : « la jurisprudence très rigide refuse tout licenciement, même voulu par le salarié dans l'ancienne cession d'unité de production » ; Cass. ch. Mixte, 7 juill. 2006, B. et Cass. soc. 21 févr. 2006, n° 03-48243 ; 11 oct. 2005, n° 03-46008, *JCP E* 2006, p. 1130, n° 13, obs. Morvan ; A. MAZEAUD, *Dr. soc.* 2006, n° 1, chron. p. 12 et *RLDA* suppl. mars 2005, p. 83 ; Cf., Not., S. BERAUD, « En finir avec les incertitudes pesant sur le sort des contrats de travail en matière de cession d'unité de production », *Rev. proc. coll.* 2003, p. 91.

cession²³⁷⁶, il existe une question cruciale qui est de savoir si l'institution de garantie est tenue de prendre en charge les créances qui résultent d'un licenciement qui n'est pas décidé par le tribunal de commerce. La jurisprudence précise que le licenciement qui est effectué sans que le tribunal de commerce ne puisse l'autoriser est nul²³⁷⁷. Contrairement aux licenciements qui n'ont pas été autorisés par le juge-commissaire, le salarié dont le licenciement n'est pas planifié par le tribunal de commerce doit poursuivre son contrat de travail avec le débiteur en plan²³⁷⁸. Si l'employeur refuse cette poursuite, des dommages-intérêts sont dus au salarié, mais l'institution de garantie n'est pas tenue de les garantir. Elle reste cependant tenue de prendre en charge les créances nées des licenciements effectués avant la date de la cession judiciaire. En définitive, les créances du salariés qui sont prises en charge par l'institution de garantie sont celles qui résultent des licenciements autorisés par le tribunal de commerce. Le régime de la garantie des créances liées au plan de cession est identique à celui des licenciements du plan de redressement.

234.- AGS et licenciements du plan de redressement. La créance garantie dans le cadre du plan de redressement doit résulter d'un licenciement décidé par le tribunal de commerce. Le projet de plan de redressement comme celui du plan de sauvegarde doit exposer et justifier le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite d'activité²³⁷⁹. Les licenciements du plan de redressement décidés par le tribunal de commerce bénéficient aussi d'une procédure allégée²³⁸⁰. Le jugement qui arrête le plan s'oppose à tous²³⁸¹. Mais la décision arrêtant ou rejetant le plan peut faire l'objet d'un « appel de la part du comité d'entreprise ou des délégués du personnel »²³⁸². En revanche, les salariés n'ont pas le droit d'interjeter appel de cette décision. Ils ne peuvent que saisir le conseil

²³⁷⁶ C. com., art. R. 631-36 dernier alinéa s'agissant des ruptures économiques de la cession dans le cadre du redressement judiciaire prévoit que « le jugement arrêtant le plan indique le nombre des salariés dont le licenciement est autorisé ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées » et l'alinéa 2 de l'art. R. 642-3 du même code concernant les ruptures économiques de la cession dans le cadre de la liquidation judiciaire prévoit que, « le jugement arrêtant le plan indique le nombre de salariés dont le licenciement est autorisé ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées ». Cf., R. VATINET, « Le volet social de la loi de sauvegarde des entreprises précisé par son décret d'application », *JCP S* 2006, 1205, p. 9, n° 8.

²³⁷⁷ Cass. soc. 30 juin 1992, n° 90-44.057, *Bull. civ.* V, n° 427 ; F. PÉROCHON, R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, 6^e éd., LGDJ, 2010, n° 321.

²³⁷⁸ Cass. soc. 13 juin 2001, n° 99-42.351, NPT, *Act. proc. coll.* 2001/15, n° 93, obs. Vallansan.

²³⁷⁹ C. com., art. L. 626-2, al. 4 ; R. VATINET, « Les droits des salariés face aux difficultés économiques des entreprises », *JCP E* 1985, II, 14546, p. 471.

²³⁸⁰ M. DELTEIL, L. LAURETTE, « Le sort des contrats de travail dans la loi de sauvegarde des entreprises », *LPA* 2006, n° 35, p. 42.

²³⁸¹ C. com., art. L. 626-11 : « Ainsi, le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions applicables à l'égard de tous ».

²³⁸² C. com., art. L. 661-1 ; Loi du 25 janvier 1985, art. 171.

prud'homal pour qu'il contrôle la cause réelle et sérieuse du licenciement²³⁸³. De même, l'AGS n'a pas le droit d'interjeter appel de ce jugement, alors qu'elle est une actrice majeure de la procédure. Elle peut toutefois refuser sa garantie, si la rupture intervient au-delà de la période d'un mois de la couverture²³⁸⁴.

En effet, il n'y a que les licenciements qui sont planifiés par le tribunal de commerce qui doivent être notifiés aux salariés²³⁸⁵. En ce sens, si l'employeur ou l'administrateur judiciaire licencie un salarié dont la rupture n'est pas décidée par le tribunal de commerce, elle est nulle. Le salarié a droit aux dommages et intérêts, mais l'institution de garantie des salaires n'est pas obligée de prendre en charge cette créance. Par ailleurs, les licenciements de liquidation judiciaire sont également sous l'influence de la garantie des salaires.

2. L'AGS et les licenciements de la liquidation judiciaire

235.- Un mélange de dispositifs. Le mécanisme de garantie des salaires influe sur les licenciements qui interviennent dans les entreprises en liquidation judiciaire. Le jugement de liquidation judiciaire n'emporte pas rupture du contrat de travail de plein droit²³⁸⁶. Les licenciements sont toutefois inévitables, car cette liquidation est assimilable à la cessation totale d'activité qui constitue une cause économique de la rupture²³⁸⁷. L'employeur ou le mandataire judiciaire doit donc procéder aux licenciements des salariés dans le respect des conditions de régularité afin que les créances qui en résultent puissent bénéficier de la garantie des salaires. Il existe dans la liquidation judiciaire deux modalités de rupture.

²³⁸³ Cass. soc. 3 oct. 1989, *D.* 1989, IR p. 277; *Dr. ouvr.* 1990, note F. Rochoix ; CA Nancy 10 mai 1989, *Gaz. Pal.* 4/6 mars 1990 ; P. LANGLOIS, « Divorce du droit social et du droit du redressement judiciaire ? » in « Prospectives du droit économique, Dialogue avec Michel Jeantin », *D.* 1998, p. 419 ; A. ARSEGUEL et P. FADEUILLE, « Protection de l'emploi et droit des entreprises en difficulté : évolution jurisprudentielle récente », *LPA* 2000, n° 199, p. 9.

²³⁸⁴ V., C. trav., art. L. 3253-8, 2, b) et C. com., art. L. 731-19.

²³⁸⁵ Cass. soc. 29 mai 2002, n° 00-41.965, NPT, *Rev. proc. coll.* 2002, p. 291, n° 9, obs. F. Taquet. Cf., P. MORVAN, « Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté », *JCP E* 2005, I, 1511 ; F. TAQUET, « Le nouveau champ d'application de l'AGS. Art. 177 de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises », *Rev. proc. coll.* 2005, p. 295 ; R. VATINET, « Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP S* 2005, p. 1230 ; « Le volet social de la loi de sauvegarde des entreprises précisé par son décret d'application », *JCP S* 2006, S, n° 11, p. 9.

²³⁸⁶ Cass. soc. 8 déc. 2004, *RJS* 2/2005, n° 156 ; 20 avr. 2005, *RJS* 7/2005, n° 742 ; 13 juin 2006, *RJS* 8-9/2006, n° 1000.

²³⁸⁷ C. trav., art. L. 1233-3.

D'une part, lorsque la liquidation judiciaire est prononcée sans maintien provisoire d'activité, les conditions de licenciement sont en pratique moins rigides²³⁸⁸. Or, les articles L. 1233-58²³⁸⁹, L. 1233-60²³⁹⁰ et L. 1233-61 du Code du travail qui exigent l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi sont également applicables aux licenciements de la liquidation judiciaire qui est prononcée sans maintien provisoire d'activité²³⁹¹. Les licenciements ne sont soumis ni à l'autorisation du juge-commissaire ni à celle du tribunal de commerce²³⁹². Mais le mandataire judiciaire, l'auteur des ruptures dans cette procédure, doit respecter l'obligation d'information et de consultation des représentants du personnel et la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi²³⁹³.

En somme, si le mandataire judiciaire ne respecte pas la procédure de licenciement, la rupture est privée de cause réelle et sérieuse. Le salarié a droit aux dommages et intérêts. Toutefois, l'AGS n'est pas tenue de garantir cette créance puisque la responsabilité du mandataire judiciaire sera engagée. Il appartient donc à ce dernier d'indemniser le salarié²³⁹⁴. Les conditions du licenciement se présentent différemment dès lors que l'activité de l'entreprise en liquidation est provisoirement maintenue.

²³⁸⁸ C. com., art. L. 641-4.

²³⁸⁹ Les licenciements économiques qui s'effectuent dans le cadre de la liquidation judiciaire sont soumis également à l'obligation de consulter les représentants du personnel prévue à l'article L. 1233-58 du Code du travail. Il indique qu'« en cas de (...) liquidation judiciaire, le mandataire judiciaire qui envisage des licenciements économiques réunit et consulte le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel dans les conditions prévues à l'article L. 2323-15 ainsi qu'aux articles L. 1233-8 ; L. 1233-29, al. 1 ; L. 1233-30, al. 1, 2 et 8 ; L. 1233-31 à L. 1233-33 ; L. 1233-48 et L. 1233-63 ; L. 1233-49, L. 1233-61 et L. 1233-62 du Code du travail ». Cette obligation de consulter permet de contrebalancer la liberté de licencier dont dispose le mandataire judiciaire.

²³⁹⁰ C. com., art. L. 641-4, al. 1^{er}.

²³⁹¹ C. com., art. 640-1 : « Il est institué une procédure de liquidation judiciaire ouverte à tout débiteur en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible. Elle est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens » ; C. com., art. L. 631-22 : « elle est prononcée lorsque le tribunal juge que le redressement est manifestement impossible au cours de la période d'observation ou à la fin de celle-ci » ; art. L. 640-1 : « La liquidation judiciaire peut aussi être ouverte sans période d'observation lorsque l'employeur débiteur est en cessation des paiements et que son redressement est en effet, manifestement impossible » ; L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005, art. 97 ; Y. GUYON, Le réalisme de la loi du 25 janvier 1985, *Mélanges P. Bézard, LPA*, Montchrestien, 2002, p. 311 ; P. FROEHLICH, M. SENECHAL, « Commentaire article par article », *LPA*, n° spéc., 9 févr. 2006, p. 4 ; M.-H. MONSERIÉ-BON, *Rev. proc. coll.* 2005, p. 367 ; M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit commercial et Entreprises en difficulté*, 7^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2007, n° 2.

²³⁹² C. com., art. L. 641-4, al. 6.

²³⁹³ C. com., art. L. 621-1, L. 661-1-2° et L. 641-4, al. 6 C. com. ; G. COUTURIER, « Licenciement économique, entreprise en liquidation judiciaire », *Dr. soc.* 2007, n° 7/8, Act. jurispr., pp. 900-902, obs. sous Cass. soc. 3 mai 2007, Gérard Philippot c/ Georges Descorps, n° X05-45603 ; F. TAQUET, « Licenciement économique et liquidation judiciaire », *Rev. proc. coll.*, 2007, n° 2, pp. 77-81.

²³⁹⁴ Cf., *infra*, n° 294, 297 et s.

D'autre part, les licenciements qui interviennent dans le cadre du maintien provisoire de l'activité²³⁹⁵ dans la liquidation judiciaire sont curieusement soumis aux critères de licenciement de la période d'observation. Néanmoins, ils ne nécessitent ni à l'autorisation du juge-commissaire, ni à la décision du tribunal de commerce²³⁹⁶. Le maintien provisoire de l'activité est, en effet, fréquemment utilisé pour terminer les chantiers en cours, achever des encours de production ou réaliser des stocks. Le liquidateur procède alors au licenciement du personnel au fur et à mesure que celui-ci n'est pas indispensable. La solution retenue alourdit considérablement les procédures dans un dispositif qui s'applique, par définition, à une courte période, ce qui risque de condamner ces cas de maintiens de l'activité, pourtant utiles²³⁹⁷.

L'assujettissement des licenciements aux critères d'urgence, d'inévitabilité et d'indispensabilité est prévu à l'article L. 641-10 du Code de commerce qui renvoie à l'article L. 631-17 : « dans les conditions prévues à l'article L. 631-17 du Code de commerce, le mandataire judiciaire peut procéder aux licenciements ».

Il en résulte que l'application des critères de licenciement de la période d'observation à la phase de maintien provisoire d'activité dans la liquidation judiciaire exige que les ruptures qui ne remplissent pas ces critères soient nulles et privées du bénéfice de la garantie des salaires. Sur ce point, le juge prud'homal doit ainsi jouer un rôle déterminant car les licenciements effectués par le mandataire judiciaire ne sont soumis ni à l'autorisation du juge-commissaire ni à la décision du tribunal de commerce. Le contrôle permet la protection des intérêts des salariés. La prise en charge de certaines créances résultant des licenciements irréguliers, si elle peut paraître favorable aux salariés, peut également avoir des effets mitigés sur les régimes des licenciements pour motif économique et sur l'institution de garantie. Les créances garanties dans ce cadre résultent souvent de décisions de justice ; elles naissent par conséquent en dehors des périodes de garantie. Mais le Code du travail autorise leur prise en

²³⁹⁵ Aux termes de l'art. L. 641-10 C. com. : « Si la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable ou si l'intérêt public ou celui des créanciers l'exige, le maintien de l'activité peut être autorisé par le tribunal pour une durée maximale fixée par décret en Conseil d'État. Elle peut être prolongée à la demande du ministère public pour une durée fixée par la même voie. Lorsqu'il s'agit d'une exploitation agricole, ce délai est fixé par le tribunal en fonction de l'année culturale en cours et des usages spécifiques aux productions concernées » ; L. n° 2005-845 du 26 juillet 2005, art. 105.

²³⁹⁶ Cf., P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6^e éd., Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2011, p. 758.

²³⁹⁷ P. FROELICH, M. SENECHAL, *LPA*, 9 févr. 2006, p. 15.

charge²³⁹⁸. Cette prise en charge semble également encouragée la rupture prématurée du contrat de travail.

Paragraphe 2 : Les éventuels effets de la garantie des créances résultant des licenciements irréguliers dans la procédure

236.- Un doute permis. La dynamique de la garantie des créances salariales fait apparaître certains aspects du mécanisme qui semblent moins connus. Parmi ces aspects, il y a d'éventuels effets de la garantie des créances qui résultent des licenciements dont la régularité n'a pas été respectée. Or, l'article L. 3253-8, 2° du Code du travail, en proclamant que l'assurance couvre « les créances résultant de la rupture des contrats de travail », présageait que cette rupture doit être respectueuse de la procédure recommandée. Ainsi, les créances qui résultent des licenciements pour motif économique irréguliers auraient été disqualifiés du bénéfice de la garantie des salaires. Il n'en a rien été. Pourtant, Mme KONÉ-SILUÉ souligne que les conditions de licenciement sont des garanties protectrices de l'emploi²³⁹⁹. Mais cette position n'est pas celle avancée par Mme BOYER qui estime que les conditions de licenciements dans les entreprises en défaillance sont contre-productives²⁴⁰⁰. Entre ces deux positions, on peut tirer quelques enseignements de la garantie de certaines créances résultant des licenciements dont les irrégularités de procédure sont constatées sans pour autant réclamer la suppression des conditions de licenciement dans les entreprises en difficulté. Ainsi, l'intervention de l'institution de garantie dans la prise en charge de ces créances peut avoir deux enseignements. D'une part, cette garantie a des incidences sur le régime des procédures de licenciement. D'autre part, elle peut déséquilibrer les finances de l'AGS elle-même. Toutefois, la jurisprudence est *peu bavarde* sur la question des éventuels effets de la prise en charge des créances qui sont nées des licenciements irréguliers dans la procédure.

237.- Une incitation à la violation des procédures de licenciement. La prise en charge par l'assurance garantie des salaires des créances résultant de certains licenciements pour motif économique peut engendrer des effets qui vont à l'encontre du droit des licenciements

²³⁹⁸ C. trav., art. L. 3253-15 ; Cass. soc. 31 mai 2005, *JCP S* 2005, 1089, note P. Morvan ; M. HENRY, « Les nouvelles de vérification et de paiement des créances salariales », *Dr. soc.* 1986, p. 678 et s.

²³⁹⁹ A. KONÉ-SILUÉ, *La précarité en droit social ivoirien*, Thèse Paris-Ouest-Nanterre La Défense, 2011, sous de A. Lyon-Caen, p. 43 et s.

²⁴⁰⁰ A. BOYER, « Un droit social contre-productif dans les entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.* 2010, n° 106-107, pp. 8-12, note sous Cass. soc. 17 juin 2009, n° 08-40.659.

économiques. En effet, le maintien des conditions de licenciement dans les entreprises en défaillance a pour objet de conserver l'emploi. Mais la garantie des créances de dommages et intérêts qui sont nées, par exemple, de la violation de l'obligation de requérir l'autorisation de l'inspecteur du travail pour licencier un salarié protégé²⁴⁰¹ rend presque sans intérêt le respect des procédures de licenciement, car la sanction financière qui découle du non respect de la procédure sera supportée par l'AGS dès lors que l'employeur est insolvable. Et cela, malgré le fait que l'employeur est tenu de rembourser après l'institution de garantie. Par conséquent, cette prise en charge n'incite pas l'employeur à observer scrupuleusement ses obligations qui sont pourtant nécessaires au maintien de l'emploi.

Or, les dispositions relatives aux licenciements pour motif économique sont impératives et ne pouvaient être écartées que face à une loi de police. Dans cette perspective, l'arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 9 juin 2011²⁴⁰² peut apporter un éclairage nécessaire. En l'espèce, un salarié employé par une société dont le siège se situe en France (Merkwiller-Pechelbronn, Bas-Rhin) a été affecté de façon régulière à des chantiers en Allemagne (Pforzheim). Ce salarié domicilié en France (Wissembourg) a été licencié pour motif économique par son employeur français selon le droit allemand qui ne prévoit pas l'obligation de respecter l'ordre de licenciements au sens du Code du travail. Le salarié demande au Conseil de prud'hommes d'Haguenau de condamner l'employeur pour violation de la procédure de licenciement et d'exiger de l'AGS, la prise en charge de ces créances de dommages-intérêts puisque la société a été mise en liquidation judiciaire. Le juge du travail a énoncé conformément au droit français que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse, mais qu'il n'y avait en revanche pas de violation de l'ordre des licenciements. Le liquidateur interjette appel de ce jugement en invoquant que le salarié affecté à des chantiers en Allemagne était soumis au droit du licenciement allemand en vertu de la Convention de Rome du 19 juin 1980²⁴⁰³. C'est pour cette raison que l'employeur a cotisé essentiellement aux caisses sociales allemandes. Pour lui, les dispositions du Code du travail doivent être exclues, de sorte que, la garantie de l'AGS ne peut jouer.

²⁴⁰¹ V., Cass. soc. 6 juin 2007, n° 05-40.892, P, AGS de Paris et a., c/ Landron, préc.

²⁴⁰² CA Colmar, ch. soc. Sect. A, 9 juin 2011, n°10/02652.

²⁴⁰³ Cette convention a été remplacée par le règlement (CE) Rome I, n° 593/2008, du Conseil du 17 juin 2008, *JOUE* 4 juill. 2008, n° L 177 ; V., CJCE, 15 mars 2011, aff. C-29/10, Koelzsch ; Cf., S. CORNELOUP, « Transformation de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *JCP G* 2008, Actualités, n° 320 ; S. BOLLÉE, S. LEMAIRE, « Le règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I », *D.* 2008, p. 2155 ; S. FRANCO, « Le règlement « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *Europe* oct. 2008, chron., p. 8 ; F. JAULT-SESEKE, « Loi applicable au contrat : première interprétation de la Convention de Rome par la CJCE », *D.* 2010, p. 236.

La Cour d'appel de Colmar a jugé que le contrat de travail du salarié n'était pas régi par le droit allemand, mais par les dispositions françaises de « licenciement économique ayant un caractère impératif d'ordre public et constituant une loi de police »²⁴⁰⁴. Par conséquent, le droit allemand ne peut priver le salarié du bénéfice du respect du délai nécessaire exigé entre l'entretien préalable et la notification du licenciement. Et cela, même si l'employeur et le salarié avait choisi le droit étranger comme droit applicable à la relation de travail²⁴⁰⁵. Dans cette espèce, les parties n'avaient pas expressément choisi l'application du droit étranger et surtout l'employeur appliquait au contrat les dispositions d'une convention collective du bâtiment française. On peut donc faire appel ici également au principe de faveur. Les dispositions du Code du travail en matière de délai de notification du licenciement étant favorable au salarié s'appliquent car le salarié a été dans cette hypothèse licencié le même jour de son entretien préalable, alors que le Code du travail exige 7 sept jours de réflexion. En outre, la lettre de licenciement indique : « Nous sommes contraints de vous licencier pour le motif économique suivant : réduction de notre activité » sans pour autant que les effets des difficultés économiques sur l'emploi (suppression ou transformation) ne soient évoqués. La Cour d'appel a, en somme, décidé que le licenciement économique du salarié est soumis au droit français ; les diverses créances de dommages-intérêts, notamment pour irrégularité de procédure de licenciement doivent être fixées au passif de la société en liquidation. Elle décide, en définitive, que l'institution de garantie est tenue de prendre en charge les créances de dommages-intérêts résultant de l'irrégularité de procédure dans les limites légales. Cet arrêt de la Cour d'appel a fait l'objet d'un pourvoi en cassation. La Cour de cassation a confirmé la position de cette cour d'appel²⁴⁰⁶. Cependant, sa dernière décision en la matière remonte avant la dynamique d'élargissement du champ de la garantie qu'elle a depuis adoptée²⁴⁰⁷.

Par ailleurs, la Cour de cassation s'appuie parfois sur le caractère impératif des règles de licenciements pour motif économique²⁴⁰⁸ afin d'appliquer le droit français²⁴⁰⁹. En effet, dans

²⁴⁰⁴ V., Règl. (CE) n° 593/2008 du 19 juin 2008, art. 9.

²⁴⁰⁵ Cass. soc. 12 nov. 2002, n° 99-45.821.

²⁴⁰⁶ Cass. soc. 4 déc. 2012, n° 11-22.166.

²⁴⁰⁷ V., Cass. soc. 3 avr. 2002, n° 99-44.288, *Bull. civ. V*, n° 117, p. 125 ; *Dr. soc.* 2002, p. 527, avis de l'avocat général Pierre Lyon-Caen, « Garantie de l'AGS, en l'absence de lettre de licenciement, au cas de liquidation ».

²⁴⁰⁸ Cf., Cass. soc. 12 nov. 2002, Briand c/ Institut culturel autrichien, n° 99-45.821, *Bull. civ. V*, n° 339, *RCDIP* 2003, 446, note F. Jault-Seseke, *JDI* 2004, p. 131. Un auteur a noté que « le droit français du licenciement est impératif, d'ordre public ; le salarié ne saurait y renoncer » (P. CHAUMETTE, « Contrat de travail

un arrêt du 10 févr. 2009²⁴¹⁰, on peut déduire le caractère impératif des règles de licenciement pour motif économique dans l'obligation faite à l'employeur de rechercher les possibilités de reclasser préalablement les salariés à l'extérieur de l'entreprise²⁴¹¹. Elle a déjà invoqué cette obligation dans plusieurs décisions²⁴¹², sans qu'il soit utile d'y revenir.

Néanmoins, le caractère impératif des règles de licenciements pour motif économique qui permet de sauvegarder l'intérêt public, peut amener à se demander si ces règles sont également des lois de police auxquelles l'exclusion est interdite. En effet, le droit français considère que certaines règles permettant d'assurer l'intérêt public sont d'application obligatoire. En ce qui concerne les dispositions relatives aux licenciements, en dépit des contradictions et incertitudes²⁴¹³, il faut distinguer trois situations. D'abord, les dispositions qui régissent le régime général du licenciement qui n'ont pas la nature de loi de police²⁴¹⁴. En ce sens, l'employeur et le salarié peuvent décider de soumettre la rupture du contrat du salarié détaché en France par une loi étrangère²⁴¹⁵. Toutefois, ces dispositions peuvent présenter un caractère impératif. Ensuite, les dispositions qui régissent les licenciements des salariés protégés sont qualifiées de « loi de police »²⁴¹⁶. Cette qualification de loi de police s'étend des lois de création et de fonctionnement des institutions représentatives du personnel à celles relatives à la protection des membres de ces institutions contre le licenciement²⁴¹⁷. Enfin, les règles de licenciement pour motif économique ont été considérées comme lois de police parce qu'elles permettent de protéger l'emploi²⁴¹⁸. Ainsi, la protection de l'emploi est un objectif de la politique économique et sociale. Mais un auteur a soulevé toutefois l'incertitude de la

international », *Dr. soc.* 2011, n° 2, pp. 209-212, note sous Cass. soc. 29 sept. 2010, Sté Customer Ground Service, n° 09-68.851, n° 09-68.852, n° 09-68.853, n° 09-68.854, n° 09-68.855).

²⁴⁰⁹ Cass. soc. 29 sept. 2010, Sté Customer Ground c/ A. et a., *Dr. soc.* 2011, n° 2, p. 209 et s., note P. Chaumette.

²⁴¹⁰ Cass. soc. 10 févr. 2009, n° 08-40.057, F-D.

²⁴¹¹ Cf., N. GARDAIR-RÉROLLE, « Le licenciement économique : obligation de rechercher des possibilités de reclassement à l'extérieur de l'entreprise », *Jurispr. soc. Lamy* 2009, n° 264.

²⁴¹² Cass. soc. 2 mai 2001, n° 98-44.945, *Jurispr. soc. Lamy* 2001, n° 86, p. 60 ; 21 nov. 2006, Dunlop, n° 05-40.656 ; 28 mai 2008, n° 06-46.009, *Jurispr. soc. Lamy*, 30 juin 2008, n° 236, p. 32 ; 12 nov. 2008, n° 07-43.242, *Jurispr. soc. Lamy*, 27 oct. 2008, n° 242, p. 21.

²⁴¹³ Cf., J. DÉPREZ, « Loi applicable à la rupture du contrat de travail international », *RJS* 4/97, p. 235.

²⁴¹⁴ Cass. soc. 12 nov. 2002, n° 99-45.821, *Bull. civ. V*, n° 339 ; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 446, note F. Jault ; *D.* 2004, jurispr., p. 661, note J.-G. Mahinga ; Cf., M.-E. ANCEL, « Loi de police : nécessité d'un rattachement avec la France », note sous Cass. com. 27 avr. 2011, n° 09-13.524, *Dr. et patr.* 2011, n° 209, p. 90.

²⁴¹⁵ Cass. soc. 29 mai 1991, n° 88-42.335, *Bull. civ. V*, n° 270, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 468, note H. Muir-Watt.

²⁴¹⁶ CE, 29 juin 1973, n° 77.982, Compagnie des wagons-lits, *Dr. soc.* 1974, p. 42, concl. Questiaux, *Rev. crit. DIP* 1974, p. 344, concl. Questiaux et p. 273, commentaires de Francescakis ; Cass. Ass. plén. 10 juill. 1992, n° 88-40.673, *Bull. ass. plén.*, n° 9, *JCP G* 1993, II, 22063, note P. Rodière ; *Rev. crit. DIP* 1994, p. 69, note B. Audit.

²⁴¹⁷ Cass. soc. 3 mars 1988, n° 86-60.507, *Bull. civ. V*, n° 164 ; *JDI* (Clunet) 1989, p. 78, obs. M.-A. Moreau ; *Rev. crit. DIP* 1989, p. 63, note G. Lyon-Caen.

²⁴¹⁸ Cass. Ass. plén. 10 juill. 1992, n° 88-40.674, *Bull. ass. plén.*, n° 8.

qualification de lois de police des dispositions relatives aux licenciements pour motif économique²⁴¹⁹. La Cour de cassation a décidé le 7 octobre 2003²⁴²⁰ que la loi française de licenciement économique était applicable à un salarié belge qui a travaillé en France dans les sociétés d'un groupe de droit belge parce que le salarié avait souhaité unilatéralement se voir appliquer le droit français à la rupture de son contrat de travail.

En conclusion, la prise en charge des créances résultant des licenciements qui n'obéissent pas à l'exigence du respect des procédures de licenciement, risque de fragiliser le droit du travail des licenciements pour motif économique. Pour limiter les menaces sur le droit du licenciement, on peut s'appuyer sur le caractère impératif ou de loi de police des dispositions régissant les ruptures économiques pour exiger de l'employeur le respect de la procédure. Si cette solution n'aboutit pas, il pourrait être envisagé d'exclure du champ de la garantie toutes les créances qui résultent des licenciements irréguliers. Mais l'efficacité d'une telle disposition doit être mesurée afin que son introduction ne pénalise pas les salariés bien que licenciés irrégulièrement. Cette prise en charge a une incidence sur les finances de l'institution de garantie.

238.- Augmentation de la charge financière de l'AGS. L'obligation faite à l'assurance garantie des salaires de prendre en charge certaines créances résultant des licenciements qui n'ont pas respecté la procédure de rupture a une incidence sur l'équilibre financier de l'institution de garantie. Elle augmente sensiblement la charge financière de cette institution. Or, les indemnités qui découlent des licenciements irréguliers ne sont, en principe, pas soumises aux cotisations de l'assurance garantie des salaires. Pourtant, le droit de la sécurité sociale prévoit un régime spécial pour les indemnités de licenciements irréguliers²⁴²¹. Ainsi, l'assiette des cotisations de l'AGS étant limitée à la « rémunération servant de base au calcul des contributions au régime d'assurance chômage²⁴²² » sans inclure la totalité des indemnités

²⁴¹⁹ B. AUDIT, note in *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 69.

²⁴²⁰ Cass. soc. 7 oct. 2003, n° 01-45.015.

²⁴²¹ Cf., P. COURSIER, « Nouveau régime social et fiscal des sommes liées à la rupture du contrat de travail », *Sem. soc. Lamy* 2007, n° 218, chron. ; A. BRICE, D. GUILLOUET, « Le régime des indemnités de rupture, Première partie », *Sem. soc. Lamy* 2008, n° 1358 ; M. COLOMER, « Les indemnités de rupture au regard de l'assiette des cotisations sociales », *Cah. dr. entreprise* 2008, n° 2, p. 104 ; J.-R. LE MEUR, « Régime social et fiscal des indemnités de rupture », *Les Cah. du DRH* 2010, n° 161, p. 9 ; G. SINGER, « Exonération des indemnités de rupture : Quelles sont les règles en 2012 ? », *Lexbase Hebdo éd. soc.*, 16 févr. 2012, n° 473 ; S. PONCET, « Le régime social des indemnités transactionnelles versées aux salariés », *Jurispr. soc. Lamy* 2012, n° 319, pp. 4-7.

²⁴²² C. trav., art. L. 3253-18.

de licenciements, il serait difficile d'équilibrer les comptes de l'institution de la prise en charge du risque de non-paiement des salaires en exigeant la garantie de ces indemnités.

En effet, la cotisation d'assurance chômage sur laquelle se fonde l'*assurance des salaires* « est assise sur l'ensemble des rémunérations brutes qui donnent lieu au versement de cotisations de sécurité sociale dans la limite de 4 fois le plafond de la sécurité sociale »²⁴²³. L'assiette des cotisations de l'assurance chômage englobe ainsi toutes les sommes qui ont la nature de rémunération salariale dans laquelle sont incluses les indemnités complémentaires de maladie et des ressources qui compensent la perte de salaire découlant de la réduction du temps de travail²⁴²⁴. Le renvoi aux cotisations de sécurité sociale crée donc un alignement de l'assiette de l'assurance chômage sur celle de la sécurité sociale²⁴²⁵, même s'il existe quelques nuances²⁴²⁶.

Ainsi, la cotisation de l'AGS s'applique essentiellement comme l'assurance chômage aux salaires de base et leurs compléments²⁴²⁷. Une interrogation peut cependant être soulevée en ce qui concerne les indemnités résultant des licenciements pour motif économique qui ne respectent pas la procédure dans les entreprises en défaillance. Le droit de l'assurance chômage prévoit un régime particulier dans lequel l'employeur est tenu de verser une contribution supplémentaire (contribution Delalande)²⁴²⁸. Cette contribution est due par l'employeur qui licencie un salarié qui a au moins 50 ans. Il est ainsi prévu dans ce cadre plusieurs exonérations, parmi lesquelles celle relative au licenciement d'un salarié pour faute grave ou inaptitude à tout poste de travail dans l'entreprise. En ce sens, il a été énoncé que l'employeur doit verser une contribution spéciale à l'assurance chômage lorsqu'il licencie un salarié pour motif économique sans pour autant que la proposition d'une convention de conversion (actuel contrat de sécurisation de parcours professionnelle) ne soit respectée²⁴²⁹.

De façon générale, la loi de financement de la sécurité sociale pour 2011 a prévu des exonérations de cotisations de sécurité sociale à hauteur d'un plafond pour les certaines

²⁴²³ C. trav., art. L. 5422-9.

²⁴²⁴ Cass. soc. 17 juin 2003, n° 00-21.407 ; *Bull. civ.* V, n° 197.

²⁴²⁵ CSS, art. L. 242-1. Cf., *supra*, n° 141 et s.

²⁴²⁶ Cf., F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, préc., p. 369.

²⁴²⁷ Cass. civ. 2^e, 5 juin 2008, n° 07-14.408, P+B.

²⁴²⁸ Cf., F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, préc., pp. 370 et s.

²⁴²⁹ F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, préc. p. 371.

indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail²⁴³⁰. D'autres indemnités pour licenciement irrégulier sont exonérées des cotisations de la sécurité sociale et donc de l'assurance chômage²⁴³¹. À cet égard, l'indemnité pour nullité de la procédure de licenciement économique est exclue de l'assiette de l'assurance chômage. Partant, elles ne sont pas assujetties aux cotisations de l'assurance garantie des salaires.

Pour conclure, la prise en charge des créances résultant des licenciements n'encourage pas le respect de la régularité de la procédure de licenciement. Mais si l'on porte un regard attentif sur l'évolution de la dynamique de la garantie des créances salariales, il se dégage des justifications à cette prise en charge. En effet, la garantie des créances résultant de certaines ruptures irrégulières peut être justifiée par le caractère alimentaire qui a incité à l'élargissement extrême du champ de la garantie des salaires. Si la nature alimentaire des créances salariales ne justifie pas à elle seule cette protection exorbitante car la finalité de sauvegarde de l'entreprise en est aussi une raison avancée²⁴³², la volonté du juge d'étendre plus loin le champ des créances garanties n'est pas à épargner.

Cette garantie des créances de dommages-intérêts résultant de certains licenciements qui ne respectent pas la procédure de licenciement si elle ne permet pas l'épanouissement du droit du travail, son incidence sur l'équilibre financier de l'AGS pourrait avoir des conséquences dramatiques. L'asphyxie financière de l'Association pour la gestion du régime d'assurance garantie des salaires peut conduire à la destruction de ce mécanisme social qui a pour but d'accorder aux salariés *un minimum vital* afin qu'ils conservent leur capacité de subsistance et non des *ressources maximales* d'enrichissement dépassant les besoins alimentaires. Par conséquent, l'exclusion des créances nées de ruptures irrégulières du champ de la garantie devrait réduire sensiblement la charge financière de l'institution de garantie. La dynamique de la garantie ne doit donc pas, en définitive, être contre-productive au regard de la finalité originelle du mécanisme.

²⁴³⁰ LFSS 2011, art. 18.

²⁴³¹ CGI, art. 80, al. 1 duodecimes.

²⁴³² Cf., *supra*, n° 6 ; A. BOYER, « Un droit social contre-productif dans les entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.* 2010, 16-17 avr. 2010, p. 11.

Conclusion du chapitre 2

La dynamique de la garantie des créances des salariés incite dans une certaine mesure à la rupture prématurée du contrat de travail. En effet, la loi en imposant que la créance qui doit être prise en charge par l'institution de garantie soit celle qui naît dans une période prédéterminée, ne laisse pas le temps nécessaire à l'auteur de la rupture de mettre en œuvre les mesures nécessaires au maintien de l'emploi. Cette prédétermination du délai de rupture crée ainsi une *course contre la montre* pour bénéficier de la garantie. L'existence de la diversité de modes de rupture du contrat concourt également à faciliter la rupture du contrat de travail. L'employeur a le choix entre ces différentes formes de ruptures²⁴³³.

En pratique, le caractère réduit du *temps de la rupture* du contrat de travail ne permet pas à l'employeur, à l'administrateur ou au mandataire judiciaire de mettre en œuvre les mesures sociales d'accompagnement permettant d'éviter ou de réduire le nombre des ruptures. Or, le placement de l'employeur en procédure collective ne l'exonère pas des prescriptions du droit du travail. En réalité, la rupture est prématurée et les conditions de régularité de la rupture du contrat ne servent plus effectivement le maintien de l'emploi. Les conditions de la rupture sont diminuées, malgré le contrôle de la régularité par le juge et les sanctions des manquements applicables. Le contrôle des conditions de la régularité de la rupture surtout de la cause économique du licenciement et les sanctions du défaut de cause réelle et sérieuse²⁴³⁴ constituent des freins à la précipitation des ruptures. Mais ces freins à la prématurité de la rupture sont limités, car le juge ne peut pas encore interdire les licenciements dans les entreprises placées en procédure collective. Le contrôle de la rupture permet d'identifier l'auteur de la rupture du contrat de travail afin de lui attribuer la charge de l'indemnisation des salariés.

En effet, la garantie des salaires a une dynamique favorable à la sauvegarde de l'entreprise qui incite à la rupture du contrat de travail. Cette dynamique permet la prise en charge des créances résultant d'une rupture qui n'a pas respecté les conditions procédurales du licenciement, notamment l'obligation de consultation et d'information des représentants du personnel, alors que l'inobservation de la période de garantie prive le salarié de l'assurance garantie des salaires. Pourtant, les difficultés économiques et l'ouverture de la procédure

²⁴³³ Il hésite entre le licenciement pour motif économique, la rupture anticipée du CDD et la rupture amiable.

²⁴³⁴ Les causes du licenciement économique sont celles prévues à l'article L. 1233-3 du Code du travail.

collective n'exonèrent pas l'employeur de l'impératif du maintien de l'emploi qui découle directement du droit du salarié au travail. Ainsi, la flexibilité de l'emploi dans les procédures collectives doit inciter au renforcement de l'obligation de négocier les plans de gestion prévisionnelle des emplois et de compétences²⁴³⁵ afin d'anticiper la destruction de l'emploi.

Aussi, la *fonction de sauvegarde de l'entreprise* de la garantie des créances des salariés est caractérisée par la majorité des sanctions financières attachées à la violation des conditions de licenciement dans les entreprises en difficulté, alors que la réintégration devrait être la véritable solution du maintien de l'emploi. L'obligation pour l'employeur d'exécuter le contrat de travail de bonne foi²⁴³⁶ doit se mesurer par rapport aux moyens qu'il met pour le reclassement des salariés. De cette obligation découle une exigence de reclassement qui a fait l'objet d'une jurisprudence abondante. Cette dernière a étendu la portée de cette obligation²⁴³⁷. L'article L. 6321-1 du Code du travail²⁴³⁸ ordonne que « l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail. Il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations. Il peut proposer des formations qui participent au développement des compétences ». Pour éviter que l'employeur n'abuse de la confiance manifestée à son égard dans l'accomplissement de cette obligation et rende le dispositif inefficace et contre-productif, cette obligation de moyen doit être surveillée par le juge afin de contraindre l'employeur à atteindre un résultat consistant. La consistance du résultat est évaluée par rapport à l'évitement ou à la réduction du nombre de licenciements. En vérité, le contrôle des conditions de régularité de la rupture n'a pas pour objectif d'interdire les licenciements. Il permet seulement d'identifier l'auteur de la rupture afin de lui imputer la responsabilité d'indemniser les salariés.

²⁴³⁵ Cf., A. MARTINON, « La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences », *Dr. soc.* 2011, n° 6, pp. 613-621 ; F. CHAMPEAUX, « Les enjeux de la négociation sur la sécurisation de l'emploi », *Sem. soc. Lamy* 2012, n° 1551, pp. 3-6.

²⁴³⁶ C. civ., art. 1134, al. 3 ; C. trav., art. L. 1222-1 ; C. VIGNEAU, « Bonne foi et exécution du contrat de travail », *Dr. soc.* 2004, 706 ; M. PLET, *Dr. ouvr.* 2005, p. 98.

²⁴³⁷ Cass. soc., 3 avr. 2001, *RJS* 6/2001, n° 731.

²⁴³⁸ C. trav., art. L. 930-1 anc.

Conclusion du titre 1

La dynamique de la garantie des salaires est favorable aux salariés par l'extension du champ des créances garanties, mais la prise en charge des créances résultant des licenciements pour motif économique semble davantage motivée par le sauvetage de l'entreprise que par le maintien de l'emploi. En réalité, le maintien de l'emploi peut s'avérer impossible. Cette impossibilité est parfois due à la moindre considération que porte le juge commercial au droit à l'emploi du salarié dès lors que l'entreprise est placée en procédure collective. Il privilégie ainsi la sauvegarde de l'entreprise. Il considère en effet que l'emploi est sacrifié quel que soit le nombre des licenciements à effectuer. Ce qui compte le plus pour lui, c'est que l'activité de l'entreprise soit maintenue ; peu importe le nombre d'emplois maintenus. Le sacrifice du contrat de travail découle directement de la conception dont le juge et certains commentateurs commercialistes ont des finalités des procédures collectives. Ces derniers pensent que le législateur a classé les finalités des procédures collectives par priorité²⁴³⁹. Or, il n'en est rien, même si en pratique les juges ont pris de la largesse en faisant des choix entre la sauvegarde de l'entreprise et le maintien de l'emploi, alors que le législateur ne hiérarchise pas les objectifs de ces procédures. Les parlementaires avaient d'ailleurs, lors de l'adoption de la loi 25 janvier 1985, précisé que ces finalités n'étaient pas alternatives, mais cumulatives²⁴⁴⁰.

Cette conception n'est de même plus justifiable, car la force que manifeste l'obligation de reclassement désormais dans les entreprises en difficulté ne laisse pas de place à la prééminence de l'objectif de sauvegarde de l'entreprise sur celui du maintien de l'emploi. En revanche, si la sauvegarde de l'entreprise, logique économique prenait le pas sur le maintien de l'emploi, logique sociale, la créance qui résulte de la rupture du contrat de travail ne doit pas être perdue. Pour cela, le droit du travail milite à la facilitation des conditions d'accès à l'assurance garantie des créances salariales.

Toutefois, le sentiment de la prédominance de l'objectif de sauvegarde de l'entreprise sur celui du maintien de l'emploi ne supprime pas les conditions de rupture et les freins à la

²⁴³⁹ R. HOUIN, *Rapport introductif*, in *Les innovations, RTD com.* 1986, p. 11 ; J.-Cl. MAY, « La triple finalité de la loi sur le redressement judiciaire », *LPA* 1987, n° 141, p. 18 ; « Redressement et liquidation judiciaires, réalisation de l'actif », *J.-Cl. Com.*, fasc. 2710-3 ; A. VIANDIER, G. ENDRÉO, *Redressement et liquidation judiciaires. Loi du 25 janvier 1985 commentée article par article et décrets d'application*, Litec, Paris, 1986, p. 4 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit », 2011, p. 25 et s.

²⁴⁴⁰ D. TRICOT, in *L'attractivité du droit des procédures collectives*, conférence Nanterre, 27 mars 2012.

rupture du contrat de travail. Les sanctions des irrégularités de la rupture du contrat de travail lorsqu'elles ont trait à la procédure²⁴⁴¹ peuvent encore entraîner, dans certains cas, la réintégration²⁴⁴² du salarié dans l'entreprise placée en procédure de sauvegarde. Par conséquent, l'obligation du maintien de l'emploi du salarié dans les entreprises en difficulté n'est pas complètement écrasée par l'objectif de sauvegarde de l'entreprise. Et surtout, le droit du travail permet au salarié qui a perdu son contrat de travail de bénéficier d'une indemnité adéquate. Pour assurer une telle indemnisation, l'imputation de la responsabilité d'indemniser est importante. Si l'employeur reste le responsable principal de l'obligation d'indemnisation parce qu'il détient le pouvoir d'organisation du travail dans l'entreprise (qui implique la protection du salarié), l'imputation de la responsabilité d'indemnisation des salariés a été étendue à d'autres personnes.

²⁴⁴¹ C. trav., art. L. 1235-2.

²⁴⁴² C. trav., art. L. 1235-3.

Titre 2 : La charge de l'indemnisation des salariés

239.- Une charge du titulaire du pouvoir. Le droit du travail conçoit le contrat de travail comme un acte juridique qui place le salarié sous la subordination de l'employeur. Ce dernier est propriétaire de l'outil de production et, titulaire des pouvoirs de direction et de gestion. Il décide ainsi de la stratégie économique et sociale de l'entreprise et, dispose à ce titre de la faculté de licencier le salarié dans le respect du droit des licenciements (en occurrence pour motif économique). De cette décision de rupture, et des règles qui l'encadrent, résultent deux types de préjudices et deux chefs d'indemnisation corrélatifs : d'une part, une indemnisation automatique fondée sur l'idée que la perte de l'emploi, même régulière, est un préjudice en elle-même (notamment l'indemnité de rupture, indemnités compensatrices du solde des droits acquis tels que le droit à congés payés ou le droit individuel à la formation) et, d'autre part, une indemnisation éventuelle liée aux manquements aux règles du licenciement. Ces préjudices ouvrent droit à des indemnités et/ou dommages-intérêts au profit du salarié qui a perdu son emploi et la charge de cette indemnisation pèse par conséquent sur l'employeur, auteur de la décision.

Néanmoins, la notion d'employeur est souple²⁴⁴³. La complexification de la gestion des entreprises a, en effet, rendu artificielle la notion d'employeur à laquelle le droit du travail est tant attaché. Tel est le cas, par exemple, de la financiarisation²⁴⁴⁴ qui soumet les décisions de gestion aux exigences des marchés financiers ou encore de la décentralisation productive²⁴⁴⁵, qui, lorsqu'il existe une certaine dépendance économique entre donneur d'ordre et sous-traitant, intercale un contrat commercial de sous-traitance entre les salariés et le véritable auteur de la stratégie. La référence à l'*employeur* connaît ainsi ses limites²⁴⁴⁶ car si l'*employeur*, c'est-à-dire la société reste le cocontractant du salarié, ses pouvoirs, particulièrement en matière d'organisation du travail et de stratégie, sont parfois exercés à

²⁴⁴³ V., C. trav., art. L. 1331-1 ; Cass. soc. 30 nov. 1997, n° 94-41.320P ; 8 juill. 1998, n° 96-41.856 ; 27 mai 2009, n° 06-46.293 ; CE, 9 mars 2009, n° 253458.

²⁴⁴⁴ Cf., J.-P. ROBÉ, *L'entreprise et le droit*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1999, n° 3442 ; C. HANNOUN, « L'émergence de l'entreprise-marchandise », *RDT* 2012, p. 22 ; T. BRUMBACH, « L'incidence sur l'emploi de l'organisation et de la réorganisation des groupes », *Dr. ouvr.* n° 767, p. 393.

²⁴⁴⁵ Cf., E. PESKINE, *Réseaux d'entreprise et droit du travail*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, Coll. « Bibl. de droit social », t. 45, 2008 ; E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, 7^e éd., Dalloz, coll. « HyperCours », 2012, p. 6.

²⁴⁴⁶ D. JACOTOT, « Le licenciement des salariés d'une composante d'un groupe en liquidation judiciaire : entre droit du travail et droit civil ! », *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3, études, p. 15.

travers le jeu de la délégation des pouvoirs²⁴⁴⁷ ou de l'ingénierie sociétaire et des techniques financières²⁴⁴⁸ par des personnes qui n'ont aucun lien juridique avec les salariés et totalement ignorés par eux, y compris dans une dimension internationale en des endroits fort éloignés des lieux de production ou dans une dimension financière fort éloignée des logiques de production. Ces modes de gestion instituent une véritable limite à l'usage de la conception originelle d'employeur, car l'absence de lien juridique emporte par principe l'impossibilité d'exercer contre les décideurs toute action judiciaire sur le fondement de la responsabilité contractuelle. En effet, seul l'employeur a des obligations à l'égard de ses salariés quoique le droit du travail, ou plus exactement les juridictions compétentes, tendent depuis une période récente à développer des mécanismes d'extension du champ des responsabilités, de manière encore très limitée. La notion d'employeur - telle qu'elle est conçue aujourd'hui par le droit du travail est donc insuffisante, il va falloir la préciser afin de mieux déterminer, derrière l'apparence²⁴⁴⁹, l'employeur réel²⁴⁵⁰ ou les employeurs conjoints couramment appelés co-employeurs²⁴⁵¹.

À la vérité, la charge de l'indemnisation incombe à l'employeur parce que c'est lui qui doit en principe procéder à la rupture du contrat. Mais, en réalité, il n'est pas toujours l'auteur de la rupture. On retrouvera dans l'analyse de la mesure individuelle de rupture des difficultés similaires aux précédentes, concernant la question de la stratégie globale. Si les pouvoirs reconnus à l'employeur sont concentrés entre les mains du chef d'entreprise dans les petites structures, cela n'est pas le cas dans les structures plus importantes. Dans ce cas, la personne qui licencie, c'est celle qui représente, c'est-à-dire celle à qui, la loi, les statuts ou l'organisation hiérarchique donnent le droit de *décider* et d'*agir* au nom et pour le compte de l'employeur. Les pouvoirs de direction et de gestion reconnus à la société et dévolus à son représentant légal ou statutaire y seront *in fine* exercés par un délégué, voire un su-

²⁴⁴⁷ Cf., P. LOKIEC, *Droit du travail, t. 1, Les relations individuelles de travail*, PUF, coll. « Thémis droit », 2011, pp. 415 et s.

²⁴⁴⁸ On peut citer à titre d'exemple le *leverage buy out* (LBO) traduit en français « achat d'entreprise avec effet de levier » en expansion ces dernières années.

²⁴⁴⁹ Cass. soc. 18 mai 1967, n° 66-40.324, *Bull. civ.* IV, p. 329 (La Cour cassation décide que la responsabilité de la société est engagée dès lors que la personne qui avait embauché le salarié, négocié le salaire ou procédé à un licenciement avait « l'apparence » de l'employeur) ; 15 juin 1999, n° 97-41.375, *Bull. civ.* V, n° 282 (La validité d'un contrat signé par le père du gérant, associé et chargé de l'exploitation de l'entreprise) ; Ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095 ; 26 janv. 2011, n° 08-43.477 ; 2 mars 2011, n° 09-67.237.

²⁴⁵⁰ Cass. soc. 2 avr. 1992, n° 88-44.105, *Bull. civ.* V, p. 148 (La Cour a estimé qu'au-delà de l'apparence créée par des contrats d'entretien, deux salariés n'étaient pas sous la subordination de la société d'intérim, mais avaient pour véritable employeur la société dans les locaux de laquelle ils travaillaient depuis plusieurs années).

²⁴⁵¹ V., Cass. soc. 22 janv. 1992, n° 87-44.284, *Bull. civ.* V, p. 14 ; 12 févr. 1992, n° 89-41.645 ; 7 avr. 1993, n° 90-40.267 (Pas de co-employeurs) ; 13 févr. 1996, n° 92-41.389 (Condamnations solidaires).

déléataire, y compris un salarié. Cette personne est donc habilitée à incarner l'employeur²⁴⁵² ; elle a « l'apparence de l'employeur » parce qu'elle exerce ses prérogatives. Mais les actes qu'elle prend, engagent la responsabilité de l'entreprise²⁴⁵³, l'employeur réel²⁴⁵⁴. Ses actes sont, dans le cadre de sa relation avec le salarié - *objet de la mesure* -, des *faits juridiques* en ce sens qu'ils ne créent aucun lien juridique entre eux. Cette conception est par exemple illustrée, en ce qui concerne la conclusion d'un contrat de travail par un représentant de la société, par un arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 1980²⁴⁵⁵. Dès lors, la relation de travail s'épanouit sur deux dimensions : la dimension employeur/salarié qui est déconnectée de la dimension employeur/représentant.

Enfin, la notion d'employeur rencontre encore un dernier ordre de difficultés propres au droit des entreprises en difficulté. D'abord, il emploie souvent le terme de « débiteur » pour désigner l'employeur. Surtout, ce droit a des incidences importantes sur l'organisation interne des entreprises en difficulté. En effet, le représentant habituel de l'employeur est parfois dessaisi de certains pouvoirs ou assisté dans la gestion de l'entreprise. Le pouvoir de décision est dans certaines hypothèses confié aux mandataires de justice. Ce transfert de pouvoir leur donne le droit d'effectuer les licenciements à la place du représentant, donc de l'employeur. En ce sens, les organes de la procédure collective exercent, à titre accessoire, le pouvoir de direction de l'employeur car il appartient en principe à ce dernier de procéder à la rupture du contrat de travail dont résulte la créance à garantir. Pourtant, le transfert du pouvoir de licencier implique bien que le détenteur de ce pouvoir justifie la rupture par un motif économique et respecte les exigences procédurales, y compris lorsqu'il est détenu dans le cadre particulier par un mandataire judiciaire.

Différentes questions se soulèvent : l'AGS est-elle tenue de garantir la créance qui résulte d'une rupture qui n'est pas initiée par l'employeur ? Comment la charge de l'indemnisation est-elle répartie entre les différentes personnes susceptibles être auteurs de la rupture à laquelle résulte la créance salariale ?

240.- Responsables du paiement des créances salariales. La responsabilité est un concept²⁴⁵⁶ qui est lié à l'*imputation*²⁴⁵⁷ de la *décision*, du *pouvoir d'agir*. En droit du travail,

²⁴⁵² V., Cass. soc. 2 mars 2011, n° 08-45.422, FS-P+B.

²⁴⁵³ Cass. soc. 18 mai 1967, n° 66-40.324, *Bull. civ. IV*, p. 329 ; 15 juin 1999, n° 97-41.375, *Bull. civ. V*, n° 282 ; Ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095 ; Cass. soc. 26 janv. 2011, n° 08-43.475 ; 2 mars 2011, n° 09-67.237.

²⁴⁵⁴ Cass. soc. 1992, n° 88-44.105, *Bull. civ. V*, p. 148.

²⁴⁵⁵ Cass. soc. 31 janv. 1980, n° 78-40.327, *Bull. civ. V*, p. 72.

²⁴⁵⁶ P. RICOEUR, « Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique, in *Le juste, Esprit*, p. 41, spéc. p. 60.

c'est l'employeur qui exerce le pouvoir sur le salarié. À ce titre, il est débiteur des obligations contractuelles de travail²⁴⁵⁸ et tenu de régler les créances du salarié résultant de la rupture du contrat de travail. Il existe toutefois une difficulté à déterminer le responsable de l'indemnisation lorsque le pouvoir est exercé par représentation ou délégation puisque le représentant de l'employeur n'a pas noué de lien juridique avec le salarié. La coïncidence entre exercice du pouvoir et imputation du pouvoir est ici brisée ; quoiqu'exercé par une autre personne juridique, le pouvoir continue d'être imputé à l'employeur qui assume en conséquence la responsabilité et la charge de l'indemnisation.

À côté de ces considérations relatives aux échelons « inférieurs » de l'exercice du pouvoir, il ne faut pas méconnaître les difficultés similaires d'imputation concernant les échelons « supérieurs », y compris à l'extérieur de la société-employeur : la décision de rompre le contrat de travail peut avoir une origine lointaine car d'autres personnes peuvent se *substituer* ou *inciter* l'employeur, ses dirigeants, ses représentants à procéder à la rupture du contrat de travail. Cette difficulté s'est accentuée avec le développement des groupes de sociétés²⁴⁵⁹, souvent à dimension internationale.

En effet, lorsque l'entreprise est placée en procédure collective, la jurisprudence ne se limite plus - à la responsabilité de l'employeur - auquel l'AGS peut se substituer en cas de *défaillance de paiement des salaires*. Le juge contrôle la régularité du licenciement pour motif économique pour déterminer à qui, de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du co-employeur ou de la société mère, la responsabilité est imputable. Il existe ainsi une sorte de *co-obligation d'indemnisation* entre les différents responsables de la rupture. La recherche du responsable de l'indemnisation des salariés est donc nécessaire (Chapitre 1). Si l'employeur est souvent responsable de l'indemnisation des salariés puisqu'il est fréquemment l'auteur de la rupture du contrat de travail, par l'intermédiaire de son représentant, sa défaillance met l'institution de garantie des salaires en qualité de responsable de l'indemnisation par

²⁴⁵⁷ F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibl. des thèses », 2009, p. 2 ; A.-C. MARTIN, *L'imputation des risques entre contractants*, LGDJ, 2009, n° 13 ; E. PESKINE, « L'imputation en droit du travail. À propos de la responsabilité des sociétés mères en matière de licenciement pour motif économique », *RDT* 2012, p. 347 ; A. CHAIGNEAU, S. VERNAC, « Propriété, responsabilité et personnes morales », in « *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales* », Collège des Bernardins, 2012, p. 387.

²⁴⁵⁸ Cf., T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, 2008.

²⁴⁵⁹ A. SUPIOT, « Groupes de société et paradigme de l'entreprise », *RTD com.* 1985, p. 623 ; G. LHUILIER, « Le paradigme de l'entreprise dans le discours des juristes », *Annales (Économies, sociétés et civilisations)* 1993, n° 2, p. 329.

substitution. Néanmoins, il existe des voies par lesquelles les responsabilités alternatives sont, le cas échéant, recherchées pour désengager l'employeur et l'Association pour la Gestion du régime de garantie des créances des salariés (Chapitre 2).

Chapitre 1 : À la recherche du responsable de l'indemnisation

241.- Une pluralité de responsables. La dynamique de la garantie s'est traduite dans l'extension du champ d'intervention de l'assurance garantie des salaires aux créances qui résultent de la rupture du contrat de travail. Il convient toutefois d'apporter à ce sujet deux précisions préliminaires : d'une part, à l'endroit de certaines catégories de personnes qu'il conviendra d'envisager, le législateur n'a pas clairement affirmé cette expansion de l'obligation d'indemnisation des salariés ; mais, d'autre part, l'extension du champ d'intervention de l'assurance garantie des salaires résulte davantage d'une œuvre jurisprudentielle que législative. Cette extension du champ d'intervention de l'institution de garantie s'accompagne de l'augmentation du montant des avances versées aux salariés par l'institution de garantie, rendant d'autant plus importante la détermination du débiteur, *in fine*, de l'obligation d'indemniser les salariés. Pour ce faire, dès lors que l'employeur n'est plus le seul à répondre du paiement de la créance résultant de la rupture du contrat de travail, qui peut être prise en charge par l'institution de garantie, il importe de déterminer l'auteur de la rupture du contrat. Dans les entreprises en difficulté, il se peut que l'auteur de la rupture ne soit pas le représentant de l'employeur lui-même, mais un mandataire de justice. Dès lors, ne pourrait-on envisager que l'obligation d'indemnisation lui incombe ? Dans l'affirmative, l'auteur de la rupture serait le *débiteur* de l'indemnisation, d'autant plus lorsque le représentant de l'employeur n'est pas le gestionnaire de l'entreprise en difficulté. Ainsi, le *dessaisissement* de la gestion du patrimoine est une technique qui permet de ne pas attribuer automatiquement les fautes commises par les mandataires de justice à l'employeur.

La détermination du débiteur de l'obligation d'indemnisation est plus complexe dans le cadre des groupes de sociétés. Certaines garanties protectrices en matière de licenciement économique, telles que - la mise en œuvre du plan de sauvegarde de l'emploi, peuvent incomber à l'ensemble des filiales et à la société mère, de sorte qu'il devient plus difficile de déterminer qui est responsable en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution des obligations. Toutefois, la responsabilité principale de l'obligation d'indemnisation reste imputée à l'employeur, dans la mesure où sa responsabilité est largement fondée sur la défaillance d'une obligation contractuelle (Section 1). Mais l'AGS peut se substituer à lui dans le paiement des créances salariales et assurer ainsi une sorte de *responsabilité accessoire, complémentaire*²⁴⁶⁰ en cas d'insolvabilité (Section 2).

²⁴⁶⁰ Cf., *supra*, n° 79 et 95.

Section 1 : La responsabilité principale de l'employeur

242.- Origines et étendue de la responsabilité. La garantie des créances résultant de la rupture du contrat de travail en général, et des licenciements pour motif économique en particulier, a amélioré la situation des salariés dans les entreprises en difficulté. Cette garantie devrait normalement s'appliquer aux seules créances qui résultent des ruptures justifiées et régulières car les prescriptions du droit du travail agissent dans le sens du maintien de l'emploi. Or, il n'en est rien en pratique. En effet, l'employeur est tenu de réparer le préjudice qu'il a causé aux salariés non seulement lorsque le licenciement est justifié, mais également s'il ne respecte pas les conditions du licenciement. Par conséquent, l'AGS en tant qu'*institution de substitution*, est tenue aussi de garantir les créances qui résultent des licenciements sans *cause réelle et sérieuse* ou qui ne respectent pas les *exigences procédurales*. La garantie des créances résultant des licenciements injustifiés ou irréguliers dans le cadre de la procédure collective peut ainsi s'exposer au reproche de favoriser une certaine négligence dans le respect de règles du droit du travail pourtant protectrices de l'emploi. Toutefois, la dynamique de la garantie des salaires n'a pas *écarté* la responsabilité de l'employeur d'indemniser les salariés. Il reste l'agent payeur principal des créances des salariés, dans le cadre de sa responsabilité fondée sur les règles spécifiques du droit du travail, même lorsqu'il est placé sous le régime des entreprises en difficulté.

Il importe donc, en premier lieu, d'analyser les sources de la responsabilité de l'employeur en droit du travail, d'autant que l'employeur est le plus souvent une personne dont les pouvoirs de direction et de gestion sont exercés par des représentants ou délégataires (§ 1). Il sera possible, ensuite, de mieux saisir l'étendue, et l'originalité par rapport au droit commun, de la responsabilité imputée à l'employeur qui dispose de pouvoirs lui permettant d'exercer une autorité sur le salarié et son emploi, que le licenciement soit régulier ou irrégulier au regard des obligations légales, conventionnelles et contractuelles²⁴⁶¹ et qu'il soit effectué par son représentant ou par le mandataire de justice (§ 2).

²⁴⁶¹ Cf., P. SARGOS, « L'évolution du concept de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité », *JCP E* 2003, I, n° 4, 104, p. 121.

Paragraphe 1 : Les sources de la responsabilité

243.- Contrat de travail et pouvoir de l'employeur. Le contrat de travail joue un rôle important dans la détermination de la responsabilité d'indemnisation de l'employeur. En effet, la responsabilité d'indemniser qui pèse sur l'employeur est la contrepartie de son pouvoir ; les sources de cette responsabilité sont donc directement rattachées à l'*institution* du contrat de travail et au pouvoir²⁴⁶². Ainsi, l'employeur par la conclusion du contrat de travail, acquiert un pouvoir de direction, de contrôle et de sanction (A). Ce pouvoir confère à l'employeur des prérogatives sur le salarié²⁴⁶³ et, réciproquement, des obligations au profit du salarié sont imputées à l'employeur, au titre desquelles ce dernier est débiteur de l'indemnisation du premier. Néanmoins, la dénomination d'employeur est *abstraite* et exclut parfois toute *capacité d'agir* matériellement. Pour cela, les prérogatives auxquelles l'employeur est titulaire sont confiées à des représentants ou délégués à qui, il appartient de les exercer concrètement, ce qui n'est pas sans causer quelques difficultés en matière de licenciement et de paiement des créances des salariés (B).

A. Le pouvoir de l'employeur

244.- Pouvoir et imputation de la responsabilité. Le droit du travail considère comme employeur la personne sous la subordination de laquelle le salarié fournit sa prestation de travail. En effet, la qualité d'*employeur* est consubstantielle de l'existence d'un *contrat de travail* qui est dominé par le paradigme du lien de subordination²⁴⁶⁴. Il a été observé par un certain nombre d'auteurs que définir le « salarié » et « l'employeur » revient donc simplement

²⁴⁶² Cf., P. RICOEUR, « Le concept de responsabilité », in *Le juste*, Esprit, Coll. « Philosophie », Paris, 1995, p. 44 et s. ; E. PESKINE, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, Préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, Paris, Coll. « Bibl. droit social », t. 45, 2008, pp. 25 et s. ; et p. 244 (L'irréductible lien entre le pouvoir et responsabilité) ; T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, Préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, Paris, Coll. « Bibl. droit social », t. 53, 2010, p. 16 (Imputation et protection).

²⁴⁶³ Cf., H. LE NABASQUE, *Le pouvoir dans l'entreprise : essai sur le droit de l'entreprise*, Thèse Rennes 1, 1986, p. 9.

²⁴⁶⁴ V., C. trav., art. L. 1221-1 ; T. REVET, « L'objet du contrat de travail », *Dr. soc.* 1992, n° 11, p. 859 ; B. BOSSU, « Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise », *Dr. soc.* 1995, 747 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le contrat du travail défini par son objet », in *Le travail en perspectives*, LGDJ, Coll. « Droit et société », t. 22, Paris, 1998, p. 101 ; P.-Y. VERKINDT, « Prendre le travail au sérieux », *JCP S* 2009, 41 ; O. LECLERC et alii, « La dépendance économique en droit du travail », *RDT* 2010, 83 et 149 ; T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, Préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, Paris, Coll. « Bibl. droit social », t. 53, 2010, pp. 25 et s.

à définir la notion de « contrat de travail »²⁴⁶⁵ donc, par voie de conséquence, la subordination du salarié et le pouvoir de l'employeur qui en est la réciproque²⁴⁶⁶, ce qui, par ailleurs, est le trait distinctif du droit du travail par rapport au droit commun des contrats²⁴⁶⁷. En ce sens, il a été souligné que « le pouvoir de l'employeur » est non seulement l'un des objets, l'une des cibles d'un droit du travail « protecteur des salariés », mais encore l'un des piliers de l'agencement juridique des relations de travail²⁴⁶⁸. Toutefois, les nouvelles organisations des entreprises rendent plus difficile de trouver l'équilibre entre l'ordre juridique et le pouvoir de l'employeur, difficulté illustrée par les problèmes de détermination de la titularité du pouvoir et de sa consistance.

En effet, le pouvoir est une notion à multiples sens. Si un auteur a souligné que le droit « est une technique de régulation du pouvoir social »²⁴⁶⁹, un autre observe que la relation salariale est « avant tout, une relation de pouvoir »²⁴⁷⁰. Le terme de pouvoir peut en effet nommer un rapport social aussi bien qu'une prérogative juridique²⁴⁷¹ : un rapport social parce qu'il caractérise la capacité d'action, d'influence prépondérante sur autrui²⁴⁷² - c'est le pouvoir de domination et de contrainte²⁴⁷³ ; une prérogative juridique²⁴⁷⁴ car il est considéré comme

²⁴⁶⁵ J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012, p. 691, n° 663.

²⁴⁶⁶ Cf., C. PUIGELIER, *Le pouvoir disciplinaire de l'employeur*, éd., Economica, Paris, coll. « Droit poche 2 », 1997 ; F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel : essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, thèse Paris X Nanterre, 2000, sous la dir. A. Lyon-Caen ; P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Thèse Paris X Nanterre, sous la dir. A. Lyon-Caen, 2002 ; LGDJ, 2004, coll. « Bibl. Droit privé » ; A. JEAMMAUD, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », *Sem. soc. Lamy* 2008, n° 1340 suppl. ; A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, thèse Paris X Nanterre, sous la dir. A. Lyon-caen, 2008 ; LGDJ, coll. « Bibl. d'ouvrages de droit social », t. 52, 2010.

²⁴⁶⁷ Cf., P. DURAND, « Le particularisme du droit du travail », *Dr. soc.* 1945, p. 298 ; J. RIVERO, « Droit du travail et droit administratif », *Dr. soc.* 1960, p. 609 ; G. LYON-CAEN, « Rôle des principes généraux du droit en droit du travail », *RTD civ.* 1974, p. 229 ; G. COUTURIER, *Les techniques civilistes et le droit du travail*, *D.* 1975, chron. p. 151 ; C. RADÉ, « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. soc.* 2001, p. 80 ; A. LYON-CAEN, « Le pouvoir de direction et son contrôle », in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Univ. sc. soc. Toulouse, 2002, p. 95.

²⁴⁶⁸ A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, « L'ordonnancement des relations du travail », *D.* 1998, chron. 359.

²⁴⁶⁹ O. KAHN-FREUND, *Labour and the law*, 3^e éd., par P. DAVIES et M. FREEDLAND, Londres, Sweet and Maxwell, 1983.

²⁴⁷⁰ SINZHEIMER cité par A. JEAMMAUD, in « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », *Sem. soc. Lamy* 2008, n° 1340 suppl. préc.

²⁴⁷¹ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, LGDJ, 2004, n° 16 et s. ; E. DOCKÈS, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », *Études offertes à Jean Péliissier*, Dalloz 2004, p. 203 et « Valeurs de la démocratie », Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2005, p. 76 et s. ; Cf., G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, 9^e éd., Quadrige / PUF, 2011, p. 687.

²⁴⁷² D. MARTUCELLI, *Domination ordinaires*, Balland, 2001, p. 18.

²⁴⁷³ P. DOCKÈS, *Pouvoir et autorité en économie*, Economica, 1999 ; D. COURPASSON, *L'action contrainte*, PUF 2000 ; P. FRIDENSON, « La subordination dans le travail : les questions de l'historien », in *La subordination dans le travail*, La Dr. fr., 2003, p. 59.

²⁴⁷⁴ E. DOCKÈS, « Valeurs de la démocratie », Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2005, p. 76 et s.

« une habilitation à accomplir des actes juridiques unilatéraux (créateurs de normes), prendre des décisions, adresser des ordres, accomplir des actes matériels²⁴⁷⁵ qui, en droit, s'imposent à d'autres personnes auxquelles ils peuvent affecter, réduire, compromettre, les droits et les intérêts²⁴⁷⁶. Il appartient ainsi à l'employeur de déterminer unilatéralement les conditions d'exécution du travail²⁴⁷⁷. La fixation ou le changement d'horaires de travail est une réelle manifestation du pouvoir comme prérogative juridique de l'employeur²⁴⁷⁸.

Le pouvoir confère également à l'employeur la prérogative d'une action unilatérale²⁴⁷⁹ telle que la rupture du contrat de travail, dont les conditions de réalisation la distinguent sans équivoque de *droit* de résiliation unilatérale du salarié. Ce pouvoir se trouve parfois dans une ambivalence avec le droit du travail²⁴⁸⁰ : d'un côté, la subordination juridique sous laquelle le contrat de travail place le salarié à l'égard de l'employeur²⁴⁸¹ emporte la soumission à son *pouvoir*²⁴⁸² ; d'un autre côté, cette subordination confère la qualité de salarié à laquelle sont attachés des *droits*. Si le contrat de travail accorde à l'employeur le pouvoir de direction²⁴⁸³ et disciplinaire²⁴⁸⁴ ainsi que le pouvoir de gestion, il l'assujettit également à certains devoirs à l'égard du salarié. CUCHE note que « dans l'œuvre de la production, ce n'est plus la

²⁴⁷⁵ E. LAFUMA, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, Thèse Paris X Nanterre, 2003.

²⁴⁷⁶ Cf., H. KOBINA GABA, « Pouvoir de direction de l'employeur et respect du droit à la vie personnelle et familiale et au repos du salarié », *JCP S* 2012, n° 15, pp. 13-18, note sous Cass. soc. 3 nov. 2011, n° 10-14.702, SAS GSF Orion ; 8 nov. 2011, n° 10-19.339, Y Sports.

²⁴⁷⁷ Cass. soc. 13 nov. 1996, n° 94-13.187, *Bull. civ. V*, n° 386 ; *GADT*, n° 2 ; 12 juill. 2005, n° 03-45.394, *Dr. soc.* 2005, 1045, obs. J. Savatier ; *D.* 2006, 344, note J. Mouly ; 15 févr. 2006, n° 04-44.049 ; 17 mai 2006, n° 05-43.265, *JCP S* 2006, 1563, note C. Puigelier ; 27 juin 2007, n° 04-45.769 et 04-45.770 ; *Sem. soc. Lamy* 2007, n° 1320, p. 15.

²⁴⁷⁸ Cf., P. LOKIEC, « Le changement d'horaires : une nouvelle approche? », *D.* 2012, n° 1, pp. 67-71.

²⁴⁷⁹ Le mode d'exercice, par excellence, de cette prérogative est l'action unilatérale (Cf., R. ANCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ, 1996, n° 443 et s. ; A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, Thèse Paris X Nanterre, 2006, n° 22 et s.).

²⁴⁸⁰ Cf., A. JEAMMAUD, « Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement », in *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, 2005, p. 15 et « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », *Sem. soc. Lamy*, 2008, n° 1340, suppl., p. 15 et s.

²⁴⁸¹ T. REVET, « L'objet du contrat de travail », *Dr. soc.* 1992, p. 859 ; F. GAUDU, R. VATINET, *Les contrats de travail*, LGDJ, 2001, n° 26 et s. ; J-P. LE CROM, « Retour sur une « vaine querelle » : le débat subordination juridique-dépendance économique dans la première moitié du XXe siècle », in *La subordination dans le travail*, La Dr. fr., 2003, p. 71 ; A. SUPLOT, *Le droit du travail*, 3^e éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », 2006, p. 67 et s. ; C. WOLMARK, *La définition prétorienne. Étude en droit du travail*, Dalloz, 2007 ; J.-J. GATINEAU, « Un problème de qualification : activité marchande et activité salariée », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, 191 et s., spéc. p. 217 ; J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012, p. n° 253 et.

²⁴⁸² Cf., D. LANGÉ, *Droit du travail*, Ellipses, 2003, p. 23 et s. ; J.-P. CHAUCHARD, « La subordination du salarié, critère du contrat de travail », in *La subordination dans le travail*, préc., p. 21 et s.

²⁴⁸³ Cass. soc. 23 avr. 1997, n° 94-40.909, *Bull. civ. V*, n° 142 ; P. MORVAN, *Droit social français*, Litec 1997, p. 72 et s. ; J.-M. BÉRAUD, « Le singulier en droit du travail », colloque organisé par le CRDS de l'Institut d'études du travail de Lyon, Univ. Lumière (Lyon II), sous la dir. J.-M. Béraud et A. Jeammaud, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2006, p. 529.

²⁴⁸⁴ Cass. soc. 26 oct. 2010, n° 09-42.740, n° 2078, FS-P+B+R+1.

solidarité qu'il faut prendre en considération, mais la hiérarchie ; c'est à elle que tout doit être rattaché. L'employeur a des devoirs envers le travail, non point parce qu'il en profite mais parce qu'il le commande »²⁴⁸⁵. Ce pouvoir de commander a-t-il un fondement précis qui permettrait de retrouver le fondement des responsabilités qui y sont liées ?

245.- Fondements du pouvoir et fondements de la responsabilité corrélative. Le pouvoir de l'employeur a bien reçu quelques justifications doctrinales. Certains auteurs²⁴⁸⁶ se sont appuyés sur la notion d'*entreprise* comme *institution* et *communauté* pour justifier le pouvoir de l'employeur. Ainsi, Maurice HAURIOU²⁴⁸⁷ s'appuie sur un certain usage de la « théorie de l'institution » pour justifier ce pouvoir²⁴⁸⁸. L'acception de l'institution *entreprise* est importante, car elle postule l'existence des pouvoirs qui sont au service du bien commun²⁴⁸⁹. En effet, la représentation sociale, dans l'institution, passe par la création des normes ; ainsi, dans ce cadre d'analyse, le pouvoir de l'employeur lui permet de créer les règles nécessaires au fonctionnement de l'entreprise. Mais, sans pousser plus avant la question des fondements du pouvoir au sens de justifications de ce pouvoir, on trouverait peut-être davantage de réponses en interrogeant ses fondements au sens de sources de l'attribution d'un tel pouvoir. L'ordre juridique positif contient-il des normes qui accordent un pouvoir juridique particulier à l'employeur ? M. FABRE souligne que « même en y regardant à deux fois, il faut se rendre à l'évidence : le pouvoir de l'employeur ne fait pas l'objet au sein de l'ordre juridique d'une norme attributive »²⁴⁹⁰. En vérité, si la jurisprudence énonce que le pouvoir du « patron » est

²⁴⁸⁵ P. CUCHE, « La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique », *DH* 1932, chron. 101.

²⁴⁸⁶ P. DURAND, « Rapport sur la notion de l'entreprise », *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. 3, 1947, p. 45 et s. ; « Aux frontières du contrat et de l'institution, la relation de travail », *JCP* 1947, doc., p. 387 ; P. DURAND, R. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, t. 1, Dalloz, 1947, p. 430 et s. ; P. DURAND, *La notion juridique d'entreprise*, *Travaux de l'association H. Capitant*, t. 3, Dalloz, Paris, 1949, p. 45.

²⁴⁸⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 6^e éd., Sirey, 1907, p. 22 et s. ; « La théorie de l'institution et de la fondation », *Chaires de la Nouvelle Journée* 1925, n° 4, pp. 2 et s. ; L'imprévision et les contrats dominés par les institutions sociales », in *Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre, la liberté*, Caen, Publication du Centre de philosophie et juridique, 1926, p. 131 et « La théorie de l'institution et de la fondation, Essai de vitalisme social », in *Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre, la liberté*, préc., p. 96.

²⁴⁸⁸ Pour plus de détails, Cf., A. BORDERICK, « La notion d'institution de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français », *APD*, 1968, t. 13, p. 148 ; J. CHEVALIER, « L'analyse institutionnelle », in *L'institution*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, PUF, 1981, p. 15 ; O. WEINBERGER, « Les théories institutionnalistes du droit », In *Controverses autour de l'ontologie du droit*, sous la dir. de P. Amssek et C. Grzegorzczik, PUF, 1989, p. 73 ; J.-P. LE GOFF, *Du silence à la parole, Droit du travail et société, État (1830-1985)*, éd., Calligrammes, 1989, p. 114 et *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, PU Rennes, 2004 ; M. BOUVIER, « L'institution contre le contrat dans la pensée juridique et politique de G. RENARD », in *Contrat ou Institution : un enjeu de société*, sous la dir. de B. Basdevant-Gaudemet, LGDJ, 2004, p. 16 ; J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012, n° 134, p. 204 et s.

²⁴⁸⁹ A. JEAMMAUD, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », préc.

²⁴⁹⁰ A. FABRE, préc., n° 32.

« inhérent à sa qualité »²⁴⁹¹, le Code du travail ne vise que marginalement les pouvoirs dans l'entreprise²⁴⁹². Il a été observé que le ou les pouvoirs de l'employeur à l'égard de ses salariés se dessinent « en creux » dans ce fragment du discours législatif que constitue le Code du travail²⁴⁹³. Les prérogatives sont donc reconnues de façon implicite. En effet, « si les règles de droit du travail attribuent moins de pouvoir à l'employeur qu'elles ne régissent les actions par lesquelles celui-ci s'exprime »²⁴⁹⁴, la remarque ne concerne que les textes législatifs.

De son côté, la jurisprudence a eu à s'intéresser aux fondements du pouvoir de l'employeur et, à cet effet, la question de la constitutionnalité du pouvoir de l'employeur a été posée²⁴⁹⁵. La Cour de cassation a dans un arrêt du 13 juillet 2003, relié le pouvoir patronal de direction au « principe fondamental de la liberté d'entreprendre » pour lui donner une base constitutionnelle²⁴⁹⁶, tandis que le Conseil constitutionnel avait précédemment énoncé, de manière plus ambivalente, que la liberté d'entreprise doit être compté parmi les « droits et libertés fondamentaux reconnus aux employeurs et aux salariés » au regard de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²⁴⁹⁷. Les prérogatives de l'employeur sont donc fondées sur la liberté d'entreprendre²⁴⁹⁸.

Ainsi, les prérogatives de l'employeur sont assurées, juridiquement, d'une assise des plus solides. Pour autant, elles ne sont pas sans limites. Il existe des dispositions protectrices de salariés pour contrebalancer ce pouvoir. Par exemple, si le pouvoir de direction²⁴⁹⁹ de

²⁴⁹¹ Cass. civ. sect. soc. 16 juin 1945, *Dr. soc.* 1946, p. 427 ; Cass. soc. 2 déc. 1964, *D.* 1965, 112, note G. Lyon-Caen ; *GADT*, n° 194 ; Cass. civ. sect. soc. 31 mai 1956, *D.* 1958, note G. Levasseur (L'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation) ; Cass. soc. 10 juill. 1996, n° 93-41.137, *Bull. civ.* V, n° 49 ; *GADT*, n° 49 ; 18 oct. 2006, n° 04-48.612 (L'employeur est investi par la loi du pouvoir de direction et de contrôle des salariés sous sa subordination juridique), *Sem. soc. Lamy* 2006, n° 1281 ; *D.* 2007, 695, note J. Mouly ; A. JEAMMAUD, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », préc.

²⁴⁹² C. trav. L. 1253-15 (le pouvoir du chef d'entreprise de l'entreprise utilisatrice) ; L. 1233-36 et L. 2327-15, L. 2327-2 (le pouvoir du chef d'établissement) ; L. 2343-4, al. 5 et 6 (le pouvoir de décision d'un chef d'entreprise au sein d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises de dimension communautaire) ; L. 23453-3 (les pouvoirs des instances de décision dans un comité de la société européenne).

²⁴⁹³ A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, préc., n° 16.

²⁴⁹⁴ A. FABRE, préc. n° 35.

²⁴⁹⁵ Cf., B. TEYSSIÉ, « Sur la sécurité juridique en droit du travail », *Dr. soc.* 2006, p. 703 ; J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2012, pp. 33 et s. .

²⁴⁹⁶ Cass. soc. 13 juill. 2004, n° 02-15.142, *Bull. civ.* V, n° 205 ; *Dr. ouvr.* 2005, p. 1, « Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? », note E. DOCKÈS.

²⁴⁹⁷ Cons. const. 12 janv. 2002, DC 2001-455, *JO* 18 janv. ; commentaires X. Prétot et A. Lyon-Caen, *Dr. soc.* 2002, p. 44 et s.

²⁴⁹⁸ Cf., Pour une critique virulente de cette interprétation, E. DOCKÈS, « Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? La liberté d'entreprise dénaturée par la Cour de cassation », *Dr. ouvr.* 2005, p. 1.

²⁴⁹⁹ Cass. soc. 22 mai 2001, n° 99-41.838, *Bull. civ.* V, n° 180.

l'employeur l'habilité à fixer des objectifs aux salariés et à procéder à leur évaluation²⁵⁰⁰, c'est à la condition, s'il entend tirer les conséquences du non-respect de ces objectifs, qu'ils ne soient pas impossibles à atteindre²⁵⁰¹. Dit autrement, pour que l'employeur puisse valablement faire produire des effets à la fixation d'objectifs, il doit s'être préalablement acquitté du devoir d'apprécier les résultats possibles au regard des facteurs externes (marché, conjoncture...) et, concernant les facteurs internes, de fournir au salarié les moyens de les atteindre. Les exemples pourraient être multipliés à l'infini concernant l'obligation de fournir au salarié le travail convenu ; les contreparties à l'introduction de clauses dans le contrat de travail telles que les clauses de résultat, de mobilité, de non-concurrence²⁵⁰². Il en résulte que l'articulation entre droit du travail et pouvoir de l'employeur se manifeste moins par une limitation des mesures qu'il est habilité à prendre que dans l'acceptation, par l'employeur, des contreparties juridiquement fixées à telle ou telle mesure de son choix – et de la responsabilité qui en découle. C'est ainsi que peut être caractérisé le lien indéfectible entre le pouvoir caractérisant la figure de l'employeur et l'imputation de la responsabilité des mesures prises dans l'exercice de ce pouvoir.

Plus encore, cette technique de substitution des limitations substantielles d'un encadrement procédural, c'est-à-dire la fixation d'étapes matérielles aussi bien qu'intellectuelles au processus de décision, paraît se développer de manière importante. Sur le plan du processus matériel, on peut citer la multiplication et le renforcement des exigences d'information et de consultation des représentants du personnel ou de négociations préalables²⁵⁰³. Sur le plan du processus intellectuel, c'est-à-dire de la rationalité de la décision, deux exigences générales sont topiques. D'une part, l'article L. 1121-1 du Code du travail prescrit que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but

²⁵⁰⁰ Sur les méthodes d'évaluation (Les outils et méthodes d'évaluation doivent être pertinents par rapport à la finalité poursuivie) ; C. trav., art. L. 1222-3 : « Les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, à un salarié ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'évaluation de ses aptitudes. Le salarié est tenu de répondre de bonne foi à ces demandes d'informations » ; L. 1222-3 et s ; Cass. soc. 17 oct. 2006, n° 05-40.393, *Bull. civ.* V, n° 306 (interdiction d'une évaluation par des critères subjectifs et discriminatoires) ; Pour le droit de l'employeur d'évaluer le travail des salariés (v., Cass. soc. 10 juill. 2002, n° 00-42.368 FD ; *Revue fiduciaire Social*, 2009, p. 556).

²⁵⁰¹ V., Sur la mise en œuvre de procédés de contrôle de l'activité des salariés (Cass. soc. 10 juill. 2002, n° 00-42.368, *Dr. ouvr.* 2002, 535, note Wauquier, « À propos de l'évaluation »).

²⁵⁰² Cf., J.-M. BÉRAUD, « Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail », *Dr. ouvr.* 1997, p. 529.

²⁵⁰³ F. KHODRI-BENAMROUCHE, « Les exigences procédurales », *Sem. soc. Lamy* 2008, n° 1340, pp. 39-61 ; C. NOCOD, « L'accord collectif, succédané de l'acte unilatéral », *Sem. soc. Lamy* 2008, n° 1340, préc.

recherché »²⁵⁰⁴. Le recours aux droits fondamentaux du travail²⁵⁰⁵ assure une police des agissements et des actes de l'exercice du pouvoir de l'employeur²⁵⁰⁶ en imposant le devoir de justifier la mesure, d'envisager différentes alternatives et d'en comparer les effets. En ce sens, la démarche peut être rapprochée de l'abus du pouvoir, sanctionné car il relève d'un détournement du pouvoir de direction²⁵⁰⁷. D'autre part, le principe d'égalité de traitement des salariés²⁵⁰⁸ imposé à l'employeur affecte nécessairement l'exercice de son pouvoir de direction²⁵⁰⁹ en exigeant, de manière similaire, un devoir de rationalisation des mesures (en l'occurrence, s'assurer que tous les salariés placés dans une situation équivalente bénéficient d'un traitement identique et que seule une différence de situation préalablement définie, objective et pertinente justifie les différences de traitement.

Pourtant, on pourrait penser que le pouvoir de l'employeur a pour finalité l'accomplissement de l'intérêt de l'entreprise²⁵¹⁰. En ce cas, le contrôle de l'acte de gestion²⁵¹¹ devrait juger sa correspondance avec l'intérêt de l'entreprise. Force est de constater que, c'est moins l'intérêt de l'entreprise qui guide un tel contrôle que la rationalité matérielle et intellectuelle prédéterminée par le droit. Ce n'est donc pas la théorie de l'institution qui éclaire la conception du pouvoir, et le fondement des responsabilités qui lui sont attachées, mais plutôt la réciprocité imposée par le droit entre la reconnaissance du pouvoir de l'employeur et les exigences encadrant son exercice.

Ce point étant éclairci, il reste à comparer cette hypothèse à celle du droit civil dans lequel la responsabilité est, en principe, fondée sur la faute. Certes, le licenciement qui ne respecte pas les conditions de procédure et justification est sanctionné. Sur le fond, l'employeur est tenu de justifier la rupture du contrat de travail par une cause réelle et sérieuse. Si une telle justification n'est pas rapportée en matière de licenciement pour motif économique, par

²⁵⁰⁴ A. LYON-CAEN, « Le pouvoir de direction et son contrôle » ; « Le contrôle judiciaire du motif économique et ses turbulences », *Dr. ouvr.* 2007, 156.

²⁵⁰⁵ P. LA GOUTTE, A. TEISSIER, « Liberté contractuelle, liberté individuelle et intérêt de l'entreprise, TPS 1999, n° 5, chron. 9, p. 6 ; A. LYON-CAEN, I. VACARIE, « Droits fondamentaux et droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz 2001, p. 421 ; A. LYON-CAEN, P. LOKIEC (Dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2005 ; A. JEAMMAUD, « Libertés et pouvoir. Un double paradoxe et un paradoxe apparent », *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1508, suppl.

²⁵⁰⁶ A. JEAMMAUD, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », préc.

²⁵⁰⁷ Cass. soc. 4 oct. 2000, n° 98-44.347 ; 11 oct. 2000, n° 98-43.287.

²⁵⁰⁸ G. AUZERO, « L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2006, p. 822.

²⁵⁰⁹ A. JEAMMAUD, obs. *D.* 2007, pan. 3035.

²⁵¹⁰ Pour la notion d'intérêt de l'entreprise, Cf., G. COUTURIER, « L'intérêt de l'entreprise », in *Études en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 143.

²⁵¹¹ Cf., A. LYON-CAEN, Q. URBAN (dir.), *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2006.

exemple, la contestation en justice est admise. Or, en droit du travail, l'employeur est responsable de l'indemnité de licenciement malgré le fait que la rupture soit régulière. Quelle est alors la source de son obligation d'indemnisation ? On doit alors se tourner, à nouveau, vers l'hypothèse que la titularité du pouvoir fonde l'imputation de la responsabilité des conséquences de son exercice.

246.- Imputation de responsabilité, titularité et exercice du pouvoir. La responsabilité d'indemniser les salariés est intimement liée à la titularité du pouvoir et à l'exercice du pouvoir. En droit du travail, le titulaire du pouvoir est l'employeur. La qualification d'employeur est d'ordre public²⁵¹² et le juge s'efforce de rechercher l'employeur réel au lieu de se limiter à l'apparence d'employeur. En effet, la responsabilité d'indemniser les salariés de l'employeur est fondée sur le lien juridique particulier qui le lie au salarié et lui impose diverses obligations du droit du travail : l'obligation de verser un salaire, de fournir du travail et de respecter le régime du licenciement. Ces obligations sont d'ordre public et nul ne peut y échapper²⁵¹³.

Par ailleurs, la détermination du fondement des pouvoirs dans l'entreprise amène à la question de la titularité du pouvoir patronal²⁵¹⁴. D'une part, la doctrine est divisée sur le sujet car les notions d'employeur et de chef d'entreprise s'entrecroisent. En vérité, c'est l'employeur – personne physique ou morale - qui est le titulaire véritable des pouvoirs de direction et disciplinaire dans les faits²⁵¹⁵. Par conséquent, c'est lui qui est considéré comme l'auteur des actes découlant de l'exercice du pouvoir et le défenseur des actions en justice visant ces actes. D'autre part, la question du décideur réel s'est posée avec acuité ces dernières années dans l'organisation des groupes de sociétés²⁵¹⁶. En effet, l'imputation du pouvoir et la responsabilité d'indemnisation est délicate dans ces structures car il peut arriver que l'employeur qui est abstraitement titulaire du pouvoir ne soit pas le véritable décideur. Il serait judicieux que le décideur soit le responsable d'indemnisation. Ainsi, la qualité d'employeur

²⁵¹² Cf., J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012, p. 691, n° 663.

²⁵¹³ Cf., J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 692.

²⁵¹⁴ Pour une analyse approfondie, Cf., A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, « L'ordonnement des relations du travail », *D.* 1998, chron. p. 359 et s., n° 16 et s.

²⁵¹⁵ G. BOUCRIS-MAITRAL, « Titulaire et détenteurs du pouvoir patronal », *Sem. soc. Lamy*, 2008, n° 1340 ; J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 692 ; P. LOKIEC, J. PORTA, « Droit du travail : relations de travail (INACHEVEE) », *D.* 2012, n° 14, pp. 901 et s., n° 905 et s.

²⁵¹⁶ V., Cass. soc. 18 janv. 2011, Jungheinrich, n° 09-69.199, *Dr. soc.* 2011, p. 379, obs. G. Couturier ; P.-H. ANTONMATTEI, « Groupes de sociétés: la menace du co-employeur se confirme! », *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1484, p. 11.

ne peut résulter d'une simple mention sur le document écrit caractérisant le contrat de travail. L'employeur peut, par conséquent, être la personne qui n'a pas signé ou cosigné le document, l'*instrumentum*. Dans cette optique, le juge est amené à lever le voile de l'écran matériel construit entre le salarié et le véritable employeur²⁵¹⁷.

Ce qui mérite notre attention, c'est l'exercice du pouvoir et donc la délégation des pouvoirs dans les sociétés ordinaires ; elle suscite des interrogations en matière de garantie des créances des salariés en cas de défaillance de l'entreprise. Le responsable d'indemnisation doit-il être celui qui est abstraitement titulaire du pouvoir, l'employeur, ou celui qui l'exerce concrètement pour son compte : le chef d'entreprise ou délégué ?

B. L'exercice des pouvoirs de l'employeur

247.- Représentation de l'employeur et délégation de pouvoirs. Si la titularité du pouvoir juridique dans l'entreprise appartient à l'employeur, sa détention effective lui en échappe fréquemment. On se trouve ainsi à distinguer, comme M. LOKIEC, « pouvoir juridique et pouvoir factuel »²⁵¹⁸. En effet, le détenteur du pouvoir l'exerce souvent à la place du titulaire dans les entreprises de grande taille. C'est la définition polysémique de l'*entreprise* qui est au centre de l'organisation du pouvoir. Ainsi, l'entreprise peut être identifiée dans la personne d'un *entrepreneur* qui est la « personne au nom et pour le compte de laquelle l'entreprise est exploitée et qui prend le nom d'employeur en Droit du travail »²⁵¹⁹ ou d'un *chef d'entreprise* investi du pouvoir de direction²⁵²⁰. Si l'entreprise est individuelle, l'employeur est confondu avec le *chef d'entreprise*, alors que cela n'est pas le cas lorsqu'elle est une structure *personnifiée*. L'*organisation sociétaire* de l'entreprise dissocie en effet la qualité d'employeur, incarnée par une société - *personne morale* - et celle de chef d'entreprise reconnue à un *organe* ou une personne qui la dirige. Ceci étant, le salarié qui est lié juridiquement à la société employeur se trouve commandé par son représentant qui exerce les pouvoirs au nom et pour le compte de cette dernière.

²⁵¹⁷ E. PESKINE, *Réseau d'entreprises et droit du travail*, LGDJ, 2008, coll. « Bibl. », n° 200 et s. ; G. AUZERO, « Les c-employeurs », in *Les concepts émergents du droit des affaires*, LGDJ, 2010, p. 43 et s. ; P.-H. D'ORNANO, « Le co-employeur », *JCP S* 2010, n° 1533 ; H. TISSANDIER, « Sociétés à structure complexe et droit du travail », *RJS* 4/10, p. 251.

²⁵¹⁸ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, LGDJ 2004, n° 16 et p. 379 et s. ; spéc. pp. 384-386.

²⁵¹⁹ J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012, p. 695.

²⁵²⁰ Cf., J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, préc., p. 695.

En outre, la technique de la *délégation de pouvoir*²⁵²¹ pratiquée dans plusieurs domaines du droit est également un mode de gestion des entreprises qui peut susciter de problèmes de *sécurité juridique* en matière de protection des salariés. En effet, le droit des sociétés en fonction de la forme sociale de la structure, prévoit que le pouvoir peut être exercé par le *président, le directeur général* ou le *gérant*. Si ces derniers tirent leurs pouvoirs de la loi ou des statuts de la société²⁵²², ceux qui ne tirent pas leurs pouvoirs de la loi ou des statuts exerceraient donc un pouvoir de fait²⁵²³. Toutefois, le recours à la délégation de pouvoir est soumis dans certaines sociétés à des conditions spécifiques. Sa nature juridique reste à tout le moins controversée. D'aucuns l'ont assimilé au mandat²⁵²⁴, alors que d'autres rejettent cette assimilation²⁵²⁵. De manière intermédiaire, elle est considérée comme une catégorie particulière de mandat en raison de sa « stabilité » et de sa participation « à l'organisation du pouvoir au sein de l'entreprise »²⁵²⁶. Il est souligné que la délégation doit être faite dans l'intérêt de l'entreprise et non du déléguant²⁵²⁷. En vérité, le déléguant n'est dans ce cas pas l'entreprise, mais son représentant. Par conséquent, la délégation des pouvoirs est au cœur de la relation de travail puisque le salarié au lieu d'être face à l'employeur, est face à son représentant ou à un délégataire du représentant. De surcroît, pour ajouter à la complexité, les personnes qui exercent un mandat social peuvent le cumuler avec un contrat de travail²⁵²⁸.

Or, la délégation peut produire diverses conséquences sur la situation juridique du salarié car son licenciement, par exemple, peut être effectué par le délégué. En pratique, la délégation des pouvoirs met à l'épreuve, d'une part, les règles du licenciement pour motif économique,

²⁵²¹ F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, Litec, coll « Bibl. de droit de l'entreprise », 2000 ; N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, coll. « Bibl. de droit de l'entreprise », 2005.

²⁵²² Pour le pouvoir des dirigeants, Cf., B. DONDERO, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé*, Thèse Paris X Nanterre, 2001, p. 121 ; P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, préc., pp. 466 et s.

²⁵²³ V., Cass. com. 9 nov. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 390 ; *JCP* 1994, II, 22304 ; G. ZAQUIN, « La gérance de fait de la SARL en droit fiscal », *JCP CI* 1976, II, 12074 ; C. BIDAN, T. LE BRAS, « La responsabilité civile et économique du franchiseur dans la gestion du franchisé », *RJC* 1986, p. 48 ; L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, préf. M. Gobert, LGDJ, 1990, coll. « Bibl. droit privé », p. 51 ; N. DEDESSUS-LE MOUSTIER, « La responsabilité du dirigeant de fait », *Rev. sociétés* 1997, p. 505.

²⁵²⁴ Cf., N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, préc., n° 62 et s. ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 23^e éd., Litec, 2010, n° 271.

²⁵²⁵ F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, préc. n° 220 et s. ; A. COEURET, F. DUQUESNE, « Les licenciements dans la SAS : fin d'une controverse et ébauche d'une théorie du pouvoir délégué », *Dr. soc.* 2011, 382.

²⁵²⁶ J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER, obs. sous Cass. com. 15 mars 2005, *JCP E* 2005, 1046, n° 2.

²⁵²⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 23^e éd., Litec, 2010, n° 271.

²⁵²⁸ A. SAYAG, « Mandat social et contrat de travail : attrait, limites et fictions », *Rev. sociétés* 1981, 1 ; R. VATINET, « Cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail », in *Les frontières du salariat*, *RJ Île-de-France* 1996, n° 39/40, 209 ; G. AUZERO, N. FERRIER, « Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social », *Rep. sociétés Dalloz*, 2010,

et d'autre part, celles relatives la garantie des créances des salariés. De même, concernant la responsabilité corrélative au pouvoir, la délégation de pouvoir est invoquée aussi en droit pénal²⁵²⁹. Elle a alors pour effet de transférer, à certaines conditions, la responsabilité des fautes au délégataire²⁵³⁰. Ce transfert joue entre personnes physiques mais, pour les personnes morales, la solution est différente parce que l'article 121-2 du Code pénal dispose qu'elles peuvent être tenues responsables des infractions commises pour leur compte par des représentants, à l'exception de l'État²⁵³¹, même s'il ne dédouane pas totalement pour autant les coupables des faits, personnes physiques délégataires²⁵³². Cette remarque étant faite, nous nous en tiendrons cependant, pour la suite à la délégation du pouvoir en droit du travail et en droit des sociétés.

248.- Délégation de pouvoir en droit du travail et en droit des sociétés. Les personnes morales titulaires de pouvoirs souffrent d'une incapacité réelle d'exprimer leur volonté. Elles ne peuvent exercer de façon pratique le pouvoir²⁵³³, alors qu'elles doivent donner des directives et sanctionner les salariés en vertu du principe de subordination émanant du contrat de travail. Leur pouvoir est alors exercé par des personnes physiques²⁵³⁴, alors que la délégation de pouvoir ne génère pas de lien juridique entre le représentant de l'employeur et le salarié. Ce dernier est un tiers à la relation qui lie l'employeur et le dirigeant²⁵³⁵.

En effet, le délégataire accomplit des faits juridiques qui ont des conséquences importantes sur la situation juridique du salarié. Le droit du travail ne relate pas toujours explicitement les modalités d'exercice de la délégation de pouvoir, malgré quelques indications en ce qui concerne le comité d'entreprise²⁵³⁶ ou les syndicats²⁵³⁷. Or, en l'absence de lien juridique, le représentant de l'employeur ou le délégataire est immunisé contre toutes poursuites car seul

²⁵²⁹ A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, 4^e éd., Litec, 2008, pp. 145 et s. ; A. COEURET, « Délégation de pouvoir et responsabilité pénale dans l'entreprise », *Journ. des sociétés*, n° 74, mars 2010, 29.

²⁵³⁰ Cf., J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., coll. « Précis » Dalloz, 2011, p. 699.

²⁵³¹ V., Cass. crim. 1^{er} déc. 1998, *Bull. crim.* n° 325 ; 30 mai 2000, *ibid*, n° 206 ; 26 juin 2001, *ibid*, n° 161 ; *JCP E* 2002, 371, note D. Ohl.

²⁵³² C. pén., art. 121-3 ; C. trav., art. L. 4741-1.

²⁵³³ G. WICKER, « Personne morale », *Rép. Dalloz de Droit civil*, n° 76.

²⁵³⁴ Cf., F. DUQUESNE, « Sur le champ d'application de la délégation de pouvoir. À propos des « mesures ressortissant au pouvoir propre de direction » note sous Cass. crim. 15 mai 2007 et 6 nov. 2007, *Dr. soc.* 2008, n° 4, p. 449 et s.

²⁵³⁵ A. VIANDIER, *La notion d'associé*, LGDJ 1977 ; P. MORVAN, « Nullité en droit du travail et délégation de pouvoirs dans la SAS », *JCP S* 2010, 1239.

²⁵³⁶ Cass. soc. 12 juill. 2006, n° 04-47.737, *Bull. civ.* V, n° 255 ; 29 sept. 2010, n° 09-42.296, *Bull. civ.* V, n° 206.

²⁵³⁷ Cass. soc. 19 févr. 1992, n° 90-10.896, *Bull. civ.* V, n° 896 (Le salarié peut être désigné pour représenter son organisation syndicale à la négociation et à la conclusion d'un accord d'entreprise).

l'employeur est responsable de leurs actes. Le pouvoir de représentation s'étend de la conclusion du contrat de travail à la notification du licenciement²⁵³⁸. Cependant, la délégation du pouvoir de licencier²⁵³⁹ peut poser les problèmes en matière de garantie des salaires. L'AGS est-elle tenue de garantir une créance qui résulte de la rupture effectuée par une personne qui n'a pas la qualité d'employeur ? Avant d'apporter quelques réponses à cette question, il convient de préciser la manière dont s'exerce le droit de licencier du délégataire.

En principe, c'est l'employeur personne morale qui a le pouvoir de licencier le salarié qui est son cocontractant. Mais, en pratique, il ne peut exercer son pouvoir juridique, et le confie à une personne physique qui l'incarne : son représentant. Ce dernier peut être un chef d'entreprise²⁵⁴⁰. Celui-ci peut également déléguer ce pouvoir à ses subordonnés. En ce sens, la Cour de cassation a admis que l'employeur peut être représenté lors d'un entretien préalable²⁵⁴¹, ou lors de la notification du licenciement²⁵⁴² à condition que le délégataire ne soit pas une personne extérieure à l'entreprise²⁵⁴³. Si ces éléments marquent clairement l'acceptation du principe de délégation du pouvoir de licencier, la jurisprudence avait montré encore jusqu'à récemment son hésitation dans les sociétés par actions simplifiées²⁵⁴⁴.

249.- La délégation du pouvoir de licencier dans la SAS. La société par action simplifiée est une création récente. Son inventeur²⁵⁴⁵ n'avait pas cependant songé à l'émoi qu'elle susciterait en ce qui concerne le pouvoir des représentants ou délégataires de licencier les salariés. En effet, le contentieux relatif à ce sujet est apparu récemment²⁵⁴⁶ car les juges avaient jusque-là évité de détailler les modalités de l'application des règles de délégation de pouvoir dans cette forme de société. Sous la pression de certains commentaires, ils furent

²⁵³⁸ Cf., J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc. p. 702.

²⁵³⁹ G. AUZERO, « L'exercice du pouvoir de licencier », *Dr. soc.* 2010, 289.

²⁵⁴⁰ V., Cass. soc. 25 nov. 2003, n° 01-42.111, *Bull. Joly Sociétés* 2004, 422, note C.-M. Béraud ; 29 sept. 2004, n° 02-43.771, *Bull. civ. V*, n° 236 ; 2 mars 2011, n° 08-45.422.

²⁵⁴¹ Cass. soc. 14 juin 1994, n° 92-45.072, *RJS* 7/94, n° 851.

²⁵⁴² Cass. soc. 26 mars 2002, n° 99-43.155, *Bull. civ. V*, n° 105 ; *Dr. soc.* 2002, 784, obs. J. Mouly.

²⁵⁴³ Cass. soc. 26 mars 2002, préc. ; 26 avr. 2006, n° 04-42.860, inédit ; 19 nov. 2005, n° 02-45675, *Dr. soc.* 2005, 475, obs. J. Savatier ; 23 sept. 2009, n° 07-44.200, *RDT* 2009, 647, obs. G. Auzero ; 2 mars 2011, n° 09-67.237, *RDT* 2011, 307, obs. N. Ferrier.

²⁵⁴⁴ G. AUZERO, N. FERRIER, « La délégation du pouvoir de licencier dans les SAS (et autres groupements personifiés) », *RJS* 2011, 83.

²⁵⁴⁵ Elle a été consacrée par la loi de 1994 et révisée par les lois du 12 juill. 1999 et 1^{er} août 2003.

²⁵⁴⁶ CA Versailles, 25 juin 2008, *Rev. sociétés* 2008, 912, note I. Urbain-Parléani, pourvoi rejeté par Cass. civ. 2^e, 4 juin 2009, *Bull. Joly Sociétés* 2010, 39, note A. Couret ; 24 sept. 2009, *Bull. Joly Sociétés* 2010, 37 ; *Dr. sociétés* 2010, 25, note D. Gallois-Crochet ; *Sem. soc. Lamy* 2010, n° 1449 ; J.-P. ROBÉ, in *Sem. soc. Lamy* 2010, n° 1434 ; S. VERNAC, « Les statuts de la SAS et le droit du travail », *Dr. ouvr.* 2010, p. 181.

sommés de préciser les règles de la délégation des pouvoirs dans la SAS²⁵⁴⁷. Ainsi, l'affirmation de « la validité, au regard des dispositions de l'article L. 227-6 du Code de commerce, de la lettre de licenciement d'un salarié d'une société par action simplifiée émanant d'une personne qui n'est ni le président de la société, ni autorisée par les statuts à recevoir délégation pour exercer le pouvoir de licencier »²⁵⁴⁸ a été fort remarquée²⁵⁴⁹ puisqu'elle rompt avec l'ancienne conception qui déclarait le licenciement effectué par une personne non détentrice du pouvoir de licencier soit nul²⁵⁵⁰, soit sans cause réelle et sérieuse²⁵⁵¹. La Chambre mixte a précisé dans un arrêt du 19 novembre 2010²⁵⁵² que si l'article L. 227-6 du Code de commerce prévoit que « la société par actions simplifiée est représentée à l'égard des tiers par son président et si les statuts le prévoient, par un directeur général ou un directeur général délégué dont la nomination est soumise à publicité, cette règle n'exclut pas la possibilité, pour ces représentants légaux, de déléguer le pouvoir d'effectuer des actes déterminés tel que celui d'engager ou de licencier les salariés de l'entreprise »²⁵⁵³. Elle vient ici confirmer une position antérieure²⁵⁵⁴. Mais, certains auteurs ont avancé que l'application de la délégation du pouvoir de licencier dans les sociétés par actions simplifiées serait remise en cause²⁵⁵⁵. Or, pour la Cour de cassation, l'article L. 227-6 du Code de commerce qui s'applique au « pouvoir général de représentation de la SAS à l'égard des tiers », n'est pas applicable à « la délégation de pouvoirs fonctionnelle, qui permet aux représentants de toute société, y compris des SAS, de déléguer, conformément au droit

²⁵⁴⁷ Cf., S. VERNAC, « Les statuts de la SAS en droit du travail », *Dr. ouvr.* 2010, p. 181 ; F. MAURY, « La recherche de l'employeur : l'exemple de la délégation de pouvoir dans une SAS », *Dr. ouvr.* 2011, p. 455, annexes, p. 463.

²⁵⁴⁸ Cass. ch. mixte 19 nov. 2010, n° 10-10.095 ; Cf., D. TRICOT, « Le dirigeant de société et ses délégués », *Journ. Sociétés*, mars 2010, p. 11 ; N. FERRIER, « L'opposabilité des délégations de pouvoirs non statutaires dans les SAS », *Bull. Joly Sociétés* 2011, n° 9, pp. 666-669 ; M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « Les pouvoirs du directeur général dans la SAS : comment concilier la liberté statutaire et la sécurité ? », note sous Cass. com. 21 juin 2011, n° 10.20.878 et Cass. soc. 7 juin 2011, n° 10-16.682, *RJ com.* 2012, n° 1, pp. 49-52.

²⁵⁴⁹ Cf., M. LAVAL, P. TORRE, « Les SAS, une structure décisionnaire à risque », *Revue Décideurs Juridiques et Financiers* 2011, n° 131, pp. 74-75.

²⁵⁵⁰ A. LIÉNHARD, « Pouvoir de licencier dans les SAS : la chambre mixte a tranché », *D.* 2010, n° 42, p. 2770.

²⁵⁵¹ Cass. soc. 30 sept. 2010, *D.* 2010, Actu. 2371, obs. Ines.

²⁵⁵² Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095 et 10-30.215, *Sem. soc. Lamy*, n° 1469, note P. Henriot ; *JCP E* 2010, 2049, note A. Coeuret et B. Dondero ; Cf., A. COEURET, F. DUQUESNE, « Les licenciements dans la SAS : fin d'une controverse et ébauche d'une théorie du pouvoir délégué », *Dr. soc.* 2011, 382.

²⁵⁵³ Cf., M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « Les pouvoirs du directeur général dans la SAS : comment concilier la liberté statutaire et la sécurité ? », commentaire sous Cass. com. 21 juin 2011, n° 10-20.878 ; Cass. soc. 7 juin 2011, n° 10.16.682, *RJ com.* 2012, n° 1, p. 49.

²⁵⁵⁴ Cass. soc. 18 nov. 2003, n° 01-43.608, *Bull. civ. V*, n° 191 ; 23 sept. 2009, préc. ; 29 sept. 2010, n° 09-42.292, *Bull. civ. V*, n° 206.

²⁵⁵⁵ Cf., G. AUZERO, N. FERRIER, « La délégation du pouvoir de licencier dans les SAS (et autres groupements personnifiés) », *RJS* 2011, 83 ; B. DONDERO, « Les nouveautés majeures en matière de SAS », *JCP G* 2011, n° 363 ; J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc. p. 703.

commun, une partie de leurs pouvoirs afin d'assurer le fonctionnement interne de l'entreprise »²⁵⁵⁶.

Ainsi, le monopole de la représentation dans les sociétés par action simplifiées revient au président²⁵⁵⁷ : c'est lui qui dispose du droit de représentation légale. La loi permet, en outre, aux statuts d'une SAS de prévoir la désignation d'un directeur général ou d'un directeur général délégué comme représentant de ce type de société. Ce mécanisme de représentation inhérent au mandat social emporte des conséquences à l'égard des salariés qu'il n'est pas toujours aisé de mesurer, notamment en termes de paiement des créances salariales. En principe, la responsabilité de l'employeur est engagée en matière de paiement des salaires si le licenciement est effectué par les représentants désignés par la loi ou les statuts. Par conséquent, l'institution de garantie des salaires est également tenue de prendre en charge les mêmes créances. Dans cette optique, les créances qui naissent des actes accomplis par les personnes qui ne sont pas désignées par la loi ou les statuts comme représentants de l'employeur devraient être exclues du champ de la garantie.

Toutefois, la technique de la délégation du pouvoir dans la SAS qui a été critiquée parce qu'elle méconnaît certaines prescriptions du droit du travail²⁵⁵⁸, complique la situation. En effet, en dehors du président, du directeur général ou du directeur général délégué, aucune autre personne ne devrait normalement accomplir un acte positif ou négatif au nom de la société. On pourrait par conséquent se trouver dans une situation de paralysie de la société ou que les licenciements prononcés par un directeur général sans autorisation préalable des associés, alors que les statuts l'exigeaient sont dépourvus de cause réelle et sérieuse²⁵⁵⁹. Cette décision du 19 novembre 2010²⁵⁶⁰, a soulevé des polémiques²⁵⁶¹, car elle énonce que la

²⁵⁵⁶ Cf., A. LIÉHNARD, « Pouvoir de licencier dans les SAS : la chambre mixte a tranché », *D.* 2010, n° 42, p. 2770.

²⁵⁵⁷ J.-C. HALLOUIN, « Le monopole de la représentation du président de la SAS », *D.* 2002, chron. 2922 ; H. LE NABASQUE, « La représentation dans la SAS : le monopole de représentation par le président », *Rev. sociétés* 2002, p. 727 ; L. GODON, « Interrogations sur la représentation de la SAS », note sous Cass. soc. 23 nov. 2011, *Sté Renault c/ Orcel*, n° 1020-288 ; 18 mai 2011, *Syndicat Sud industrie Rhône Alpes c/ Sté Renault Trucks*, n° 10-60.273 ; Cass. com. 21 juin 2011, *Fabre c/ Sofiag*, n° 10-20.878, *Revue des sociétés* 2012, n° 3, pp. 169-176.

²⁵⁵⁸ Cf., A. LYON-CAEN, « Le pouvoir entre droit du travail et droit des sociétés. À propos du licenciement dans une S.A.S (U) », *RDT* 2010, p. 496.

²⁵⁵⁹ Cf., G. AUZÉRO, « Opposabilité d'une clause statutaire limitant le pouvoir de licencier », note sous Cass. soc. 15 févr. 2012, n° 10-27.685, *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 6, p. 507.

²⁵⁶⁰ Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, préc.

²⁵⁶¹ Cf., A. LÉPORT, H. GUYOT, « Polémiques autour du pouvoir de licenciement dans les SAS », *JCP S* 2010, 1006 ; P. MORVAN, « Nullité en droit du travail et délégation de pouvoirs dans la SAS », *JCP S* 2010, 1239 ; G. AUZÉRO, « Le pouvoir de licencier », *Dr. soc.* 2010, 289.

délégation du pouvoir de licencier n'est pas impérativement écrite ; elle peut être tacite²⁵⁶² ou résulter des tâches secondaires liées aux fonctions du salarié²⁵⁶³. Le transfert des compétences de gestion du personnel²⁵⁶⁴, par exemple, peut produire ses effets sans écrit²⁵⁶⁵. Il n'est pas non plus exigé de publier la délégation de pouvoir aux salariés²⁵⁶⁶. La transmission non formelle de pouvoirs est susceptible d'entraîner des violations importantes des droits des salariés car l'exercice du pouvoir de l'employeur peut être confié à un tiers dont les salariés ne peuvent imputer l'indemnisation à ce tiers sur le fondement de la responsabilité contractuelle. Le tiers qui exerce le pouvoir à la place de l'employeur n'est pas juridiquement tenu par le contrat de travail. Or, le droit du travail organise essentiellement la réparation des préjudices subis par les salariés sur le fondement de ce contrat. Les règles protectrices du droit du travail seraient ainsi écartées. Or, le contrat de travail est un contrat *intuitu personae* qui ne doit pas s'exécuter dans de telles modalités. En quoi les actes d'un tel délégataire engagent la responsabilité de l'employeur qui n'a pas consenti au transfert de pouvoir ?

Curieusement, la Cour de cassation a affirmé que l'employeur a la faculté *a posteriori* d'accepter les effets de l'acte accompli par ce détenteur de pouvoirs dont il ignorait l'existence²⁵⁶⁷. Cette situation crée une insécurité juridique pour les salariés. Une telle insécurité subsiste même si la Cour de cassation prend soin de préciser qu'une telle délégation du pouvoir de licencier ne peut se faire au profit d'une personne extérieure à l'entreprise. Dans cette optique, la procédure de licenciement ne peut être conduite par un cabinet comptable de l'employeur²⁵⁶⁸. Paradoxalement, la Cour de cassation rappelle qu'il n'est pas nécessaire qu'il puisse exister entre l'employeur et le délégataire un contrat de travail : un simple intérimaire peut ainsi se voir attribuer le pouvoir de licencier²⁵⁶⁹ les salariés en contrat à durée indéterminée.

²⁵⁶² Pour les détails du mandat tacite, Cf., C. LAZERGES, « Les mandats tacites », *RTD civ.* 1975, p. 222.

²⁵⁶³ Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, préc.

²⁵⁶⁴ Cass. soc. 5 juill. 2011, n° 10.23.257.

²⁵⁶⁵ C. civ., art. 1984 et 1998 ; Cass. soc. 18 nov. 2003, n° 01-43.608, *Bull. civ.* V, n° 287 ; *D.* 2003, IR 3008 ; 6 juill. 2004, n° 02-43.322.

²⁵⁶⁶ Cass. soc. 5 mai 2011, n° 09-72.924, *RTD com.* 2011, 370, obs. P. Le Cannu et B. Dondero.

²⁵⁶⁷ Cf., J. PORTA, « Pouvoir et contrat », in *Droit du travail : relations individuelles de travail*, *D.* 2012, n° 14, études et commentaires, Panorama, n° 905 et s.

²⁵⁶⁸ Cass. soc. 26 mars 2002, n° 99-43.155, *Bull. civ.* V, n° 105 ; *D.* 2002, 1323 ; 7 déc. 2011, n° 10-30.222, *D.* 2012, 24 ; *RDT* 2012, 94, obs. G. Auzero.

²⁵⁶⁹ Cass. soc. 2 mars 2011, n° 09-67.237 et n° 08-45.422, *D.* 2011, 823, obs. L. Perrin, et 824 ; *RDT* 2011, 307, obs. N. Ferrier ; Cf., A. LYON-CAEN, « Direction intérimaire », *RDT* 2011, n° 4, éditorial, p. 213.

La position adoptée par le Chambre mixte a été rapidement épousée par la Chambre sociale²⁵⁷⁰ entraînant plusieurs effets. Ainsi, si la Cour de cassation a considéré dans un arrêt que le licenciement effectué par une personne à laquelle le pouvoir de licencier n'a pas été confié est nul²⁵⁷¹, entraînant la réintégration du salarié²⁵⁷², elle privilégie cependant dans la majorité des cas la condamnation de l'employeur au versement des dommages-intérêts pour rupture dépourvue de cause réelle et sérieuse²⁵⁷³. S'il a été constaté par un auteur que la nullité de l'acte accompli par la personne dépourvu de pouvoir était la sanction appropriée en vertu du régime juridique du mandat²⁵⁷⁴, il a été souligné par un autre auteur que la nullité ne semble pas appropriée au regard de la situation de l'entreprise en défaillance dans la mesure où la réintégration est peu propice²⁵⁷⁵. De son côté, le salarié est par ailleurs dépourvu de recours car il ne peut invoquer les règles du mandat pour rétorquer l'acte accompli, une telle action étant réservée à la personne représentée²⁵⁷⁶. Pourtant, l'action du salarié peut se fonder sur le dépassement des pouvoirs allégués²⁵⁷⁷.

Par ailleurs, l'exercice du pouvoir de licencier devrait inciter le juge du travail à observer ce qui se pratique dans d'autres domaines du droit, notamment dans le droit pénal, afin d'opérer un contrôle effectif de la délégation de pouvoir qui transfère la compétence au délégataire²⁵⁷⁸. Par exemple, le transfert de compétence doit dans ce cadre être suivi du transfert d'autorité et de moyens nécessaire de l'exercice de la mission²⁵⁷⁹. En outre, la question de la garantie des créances résultant du licenciement effectué par le délégataire peut se poser.

250.- Licenciement du délégataire et garantie de l'AGS. Le délégataire qui a reçu le pouvoir de l'employeur ou de son représentant accomplit les actes qui engagent la

²⁵⁷⁰ Cass. soc. 26 janv. 2011, n° 08-43.475 ; 2 mars 2011, n° 09-67.237 et n° 08-45.422, *RDT* 2011, 307, obs. N. Ferrier.

²⁵⁷¹ Cass. soc. 13 sept. 2005, n° 02-47.619, inédit ; 29 avr. 2009, n° 08-40.128, inédit.

²⁵⁷² G. AUZERO, « L'exercice du pouvoir de licencier », *Dr. soc.* 2010, p. 293.

²⁵⁷³ V., Cass. soc. 4 mars 2003, n° 00-45.193, *Bull. civ. V*, n° 79 ; *Dr. soc.* 2003, p. 543, obs. J. Savatier ; 30 sept. 2010, n° 09-40.114, *Bull. civ. V*, n° 208 ; *JCP E* 2010, 1997, note F. Duquesne ; 15 nov. 2011, n° 10-17.015, FS-P+B, M. G. c/ M. R ès qualités mandataire liquidateur de la SAS Manufacture des engrais Vital et a. ; S. BRISSY, « Licenciement pour motif économique. Absence du pouvoir de licencier = absence de cause réelle et sérieuse », *JCP S* 2012, n° 6, p. 37-38.

²⁵⁷⁴ G. AUZERO, « L'exercice du pouvoir de licencier », préc.

²⁵⁷⁵ S. BRISSY, « Licenciement pour motif économique. Absence du pouvoir de licencier = absence de cause réelle et sérieuse », *JCP S* 2012, n° 6, p. 38.

²⁵⁷⁶ Cass. civ. 1^{re}, 2 nov. 2005, n° 02-14.614, *Bull. civ. V*, n° 395 ; *RTD civ.* 2006, p. 135, obs. P.-Y. Gautier.

²⁵⁷⁷ S. BRISSY, « Licenciement pour motif économique. Absence de pouvoir de licencier = absence de cause réelle et sérieuse », *JCP S* 2012, n° 6, p. 38.

²⁵⁷⁸ Cass. soc. 14 juin 1994, n° 92-67.237 ; 10 nov. 2009, *Bull. civ. V*, n° 250 ; *Lexbase Hebdo. éd. soc.* n° 373, obs. G. Auzero.

²⁵⁷⁹ Cass. soc. 2 mars 2011, n° 09-67.237.

responsabilité de l'employeur²⁵⁸⁰. C'est lui qui exerce, en principe, l'autorité sur le salarié²⁵⁸¹. Il lui incombe donc l'obligation d'indemniser le salarié de la rupture du contrat de travail effectuée par le délégataire. La responsabilité contractuelle de l'entreprise est engagée²⁵⁸² parce que le droit du travail n'envisage pas une telle responsabilité entre le délégataire et le salarié. Pour le salarié, le délégataire est un tiers au contrat de travail au regard de l'article L. 1165 du Code civil. Le droit commun étant applicable aux contrats de travail²⁵⁸³, les obligations contractuelles de l'employeur ne sont pas transférables à ses représentants ou délégataires.

En somme, la créance qui résulte du licenciement effectué par un représentant de l'employeur ou un délégataire²⁵⁸⁴ doit être prise en charge par l'assurance garantie des salaires. Mais la question peut se poser en ce qui concerne la créance qui résulte du licenciement opéré par une personne dont la représentation ou la délégation de pouvoirs n'a pas été prévue par la loi ou les statuts. En effet, les créances qui résultent du licenciement effectué par une personne qui ne bénéficie pas d'une délégation de pouvoir n'est ni opposable à l'employeur ni à l'AGS, car son acte est sans cause réelle et sérieuse et les conséquences de cet acte ne sont pas imputables à l'employeur. En ce sens, la responsabilité incombe à la personne qui a usurpé la qualité de délégataire. On peut s'étonner toutefois que la jurisprudence ne qualifie pas directement cet acte de nul. Néanmoins, la question n'est pas simple puisque la délégation de pouvoir n'est pas forcément écrite et l'employeur peut postérieurement accepter les effets de

²⁵⁸⁰ V., Cass. soc. 31 janv. 1980, n° 78.40.327, *Bull. civ.* V, 72 ; 2 mars 2011, n° 08-45.422, FS-P+B.

²⁵⁸¹ C. RADÉ, « Autorité et responsabilité au sein de l'entreprise », *Rev. Lamy dr. civ.* 2008, n° 51, suppl.

²⁵⁸² C. civ., art. L. 1382 et 1383 ; G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, LGDJ 1995, n° 170 ; G. COUTURIER, *Droit du travail. I Les relations individuelles de travail*, PUF, 1996, p. 355 ; C. RADÉ, *Droit du travail et responsabilité civile*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 1997, n° 282, préf. J. Hauser ; P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2000/2001, n° 2853 ; C. RADÉ, *La responsabilité civile contractuelle. Les quasi-contrats*, PUG 2001, p. 30 ; E. LEMOINE, « Les principes civilistes dans le droit du travail », *LPA* 2001, n° 119, pp. 8-17 ; I. DESBARATS, « De la responsabilité contractuelle du fait d'autrui en droit du travail », *D.* 2002, n° 14, pp. 1167-1169, note sous Cass. soc., 10 mai 2001, n° 99-40.059, Sté Reppass'Net c. Mme Bouet ; B. GAURIAU, « L'employeur doit répondre des agissements des personnes qui exercent de fait ou de droit une autorité sur les salariés, Recherche d'un fondement juridique », *Dr. soc.* 2001, n° 11, pp. 921-924 ; C. RADÉ, « Faut-il reconnaître un principe général de responsabilité du fait d'autrui ?, Responsabilité civile et assurance », in *Études offertes à H. Goutel*, Litec, 2006, p. 375 et s., spéc. p. 30.

²⁵⁸³ C. trav., art. L. 1221-1.

²⁵⁸⁴ Cf., A. COEURET, F. DUQUESNE, « Les licenciements dans la société par Actions Simplifiée [SAS] : fin d'une controverse et ébauche d'une théorie du pouvoir délégué », *Dr. soc.* 2011, n° 4, pp. 382-391 ; H. MOUBSIT, « La délégation du pouvoir de licencier dans la société par action simplifiée », *LPA* 2011, n° 37, pp. 18-22 ; F. MARMOZ, « Le pouvoir de licencier dans les SAS », *D.* 2011, n° 5, pp. 344-347 ; F. CARSIN-CORRIGNAN, D. CORRIGNAN-CARSIN, « L'identification des titulaires du pouvoir de licencier au sein des SAS », *JCP G* 2011, n° 1, pp. 43-48 ; J.-M. ALBIOL, C. GALLON, « Rupture du contrat de travail. Admission réitérée de la délégation du pouvoir de licencier dans la SAS », *JCP S* 2011, n° 19, pp. 21-22, note sous Cass. soc. 26 janv. 2011, n° 08-43.475, SAS Edimark ; P. LE CANNU, B. DONDERO, « La preuve de la date d'une délégation de pouvoir », note sous Cass. soc. 5 mai 2011, n° 09-72.924, *RTD com.* 2011, n° 2, pp. 370-371.

l'acte accompli par un détenteur de pouvoir au départ illégitime. De même, l'existence d'un contrat de travail entre l'employeur et le délégataire n'est pas non plus requise. Ainsi, le pouvoir de licencier peut revenir à un intérimaire²⁵⁸⁵. Par conséquent, l'institution de garantie des salaires n'est déchargée de l'obligation de paiement des créances salariales que si l'acte accompli par un non délégataire n'est pas accepté postérieurement par l'employeur, voire son représentant légal ou statutaire. L'acceptation postérieure de l'acte anéantit l'inopposabilité de l'acte engendrée par l'usurpation de la qualité de délégataire.

En définitive, la responsabilité d'indemniser de l'employeur est fondée sur son pouvoir de direction et de gestion. Son incapacité à exercer matériellement le pouvoir, l'oblige d'habiliter la plupart du temps les personnes physiques afin qu'elles incarnent ce pouvoir. Le transfert des pouvoirs se fait par représentation ou par délégation de pouvoir. Ces techniques d'organisation des entreprises faussent le lien juridique noué entre l'employeur - personne morale - et le salarié. Néanmoins, l'absence d'obligations contractuelles entre le salarié et le représentant de l'employeur ou le délégataire qui licencie, par exemple, peut apparaître également comme une garantie pour le salarié car l'employeur donne plus de garanties de paiement que le dirigeant ou le délégataire. L'employeur assume les fautes du dirigeant ou du délégataire. Par conséquent, si l'employeur est insolvable, l'assurance garantie des salaires couvre les créances qui résultent des actes posés par les représentants ou délégataires. Mais la dynamique d'un élargissement du champ des créances garanties étend par la même occasion la sphère de la responsabilité de l'employeur.

Paragraphe 2 : L'étendue de la responsabilité

251.- Contrôle du pouvoir et sanctions. Si l'employeur dispose d'importants pouvoirs notamment celui de licencier, en raison de la relation de travail qu'il a noué avec le salarié, le contrat de travail -, *institution* -, lui impose également des obligations. Ces dernières limitent ses pouvoirs qui sont contrôlés par le juge. Le contrôle de ces pouvoirs permet doublement d'éviter les détournements de pouvoir en protégeant le salarié et de déterminer la responsabilité d'indemnisation de l'employeur notamment en cas de perte d'emploi. Sa responsabilité d'indemniser le salarié est étendue. Ainsi, si l'application de la sanction civile

²⁵⁸⁵ Cass. soc. 2 mars 2011, n° 09-67.237 et n° 08-45.422, *D.* 2012, p. 823, obs. L. Perrin ; *RDT*, 2011, p. 307, obs. N. Ferrier.

en droit du travail²⁵⁸⁶ n'est plus à démontrer, la responsabilité de l'employeur n'est pas exactement identique à celle utilisée en droit civil²⁵⁸⁷. L'employeur est en effet tenu de verser une indemnité de licenciement au salarié en dépit de l'absence de toute faute. Or, l'article 1382 du Code civil précise que sont tenues de réparer le dommage, les personnes qui par leur fait ont causé un dommage à autrui. Que répare alors l'indemnité de licenciement ? La nature de la responsabilité de l'employeur en la matière interroge. À ce sujet, on peut constater l'autonomie du droit du travail par rapport au droit commun de la responsabilité civile. Il est conçu que l'acte juridique de licenciement cause nécessairement un préjudice au salarié en dépit de l'existence d'une justification. Par conséquent, la responsabilité de l'employeur n'est pas toujours fondée sur l'inexécution du contrat de travail (faute contractuelle) ou d'une faute délictuelle²⁵⁸⁸, mais sur le risque d'entreprise ou celui de l'emploi, c'est-à-dire de l'utilisation du salarié à son service. Ainsi, l'employeur en embauchant le salarié assume par ricochet le risque de la perte de son emploi.

Ainsi, la réparation des préjudices subis par le salarié à l'occasion de la rupture du contrat de travail est essentiellement pécuniaire²⁵⁸⁹. Il y a une sorte de primat de la logique pécuniaire de la réparation du préjudice né de la perte de l'emploi au détriment d'une réparation en nature dominée par la réintégration du salarié. On peut cependant se demander si cette primauté de la logique pécuniaire n'est pas influencée par la prise en charge des créances résultant de la rupture du contrat de travail par l'AGS. En somme, l'employeur qui a le pouvoir de rompre unilatéralement le contrat de travail, a aussi d'une part, la responsabilité d'indemniser de le salarié en lui versant une indemnité de licenciement²⁵⁹⁰ qui est due même en l'absence de faute (A). Il est tenu d'autre part, de verser au salarié en plus de l'indemnité de licenciement, les indemnités pour défaut de cause réelle et sérieuse ou des irrégularités des mesures de maintien de l'emploi (B).

²⁵⁸⁶ M. GRÉVY, *La sanction civile en droit du travail*, préf. G. Borenfreund, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », t. 36, p. 101.

²⁵⁸⁷ G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, préc., Cf., A. ROUSAT, H. SINAY, « Stabilité de l'emploi et transfert de l'entreprise », *JCP* 1961, I, 1647 ; A. BRUN, « Le lien d'entreprise », *JCP* 1962, I, 1719.

²⁵⁸⁸ Pour la définition de la responsabilité contractuelle et délictuelle (G. VINEY, *Introduction à la responsabilité, Traité de Droit civil*, LGDJ, 2008, p. 275 et s.).

²⁵⁸⁹ Cf., M. GRÉVY, *La sanction civile en droit du travail*, LGDJ, Paris, 2002, coll. « Bibl. de droit social », t. 36, préf. G. Borenfreund ; A. BOYER, « Un droit social contre-productif dans les entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.* 2010, n° 106-107, pp. 8-12, note sous Cass. soc. 17 juin 2009, n° 08-41.522.

²⁵⁹⁰ H. BLAISE, « La révision de l'indemnité de licenciement », *Dr. soc.* 1980, 365 ; J. SAVATIER, « La nature juridique de l'indemnité de licenciement », *Dr. soc.* 1989, 125 ; « L'indemnité et état de santé du travailleur », *Dr. soc.* 1991, 109 ; G. VACHET, *Contrat de travail à durée indéterminée, Rupture : effets, Rép. trav.*

A. Le paiement de l'indemnité de licenciement

252.- Fondements et nature. La créance dont l'employeur est, en toutes circonstances, débiteur à l'égard du salarié en cas de licenciement est l'indemnité de licenciement. Cette dernière est due indépendamment de la justification ou non du licenciement. Mais quels sont ses fondements et sa nature juridique ? En effet, l'article L. 1234-9 du Code du travail prescrit que « le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, licencié alors qu'il compte « une année d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur, a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité de licenciement »²⁵⁹¹. Le droit de bénéficier de cette indemnité naît à la date de la notification de la rupture²⁵⁹². Le comportement du salarié pendant l'exécution du préavis qui justifie l'interruption de celui-ci n'entraîne pas la perte du droit à l'indemnité de licenciement²⁵⁹³. Mais pour qu'une telle indemnité puisse être attribuée, il faut qu'elle soit reconnue par une loi, un règlement, une convention ou un usage²⁵⁹⁴. Il existe de façon générale trois types d'indemnité de licenciement : l'indemnité légale²⁵⁹⁵, conventionnelle et celle prévue par les usages. L'indemnité légale ne s'applique que s'il n'existe pas une convention collective qui prévoit une indemnité plus favorable au salarié²⁵⁹⁶. Le montant de cette indemnité légale a été modifié par le décret du 19 septembre 1974. Son taux n'est plus soumis comme sous l'empire de la loi de modernisation sociale du 12 janvier 2002, à la distinction entre le licenciement pour motif personnel et le licenciement pour motif économique.

Cette indemnité n'a pas de nature juridique précise. Les justifications qui lui sont attribuées sont insuffisantes. La Cour de cassation déclare en effet que l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement n'est pas comme le « salaire », la contrepartie du travail

²⁵⁹¹ L'ordonnance du 13 juillet 1967 qui institue cette indemnité l'attribuait au salarié qui avait passé deux années au service de l'employeur qui rompt unilatéralement le contrat de travail. C'est la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, (JO 26 juin 2008) qui a ramené le temps du salarié au service de l'employeur à une année.

²⁵⁹² Cass. soc. 19 nov. 1994, D. 1994, IR 37 ; Dr. soc. 1994, 268 ; Cah. soc. Barreau Paris 1994, 45, A 11 ; RJS 1994, 183, n° 250 ; 5 juin 1996, Bull. civ. V, n° 227 ; RJS 1996, 507, n° 788 ; 9 juill. 2003, RJS 10/03, n° 1162 ; 11 janv. 2006, JCP S 2006, 119, note J.-Y. Frouin ; 11 janv. 2007, JCP S 2007, 1205, note S. Brissy ; 26 sept. 2007, JCP S 2007, 1855, note F. Dumont ; RJS 12/07, n° 1283.

²⁵⁹³ Cass. soc. 23 mai 1984, Juri-social 1984, F76.

²⁵⁹⁴ Cass. soc. 13 nov. 1959, Bull. civ. IV, n° 1138, p. 906.

²⁵⁹⁵ C. trav., art. L. 1234-9 ; N. GARDAIR-RÉROLLE, « L'indemnité de licenciement ne peut être inférieure à un cinquième de mois », Juris. soc. Lamy 2011, n° 307, pp. 29-30, note sous Cass. soc. 29 juin 2011, n° 10-11.525 ; D. BOULMIER, « Rupture du contrat de travail Employés de maison : calcul de l'indemnité de licenciement », JCP S 2011, n° 39, p. 33, note sous Cass. soc. 29 juin 2011, n° 10-11.525.

²⁵⁹⁶ Cf., J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, Droit du travail, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012, n° 535.

exécuté²⁵⁹⁷. Elle est saisissable et cessible²⁵⁹⁸ ; elle ne constitue pas un *salaire* et ne peut être soumise aux cotisations de sécurité sociale²⁵⁹⁹. Mais l'AGS est tenue de la garantir *en cas d'insolvabilité de l'employeur* , malgré l'absence de qualification de salaire. Cette obligation de garantie exprime le détachement de la créance à l'exigence de « *rattachement à l'exécution du contrat de travail* »²⁶⁰⁰.

De même, elle n'est pas assujettie à la prescription du salaire²⁶⁰¹ et aux dispositions particulières de compensation²⁶⁰². Elle peut être cumulée avec l'indemnisation du chômage²⁶⁰³. Par conséquent, elle n'est pas fiscalement imposable. Une partie de la doctrine constante observe qu'elle est la contrepartie du *droit de résiliation unilatérale* de l'employeur d'un contrat de travail à durée indéterminée²⁶⁰⁴. Cette indemnité n'est due qu'en cas de « licenciement » ; la rupture du contrat de travail par démission ou par la force majeure est exclue²⁶⁰⁵. En revanche, elle est admise dans la rupture du contrat par les départs volontaires et la mise à la retraite. Cette indemnité est calculée en fonction d'un certain nombre d'éléments salariaux.

253.- Assiette de l'indemnité légale. Le montant de l'indemnité est calculé sur une base précise. En effet, le montant de cette indemnité est calculé sur la base de la rémunération que le salarié est en droit de percevoir²⁶⁰⁶ et non sur celle des rémunérations déjà perçues²⁶⁰⁷. Le *salaire* qui est pris en considération pour le calcul de l'indemnité est « selon la formule la plus avantageuse au salarié : soit le douzième de la rémunération des douze derniers mois précédant le licenciement ; soit le tiers des trois derniers mois »²⁶⁰⁸. Sont également prises en considération pour le calcul de ce montant, l' *ancienneté dans l'entreprise* ²⁶⁰⁹ et la *profession*

²⁵⁹⁷ Cass. soc. 22 mai 1986, *Bull. civ. V* , n° 245.

²⁵⁹⁸ Cass. soc. 23 juin 1988, *RJS* 1989, 158, obs. Déprez.

²⁵⁹⁹ Cass. soc. 27 nov. 1985, *Bull. civ. V* , n° 564 ; 4 mai 1988, *Dr. soc.* 1989, 132 ; 9 nov. 1989, *Bull. civ. V* , n° 657, *Jurisp. UIMM* , 90/523, p. 34.

²⁶⁰⁰ C. trav., art. L. 3253-6.

²⁶⁰¹ Elle est soumise à la prescription trentenaire (Cass. soc. 20 oct. 1988, *Bull. civ. V* , n° 536 ; *D.* 1988, IR 263 ; *Dr. soc.* 1989, 125, note Savatier ; 11 déc. 1991, *Cah. Prud.* 1992, 85).

²⁶⁰² L'indemnité de licenciement peut être composée avec les sommes perçues par le salarié à l'employeur (Cass. soc. 23 oct. 1980, *Bull. civ. V* , n° 766 ; 23 juin 1988, *Dr. soc.* 1989, 131, note Savatier ; *D.* 1988, IR 213).

²⁶⁰³ Cass. soc. 6 mai 1982, *Bull. civ. V* , n° 290.

²⁶⁰⁴ Cf., J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail* , 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2011, pp. 565 et s. ; n° 537.

²⁶⁰⁵ J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail* , préc., p. 672.

²⁶⁰⁶ Il s'agit du salaire réel global (Cass. soc. 16 févr. 1989, *RJS* 3/89, n° 221).

²⁶⁰⁷ Cass. soc. 22 mars 2006, *JCP S* 2006, 1518, note P.-Y. Verkindt.

²⁶⁰⁸ C. trav., art. R. 1234-4 ; Cass. soc. 5 mai 1988, *D.* 1988, somm. 322, obs. A. Lyon-Caen ; 9 juin 1988, *Dr. soc.* 1989, 124, note Savatier ; 26 mai 1988, *Bull. civ. V* , n° 325.

²⁶⁰⁹ C. trav., art. R. 1234-1 ; Cass. soc. 25 nov. 1997, *RJS* 1/98, n° 30.

*exercée*²⁶¹⁰. En général également, « l'indemnité de licenciement ne peut être inférieure à un cinquième de mois par année d'ancienneté, auquel s'ajoutent deux quinzièmes de mois par année au-delà de dix ans d'ancienneté »²⁶¹¹. En ce qui concerne les journalistes, l'article L. 7112-3 du Code du travail prévoit que « si l'employeur est à l'initiative de la rupture, le salarié a droit à une indemnité qui ne peut être inférieure à la somme représentant un mois, par année ou fraction d'année de collaboration, des derniers appointements. Le maximum des mensualités est fixé à quinze »²⁶¹². À cet effet, si l'ancienneté du salarié excède les quinze années, le montant de son indemnité est déterminé par une commission arbitrale²⁶¹³.

Ainsi, l'indemnité de licenciement fondée sur le « *droit de la résiliation unilatérale* » de l'employeur est automatique. Cette résiliation rentre évidemment dans le cadre de la responsabilité contractuelle. Cette dernière ne résulte pas d'un comportement répréhensible de l'employeur, mais du risque d'avoir pris le salarié à son service : c'est le risque de l'emploi²⁶¹⁴. L'indemnité de licenciement est due même en l'absence d'une faute. C'est une réparation sans faute car son versement ne dépend ni de l'absence de la cause réelle et sérieuse ni de l'irrégularité de la procédure. La justification de l'indemnité de licenciement sur la responsabilité contractuelle de l'employeur résultant de l'inexécution d'une obligation du contrat est insuffisante. Dans le cadre de l'indemnité de licenciement, il n'y a pas de faute à réparer. C'est donc une responsabilité sans faute. Cette obligation d'indemniser découlerait-elle de la *responsabilité sociale* que doit assumer l'employeur à l'égard de ses salariés ? La perte de l'emploi cause un préjudice aux salariés en dépit de l'absence de toute faute de l'employeur. Une telle responsabilité sociale peut-être justifiée par la *subordination juridique* des salariés. En contrepartie, la fidélité du salarié à l'entreprise est nécessaire pour bénéficier de cette indemnité.

²⁶¹⁰ C. trav., art. L. 7112-3.

²⁶¹¹ C. trav., art. R. 1234-2.

²⁶¹² V., Cass. soc. 11 déc. 1991, *Bull. civ.* V, n° 566 ; *D.* 1992, IR 37 ; *RJS* 1992, 136, n° 205.

²⁶¹³ Cass. soc. 29 oct. 2002, *Bull. civ.* V, n° 330 ; *RJS* 2003, 261, n° 397 ; *TPS* 2003, n° 1, p. 15 ; 9 mars 2011, n° 09-42.150 ; 15 déc. 2011, n° 10-12.877 ; Cf., F. BRAS, « Historique de la commission arbitrale », *Gaz. Pal.* 1996, 3, doct. 1368 ; M. DOMINGO, « Le point de vue des praticiens », *Gaz. Pal.* 1996, n° 311, pp. 6-11 ; P. WAQUET, « La commission arbitrale des journalistes. Jurisprudence de la Cour de cassation », *Gaz. Pal.* 1996, 3, doct., p. 1377 ; F.-J. PANSIER, « Les limites d'application volontaire du statut de journaliste », *Cah. soc. Barr. Paris*, 2011, n° 236, p. 320, note sous Cass. soc. 12 oct. 2011, n° 10-26. 699, X c/ Assoc. École supérieure de journalisme.

²⁶¹⁴ Cf., J. SAVATIER, « Réflexions sur les indemnités de licenciement », *Dr. soc.* 1989, 125 ; M. KELLER, « La réparation du préjudice né de la perte de l'emploi », *Dr. ouvr.* 1996, p. 279.

254.- Condition d'ancienneté. Pour bénéficier de l'indemnité de licenciement, le salarié doit remplir une *condition d'ancienneté*. Cette indemnité est en effet attribuée aux salariés qui ont passé au moins une année ininterrompue²⁶¹⁵ au service d'un employeur²⁶¹⁶. Le droit à l'indemnité naissant le jour de la notification du licenciement²⁶¹⁷, c'est également à cette date que l'*ancienneté* du salarié doit être appréciée²⁶¹⁸. En revanche, les circonstances entraînant la suspension du contrat de travail ne rompent pas l'*ancienneté nécessaire* au droit à l'indemnité de licenciement²⁶¹⁹. Mais le salarié peut être privé de cette indemnité s'il commet une faute grave²⁶²⁰. L'indemnité de licenciement peut être prévue par la loi et par une convention collective, par le contrat et d'éventuel usage.

255.- Articuler le montant légal et conventionnel de l'indemnité. L'indemnité légale de licenciement peut voisiner avec l'indemnité prévue par une convention collective. Pour autant, il ne peut y avoir cumul des deux indemnités. La convention collective fixe ainsi les causes de la rupture qui donnent un droit à l'indemnité²⁶²¹ et l'assiette de calcul²⁶²². Cette indemnité conventionnelle subsiste, malgré l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement²⁶²³. En pratique, la convention collective détermine les conditions d'attribution de l'indemnité de licenciement plus favorable que celles de la loi²⁶²⁴. Mais le salarié ne peut percevoir les deux indemnités en même temps. Il faut donc articuler leur bénéfice.

En effet, le montant de l'indemnité de licenciement est calculé en fonction de la rémunération brute perçue antérieurement à la rupture du contrat. Il s'agit en effet du salaire réel global et des accessoires²⁶²⁵. Ce taux et les modalités de fixation de l'indemnité sont déterminés par voie réglementaire²⁶²⁶. Le montant de cette indemnité est d'un cinquième de mois de salaire

²⁶¹⁵ Cass. soc. 10 févr. 1999, *Bull. civ. V*, n° 64.

²⁶¹⁶ C. trav., art. L. 1234-9 modifié par la loi du 25 juin 2008.

²⁶¹⁷ Cass. soc. 19 janv. 1994, *D.* 1994, IR 37 ; *Dr. soc.* 1994, 268 ; *Cah. soc. Barr.* 1994, 45, A. 11 ; *RJS* 1994, 183, n° 250 ; 5 juin 1996, *Bull. civ. V*, n° 227 ; *RJS* 1996, 507, n° 788 ; 26 sept. 2007, *D.* 2007, AJ 2538, obs. Ines ; *RJS* 2007, 1029, n° 1283.

²⁶¹⁸ Cass. soc. 25 nov. 1997, *Dr. soc.* 1998, 84, obs. J. Savatier.

²⁶¹⁹ C. trav., art. L. 1234-11 ; J. SAVATIER, « *Ancienneté dans l'entreprise* », *Rép. Trav.* ; G. VALLÉE, « La notion d'ancienneté en droit du travail français », *Dr. soc.* 1992, 871 ; H. LAIGO, O. PROT, « La reprise d'ancienneté du salarié ne se présume pas », *Sem soc. Lamy* 1996, n° 773, pp. 3-5.

²⁶²⁰ C. trav., art. L. 1234-9, al. 1.

²⁶²¹ Cass. soc. 25 mars 1992, *RJS* 1992, 335, note Philbert ; 13 oct. 1992, *Cah. Soc. Barr. Paris* 1992, 263, A. 48, n° 551 ; 18 nov. 1992, *Bull. civ. V*, n° 551 ; 3 févr. 1993, *Bull. civ. V*, n° 33.

²⁶²² Cass. soc. 29 janv. 1997, *TPS* 1997, comm. 109 ; 2 juill. 2002, *RJS* 11/02, n° 1227.

²⁶²³ Cass. soc. 15 mai 2002, *Bull. civ. V*, n° 160 ; *RJS* 2002, 635, n° 812 ; 28 juin 2005, *RJS* 2005, 694, n° 974.

²⁶²⁴ Pour le maintien de l'indemnité de licenciement en présence de la faute grave du salarié, cf., Cass. soc. 4 juill. 1990, *Bull. civ. V*, n° 347 ; J. PÉLISSIER, G. AUZÉRO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 566 et s.

²⁶²⁵ Cass. soc. 16 févr. 1989, *RJS* 3/89, n° 221 ; CA Paris, 10 déc. 1992, *RJS* 2/93, n° 226.

²⁶²⁶ C. trav., art. L. 1234-9.

par année d'ancienneté plus deux quinzièmes de mois de salaire par année d'ancienneté au-delà de 10 ans²⁶²⁷. Ce montant reste en vérité modeste, car le salarié qui dispose de 10 ans d'ancienneté ne percevra que 2 mois de salaire d'indemnité et celui qui en dispose 20 ans, 5 mois et 1/3 seulement²⁶²⁸. Toutefois, la licéité des clauses plus favorables aux salariés permet aux conventions collectives et contrats individuels de travail de prévoir des indemnités de licenciement sous des conditions du bénéfice moins rigoureuses que celles du législateur²⁶²⁹. Il en est ainsi de l'abréviation de la *condition d'ancienneté*, l'augmentation du montant de l'indemnité²⁶³⁰ ou l'attribution de l'indemnité en dépit de la faute grave du salarié²⁶³¹. Néanmoins, les clauses conventionnelles et contractuelles de l'indemnité de licenciement ne doivent pas entraver le droit de licencier de l'employeur²⁶³². Comme l'indemnité légale, l'indemnité conventionnelle ou contractuelle n'a pas la nature de salaire et ne bénéficie pas du superprivilège de salaires²⁶³³. Elle peut subir de reports des délais de paiement. Elles sont en revanche soumises à l'impôt et aux cotisations de sécurité sociale²⁶³⁴.

Dès lors qu'une indemnité de licenciement a été fixée par une convention collective, le juge ne peut réduire le montant de celle-ci quel que soit son caractère démesuré²⁶³⁵, alors qu'il a la possibilité de réduire une telle indemnité si elle est excessive par rapport au préjudice subi par le salarié et fixée par une clause contractuelle²⁶³⁶. Ce pouvoir de réduction de l'indemnité contractuelle de licenciement se fondant sur l'article 1152 du Code civil a été jugé discutable par certains auteurs²⁶³⁷.

L'indemnité de licenciement peut être également contractuelle. Comme l'indemnité conventionnelle, elle est souvent favorable aux salariés. Néanmoins, si elle est déterminée frauduleusement par rapport à celle prévue par la convention collective, le salarié perd le droit

²⁶²⁷ C. trav., art. R. 1234-1 et s. ; P. LOKIEC, *Droit du travail, t. 1, Les relations individuelles de travail*, PUF, Coll. « Thémis droit », 2011, p. 300.

²⁶²⁸ Cf., E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, préc., p. 361.

²⁶²⁹ Cf., E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, préc. ; P. LOKIEC, *Droit du travail, t. 1, Les relations individuelles de travail*, préc., p. 301.

²⁶³⁰ Cf., J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 567.

²⁶³¹ Cass. soc. 4 juill. 1990, *Bull. civ. V*, n° 347.

²⁶³² CA Douai, 18 déc. 1992, *RJS* 5/93, n° 568 (un exemple a été prise en ce qui concerne l'indemnité qui a été fixée à un montant correspondant à trois années de salaires et due même en cas de faute lourde du salariés).

²⁶³³ C. trav., art. L. 3253-1.

²⁶³⁴ Cf., J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 567.

²⁶³⁵ Cass. soc. 14 mai 1987, *Bull. civ. V*, n° 320 ; 22 févr. 1995, *RJS* 6/95, n° 644.

²⁶³⁶ Cass. soc. 5 mars 1996, *Cah. soc. Barr.* 1996, 152, S, 64 ; 17 oct. 1996, *D.* 1997, 179, note M. Défossez ; 17 mars 1998, Sté Redland Granulat c/ Perrin, *Bull. civ. V*, n° 142 ; *RJS* 5/98, n° 590 ; 8 juill. 1998, *RJS* 10/98, n° 1214 ; 3 déc. 2002, *RJS* 2/03, n° 185.

²⁶³⁷ J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, préc., p. 569.

à cette indemnité²⁶³⁸. Toutefois, l'indemnité de licenciement est automatique et distincte des dommages et intérêts que l'employeur doit verser de façon supplémentaire s'il ne respecte pas la procédure de licenciement ou si le licenciement n'est pas fondé sur une cause réelle et sérieuse. L'indemnité de licenciement est versée même en l'absence de toute faute de la part de l'employeur. À l'inverse de l'indemnité de licenciement, les dommages-intérêts nécessitent une véritable faute de l'employeur. Par conséquent, la nature des dommages et intérêts étant différente de celle de l'indemnité de licenciement, ils peuvent être cumulés avec cette dernière. Cet empilement tend vers la réparation intégrale du préjudice subi par le salarié du fait de la rupture de son contrat²⁶³⁹. Les dommages et intérêts réparent les préjudices économique²⁶⁴⁰ et moral²⁶⁴¹. Dans cette perspective, M. SUPIOT a souligné qu'il fallait explorer la piste de la réparation du préjudice par ricochet de la famille du salarié licencié²⁶⁴². L'indemnité de licenciement est une créance qui rentre dans l'objet de la garantie des salaires²⁶⁴³. Cependant, les voies s'élèvent pour critiquer l'inadaptation du droit social et surtout de la jurisprudence sociale parce qu'ils permettent l'indemnisation par l'AGS de divers dommages et intérêts résultant des irrégularités de rupture²⁶⁴⁴. La Cour de cassation a condamné l'institution de garantie à prendre en charge les indemnités de rupture du contrat d'apprentissage en cas de liquidation judiciaire²⁶⁴⁵. Les dommages et intérêts sanctionnent, en définitive, les irrégularités de procédure ou de fond du licenciement.

B. Le paiement des indemnités liées aux irrégularités

256.- Limitation du pouvoir de l'employeur. Pour limiter le pouvoir de l'employeur, son action a été rationalisée. Cette rationalisation met ainsi la décision unilatérale de

²⁶³⁸ Cass. soc. 4 mars 2004, *RJS* 5/03, n° 580

²⁶³⁹ Cf., A. SUPIOT, « Le travail liberté partagée », *Dr. soc.* 1993, 715 ; D. MEDA, « Travail et politiques sociales : à propos de l'article d'Alain Supiot », *Dr. soc.* 1994, 334 ; C. RADÉ, *La contribution de la responsabilité civile à l'élaboration du statut du travailleur salarié*, Thèse Bordeaux I, 1994, p. 44 et s.

²⁶⁴⁰ M. BON, « Perspectives de la protection contre le chômage », *Dr. soc.* 1995, 815.

²⁶⁴¹ Cass. soc. 4 mars 1979, *Bull. civ.* V, n° 238 ; 16 mars 2010, B. c/ Sté Group 4 Flack, n° 08-44.094 et n° 08-45.015, *JCP E et A* 2010, n° 17, p. 47 (les conditions du licenciement violentes ou vexatoires). J. DELIVRE, *Crise économique et pathologie des travailleurs menacés de licenciements collectifs*, in Prévenir (Chômage et santé) ; *Les effets traumatisants d'un licenciement collectif*, Plan, 1975 ; A. ARSEGUEL, B. REYNES, « Rupture de la relation de travail et indemnisation du préjudice moral », *Gaz. Pal.* 1992, chron. p. 913 ; A. SUPIOT, préc., p. 715 ; C. LEBRUN, « L'atteinte à la dignité du salarié », *Option Finance* 2003, n° 731, P. 24.

²⁶⁴² A. SUPIOT, *Les juridictions du travail*, t. 9, Traité Dalloz, 1987, p. 22.

²⁶⁴³ C. trav., art. L. 3253-8 ; Cass. soc. 20 mai 1992, *RJS* 2/93, n° 155.

²⁶⁴⁴ J. GRANGÉ, D. DUMAS, « Le sort des salariés dans les procédures collectives : un dispositif largement inadapté », *Sem. soc. Lamy* 2003, n° 1135, forum, p. 7.

²⁶⁴⁵ Cass. soc. 17 juin 2009, n° 08-40.659 ; 7 juill. 2009, n° 08-40.870.

l'employeur²⁶⁴⁶ sur la *partie faible* qui est le salarié sous la tutelle du juge. Ce dernier contrôle les décisions de l'employeur sans pour autant que son pouvoir ne soit supprimé²⁶⁴⁷ ; l'employeur doit toujours avoir la faculté de « gouverner », de « choisir »²⁶⁴⁸. Mais le droit de licencier de l'employeur est soumis à des conditions de régularité ; la violation de ces conditions engage sa responsabilité d'indemniser à travers le paiement des dommages-intérêts. Ces derniers sanctionnent une faute du détenteur du pouvoir de licencier. L'employeur ou son représentant ne dispose donc pas d'un pouvoir indéterminé sur le salarié. L'étude des sanctions des irrégularités des licenciements étant déjà amorcée²⁶⁴⁹, l'analyse se limite ici à l'indemnité due au salarié pour défaut de cause réelle et sérieuse (1) et l'indemnisation des mesures de maintien de l'emploi, notamment l'obligation générale de reclassement et de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi (2).

1. L'indemnisation du défaut de la cause réelle et sérieuse

257.- Obligation de justifier la décision. L'employeur est soumis à « l'exigence de justification » de sa décision de licencier. Il doit ainsi avoir un motif légitime, une juste raison, des raisons sérieuses pour « justifier »²⁶⁵⁰ la rupture du contrat de travail. À ce titre, le droit du travail exige que le licenciement pour motif personnel²⁶⁵¹ ou économique²⁶⁵² qui est un acte unilatéral de l'employeur soit justifié par une *cause réelle et sérieuse*. Il n'existe pas de définition légale de la cause réelle et sérieuse, et la jurisprudence est floue à ce sujet²⁶⁵³. Mais, au regard des travaux parlementaires, cette expression viserait l'objectivité de la justification de la rupture car elle ne doit pas être fondée sur les préjugés et les convenances personnelles²⁶⁵⁴. En effet, les licenciements pour motif personnel doivent se fonder sur une

²⁶⁴⁶ Cf., A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, Thèse Paris X, sous la dir. A. Lyon-Caen, p. 154.

²⁶⁴⁷ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Thèse Paris X Nanterre, 2002, p. 272 et s.

²⁶⁴⁸ G. LEVIS, *Maximes politiques*, 1815 ; J.-E. RAY, « L'égalité et la décision patronale », *Dr. soc.* 1990, p. 83.

²⁶⁴⁹ Cf., *intra*, n° 183 et s.

²⁶⁵⁰ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, 2^e éd., 1939, pp. 129 et 192.

²⁶⁵¹ C. trav., art. L. 1232-1 et s.

²⁶⁵² Cass. soc. 16 févr. 2011, n° 10-10.110 ; Cf., P. LOKIEC, « Droit du travail : relations individuelles de travail », *D.* 2012, n° 14, pp. 911 et s.

²⁶⁵³ La Cour de cassation ne contrôle pas la qualification de cause réelle et sérieuse donnée par les juges du fond (Cass. soc. 18 déc. 1986, *Dr. soc.* 1987, p. 91, concl. av. gén. G. Picca ; 21 janv. 1987, *Dr. soc.* 1987, p. 361 ; 16 juill. 1987, *Bull. civ.* V, n° 489 ; 5. janv. 1999, n° 18 D, *RJS* 2/99, n° 166).

²⁶⁵⁴ V., Cass. soc. 28 avr. 1994, *Dr. soc.* 1994, p. 719.

faute du salarié ou une incapacité, insuffisance professionnelle²⁶⁵⁵, alors que le licenciement pour motif économique des entreprises en défaillance est fondé sur les difficultés économiques, les mutations technologiques et la réorganisation de l'entreprise prescrites à l'article L. 1233-3 du Code du travail²⁶⁵⁶. Cette exigence de justification de la décision de l'employeur²⁶⁵⁷ permet d'évaluer sa bonne foi dans l'exécution du contrat de travail²⁶⁵⁸. Ainsi, l'employeur ne doit pas détourner le pouvoir dont qu'il est titulaire²⁶⁵⁹, car son action à une finalité : *l'intérêt de l'entreprise*²⁶⁶⁰. Par conséquent, l'employeur ne peut justifier sa décision par la satisfaction d'un intérêt personnel. Si la décision de licencier le salarié n'est pas justifiée par une *cause réelle et sérieuse*²⁶⁶¹, le salarié ou les organisations syndicales peuvent intenter une action en justice²⁶⁶² afin de demander la réparation du préjudice auquel le salarié est victime. L'employeur est, en somme, tenu responsable du versement d'une indemnité pour défaut de cause réelle et sérieuse²⁶⁶³.

²⁶⁵⁵ J.-M. VERDIER, A. COEURET, M.-A. SOURIAU, *Droit du travail, Vol. 2, Rapports individuels*, 16^e éd., Dalloz, coll. « Mémentos », 2011, p. 276 et s. ; J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail, préc.*, p. 473 et s.

²⁶⁵⁶ Cf., P. LOKIEC, *D.* 2012, n° 14, pp. 911 et s.

²⁶⁵⁷ F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, Thèse Paris X, 2000, p. 29 ; A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, « Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi », *Dr. soc.* 2001, p. 418.

²⁶⁵⁸ C. civ., 1134 ; Cf., G. LYON-CAEN, « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.* 1946, p. 75 ; G. ALPA, « Les nouvelles frontières du droit des contrats », in Études offertes à Jacques Ghestin, *Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2000, p. 12 ; G. RAYMOND, « La bonne foi dans le surendettement des particuliers et des familles », *Contrats, Conc., Consomm.*, 2000, p. 260 ; P. LAURENT, « La bonne foi et l'abus du droit de résilier unilatéralement les contrats de concession », *LPA* 8 mars 2000, n° 48 ; W. ROUMIER, « Bonne foi et loyauté dans le contrat de travail : débat sémantique ou réalité juridique ? », *TPS* 2003, p. 4 ; A. MAZEAUD, « Droit du travail et bicentenaire du Code civil : autour des articles 1134 et 9 du Code civil, ou, du contrat à la personne », in *1804-2004, le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 575 ; A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, Thèse Paris X, p. 341.

²⁶⁵⁹ Cf., C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, t. 2, 1983, p. 270 ; P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, préc.*, p. 339.

²⁶⁶⁰ Cf., E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n° 149, p. 97 ; G. COUTURIER, « L'intérêt de l'entreprise », in *Les évolutions contemporaines du droit du travail*, Écrits en l'honneur de Jean Savatier, PUF, 1992, p. 143 ; M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise », *RJS* 4/00, p. 260 ; B. TEYSSIÉ, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », *D.* 2004, doc. p. 1680 ; G. BOUCRIS-MAITRAL, « Intérêt social et intérêt de l'entreprise, des outils de contrôle du pouvoir privé, in *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2006, p. 25 ; A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, Thèse Paris X Nanterre, p. 154.

²⁶⁶¹ Cf., M.-C. BONNETÈTE, « De la notion de faute à la notion de cause, la notion de cause réelle et sérieuse dans la loi du 13 juillet 1967 sur la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée », *D.* 1974, p. 196.

²⁶⁶² C. trav., art. L. 1235-8 : « Les organisations syndicales de salariés représentatives peuvent exercer en justice toutes les actions résultant des dispositions légales ou conventionnelles régissant le licenciement pour motif économique d'un salarié, sans à justifier d'un mandat de l'intéressé. Le salarié est averti, dans les conditions prévues par voie réglementaire, et ne doit pas s'y être opposé dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention. À l'issue de ce délai, l'organisation syndicale avertit l'employeur de son intention d'agir en justice. Le salarié peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat » ; Cass. soc. 5 mars 1997, *TPS* 1997, comm. p. 158 ; Cf., J.-M. VERDIER, « Licenciement économique, droit des syndicats d'ester en justice aux lieu et place du salarié », *RJS* 1990, p. 3.

²⁶⁶³ Cf., D. PIAU, « L'absence de motif économique ne saurait être sanctionné autrement que par l'absence de cause réelle et sérieuse », note sous Cass. soc. 3 mai 2012, *Sté Viveo France c/ CE Sté Vivéo France*, n° 11-20.741, *Gaz. Pal.* 2012, n° 137-138, pp. 7-8.

258.- Un contrôle original de la cause économique²⁶⁶⁴. Le juge exerce un contrôle sur la justification du licenciement pour motif économique afin d'indiquer s'il est légitime ou non. Ce contrôle du motif économique²⁶⁶⁵ a dans un premier temps été refusé parce que : « l'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation et aucune disposition légale ne lui fait obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi pourvu qu'il observe à l'égard de ceux qu'il emploie les règles édictées par le Code du travail »²⁶⁶⁶. La décision de licencier le salarié rentrait dans le champ de la liberté privée de l'employeur d'entreprendre. Si le contrôle du motif économique a dans un second temps été admis, certaines critiques considèrent que le contrôle du motif de licenciement et la procédure nuit à l'efficacité économique²⁶⁶⁷, alors que les promoteurs de ce contrôle estiment qu'il permet de garantir le droit constitutionnel à l'emploi des salariés²⁶⁶⁸.

En tout état de cause, le contrôle judiciaire de la cause économique n'est plus à contester, mais il a une originalité dans les entreprises en cessation des paiements. Traditionnellement, le contrôle du motif économique du licenciement relève de la compétence du conseil de

²⁶⁶⁴ A. LYON-CAEN, « Le contrôle par le juge des licenciements pour motif économique », *Dr. ouvr.* 1995, pp. 281 et s. ; A. JEAMMAUD (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005 ; P. RODIERE, « Le juge et les appréciations économiques, opposition de deux approches », in A. Jeammaud (Dir.), préc. p. 125 ; F. GAUDU, « Des illusions des juristes aux illusions scientistes », in A. Jeammaud (Dir.), préc. ; E. DOCKÈS, « Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? La liberté d'entreprendre dénaturée par la Cour de cassation », *Dr. soc.* 2005, n°1, p. 1-6 ; A. LYON-CAEN, Q. URBAN, *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2006 ; E. SERVERIN, « L'évolution du contentieux du travail, des mots aux chiffres », *RDT* 2006, 46 ; J. AFFICHARD, A. LYON-CAEN (dir.), *Évaluer le droit du travail, problèmes et méthodes*, Dares, 2008 ; P. WAQUET, « Emploi et profit », *RJS* 5/06, p. 351 ; P. CAHUC S. CARCILLO, « Que peut-on attendre de l'interdiction de licencier pour améliorer la compétitivité de l'entreprise », *Rev. économique* 2007, vol. 58, p. 121 ; T. KIRAT, « Les indicateurs de protection de l'emploi : la mesure du droit du travail en question », *Économie et institution*, 2007, n° 9, p. 85 ; P. LOKIEC, « Du nécessaire dialogue entre le droit du travail et droit des sociétés », *RDT* 2008, p. 221 ; T. SACHS, *La raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, sous la dir. G. Borenfreund, 2009, Paris Ouest Nanterre La défense, pp. 133 et s.

²⁶⁶⁵ C. trav., art. L. 1233-3 ; Cass. soc. 29 sept. 2009, n° 08-43.487 ; J. NORMAND, « Le contentieux, nouvelles perspectives », *Dr. soc.* 1987, p. 264 ; P. WAQUET, « Le contrôle de la Chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse du licenciement », *Dr. soc.* 1992, p. 983 ; S. CARRÉ, « La Cour de Cassation face à l'épineux contrôle de la légitimité du licenciement économique », *Dr. ouvr.* 1995, 121 ; A. LYON-CAEN, « Le contrôle par le juge des licenciements pour motif économique », *Dr. ouvr.* 1995, 281 ; P. LYON-CAEN, *Dr. soc.* 1995, 570 ; J. PÉLISSIER, « La cause économique du licenciement dans la loi votée le 19 décembre 2001 en dernière lecture par l'Assemblée Nationale », *Dr. ouvr.* 2002, p. 145 ; A. LYON-CAEN, « Les évidences du droit du licenciement pour motif économique », *JCP E* 2003, n° 6, p. 2.

²⁶⁶⁶ Cass. soc. 31 mai 1956, *Brinon*, D. 1958, I, note Levasseur ; 6 mai 1975, *Bull. civ.* V, n° 234.

²⁶⁶⁷ O. BLANCHARD, J. TICOLE, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La Doc. fr., 2003 ; P. CAHUC, F. KRAMARZ, *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle*, La Doc. fr., 2004. Cf., Not., T. SACHS, « La raison économique en droit du travail : une raison réaliste (1^{re} partie) », *RDT*, 2011, p. 550.

²⁶⁶⁸ Cf., E. DURLACH-VALLERIN, *Droit à l'emploi et droit du travail*, Thèse Paris X Nanterre, 2006.

prud'hommes. Dès lors que l'entreprise est en redressement ou en liquidation judiciaire, c'est le juge commercial qui apprécie la justification de la décision de licencié. Il existe en quelque sorte un transfert de compétence puisque le juge prud'homal ne pourrait pas remettre en cause la qualification de licenciement économique retenue par le juge commercial. Toutefois, le juge du travail peut contrôler les licenciements effectués durant la procédure de sauvegarde puisqu'ils sont soumis au régime de droit commun. Ce transfert de compétence produit plusieurs conséquences.

D'un côté, le caractère économique du licenciement retenu par le tribunal de commerce ou le juge-commissaire s'impose au juge du contrat de travail²⁶⁶⁹. De l'autre, l'autorité de la chose jugée qui s'attache à l'ordonnance du juge-commissaire notamment, empêche les salariés de contester le motif économique retenu par ce dernier devant le juge prud'homal²⁶⁷⁰. Toutefois, l'ordonnance du juge-commissaire autorisant les licenciements ne revêt pas l'autorité de la chose jugée si elle a été obtenue par fraude. La cause économique de la rupture peut en conséquence valablement être contestée devant le juge prud'homal²⁶⁷¹. De même, le caractère économique du motif de la rupture retenu dans le cadre d'une procédure pénale s'impose également au juge civil, dès lors que la décision est devenue définitive²⁶⁷². On applique ici l'adage « le pénal tient le civil en état ». Il convient également d'évoquer les transactions, qui ont, elles aussi l'autorité de chose jugée. En effet, l'existence d'une transaction interdit au juge de statuer sur toutes les questions dont elle est l'objet et qu'elle a vocation à clore²⁶⁷³. Il a été aussi décidé que le juge judiciaire ne peut, en l'état de l'autorisation administrative accordée à l'employeur de licencier les salariés protégés et sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, apprécier le caractère réel et sérieux du motif de licenciement y compris en ce qui concerne le respect de l'obligation de reclassement ; il lui appartient seulement de surseoir à statuer en renvoyant l'appréciation de légalité à la juridiction administrative²⁶⁷⁴. En ce sens, le juge judiciaire ne peut apprécier la régularité de la

²⁶⁶⁹ Cass. soc. 9 juill. 1996, *RJS* 1996, n° 912 ; *JCP E* 1996, II, 862, note J.-J. Serret ; *D.* 1997, jurispr. p. 60, 2^e esp., p. 238, obs. P. Bailly ; *JCP G* 1997, I, 4004, n° 9, obs. Ph. Pétel ; *Rev. proc. coll.* 1997, p. 238, obs. F. Taquet ; 5 mars 1997, *D.* 1997, jurispr. p. 522, note P. Bailly.

²⁶⁷⁰ Cass. soc. 9 juill. 1996, n° 93-41.877 ; *D.* 1997, p. 60, note (critique) P. Bailly ; 5 mars 1997, n° 95-41.230 ; *D.* 1997, p. 522, note (critique) P. Bailly ; 16 déc. 2008, n° 07-43.285.

²⁶⁷¹ Cass. soc. 27 oct. 1998, *Bull. civ.* V, n° 452 ; CA Chambéry, 8 juin 2004, *Dr. ouvr.* 2009, p. 314.

²⁶⁷² Cass. soc. 13 juill. 1998, *Bull. civ.* V, n° 448.

²⁶⁷³ Cass. soc. 14 juin 2000, *Bull. civ.* V, n° 230.

²⁶⁷⁴ Cass. soc. 19 déc. 1989, *Bull. civ.* V, n° 722 ; 21 sept. 1993, *Bull. civ.* V, n° 219 ; 26 nov. 1996, *Bull. civ.* V, n° 406 ; 25 nov. 1997, *Bull. civ.* V, n° 399 ; 4 avr. 2006, *RJS* 6/2006, n° 752 ; 23 juin 2009, *JCP S* 2009, 1422.

consultation du comité d'entreprise²⁶⁷⁵ ou de la notification préalable de l'autorité administrative²⁶⁷⁶.

En somme, le pouvoir de décision de l'employeur est limité par l'exigence de la justification du licenciement économique. Cette justification est contrôlée essentiellement par le juge commercial dans les entreprises en cessation des paiements. Le contrôle lui est dévolu parce que la décision de licencier prend une figure collective. Néanmoins, la détermination du montant des dommages-intérêts pour défaut de cause réelle et sérieuse reste de la compétence du conseil de prud'hommes²⁶⁷⁷. La limitation de la compétence du juge du travail en matière du contrôle de la justification de la décision de l'employeur de licencier évite également la divergence d'appréciation, même si les deux juges viseraient le caractère réel et sérieux de la cause²⁶⁷⁸. Toutefois, le contrôle de la justification de la décision de l'employeur est faible²⁶⁷⁹.

259.- Un contrôle minimal de la décision. Le contrôle des décisions économiques de l'employeur est strictement encadré. Cet encadrement permet d'éviter l'immixtion du juge dans la gestion de l'entreprise²⁶⁸⁰, même si un auteur a estimé que les juges doivent veiller à une rationalité plus substantielle de l'action de l'employeur²⁶⁸¹. En pratique, les différentes solutions sont du ressort de l'employeur²⁶⁸². Dans cette optique, le conseil constitutionnel a censuré les dispositions de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 qui subordonnaient les ruptures économiques à des difficultés économiques sérieuses qui n'ont pas pu être surmontées par tout autre moyen²⁶⁸³. Mais il existe plusieurs éléments de contrôle

²⁶⁷⁵ Cass. soc. 2 juin 2004, *RJS* 2004, n° 904.

²⁶⁷⁶ Cass. soc. 13 juill. 2004, *RJS* 2004, n° 1068.

²⁶⁷⁷ Cass. soc. 14 mai 1987, *Bull. civ.* V, n° 330.

²⁶⁷⁸ C. trav., art. L. 1235-1 ; Cass. soc. 17 juin 1992, *Bull. civ.* V, n° 402 ; 26 janv. 1994, *Bull. civ.* V, n° 29 ; 3 févr. 1998, *TPS* 1998, comm. 118 ; 12 juill. 2004, *RJS* 2004, n° 1010 ; Cf., « La procédure prud'homale en cas de contestation du licenciement économique », *Cah. prud'h.* 2009, n° 7, chron. p. 1.

²⁶⁷⁹ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, préc.

²⁶⁸⁰ V., Cass. soc. 31 mai 1956, *Bull. civ.* IV, n° 499 ; G. LYON-CAEN, « À propos de l'arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire Brinon », *Dr. ouvr.* 1957, p. 1 ; P. WAQUET, « Le juge et l'entreprise », *Dr. soc.* 1996, p. 475 ; P.-H. ANTONMATTÉI, Le motif économique de licenciement : les limites du contrôle judiciaire, note sous Cass. ass. plén. 8 déc. 2000, *RJS* 2/01, p. 95 ; F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, Thèse Paris X Nanterre, 2000, sous la dir. A. Lyon-Caen ; P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. Lyon-Caen, Paris, LGDJ, coll. « Bibl. droit privé », 2004, p. 285 et s. ; J.-E. RAY, « Juges judiciaires et gestion de l'entreprise », *Liaisons. soc. Magazine*, févr. 2006, p. 48.

²⁶⁸¹ A. LYON-CAEN, « Juger la gestion », in *Le juge et la décision de gestion*, A. Lyon-Caen et Q. Urban (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2006, p. 23.

²⁶⁸² Cass. ass. plén. 8 déc. 2000, *Bull. civ.* 2000, ass. Plén., n° 11 ; *Dr. soc.* 2001, p. 126, concl. Ph. De Caigny ; *JCP E* 2001, p. 426, note F. Duquesne ; *RJS* 2001, p. 567, chron. Ph. Waquet ; *Dr. soc.* 2001, p. 417, chron. A. Jeammaud et M. Le Friant.

²⁶⁸³ Cons. const. 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC, considérant 49.

que l'on suppose que le juge peut s'immiscer dans la gestion de l'entreprise. Il peut s'agir du contrôle de la légèreté blâmable²⁶⁸⁴ ou du comportement frauduleux²⁶⁸⁵. En définitive, l'employeur qui est responsable de ces comportements est tenu de verser au salarié une indemnité pour défaut de cause réelle et sérieuse. En conséquence, si l'employeur est insolvable, l'AGS est-elle tenue de prendre en charge cette indemnité ?

260.- La sanction du pouvoir de licencier. La décision de l'employeur qui n'est pas justifiée par des difficultés économiques, des mutations technologiques, la réorganisation de l'entreprise en vue de sauvegarder la compétitivité et la cessation totale d'activité, n'a pas de cause réelle et sérieuse. L'employeur est ainsi tenu de verser au salarié une indemnité qui dédommage la perte injustifiée de l'emploi²⁶⁸⁶. Toutefois, l'article L. 1235-3 du Code du travail ne prévoit ces dommages et intérêts que « si l'une ou l'autre des parties refuse » la réintégration²⁶⁸⁷. Mais la Cour de cassation a, en effet, estimé que le juge n'est pas tenu de commencer par proposer la réintégration²⁶⁸⁸. Or, une telle obligation stabilise mieux le contrat de travail. Cette indemnité pour l'absence de cause réelle et sérieuse est attribuée, en dépit du respect ou non de la procédure de licenciement²⁶⁸⁹. Le montant de l'indemnité est toutefois modulé.

261.- Une modulation de l'indemnisation. Le droit du travail a modulé l'indemnisation des salariés dès lors que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse. Il existe ainsi plusieurs planchers indemnitaires : ils peuvent être minimaux, maximaux ou forfaitaires. En effet,

²⁶⁸⁴ Cass. soc. 26 févr. 1992, *RJS* 1992, n° 422 (La sanction d'un employeur qui connaissait la situation obérée de l'entreprise au moment de l'engagement du salarié) ; 30 juin 1993, *Dr. soc.* 1993, p. 774. (La légèreté blâmable en raison des circonstances particulières de la rupture) ; 30 oct. 2002, *RJS* 2003, n° 18 ; 1er févr. 2011, n° 10-30.045, n° 10-30.046, n° 10-30.047, n° 10-30.048 (La cessation d'activité est une cause de licenciement pour motif économique que s'il n'y a pas eu de légèreté blâmable) ; Cons. prud'h. Longwy, 10 juin 2005, *Daewoo Orion*, *Dr. ouvr.* 2006, p. 313 (La vente à perte qui conduit irréversiblement à la déconfiture est une légèreté blâmable) ; Cass. soc. 16 mars 2004, *RJS* 2004, n° 667, 2° esp. ; 10 mai 2005, *RJS* 2005, n° 720 (La négligence pour l'obtention d'un agrément administratif est une légèreté blâmable) ; 28 oct. 2008, *RJS* 1/2009, n° 24 ; 8 juill. 2009, *Dr. ouvr.* 2010, p. 51. Cf., P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, 2° éd., Litec, coll. « Litec Professionnels », 2010, p. 392.

²⁶⁸⁵ Cass. soc. 13 janv. 1993, *Bull. civ.* V, n° 9.

²⁶⁸⁶ CJCE, 17 janv. 2008, Velasco Navarro, aff. C-246/06, Rec. p. I-105 ; M. KELLER, « La réparation du préjudice né de la perte d'emploi », *Dr. ouvr.* 1996, p. 264 et s., spéc. pp. 270-271 ; J.-M. LAGORSSE, « Évaluation du préjudice », *Dr. ouvr.* 1996, p. 264 ; F. DUQUESNE, « Entrave à la liberté du travail et réparation financière du préjudice économique de l'employeur », *Dr. soc.* 2004, n° 11.

²⁶⁸⁷ C. trav., art. L. 1235-3, al. 2.

²⁶⁸⁸ Cass. soc. 18 déc. 1975, *D.* 1976, 210, note Pélissier ; M. KELLER, « La réparation du préjudice né de la perte de l'emploi », *Dr. ouvr.* 1996, p. 264 ; J.-M. LAGORSSE, « L'évaluation du préjudice lors des licenciements intervenus sans cause réelle ni sérieuse », *Dr. ouvr.* 1996, p. 284 ; G. COUTURIER, « L'impossibilité de réintégrer. Sur l'article 77-V de la loi de programmation pour la cohésion sociale », *Dr. soc.* 2005, pp. 403 et s.

²⁶⁸⁹ Cass. soc. 4 oct. 1978, *Bull. civ.* V, n° 634 ; *D.* 1979, IR 227, obs. Pélissier.

l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse est une peine privée dont la réparation du préjudice est forfaitaire²⁶⁹⁰. À ce titre, l'article L. 1235-3 du Code du travail dispose que « si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis. Si l'une ou l'autre des parties refuse, le juge octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité, à la charge de l'employeur, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Elle est due sans préjudice, le cas échéant, de l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9 ». En effet, l'indemnité pour défaut de cause réelle et sérieuse ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois²⁶⁹¹. Il est permis au juge de fixer un montant supérieur si le préjudice du salarié est important²⁶⁹². Cependant, la Cour de cassation décide que si le salarié a moins de deux années d'ancienneté et en fonction moins de six mois, son indemnité pour défaut de cause réelle et sérieuse ne peut être supérieure au salaire équivalent à la durée effective du travail²⁶⁹³. En pratique, le juge interprète parfois maladroitement cette disposition en considérant *l'indemnité minimale* comme *plafond*²⁶⁹⁴, c'est-à-dire une *limite*²⁶⁹⁵, alors qu'il s'agit d'un *plancher*²⁶⁹⁶. Il a été décidé par la Cour de cassation que « caractérisant le comportement fautif de l'employeur pour constater que ce comportement avait causé au salarié un préjudice distinct de celui résultant du licenciement, une cour d'appel en a déduit à bon droit que le salarié pouvait prétendre à des dommages-intérêts se cumulant avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse »²⁶⁹⁷. Il en est ainsi d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse vexatoire²⁶⁹⁸. La prédétermination du montant de la réparation du licenciement sans cause réelle et sérieuse tend ainsi, à faire de celle-ci une « charge » patronale que l'entreprise peut éventuellement provisionner. En ce sens, l'exigence de la cause réelle et sérieuse n'est plus véritablement protectrice du salarié. Si le mécanisme de plancher minimum assure un montant minimum d'indemnisation du salarié, il participe également à la normalisation de « l'acte juridique illicite dont le salarié a été

²⁶⁹⁰ Cf., C. RADÉ, *Droit du travail et responsabilité civile*, LGDJ, 1997, n° 34, pp. 25-26 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, préc., n° 308 et s., pp. 412 et s.

²⁶⁹¹ Cass. soc. 22 juin 1993, *RJS* 1993, 517, n° 862 ; *Cah. soc. Barr.* Paris 1993, 211, S. 109 ; *Dr. soc.* 1993, 774 ; 13 juill. 2004, *Bull. civ.* V, n° 207 ; *RJS* 2004, 708, N° 1025.

²⁶⁹² Cass. soc. 27 févr. 1980, n° 78-40.731 ; Cf., P. LOKIEC, *Droit du travail, t. 1, Les relations individuelles de travail*, préc., p. 303.

²⁶⁹³ Cass. soc. 18 déc. 2000, *D.* 2001, IR 280 ; *RJS* 2001, 130, n° 187.

²⁶⁹⁴ P. BOUAZIZ, M. HENRY, « Cohérence et incohérences du droit du licenciement », *Dr. ouvr.* 1984, p. 1.

²⁶⁹⁵ Le « plafond est le « maximum » qu'on ne peut dépasser », *Le Nouveau Petit Robert de la langue française* 2010, p. 1917.

²⁶⁹⁶ Le « plancher » doit être considéré comme le « niveau minimal, seuil inférieur », v., *Le Nouveau Petit Robert de la langue française* 2010, p. 1923.

²⁶⁹⁷ V., Cass. soc. 17 déc. 1986, *Bull. civ.* V, n° 621 ; 12 mars 1987, *Bull. civ.* V, n° 147 ; 17 juill. 1996, *Cah. Soc. Barr. Paris* 1996, 313, A. 60.

²⁶⁹⁸ Cass. soc. 25 févr. 2003, *Bull. civ.* V, n° 66 ; P. LOKIEC, *Droit du travail, t. 1*, préc., p. 304.

victime »²⁶⁹⁹. L'indemnité est modulée en fonction de l'*ancienneté* et de la *taille* de l'entreprise.

262.- Un intérêt pour l'ancienneté et la taille de l'entreprise. Le salarié bénéficiaire d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse est celui qui remplit la *condition d'ancienneté* et travaillant dans une entreprise qui dispose d'un *effectif suffisant*. En effet, l'article L. 1235-5 du Code du travail prescrit, d'une part, que l'indemnité pour défaut de cause réelle et sérieuse bénéficie au salarié qui a une ancienneté de deux ans²⁷⁰⁰. Cette ancienneté est appréciée à la date de présentation de la lettre de licenciement²⁷⁰¹. Si le salarié n'a pas deux ans d'ancienneté, son indemnité est calculée en fonction du dommage subi²⁷⁰². Cette indemnité est cumulable avec l'indemnité de licenciement²⁷⁰³. En revanche, il a été souligné que l'ancienneté n'est pas un « critère pertinent d'évaluation du préjudice et du bénéfice de réparation plus protecteur que le système de droit commun »²⁷⁰⁴. Une telle différence de traitement entre les salariés qui sont au service de l'entreprise depuis deux ans et ceux qui n'ont pas cette ancienneté est une inégalité qui peut apparaître injustifiée entre les victimes de la perte de l'emploi²⁷⁰⁵. Il convient en outre de regarder si une telle injustice n'est pas constatée dans le critère de la taille d'entreprise.

Pour bénéficier de l'indemnité pour défaut de cause réelle et sérieuse, le salarié doit, d'autre part, exercer son travail dans une entreprise qui emploie au moins 11 salariés. L'effectif habituel de l'entreprise est apprécié à la date du licenciement²⁷⁰⁶. Cette date est celle de la présentation de la lettre de licenciement au salarié²⁷⁰⁷. Ainsi, le bénéfice de l'indemnisation en fonction de la taille de l'entreprise peut être discuté. En effet, si certains seuils sont justifiés

²⁶⁹⁹ M. GRÉVY, préc., p. 137.

²⁷⁰⁰ Cass. soc. 17 mars 1998, n° 1533 P, Friberg c/ Sté Moore France, *RJS* 5/98, n° 571, p. 370 ; 26 sept. 2006, *RDT* 2006, 386, obs. Reynès ; *D.* 2007, Pan. 688, obs. Leclerc ; *RJS* 2006, 866, n° 1164 ; *JCP E* 2006, 2763, note Pétel ; B. LARDY-PÉLISSIER, *D.* 2005, Pan. p. 2503 ; B. REYNÈS, « À propos de la rupture du contrat de travail », *D.* 2006, *Jurisp.* p. 701.

²⁷⁰¹ Cass. soc. 2 févr. 1999, *Bull. civ.* V, n° 49 ; *RJS* 1999, 309, n° 498 ; 26 sept. 2006, n° 05-43.841, *Bull. civ.* V, n° 288 ; *RDT* 2006, chron. 386.

²⁷⁰² C. trav., art. L. 1235-5 ; Cass. soc. 18 mai 1978, *Bull. civ.* V, n° 372.

²⁷⁰³ M. GRÉVY, préc., pp. 138-139.

²⁷⁰⁴ Cf., G. LYON-CAEN, BONNETÊTE, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », *Dr. soc.* 1973, pp. 493 et s. ; J. SAVATIER, obs. sous Cass. soc. 19 juill. 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 935. Contra., J. AUDINET, « Une réforme imparfaite : la loi du 13 juillet 1973 sur le licenciement », *JCP* 1974, I, 2601, sp. n° 14.

²⁷⁰⁵ J. PELISSIER, *JCP* 1974, I, 2601, p. 102.

²⁷⁰⁶ Cass. soc. 27 mai 1992, *Bull. civ.* V, n° 346 ; *Cah. soc. Barr. Paris* 1992, 231, A. 43 ; 18 avr. 2000, *Bull. civ.* V, n° 145 ; *RJS* 6/00, n° 658.

²⁷⁰⁷ Cass. soc. 2 févr. 1999, *RJS* 1999, 309, n° 498.

en droit du travail²⁷⁰⁸, celui relatif au bénéfice de l'indemnité de rupture ne l'est pas²⁷⁰⁹, parce qu'il ne répond ni à une finalité juridique ni à une finalité économique²⁷¹⁰. En pratique, la finalité juridique du seuil permet l'adaptation des règles à la taille de la collectivité de travail²⁷¹¹. Dit autrement, « le seuil d'effectif est une condition numérique supérieure à un, relative aux travailleurs ou une catégorie de travailleurs appartenant à une collectivité professionnelle dont dépend la modification immédiate ou différée, du droit applicable à cette collectivité professionnelle ou à certains de ses éléments, à l'employeur ou à une personne extérieure à l'entreprise »²⁷¹². Par conséquent, le seuil qui exclut les salariés des petites entreprises du bénéfice de l'indemnité minimale ne répond pas à cette logique.

Pourtant, l'article L. 1235-5 du Code du travail exclut explicitement les salariés qui ne sont pas au service d'une entreprise qui emploie au moins 11 salariés depuis deux ans du champ des articles L. 1235-3 et L. 1235-4. La Cour de cassation soutient cette position²⁷¹³ et, précise qu'il appartient au juge d'apprécier l'étendue du préjudice causé par l'absence de la cause réelle et sérieuse²⁷¹⁴. Mais, en pratique, l'encadrement de la réparation du préjudice du salarié en droit du travail a introduit un mécanisme inégalitaire. Cette inégalité existe tant au niveau de la personne du salarié (*le critère d'ancienneté*) qu'au niveau de l'entreprise (*le critère d'effectif*). Toutefois, l'employeur qui méconnaît les dispositions des articles L. 1232-4 et L. 1233-13 relatives à l'assistance du salarié par un conseiller, les dispositions relatives aux irrégularités de procédure prévues à l'article L. 1235-2 s'appliquent même au licenciement d'un salarié ayant moins de deux ans d'ancienneté et à celui effectué dans une entreprise qui emploie habituellement moins de onze salariés²⁷¹⁵.

La sanction de l'absence de la cause réelle et sérieuse est essentiellement pécuniaire, le montant de l'indemnité joue un rôle important dans la dissuasion de la rupture du contrat de travail. En ce sens, il a été souligné que le coût du licenciement doit être important afin de sécuriser l'emploi, car « le faible montant des indemnités légales de licenciement donne une

²⁷⁰⁸ C. SACHS DURAND, préc.

²⁷⁰⁹ M. GRÉVY, préc., p. 139.

²⁷¹⁰ C. SACHS-DURAND, *Les seuils d'effectif en droit du travail*, LGDJ, 1985, p. 23 et s.

²⁷¹¹ C. SACHS-DURAND, préc., pp. 46-48.

²⁷¹² C. SACHS DURAND, préc., p. 23.

²⁷¹³ Cass. soc. 5 févr. 2003, *Bull. civ. V*, n° 41 ; 10 juin 2003, *Dr. soc.* 2003, 895, obs. P. Waquet.

²⁷¹⁴ Cass. soc. 25 sept. 1991, *Bull. civ. V*, n° 380 ; *Dr. soc.* 1991, 762, concl. Picca ; *RJS* 1991, 638, n° 1200 ; 9 mars 1993, *Bull. civ. V*, n° 83 ; *Dr. soc.* 1993, 388 ; *RJS* 1993, 234, n° 385 ; 7 déc. 1995, *Bull. civ. V*, n° 336 ; *D.* 1996, IR 23 ; *JCP E* 1996, II, 867 ; 14 mai 1998, *Bull. civ. V*, n° 253.

²⁷¹⁵ C. trav., art. L. 1235-5, al. 2.

idée de la faible sécurité de l'emploi que la loi accorde aux salariés sous contrat de travail à durée indéterminée »²⁷¹⁶. Or, un autre auteur a estimé que la logique de la réparation pécuniaire en droit du travail n'a pas de plan global puisqu'il y a un éclatement de la réparation indemnitaires. Le système est incohérent²⁷¹⁷. Les règles qui sanctionnent des irrégularités de fond et de procédure s'enchevêtrent les unes aux autres²⁷¹⁸.

Le juge recourt aussi moins à la réintégration du salarié²⁷¹⁹ qui est une réparation en nature du préjudice résultant du défaut de cause réelle et sérieuse. La réintégration n'est qu'une option offerte aux parties liées par un contrat de travail²⁷²⁰. Le juge ne peut, à défaut de dispositions légales, annuler le licenciement pour l'absence de cause réelle et sérieuse, car évidemment, il n'y a pas de nullité sans texte²⁷²¹. L'obligation de réintégrer de plein droit est limitée à l'hypothèse d'un licenciement illicite en raison de l'origine, du sexe du salarié²⁷²², de son statut protégé²⁷²³ ou, notamment de l'absence de plan de sauvegarde de l'emploi. La réintégration de plein droit comme sanction du licenciement a été affirmée dans les célèbres arrêts *Detoef* du 25 octobre 1968²⁷²⁴ et *Revet-Sol* du 14 juin 1972²⁷²⁵ qui consacrent la règle.

²⁷¹⁶ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, 6^e éd., Dalloz 2011, p. 316.

²⁷¹⁷ M. GRÉVY, *La sanction civile en droit du travail*, préf. G. Borenfreund, coll. Bibliothèque de droit social, 2002, pp. 141 et s.

²⁷¹⁸ Cf., G. BORENFREUND, « Le droit du travail en mal de transparence ? », *Dr. soc.* 1996, pp. 461 et s. ; X. LAGARDE, « Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », *Dr. soc.* 1998, p. 890.

²⁷¹⁹ Cass. soc. 15 juin 2005, *D.* 2005, IR 1960 ; *Jurisp. soc. Lamy* 2005, n° 172-3 ; G. COUTURIER, « L'impossibilité de réintégrer », *Dr. soc.* 2005, 403.

²⁷²⁰ J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, « Le droit de gagner sa vie par le travail devant la CEDH », *D.* 2006, p. 477 ; N. ALIPRANTIS, « Les droits sociaux sont justiciables », *Dr. soc.* 2006, p. 158 ; J. ANDRIANZIMBAZOVINA et alii (dir.), *Droit au travail et liberté professionnelle*, PUF, 2008, p. 944 ; F. GAUDU, « Les nullités du licenciement et le « principe » pas de nullité sans texte », *Dr. soc.* 2010, p. 151.

²⁷²¹ J.-F. CÉSARO, *JCP S* 2008, 616 ; C. RADÉ, « De l'effectivité du principe « à travail égale, salaire égal » (cass. soc. 20 février 2008) », *Dr. soc.* 2008, 530 ; RJS 2008, 427 ; F. GAUDU, « Les nullités du licenciement et le principe pas de nullité sans texte », préc.

²⁷²² C. trav., art. L. 1132-1, L. 1225-4 ; L. n° 2008-496 du 27 mai 2008, app. I. B ; (Cass. soc. 19 mars 2008, n° 07-40.599, *Rev. proc. coll.* 2008, n° 10, p. 4, obs. L. Fin-Langer : licenciement illicite d'une salariée pour sa maternité) ; L. 1235-11 (Cass. soc. 6 mars 2001, Sté Groupe Hasbro France c/ Landrieu et autres ; (Le licenciement d'un salarié à cause de son handicap et illicite). Cf., M. MINÉ, « Une transposition laborieuse », *RDT* 2008, 741) ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, essai d'une théorie des nullités*, Thèse droit, Dijon, 1909 ; P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Thèse droit, Paris, LGDJ, 1969 ; G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, Thèse droit, Paris, LGDJ, 1972 ; J.-C. JAVILLIER, « Permanences et remises en question dans le droit du licenciement », *Dr. soc.* 1981, pp. 296 et s. ; B. GAURIAU, « La nullité du licenciement et la personne du salarié », *Dr. soc.* 1993, 738.

²⁷²³ C. trav., art. L. 2411-1 et s. et R. 2411-1 et s. ; B. TEYSSIÉ, « Les limites de l'immunité », *Dr. soc.* 1984, p. 59 ; D. CHELLE, X. PRETOT, « Le contentieux des autorisations administratives de licenciement des salariés protégés », *Dr. soc.* 1989, p. 376 ; X. PRETOT, « L'étendue du pouvoir du ministre du travail statuant sur recours hiérarchique », *Dr. soc.* 1991, 117.

²⁷²⁴ Cass. soc. 25 oct. 1968, *Detoef*, *Grands arrêts*, n° 153.

²⁷²⁵ Cass. soc. 14 juin 1972, *Revet-Sol*, *Grands arrêts*, n° 154.

Elle s'est généralisée avec la jurisprudence *Clavaud* du 28 avril 1988²⁷²⁶. Elle concerne désormais également les salariés grévistes²⁷²⁷ et ceux auxquels le licenciement a été effectué irrégulièrement pendant la suspension de son contrat de travail en raison d'un accident du travail²⁷²⁸ ou d'une maladie ordinaire²⁷²⁹. L'employeur ne peut non plus tenir compte d'un état de grossesse pour justifier un licenciement²⁷³⁰.

En définitive, la responsabilité du paiement de l'indemnité due pour défaut de cause réelle et sérieuse incombe à l'employeur. Mais s'il est insolvable, l'AGS doit garantir les dommages-intérêts résultant d'un *licenciement sans cause réelle et sérieuse*²⁷³¹ qui n'ont pas une nature salariale comme l'indemnité de licenciement. Elle est tenue de prendre en charge la créance résultant du défaut de cause réelle et sérieuse parce que l'article L. 3253-8, 2° du Code du travail qui énonce que l'assurance garantie des salaires couvre les « créances résultant de la rupture du contrat de travail » ne l'interdit pas expressément. La Cour de cassation a clairement admis la prise en charge de ces dommages-intérêts²⁷³². Cette extension du champ des créances garanties est en pratique favorable aux salariés. Elle a été confirmée par la cour d'appel dans ses récents arrêts²⁷³³. Force est de constater que la réparation pécuniaire du défaut de la cause réelle et sérieuse du licenciement en droit du travail est calquée sur la logique civiliste et limite la réparation en nature. Mais qu'en est-il des mesures d'accompagnement des salariés ?

2. L'indemnisation des mesures de maintien de l'emploi

263.- Exigence de reclassement. L'acte unilatéral de licencier pour motif économique de l'employeur est soumis à une procédure²⁷³⁴. M. LOKIEC a considéré que « la décision est ainsi soumise à un certain nombre d'exigences procédurales visant à pallier l'absence de

²⁷²⁶ Cass. soc. 28 avril 1988, *Bull. civ. V*, n° 257 ; *D.* 1988, 437, note E. Wagner ; *Dr. ouvr.* 1988, 253, note A. Jeammaud et M. Le Friant ; *Dr. soc.* 1988, 429, concl. H. Ecoutin.

²⁷²⁷ Cass. soc. 7 juill. 1988, *Bull. civ. V*, n° 432 ; 26 sept. 1990, *Bull. civ. V*, n° 387 ; *Dr. soc.* 1991, 60, rapp. Ph. Waquet, note J.-E. Ray ; 10 oct. 1990, *Bull. civ. V*, n° 434.

²⁷²⁸ Cass. soc. 12 nov. 1997, *RJS* 1997, n° 1358 ; 25 févr. 1998, *Bull. civ. V*, n° 102.

²⁷²⁹ Cass. soc. 23 nov. 1999, *Bull. civ. V*, n° 450.

²⁷³⁰ Cass. soc. 30 avr. 2003, *Bull. civ. V*, n° 152 ; *Dr. soc.* 2003, 831, obs. B. Gauriau.

²⁷³¹ Cass. soc. 8 juin 1999, n° 97-40.659, *Bull. civ. V*, n° 266 ; Cf., G. LYON-CAEN, « Le salaire », in *Traité de droit du travail*, préc., n° 219, pp. 272 et s.

²⁷³² Cass. soc. 20 mai 1992, n° 90-43.280 ; 8 juin 1999, n° 97-40.659, *Bull. civ. V*, n° 266, p. 192.

²⁷³³ CA ch. soc. B, Lyon, 12 mai 2011, n° 10/01276 ; n° 10/01273 ; n° 10/01274

²⁷³⁴ Cf., A. LYON-CAEN, « La procédure au cœur du licenciement pour motif économique », *Dr. ouvr.* 2002, p. 161.

consentement de l'assujetti »²⁷³⁵ : le salarié. Parmi ces exigences procédurales, il existe l'obligation générale de reclassement et de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi²⁷³⁶. Si l'employeur n'observe pas ces exigences, sa responsabilité est engagée pour indemniser les salariés. En effet, le reclassement et la mise en place d'un PSE permettent de réduire la précarité en maintenant les salariés dans leur emploi ou en les accompagnant afin qu'ils retrouvent rapidement un nouvel emploi. Le dispositif relatif à la convention de reclassement personnalisé devenu « contrat de sécurisation professionnelle » étant déjà examiné, il convient de centrer cette analyse sur le reclassement²⁷³⁷ et le PSE²⁷³⁸ pour déterminer les indemnités qui sont mises à la charge de l'employeur (a). Mais si l'employeur s'avère en définitive insolvable, l'AGS est-elle tenue de prendre en charge ces créances indemnitaires ? Qui contrôle la mise en œuvre de ces mesures ? Comment est sanctionnée l'inobservation de ces mesures (b).

a. L'identification des mesures

264.- Obligation générale de reclasser et PSE. Pour protéger les salariés contre la perte de l'emploi, le législateur a soumis la décision de l'employeur de licencier pour motif économique à l'obligation de reclasser les salariés. Elle est distincte de l'obligation d'adaptation qui mesure ainsi la capacité d'une entreprise à permettre aux salariés de s'accommoder aux mutations technologiques. Le reclassement²⁷³⁹ doit, en revanche, permettre aux salariés d'acquérir des nouvelles connaissances dans le cadre de la

²⁷³⁵ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Thèse Paris X Nanterre, 2002, p. 297. Cf., Not., T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, Paris, coll. « Bibl. de droit sociale t. 53 », 2010, p. 355 (Soumis au pouvoir de direction de l'employeur, le salarié jouit de garanties procédurales qui empêchent que l'exercice du pouvoir ne se métamorphose, peu ou prou, en « tyrannie »).

²⁷³⁶ Cf., J.-E. RAY, « Plan social et insécurité juridique », *Dr. soc.* 1995, p. 665 ; G. BORENFREUND, « Le droit du travail en mal de transparence », *Dr. soc.* 1996, p. 471.

²⁷³⁷ C. trav., art. L. 1233-4 ; M. DEL SOL, « L'obligation prétorienne de reclassement en matière de licenciement économique : esquisse d'un régime juridique », *JCP E* 1995, I, 498 ; B. LARDY-PÉLISSIER, « L'obligation de reclassement », *D.* 1998, chron. p. 399 ; G. COUTURIER, « Vers un droit du reclassement ? », *Dr. soc.* 1999, p. 497 ; F. HÉAS, « Les obligations de reclassement en droit du travail », *Dr. soc.* 1999, p. 504 ; F. GÉA, « Licenciement pour motif économique : obligation générale de reclassement », *RJS* 7-8/00, p. 511 ; J.-E. RAY, « Devoirs d'adaptation et obligations de reclassement », *Dr. soc.* 2008, p. 949.

²⁷³⁸ C. trav., art. L. 1233-61 et s. ; Cass. soc. 7 mai 2003, n° 01-42.379, *RJS* 7/03, n° 862 ; 23 sept. 2008, n° 07-42.862, *RJS* 12/08, n° 1181 ; *Sem. soc. Lamy* 2008, n° 1371, p. 12.

²⁷³⁹ Cass. soc. 5 juill. 2011, n° 10-14.628, *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1504, note P. Bailly, et n° 10-14.626 ; F. HÉAS, *Le reclassement du salarié en droit du travail*, LGDJ, 2000 ; A. MAZEUD, *Droit du travail*, 8^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2012, pp. 482 et s.

transformation des emplois afin qu'il se manifeste en eux une employabilité²⁷⁴⁰. Cette obligation est fondée sur l'obligation de l'employeur d'exécuter de bonne foi le contrat de travail. Il a « le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois »²⁷⁴¹. Ceci étant, le licenciement n'a une cause justificative que si les capacités du salarié ne sont pas compatibles avec les nouveaux emplois. À l'inverse, il « ne repose pas sur un motif économique »²⁷⁴². L'obligation de reclassement est, en revanche, une mesure permettant au salarié dont le poste est supprimé d'occuper un autre poste disponible dans l'entreprise ou dans le groupe²⁷⁴³ qu'appartient son entreprise²⁷⁴⁴. Par conséquent, le licenciement n'a une cause réelle et sérieuse que si préalablement, l'employeur a tenté de reclasser le salarié ou lorsque le reclassement est avéré impossible²⁷⁴⁵. Le licenciement est donc le recours ultime ; l'employeur doit proposer aux salariés auxquels les postes sont appelés à disparaître des offres écrites et précises des emplois disponibles²⁷⁴⁶ pour éviter que la rupture soit privée de toute justification réelle et sérieuse²⁷⁴⁷. Néanmoins, le salarié a le droit de refuser l'emploi disponible proposé²⁷⁴⁸.

Le reclassement permet ainsi de sécuriser les parcours professionnels des salariés. Il fait du licenciement une mesure ultime. Ce dispositif doit être rapproché de l'obligation d'élaborer

²⁷⁴⁰ Cf., N. MAGGI-GERMAIN, « La capacité du salarié à occuper un emploi », *Dr. soc.* 2009, n° 12, pp. 1234-1245 ; H. PESCHAUD, « De l'adaptation du salarié à son emploi au maintien de sa capacité à occuper un emploi », *LPA* 2010, n° 113, pp. 16-20, note sous Cass. soc. 2 mars 2010, n° 09-40.914 à 09-40.917, Madame X ; P. LE COHU, « L'obligation de l'employeur de veiller à l'employabilité de ses salariés », *Gaz. Pal.* 2010, n° 162-163, p. 19, note Cass. soc. 23 oct. 2007, n° 06-40.950 ; A. LINDEN, « Garantie des droits fondamentaux du salarié : éléments de jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. ouvr.* 2011, n° 750, pp. 73-79 ; J. LE GOFF, « Employabilité et handicap », *RDSS* 2011, n° 5, pp. 796-805.

²⁷⁴¹ Cass. soc. 25 févr. 1992, Expovit, *Dr. soc.* 1992, 379 ; *RJS* 4/1992, n° 421 ; *D.* 1992, somm. 294, obs. A. Lyon-Caen ; 19 oct. 1994, *Dr. soc.* 1995, 64.

²⁷⁴² J.-E. RAY, « Devoirs d'adaptation et obligations de reclassement », *Dr. soc.* 2008, 949.

²⁷⁴³ P. RÉMY, *RDT* 2010, p. 400 ; F. FAVENNEC-HERY, *Dr. soc.* 2010, p. 762.

²⁷⁴⁴ Cass. soc. 28 mai 2008, n° 06-46.009, *RDT* 2008, 529, note F. Héas.

²⁷⁴⁵ Cass. soc. 17 mars 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 503 ; 11 déc. 2001, *Dr. soc.* 2002, 222, obs. G. Couturier, *RJS* 2/2002, n° 155 ; 26 févr. 2003, *RJS* 5/03, n° 589 ; *JCP S* 2010, n° 27, 346 ; B. BOUBLI, « Réflexions sur l'obligation de reclassement en matière de licenciement pour motif économique », *RJS* 3/96, 131 ; B. LARDY-PÉLISSIER, « L'obligation de reclassement », *D.* 1998, n° 42, 399 ; J. SAVATIER, « La disponibilité d'un emploi en vue d'une réintégration, d'un reclassement ou d'une priorité d'embauche », *Dr. soc.* 1999, 146 ; G. COUTURIER, « Vers un droit du reclassement ? », *Dr. soc.* 1999, 497 ; F. HÉAS, « Les obligations de reclassement en droit du travail », *Dr. soc.* 1999, 504 ; *Le reclassement du salarié en droit du travail*, LGDJ, 2000, t. 34 ; F. GÉA, « Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement », *RJS* 7-8/00, 511 ; P. WAQUET, « Les juges du fond doivent d'office rechercher si l'obligation a été respectée », *Dr. soc.* 2000, p. 176 ; P.-H. ANTONMATTÉI, « L'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique : nouvelles dispositions », *Dr. soc.* 2002, p. 274 ;

²⁷⁴⁶ Cass. soc. 5 déc. 2006, n° 04-48.800, *RJS* 2/07, n° 206.

²⁷⁴⁷ Cass. soc. 20 sept. 2006, PBRI, *JCP S* 2006, 1949, note B. Bossu ; 13 nov. 2008, n° 06-46.227, *RDT* 2009, 37, note J.-Y. Frouin ; 4 mars 2009, n° 07-42.381, PBR, *Sem. soc. Lamy* 2009, n° 1391 ; *RDT* 2010, 306, note J.-Y. Frouin.

²⁷⁴⁸ Cass. soc. 29 janv. 2003, Sté Total, P+B+R+I, n° 00-46.322 et 323, *RJS* 4/03, n° 436.

un plan de sauvegarde de l'emploi car l'article L. 1233-61 du Code du travail prévoit que « dans les entreprises de cinquante salariés et plus, lorsque le projet de licenciement concerne dix salariés ou plus dans une même période de trente jours, l'employeur établit et met en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre. Ce plan intègre un plan de reclassement visant à faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement ne pourrait être évité, notamment celui des salariés âgés ou présentant des caractéristiques sociales ou de qualification rendant leur insertion professionnelle particulièrement difficile »²⁷⁴⁹. Ces deux instruments de maintien de l'emploi sont contrôlés par le juge du travail.

265.- Un *statu quo* du contrôle des mesures. Le contrôle du reclassement et de la mise œuvre du plan de sauvegarde de l'emploi, contrairement à la justification du licenciement économique dans les entreprises en cessation des paiements, relève de la compétence exclusive du juge prud'homal. Mais le contrôle des décisions de gestion de l'employeur doit avoir un objet précis et des limites. En effet, le reclassement est un élément de la situation individuelle du salarié²⁷⁵⁰ qui relève de la compétence principale du juge prud'homal²⁷⁵¹. Le juge commercial est, par conséquent, incompétent pour statuer sur les actions en annulation d'un plan de sauvegarde de l'emploi. L'autorité de la chose jugée qui s'attache à l'ordonnance du juge-commissaire ne concerne pas le plan de sauvegarde de l'emploi des salariés²⁷⁵². De même, le juge-commissaire n'est pas appelé à connaître les litiges liées à l'indemnisation des salariés, notamment les contestations liées à la fixation des créances des salariés et à l'assurance garantie²⁷⁵³. Ainsi, l'ordonnance du juge-commissaire ne peut s'étendre au droit individuel du salarié inclus dans un licenciement collectif de contester la régularité de la procédure prévue à l'article L. 1233-3 du Code du travail et de demander conformément à l'article L. 1235-12 du même code, l'allocation d'une indemnité calculée en fonction du préjudice²⁷⁵⁴. Cependant, le juge prud'homal ne contrôle que le licenciement effectué au cours de la période d'observation qui a été évidemment autorisé par le juge-commissaire, car il doit

²⁷⁴⁹ G. COUTURIER, « Du plan social au plan de sauvegarde de l'emploi », *Dr. soc.* 2002, p. 280 ; C. WILLMANN, « Droit à réintégration/indemnité de douze mois consécutifs à une nullité de PSE : l'exclusion des salariés de moins de deux ans n'est pas discriminatoire », *Lexbase Hebdo. éd. soc.*, 17 mai 2012, n° 485 ; G. COUTURIER, « Procédure de licenciement collectif et contestation du motif économique », *Dr. soc.* 2012, n° 6, pp. 600-605 ; Y. LEROY, « De l'importance du plan de sauvegarde de l'emploi », *Dr. ouvr.* 2012, n° 676, 427.

²⁷⁵⁰ Cass. soc. 3 oct. 1989, *Bull. civ. V*, n° 559 ; 6 mars 1990, *Bull. civ. V*, n° 92 ; *D.* 1990, somm. p. 218, obs. A. Honorat ; 5 mai 1993, *Bull. civ. V*, n° 127.

²⁷⁵¹ Cass. soc. 8 juin 1999, *Bull. civ. V*, n° 268.

²⁷⁵² Cass. soc. 14 oct. 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 1106, obs. R. Vatinet.

²⁷⁵³ Cass. soc. 2 mars 1989, *D.* 1991, somm. p. 108, obs. F. Derrida.

²⁷⁵⁴ Cass. soc. 2 mars 1989, *Bull. civ. V*, n° 11.

sanctionner les ruptures qui n'ont pas requises cette autorisation pour défaut de motif économique²⁷⁵⁵.

Ainsi, l'employeur ou l'administrateur qui demande l'autorisation de licencier au juge-commissaire doit justifier des diligences en vue de faciliter [...] le reclassement des salariés²⁷⁵⁶. D'aucuns déduisent que le juge commercial atteste les diligences que le juge du contrat de travail n'est plus compétent à livrer, un versant différent²⁷⁵⁷. À cet égard, il apparaît « irréaliste de demander à un administrateur judiciaire de mettre sur pied en quelques jours ou quelques semaines un plan de reclassement des salariés »²⁷⁵⁸ dont la pertinence et la proportionnalité sont contrôlées par le juge prud'homal.

266.- Contrôle de la pertinence et de la proportionnalité du PSE. La pertinence du plan de sauvegarde de l'emploi est une mesure individuelle qui est contrôlée par le conseil de prud'hommes. Le juge vérifie que le plan de sauvegarde de l'emploi contient des « mesures précises et concrètes pour faciliter le reclassement du personnel et éviter ainsi des licenciements ou en limiter le nombre »²⁷⁵⁹. Le juge contrôle en effet la consistance des mesures, leur pertinence et leur efficacité²⁷⁶⁰ à assurer le reclassement des salariés²⁷⁶¹. Pour évaluer l'efficacité des mesures du plan de sauvegarde de l'emploi, il est important de regarder la proportionnalité des moyens financiers de l'entreprise ou du groupe par rapport au plan.

²⁷⁵⁵ Cass. soc. 30 mai 1990, *Bull. civ. V*, n° 258 ; 18 juin 1997, *RJS* 1997, n° 964 ; 3 mai 2001, *Bull. civ. V*, n° 151 ; CA Dijon, 29 oct. 1996, *RJS* 1997, n° 676 ; Cf., F. DERRIDA, P. GODÉ, J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, 3^e Dalloz, 1991, n° 493, p. 366 ; B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, 2^e éd., Litec, 1995, n° 1394, p. 1073.

²⁷⁵⁶ C. com., art. L. 631-17.

²⁷⁵⁷ M. MORAND, « Plans sociaux et procédures collectives », *JCP E* 1997, I, 691, n° 13.

²⁷⁵⁸ Rapp. THYRAUD, cité par B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, 2^e éd., Litec, 1995, n° 1390, p. 1070.

²⁷⁵⁹ Cass. soc. 17 mai 1995, *SA Éverite*, Grands arrêts, 4^e éd., n° 108 ; *Dr. soc.* 1995, 574, concl. P. Lyon-Caen ; *D.* 1995, 436, note G. Couturier ; 28 mars 2000, *Bull. civ. V*, n° 131 ; 16 avr. 1996, *Sietam*, *Bull. civ. V*, n° 164 ; 23 janv. 2002, *Bull. civ. V*, n° 29 ; Cf., F. FAVENNEC-HERY, « Du contrôle a priori à la responsabilité a posteriori de l'entreprise », *RJS* 2002, p. 287 ; F. DUQUESNE, *Droit du travail*, éd., Gualino Paris, 2004, p. 352 ; F. GAUDU, « Le nouveau régime du licenciement économique », *ALD* 1987, p. 89.

²⁷⁶⁰ L'efficacité est un mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent (*Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, 2^e éd., LGDJ, 1993, (dir.) André-Jean Arnaud, p. 219).

²⁷⁶¹ V., Cass. soc. 13 févr. 1997, *Samaritaine*, *RJS* 3/97, n° 268 ; 30 sept. 1997, *Bull. civ. V*, n° 368 ; *Dr. soc.* 1997, p. 1103, obs. G. Bélier ; 18 nov. 1998, *Dr. soc.* 1999, p. 99, obs. F. Gaudu ; P. WAQUET, « Le juge judiciaire et les plans sociaux », *Dr. soc.* 1994, p. 476.

En effet, la question de la quantité, de la proportionnalité des moyens financiers mobilisés par l'employeur à qui incombe l'obligation de la mise en place du plan de sauvegarde de l'emploi²⁷⁶² est souvent posée. Elle est récurrente lorsque l'entreprise fait partie d'un groupe. Mais la validité du PSE et du plan de reclassement n'est apprécié par le juge prud'homal que si l'action est intentée par un salarié. Il déduit de l'insuffisance du plan de reclassement, la méconnaissance de l'obligation de reclassement que l'employeur avait à l'égard de ce salarié en particulier. Il n'appartient pas cependant au juge prud'homal de prononcer la nullité du PSE. Si l'action est en revanche intentée par le comité d'entreprise, c'est le TGI qui se prononce sur le contenu du plan de reclassement et peut en prononcer la nullité.

Néanmoins, il est difficile d'évaluer les moyens nécessaires à la réalisation du PSE. Cette difficulté est liée aux comportements abusifs des employeurs qui cherchent souvent à se soustraire à cette obligation. Ainsi, la « pertinence d'un plan social doit être appréciée en fonction des moyens dont dispose l'entreprise »²⁷⁶³. Cette règle s'applique également aux groupes d'entreprises²⁷⁶⁴. L'efficacité du plan de sauvegarde de l'emploi est ainsi évaluée proportionnellement aux moyens auxquels dispose l'entreprise ou le groupe de sociétés à laquelle elle appartient. Le renforcement de cette règle a conduit le législateur à consacrer que « la validité du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou l'unité économique et sociale ou le groupe »²⁷⁶⁵.

La règle de proportionnalité des moyens mis en œuvre dans le plan de sauvegarde de l'emploi est souvent ignorée en droit commercial, et plus spécifiquement en droit des entreprises en difficulté. En pratique, si l'évaluation de la situation économique d'une entreprise mise en procédure de sauvegarde, et appartenant à un groupe de sociétés, est faite sans tenir compte des moyens de l'ensemble du groupe²⁷⁶⁶, celle des entreprises en cessation des paiements doit être appréciée en tenant compte des capacités financières du groupe. Dans l'hypothèse de l'entreprise placée en procédure de sauvegarde, la mise en œuvre de l'obligation de

²⁷⁶² C. trav., art. L. 1235-10, al. 2 ; Cass. soc. 28 mars 2000, *Bull. civ. V*, n° 131 ; G. BÉLIER, obs. sous Cass. soc. 30 sept. 1997, préc. ; P.-H. ANTONMATTÉI, « Plan social : il y a urgence à réformer », *Dr. soc.* 2000, p. 597.

²⁷⁶³ Cass. soc. 12 nov. 1997, *Bull. civ. V*, n° 368.

²⁷⁶⁴ Cass. soc. 18 nov. 1998, *Bull. civ. V*, n° 501 ; 9 mai 2000, *Bull. civ. V*, n° 172.

²⁷⁶⁵ C. trav., art. L. 1235-10 ; L. n° 2002-73, 17 janv. 2002 ; Cass. soc. 12 nov. 1997, *Bull. civ. V*, n° 368 ; 18 nov. 1998, *Bull. civ. V*, n° 501 ; 9 mai 2000, *Bull. civ. V*, n° 172 ; 23 juin 2004, *RJS* 2004, n° 1020 ; 23 juin 2004, *RJS* 2004, n° 1022 ; 2 févr. 2006, *JCP S* 2006, 1137, 1137, note M. Morand ; *RJS* 4/2006, n° 412 ; 25 avr. 2007, n° 05-45.398.

²⁷⁶⁶ Cass. soc. 26 juin 2007, *D.* 2008, p. 570, obs. F.-X. Lucas ; *JCP G* 2007, II, 10447 et *JCP E* 2007, 2120, note J. Vallansan ; Ph. Pétel, obs., *JCP G* 2009, I, 110, n° 14.

reclassement semble négligée et entraînerait des plans de sauvegarde de l'emploi dérisoires par les groupes de sociétés. Ces derniers n'emploient que les aides publiques du *Fonds national pour l'emploi*. Au total, les PSE sont amplement supportés par les collectivités publiques, sur le fondement de la *solidarité nationale*. En conséquence, le salarié est mal accompagné à la suite de son licenciement. L'affaire *Metaleurop Nord*²⁷⁶⁷ démontre à l'évidence les comportements abusifs des employeurs en matière de mise en œuvre des plans de sauvegarde de l'emploi.

En somme, la recherche du débiteur de l'indemnisation des mesures de reclassement est intimement liée à l'imputation de la responsabilité du licenciement pour motif économique. Il appartient ainsi à la personne qui décide du licenciement de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi pertinent. Si le contrôle des mesures de reclassement permet de déterminer l'étendue de la responsabilité de l'employeur – décideur –, il ne va cependant pas jusqu'à l'immixtion du juge à la gestion de l'entreprise²⁷⁶⁸. Ainsi, dès lors que la réorganisation de l'entreprise est nécessaire pour la sauvegarde de l'entreprise, le juge ne peut imposer à l'employeur la réorganisation qui impliquerait le moins de licenciement possible²⁷⁶⁹. Toutefois, si l'employeur ne prend pas des mesures d'accompagnement efficaces, les salariés ont droit aux indemnités, car la mise en œuvre de ces mesures doit permettre d'éviter les licenciements ou de limiter le nombre²⁷⁷⁰. Il faut rappeler que le plan de sauvegarde de l'emploi²⁷⁷¹ est distinct de l'obligation générale de reclassement²⁷⁷². Le PSE est un acte unilatéral qui crée une obligation de moyen²⁷⁷³ fondée sur la responsabilité

²⁷⁶⁷ Cass. com. 19 avr. 2005, *JCP G* 2005, II, 10088, note O. Bourru et M. Menjucq ; Cass. soc. 7 juill. 2009, *RJS* 11/2009, n° 844 ; CA Douai, 18 déc. 2009, n° 1265.

²⁷⁶⁸ Cf., P.-H. ANTONMATTÉI, « Le motif économique de licenciement : les limites du contrôle judiciaire », *RJS* 2001, p. 95 ; J.-M. BÉRAUD, « Le juge et le pouvoir patronal », *Sem. soc. Lamy* 2008, n° 1340, suppl. « Le pouvoir de l'employeur ».

²⁷⁶⁹ Cass. Ass. plén. 8 déc. 2000, *GADT*, 4^e éd., n° 115 ; *Dr. soc.* 2001, p. 126, concl. De Caigny, note Cristau ; *Dr. soc.* 2001, p. 417, note A. Jeammaud et L. Le Friant ; *D.* 2001, p. 1125, note J. Péliissier ; 7 juin 2006, *RDT* 2006, p. 241, obs. P. Waquet.

²⁷⁷⁰ C. trav., art. L. L. 1233-10 et L. 1233-61 ; Cass. soc. 7 mai 2003, n° 01-41.379, *RJS* 7/03, n° 862 ; 30 juin 2004, n° 02-42.672, *Bull. civ.* V, n° 186 ; *RJS* 10/04, n° 1015 ; *Cah. soc. Barr. Paris* 2004 S, 387 ; P. WAQUET, « Les plans sociaux », *RJS* 1996, p. 303 ; G. COUTURIER, « Le respect des engagements en matière d'emploi », *Dr. soc.* 1998, p. 375 ; M. AUBRY, « L'objectif du plan social est de concrétiser une exigence fondamentale de maintien de l'emploi dans l'entreprise », *Discussion du projet de loi de modernisation sociale*, 2^e lecture, séance du 22 mai 2001 ; F. TAQUET, *Rev. proc. coll.* 2005/2, p. 145, n° 6 ; VERICEL, « Le plan de sauvegarde de l'emploi, acte normatif original », *Dr. soc.* 2005, 976 ; P. BAILLY, « La contractualisation des plans de sauvegarde de l'emploi », *Gaz. Pal.* 2007, n° 22, pp. 38-41.

²⁷⁷¹ C. trav., art. L. 1233-61 et L. 1233-62.

²⁷⁷² Cass. soc. 31 mars 2009, n° 07-45.065 ; « Propositions indécentes (en matière de reclassement) », *Sem. soc. Lamy* 2009, n° 1420, pp. 2-4, F. Géa.

²⁷⁷³ Cass. soc. 2 févr. 1995, Everite, *RJS* 1995, n° 632, p. 418 et s. ; 10 juin 1997, *Dr. soc.* 1997, n° 11, p. 980, obs. G. Couturier ; *RJS* 1997, n° 1107, p. 686 ; 31 mars 1998, *RJS* 11/98, n° 578 ; 27 oct. 1999, *RJS* 12/99, n°

contractuelle de l'employeur²⁷⁷⁴. Il marque, en effet, une sorte de « solidarisme contractuel entre l'employeur et les travailleurs »²⁷⁷⁵.

Ceci étant, l'employeur qui ne respecte pas la procédure collective de licenciement qui est une garantie fondamentale des droits des salariés²⁷⁷⁶, commet une faute préjudiciable aux salariés de sorte que le comité d'entreprise peut intenter des actions civile ou pénale, alors que le salarié dispose d'une action individuelle. Un auteur a regretté le fait qu'il n'y ait pas « une unité conceptuelle de ces actions en droit social »²⁷⁷⁷. Mais comment est sanctionné le défaut du reclassement des salariés ?

b. La sanction du défaut de reclassement

267.- Nature de la sanction. Les mesures d'accompagnement que le droit du travail impose aux employeurs sont considérées souvent contraignantes et incompatibles avec l'efficacité économique. Il a été souligné par certains auteurs qu'elles sont un frein à l'embauche²⁷⁷⁸, alors que d'autres ont pointé du doigt la gravité de la sanction des mesures de

1449 ; 5 oct. 1999, *RJS* 11/99, n° 1356 ; 19 mars 2002, *Rev. proc. coll.* 2002, n° 4, p. 293, n° 13, obs. F. Taquet ; 17 févr. 2004, *Dict. perm. social bull.* 247, 2004, p. 5354 ; 7 avr. 2004, *RJS* 6/04, n° 66 ; 13 janv. 2010, n° 08-15.776, n° 84 FS-PB, Sté Carlo Gruppo alimentaire SPA c/ Ancelin, *RJS* 3/2010, n° 232 à 302, p. 215 ; A. LYON-CAEN, « Le financement public d'un plan social est-il condamné par le droit communautaire », *Dr. soc.* 1997, n° 2, pp. 185-195 ; G. COUTURIER, « Du plan social au plan de sauvegarde de l'emploi », *Dr. soc.* 2002, p. 280 ; F. FAVENNEC-HERY, « Licenciement économique – Du contrôle « a priori » à la responsabilité « a posteriori » de l'entreprise », *RJS* 2002, p. 290 ; P.-Y. VERKINDT, « Licenciement pour motif économique. Des nouvelles précisions sur l'obligation de reclassement et la délimitation du secteur d'activité de l'entreprise membre d'un groupe », *JCP S* 2009, n° 18, pp. 33-35 ; J.-Y. KERBOURC'H, « L'anticipation des restructurations à l'épreuve du droit du travail », *Travail et Emploi*, Janv.-mars 2007, n° 109, p. 33 ; F. DUMONT, « Licenciement pour motif économique. L'entreprise constitue le périmètre d'établissement du PSE », note sous Cass. soc. 28 janv. 2009, n° 07-45.481, FS-P+B, Féd. Dptle synd. d'exploitants agricoles (FDSEA) du Calvados c/ Maheo et a., *JCP S* 2009, n° 16-17, pp. 32-33 .

²⁷⁷⁴ J. GRIMALDI D'ESDRA, « Plan social », J-cl. *Travail Traité*, fasc. 31-32, 1998, n° 9.

²⁷⁷⁵ Cass. soc. 25 févr. 1992, *Bull. civ.* V, n° 122, *Dr. soc.* 1992, p. 379, obs. A. Lyon-Caen (La Cour de cassation juge que « l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi ») ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges F. Terré*, 1999, p. 603.

²⁷⁷⁶ M. BONNECHÈRE, « Licenciement économique : la procédure garantie fondamentale des droits des salariés », *Dr. ouvr.* 2004, n° 676, pp. 493-500.

²⁷⁷⁷ P. HEBRAUD, « L'absence d'unité conceptuelle du droit social », *RTD com.* 1960, 164.

²⁷⁷⁸ P. CAHUC, F. KRAMARZ, « Le contrat de travail unique, clef de voûte d'une sécurité sociale professionnelle », in A. Jeammaud, *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 71 ; O. BLANCHARD, J. TIROLE, *Protection de l'emploi et procédure de licenciement*, La Doc. fr., 2003 ; J. BARTHÉLÉMY, G. CETTE, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Conseil d'analyse économique, Janvier 2010, p. 7. Cf., également, J.-E. RAY, « Mutation économique et droit du travail », in Études offertes à G. Lyon-Caen, *Les transformations du droit du travail*, Dalloz, 1989, p. 13 ; A. LEFEBVRE, D. MÉDA, *Faut-il brûler le modèle social français ?*, éd., Seuil, 2006, p. 29.

reclassement²⁷⁷⁹, tandis que seule une sanction dissuasive peut enjoindre l'employeur à rechercher le maintien de l'emploi²⁷⁸⁰. C'est à ce titre que les types de sanctions relatives à l'inobservation du plan de sauvegarde de l'emploi sont examinés. En effet, l'employeur qui ne met pas en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi ou met en œuvre un plan insuffisant voit la procédure de licenciement annulée²⁷⁸¹. Cette nullité, sanction de la procédure d'une rupture, a été dégagée par le célèbre arrêt *Everite* du 17 mai 1995²⁷⁸². Cette position a été réaffirmée maintes fois²⁷⁸³ notamment par la jurisprudence *La Samaritaine* du 13 février 1997²⁷⁸⁴. Cependant, l'article L. 1235-10, alinéa 3 du Code du travail prescrit que cette sanction « n'est pas applicables aux entreprises en redressement ou liquidation judiciaires »²⁷⁸⁵. Par conséquent, il faut donc envisager qu'elle s'applique aux licenciements pour motif économique intervenant pendant la procédure de sauvegarde qui sont soumis au régime de droit commun du licenciement.

Au regard de la jurisprudence *La Samaritaine*, la nullité de la procédure de licenciement entraîne également celle des licenciements effectués²⁷⁸⁶. Le législateur a institué l'article L. 1235-11 dans le Code du travail pour consacrer cette jurisprudence. Mais la doctrine reste divisée sur la question de savoir si l'annulation de la procédure de licenciement emporte la

²⁷⁷⁹ B. TEYSSIE, « À propos de la pertinence économique de la règle de droit du travail », in G. Canivet, M.-A. Frison-Roche et M. Klein, *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, 2005, p. 71.

²⁷⁸⁰ Cf., Y. LEROY, « De l'importance du plan de sauvegarde de l'emploi », *Dr. ouvr.* 2012, n° 676, p. 432.

²⁷⁸¹ C. trav., art. L. 1235-10 : « La procédure de licenciement est nulle tant que le plan de reclassement des salariés prévu à l'article L. 1233-61 et s'intégrant au plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel qui doivent être réunis, informés et consultés ». Cf., J. SAVATIER, « La violation d'un engagement sur le maintien d'un volume d'emploi pris lors de la consultation du comité d'entreprise sur le projet de restructuration », *Dr. soc.* 2004, n° 2 ; B. BOUBLI, « Nullité des licenciements économiques : nouvelles problématiques. Le droit du licenciement économique à l'épreuve de la jurisprudence *Viveo* », *Gaz. Pal.* 2011, étude 18163, p. 20 et s. ; L. FIN-LANGER, « La nullité d'un plan de sauvegarde de l'emploi et ses conséquences indemnitaires », *Act. proc. coll.* 2012, n° 8, p. 4.

²⁷⁸² Cass. soc. 17 mai 1995, *Everite*, *Bull. civ. V*, n° 159 ; *Dr. soc.* 1995, p. 570, concl. Lyon-Caen ; *D.* 1995, p. 436, note G. Couturier.

²⁷⁸³ Cass. soc. 16 avril 1996, *Sietam*, *Bull. civ. V*, n° 163, 164, et 165 ; 13 déc. 1996, *Framatome et Majorette*, *Bull. civ. V*, n° 441 ; 16 avr. 1997, *Sietam Industries* ; 13 févr. 1997, *La Samaritaine* (2 arrêts), *Dr. soc.* 1997, 249, Concl. Avocat général Ph. de Caigny ; 12 janv. 1999, *IBM*, *Dr. soc.* 1999, p. 297, note F. Favennec-Hery ; 10 févr. 2004, *Libert c/ Basset*.

²⁷⁸⁴ Cass. soc. 13 févr. 1997, *La Samaritaine c/ Mme Benoist*, *Bull. civ. V*, n° 64 ; *GADT*, 4^e éd., n° 110 ; *D.* 1997, 171, note A. Lyon-Caen ; *Dr. soc.* 1997, 249, concl. de Caigny, note Couturier.

²⁷⁸⁵ C. trav., art. L. 1235-10, al. 3 ; Cf., C. et J. FROUIN, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *RJS* 4/06, p. 251 et s.

²⁷⁸⁶ CA Paris, 12 mai 2011, n° 11/01547, *Viveo* ; M. MORAND, « Insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi et sort des licenciements », *JCP S* 2006, n° 7, p. 25, note sous Cass. soc. 2 févr. 2006, n° 05-40.048, *Philippot c/ Albert* ; Cass. soc. 2 févr. 2006, n° 04-40.773, *Zannoni c/ Garnier* ; J.-E. TOUREREIL, « L'insuffisance d'un plan social ne rend pas nuls les licenciements mais les prive de cause réelle », *Jurispr. soc. Lamy* 2006, n° 186, p. 15, note sous Cass. soc. 2 févr. 2006, *Société Independent Insurance* ; B. BOUBLI, « Nullité des licenciements économiques : nouvelles problématiques, Le droit du licenciement économique à l'épreuve de la jurisprudence *Viveo* », *Gaz. Pal.* 2011, pp. 20-23.

nullité des licenciements effectués²⁷⁸⁷. Si certains auteurs annoncent que l'annulation de la procédure de licenciement n'a aucun effet sur les ruptures effectués au regard de la procédure mise en cause²⁷⁸⁸, d'autres soulignent en revanche que la nullité de la procédure doit forcément entraîner la nullité des licenciements effectués²⁷⁸⁹. En vérité, la position qui affirme la nullité des licenciements à la suite de l'annulation de la procédure est conforme à la conception du législateur car elle permet de garantir l'accomplissement de l'obligation de reclassement des salariés de l'employeur. Cette sanction est en définitive dissuasive.

Dans la lignée de la jurisprudence *La Samaritaine*, le salarié dont la procédure de licenciement et donc le licenciement est annulé pour défaut de PSE, peut exiger sa réintégration²⁷⁹⁰ et demander les dommages-intérêts réparant le préjudice subi entre la date du licenciement et celle de la réintégration ou préférer l'octroi d'une indemnité dont le montant ne peut être inférieur à un *an de salaire*²⁷⁹¹. En ce sens, la loi du 18 janvier 2005²⁷⁹² a rendu moins systématique la nullité des licenciements car le tribunal « peut prononcer la nullité du licenciement et ordonner, à la demande du salarié²⁷⁹³, la poursuite de son contrat de travail, sauf si la réintégration est devenue impossible, du fait notamment de la fermeture de l'établissement ou du site ou de l'absence d'emploi disponible de nature à permettre la réintégration du salarié »²⁷⁹⁴. En matière de nullité de procédure de licenciement pour défaut de plan de sauvegarde de l'emploi, la réintégration n'est pas de plein droit comme dans l'hypothèse d'un licenciement illicite. Si la réintégration est impossible²⁷⁹⁵, le salarié se contente d'une indemnité minimale de douze mois de salaire²⁷⁹⁶.

²⁷⁸⁷ Cf., P. LOKIEC, « De l'inexistence », *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1511, p. 11 et s. ; B. BOUBLI, « Nullité des licenciements économiques : nouvelles problématiques », *Gaz. Pal.* 16 et 17 déc. 2011, p. 20 et s.

²⁷⁸⁸ G. COUTURIER, *Dr. soc.* 1993, p. 22 ; X. PRÉTOT, *RJS* 2/93, p. 89.

²⁷⁸⁹ J. PÉLISSIER, *RJS* 8-9/94, p. 566 et s. ; F. GAUDU, *Dr. soc.* 1994, pp. 500-501.

²⁷⁹⁰ C. trav., art. L. 12335-11, al. 1 ; Cass. soc. 9 juin 1988, *Bull. civ.* V, n° 356 ; Cass. crim. 4 févr. 1994, *RJS* 6/94, n° 713 ; 4 avr. 1995, *Bull. crim.* n° 146 ; *RJS* 6/95, n° 666 ; C. CHARBONNEAU, « Réintégration du salarié et obligation de loyauté », *Cah. soc. Barr. Paris*, 2003, n° 154, p. 440, note sous Cass. soc. 25 juin 2003, Masse c/ Sté d'édition et de protection route, n° 01-46.479.

²⁷⁹¹ Cass. soc. 3 juill. 2003, *Bull. civ.* V, n° 214 ; D. 2004, somm. 180, obs. Reynès ; *JCP E* 2004, 563, obs. César.

²⁷⁹² Cette loi a modifié la lettre de l'article L. 1235-11 du Code du travail.

²⁷⁹³ Cass. soc. 30 mars 1999, *RJS* 5/99, n° 654 ; 28 mars 2000, *Bull. civ.* V, n° 132 ; 2 mai 2001, *Bull. civ.* V, n° 145 ; 15 janv. 2003, *Bull. civ.* V, n° 8 ; 12 mars 2008, n° 07-40.308, *RDT* 2008, 311, obs. P. Waquet.

²⁷⁹⁴ Cass. soc. 15 févr. 2006, *Dr. ouvr.* 2006, 350, note B. Lardy-Pélessier ; G. COUTURIER, L'impossibilité de réintégrer », *Dr. soc.* 2005, 403 et s.

²⁷⁹⁵ Cass. soc. 25 juin 2003, *Bull. civ.* V, n° 307 ; *RJS* 2003, 789, n° 1146 (2^e esp., Mise à la retraite) ; 25 juin 2003, *Bull. civ.* V, n° 206 ; D. 2004, 1761, note Julien ; *Dr. soc.* 2003, 1024, obs. Waquet ; *RJS* 2003, 789, 789, n° 1146, 1^{re} esp. concurrence déloyale de la part des salariés) ; *Cah. soc. Barr. Paris* 2003, 400, A. 51 ; *Jurispr. soc. Lamy* 2003, n° 131-6 ; 15 juin 2005, *RJS* 2005, 603, n° 826 ; *Sem. soc. Lamy* 2005, n° 1221, p. 5 (disparition de l'entreprise et actifs industriels vendus) ; Cons. const. n° 2004-509 DC, 13 janvier 2005 ; G. COUTURIER,

En définitive, la sanction de nullité de la procédure permet de maintenir le salarié dans son emploi par la continuation du contrat de travail²⁷⁹⁷. Mais cette jurisprudence risque d'être remise en cause par le tournant opéré par l'arrêt les *Pages jaunes* du 11 janvier 2006, car la cause réelle et sérieuse du licenciement peut se trouver dans la prévention des difficultés économiques à venir, alors que jusque-là, la Cour de cassation exigeait la constatation des difficultés économiques ou des mutations technologiques. En outre, son efficacité peut être limitée par les nouveaux modes d'organisation des entreprises parce que l'impossibilité de réintégrer le salarié ne s'apprécie que dans l'entreprise et non pas dans l'ensemble du groupe²⁷⁹⁸. La jurisprudence précise également que l'obligation de mettre en place le plan de sauvegarde de l'emploi n'incombe qu'à l'employeur qui noue la relation contractuelle de travail avec le salarié. Une société mère ne peut, en principe, être tenue responsable du défaut du plan de sauvegarde de l'emploi de sa filiale²⁷⁹⁹. Il en est de même des autres filiales du groupe²⁸⁰⁰. Pourtant, la Cour de cassation étend cette appréciation à l'unité économique et sociale de l'entreprise (UES)²⁸⁰¹ pour les salariés protégés lorsqu'elle constitue une seule entreprise²⁸⁰².

« L'impossibilité de réintégrer (Sur l'article 77-V de la loi de programmation sociale dite loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005) », *Dr. soc.* 2005, n° 4, pp. 403-409.

²⁷⁹⁶ Y. LEROY, « De l'importance du plan de sauvegarde de l'emploi », *Dr. ouvr.* 2012, n° 767, p. 432.

²⁷⁹⁷ V., Cass. crim. 4 févr. 1994, *RJS* 6/94, n° 713 ; 4 avr. 1995, *Bull. crim.* n° 146 ; *RJS* 6/95, n° 666 ; Cass. soc., 9 juin 1998, *Bull. civ.* V, n° 356 ;

²⁷⁹⁸ Cass. soc. 5 avril 1995, *Vidéocolor*, *Bull. civ.* V, n° 123 ; 15 févr. 2006, *D.* 2006, IR. 530 ; *RJS* 2006, 283, n° 416 ; *Dr. soc.* 2006, 570, obs. Grévy ; *Jurispr. soc. Lamy* 2006, n° 185-3 ; *JCP E* 2006, 1735, note P. Morvan.

²⁷⁹⁹ Cass. soc. 13 janv. 2010, *Péronne*, n° 08-15.776 ; E. SERVERIN, T. GRUMBACH, « La saga judiciaire Flodor. L'action délictuelle, une nouvelle étape dans le dossier Unichips-Flodor, TGI Péronne, RG n° 07-856, 18 août 2009 », *RDT* 2009, n° 12, p. 693 ; CA Versailles, 31 oct. 2011, RG n° 10/00578 ; Cf., C. HANNOUN, « Extension de responsabilité à la société mère pour unité d'entreprise et immixtion dans la gestion externe de sa filiale », *Bull. Joly Sociétés* 2008, n° 7, p. 602, note sous Cass. com. 26 févr. 2008, n° 06-20.310, Sté Codiam et a. c/ Sté Serfi International ; J.-M. OLIVIER, « L'affaire Flodor : suite et presque fin », *JCP S* 2010, n° 23, p. 13 ; H. GUYOT, « Licenciement pour motif économique : confusion d'intérêts, d'activité et de direction égale Coemploi », *JCP S* 2011, n° 48, p. 28 ; N. MORELLI, « Co-emploi : enfin l'arrêt Metaleurop », *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 1, p. 59, note sous Cass. soc. 28 sept. 2011, n° 10-12.278, AGS et Sté Recylex ; M. MENJUCQ, « L'immixtion d'une société mère dans la gestion d'une filiale constitue une faute (C. civ., art. 1382) », *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 1, p. 70, note sous Cass. civ. 1^{re}, 26 oct. 2011, n° 10-17.026, Sté Italiana per Condotte d'Acqua et a. c/ Sté Espace Conseil ; T. GRUMBACH, E. SERVERIN, « Le groupe britannique Klarius intervenant forcé devant la Cour d'appel de Versailles : ou comment l'AGS a transformé un procès indemnitaires en procès exemplaire », *RDT* 2012, n° 1, pp. 44 et s.

²⁸⁰⁰ Cass. soc. 26 févr. 2003, n° 01-41.003, *Bull. civ.* V, n° 70 ; 30 juin 2004, n° 02.42.672, *Bull. civ.* V, n° 186 ; 16 janv. 2008, n° 06-46.313, *Bull. civ.* V, n° 8 ; 28 janv. 2009, n° 07-45.481, *Bull. civ.* V, n° 26 ; 7 juill. 2009, *Mataleurop*, n° 07-45.584, inédit.

²⁸⁰¹ I. DESBARATS, « La notion d'unité économique et sociale en droit du travail », in *Mélanges Michel Despax*, PU Sc. soc. Toulouse, 2002, pp. 75-92.

²⁸⁰² Cass. soc. 16 oct. 2001, *Sté SAFEP Paris*.

En outre, le plan de sauvegarde de l'emploi étant un « *acte unilatéral de l'employeur* »²⁸⁰³ en dépit de la participation des représentants des salariés à son élaboration²⁸⁰⁴, le non-respect des engagements pris dans le plan de sauvegarde de l'emploi est également sanctionné²⁸⁰⁵ car le plan est doté d'une force obligatoire à l'égard de l'employeur et du salarié²⁸⁰⁶. Toutefois, les articles L. 1235-10 à L. 1235-13 du Code du travail ne sont pas applicables si le salarié licencié a moins de *deux ans d'ancienneté* et, est employé dans une entreprise qui compte *moins de cinquante salariés*²⁸⁰⁷.

Par ailleurs, l'insuffisance du PSE n'est plus sanctionnée par la nullité de la procédure²⁸⁰⁸ comme il l'était auparavant au même titre que l'absence du plan de sauvegarde de l'emploi. Elle entraîne seulement la privation de la cause réelle et sérieuse à la rupture²⁸⁰⁹, car il est considéré qu'il ne peut y avoir de licenciement sans reclassement²⁸¹⁰. Cette sanction permet au salarié de bénéficier d'une indemnité pour défaut de cause réelle et sérieuse²⁸¹¹ qui est prise en charge par l'institution de garantie des salaires en cas d'insolvabilité de l'employeur.

268.- AGS et l'indemnisation des mesures de reclassement. La responsabilité d'indemniser les créances résultant des mesures de reclassement sont à la charge de l'employeur. Mais s'il est insolvable, elles doivent être prises en charge par l'assurance garantie des salaires²⁸¹², et cela, peu important que l'insuffisance soit imputable à l'organe de la procédure qui a effectué les ruptures²⁸¹³. Cependant, l'AGS est tenue de prendre en charge l'indemnité de reclassement fixée par accord ou acte unilatéral de l'employeur qu'après la date du jugement

²⁸⁰³ Cass. soc. 18 déc. 2000, *Sté Same Deutz Fahr France c/ Charlot* ; 16 décembre 1992, *Sté Job Lana Industrie c/ Novallas* ; 4 avr. 1990, *Sté Maguin* : La cour de cassation analysant quelle était la nature juridique d'une obligation résultant pour l'employeur d'un plan de sauvegarde de l'emploi a indiqué qu'il s'agissait d'un engagement unilatéral.

²⁸⁰⁴ Cass. soc. 5 mai 1998 : « Conformément à l'article L. 321-6 du Code du travail, lorsqu'un accord collectif portant sur les conditions de licenciements est conclu, l'entreprise peut demander à l'administration de réduire le délai entre la notification du projet de licenciement et l'envoi des lettres de licenciement ».

²⁸⁰⁵ Cass. soc. 4 févr. 1997, *Sté Total c/ Rocaboy* : « L'engagement unilatéral pris par un employeur est transmis, en cas d'application de l'article L. 122-12 du Code du travail, au nouvel employeur, qui ne peut y mettre fin qu'à la condition de prévenir individuellement les salariés et les institutions représentatives du personnel dans un délai permettant d'éventuelle négociation ».

²⁸⁰⁶ Cass. soc. 23 mars 1994, *SA Danel Ferry c/ Hamm* ; 10 juill. 1995, *Sté Simo c/ Valade* ; Cf., F. GAUDU, « Le contrôle de l'exécution du plan social », *Dr. soc.* 1994, p. 492 ; J. PELISSIER, « Le contrôle des plans sociaux », *RJS* 1994, p. 563.

²⁸⁰⁷ C. trav., art. L. 1235-14.

²⁸⁰⁸ Cass. soc. 13 févr. 1997, n° 95-16.648, *Bull. civ. V*, n° 407, *D.* 1997, 171, note A. Lyon-Caen.

²⁸⁰⁹ Cass. soc. 6 juin 2000, n° 98-42.860, n° 98-42.862, *Rev. proc. coll.* 2001, p. 45, n° 28, obs. F. Taquet.

²⁸¹⁰ Cass. soc. 1^{er} avr. 1992, n° 89-43.494, *Bull. civ. V*, n° 228.

²⁸¹¹ Cass. soc. 2 févr. 2006, n° 04-40.037.

²⁸¹² C. trav., art. L. 2353-8, 2° ; B. BOSSU, « Réparation du préjudice causé par l'insuffisance du plan social », *JCP S* 2007, n° 38, p. 35, note sous Cass. soc. 3 mai 2007, *Philippe c/ Descorps*.

²⁸¹³ Cass. soc. 28 juin 2006, n° 04-44.599, n° 04-44.600, n° 04-44.964, n° 04-44.965, NP, n° 1664 F-D.

d'ouverture²⁸¹⁴. Or, la Cour de cassation avait pendant longtemps refusé la prise en charge par l'institution de garantie des indemnités dues aux salariés au titre d'un plan social. Elle considérait qu'elles n'étaient pas directement liées à la rupture du contrat de travail²⁸¹⁵ ou à son exécution²⁸¹⁶. Elle a élargi la garantie des salaires aux primes attribuées aux salariés en raison du plan de sauvegarde de l'emploi en justifiant que ce plan a pour effet de faciliter le reclassement des salariés licenciés²⁸¹⁷. Ces primes réparent le préjudice né de la rupture du contrat de travail²⁸¹⁸. Toutefois, l'AGS « ne couvre pas les sommes qui concourent à l'indemnisation du préjudice causé par la rupture du contrat dans le cadre d'un licenciement pour motif économique, en application d'un accord d'entreprise ou d'établissement ou de groupe notifié moins de dix-huit mois avant la date du jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire »²⁸¹⁹.

La réparation du préjudice causé par la perte de l'emploi dans les entreprises en cessation des paiements est essentiellement indemnitaire. Cette sanction indemnitaire réduit la place de la réparation en nature caractérisée par la réintégration²⁸²⁰. La réparation financière des créances résultant de la rupture du contrat de travail étend la responsabilité d'indemniser de l'employeur, mais la mise en œuvre systématique de la sanction pécuniaire inciterait, néanmoins par ricochet, à l'extension du champ de la garantie des créances salariales. Et cela, en dépit du fait que l'ambition de la réparation intégrale du préjudice du salarié revendiquée par certains auteurs²⁸²¹ n'est pas encore réalisée. Cette extension du champ de la garantie emporte une intervention constante et apparaît en définitive contraire à l'objectif d'assurance minimale fixé par la loi. La jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation par sa conception extensive de l'application de la garantie des créances des salariés dénature la garantie des salaires. La réintégration n'est presque plus imposée même dans les hypothèses de réintégration obligatoire. Elle vise les dommages et intérêts qui sont vraisemblablement pris en charge par l'assurance des salaires. L'illustration de la recherche des dommages et

²⁸¹⁴ Cass. soc. 30 sept. 2009, n° 08-42.076, AGS de Paris c/ Tavernier et a., note P. Morvan, « Garantie AGS et indemnité de reclassement », *JCP S* 2009, n° 45, pp. 32-33.

²⁸¹⁵ C. com., art. L. 625-9.

²⁸¹⁶ C. trav., art. L. 3253-6 ; Cass. soc. 25 mai 1993, *D.* 1994, somm. p. 80 ; 5 nov. 1995, *RJS* 1995, n° 652.

²⁸¹⁷ Cass. soc. 30 avr. 2003, *RJS* 7/03, n° 886, 3^e esp.

²⁸¹⁸ Cass. soc. 30 avr. 2003, *Bull. civ.* V, n° 150 ; 25 mai 2004, *RJS* 2004, n° 918.

²⁸¹⁹ C. trav., art. L. 3253-13.

²⁸²⁰ M. KELLER, « La réparation du préjudice né de la perte de l'emploi », *Dr. ouvr.* 1996, p. 275 et s.

²⁸²¹ Cf., M. KELLER, « Les principes du droit civil de la réparation de l'entier préjudice appliqués aux rapports de travail », *Dr. ouvr.* 2011, n° 753, p. 234 ; E. SERVERIN, « Trois définitions pour introduire une réflexion sur la réparation intégrale », *adde*, p. 226 ; D. RAVEZ, A. ZISSMANN, « Échange sur la théorie de la réparation intégrale du préjudice *Quantum et tabous* », *adde*, p. 247 ; D. METIN, « Les différentes causes d'évaporation des sommes allouées par le juge : le salarié face aux AGS, au Pôle emploi et au Trésor public », *adde*, p. 254.

intérêts faramineux se constate dans la décision du 19 décembre 2007²⁸²² dans laquelle la Cour de cassation accorde aux jeunes apprentis des dommages et intérêts importants parce que le mandataire judiciaire n'a pas rompu le contrat d'apprentissage dans les 15 jours impartis pour la couverture des salaires.

Elle a décidé dans un autre arrêt que si le liquidateur met fin au contrat d'apprentissage dans les 15 jours, l'apprenti doit bénéficier d'une indemnité correspondant aux rémunérations qu'il aurait dû percevoir jusqu'au terme du contrat d'apprentissage s'il n'avait pas été rompu²⁸²³. Or, l'article L. 1241-1 du Code du travail prévoit que « les dispositions du présent titre [contrat de travail à durée déterminée] ne s'appliquent ni au contrat d'apprentissage ni au contrat de mission conclu avec une entreprise de travail temporaire ». Á ce titre, l'apprenti n'avait pas droit à une indemnité aussi importante. Rien d'étonnant, car la jurisprudence face à l'immobilisme du législateur dénature le régime de la garantie des créances des salariés qui évolue au gré de décisions juridictionnelles. Tout est désormais récompensé par les dommages et intérêts qui dépassent excessivement la *finalité alimentaire*. Il n'est plus question d'apporter les moyens de subsistance au salarié, mais de l'enrichir avec le risque d'augmentation du taux de cotisation de l'assurance garantie des salaires. Il se réalise ainsi le passage d'une *assurance minimale* à une *assurance maximale* qui s'éloigne de la conception originelle d'une garantie réduite des *créances alimentaires* des salariés. Le législateur doit intervenir afin de stopper l'hémorragie de l'extension par le juge. Il existe cependant une question fondamentale qui n'est presque pas soulevée : celle de la responsabilité de l'État, en matière de créances résultant du défaut ou de l'insuffisance des PSE. Cette question peut se poser parce que la dégradation de la situation des entreprises peut être liée aux politiques économiques mises en œuvre par le gouvernement.

En réalité, la prise en charge par l'institution de garantie des salaires des créances nées de la défaillance contractuelle de l'employeur réduit le principe d'intervention subsidiaire de l'AGS qui caractérise sa place dans la relation entre l'employeur et le salarié. Surtout sa substitution à l'employeur insolvable doit assurer doublement la *fonction de sauvetage de l'entreprise* et de *protection de la situation financière des salariés*, elle tend à la conciliation de ces finalités du droit des entreprises en difficulté. Elle est devenue par conséquent une responsable d'indemnisation de substitution.

²⁸²² Cass. soc. 19 déc. 2007, n° 06-45.396.

²⁸²³ Cass. soc. 7 juill. 2009, n° 08-40.870, *Rev. proc. coll.* 2009, p. 59, n° 136, note F. Taquet.

Section 2 : La substitution du débiteur principal

269.- Responsabilité d'une institution originale de garantie. La responsabilité de l'employeur d'indemniser les salariés est limitée dès lors qu'il n'a plus de fonds disponibles. En effet, le superprivilège et le privilège général dont disposent les salariés sont anéantis si l'employeur n'a pas de fonds nécessaires pour les désintéresser. La situation des salariés étant particulière dans l'entreprise en difficulté, le législateur a prévu un mécanisme de garantie qui se substitue à l'employeur débiteur principal insolvable pour le paiement des créances salariales. L'imputation de la responsabilité d'indemniser les salariés à l'AGS est subsidiaire, car elle n'intervient qu'en cas d'indisponibilité de fonds nécessaires au paiement des créances des salariés²⁸²⁴.

Ainsi, elle se substitue à l'employeur - débiteur principal – pour permettre aux salariés qui ont parfois déjà perdu leur *emploi* de ne pas perdre également leurs *salaires*. La *méthode de substitution* du débiteur principal par un *organisme d'assurance* dans le paiement des salaires est favorable aux salariés. Le salaire ayant un caractère alimentaire, il serait désavantageux que le régime de la garantie ne se substitue pas à l'employeur. En pratique, la dynamique de la garantie permet toutefois à la jurisprudence de transformer l'institution de garantie en responsable de substitution à l'obligation d'indemniser les salariés. L'AGS a ainsi tendance à intervenir automatiquement dès lors qu'une procédure collective est ouverte, alors que la loi maintient le caractère subsidiaire de sa responsabilité (§ 1). En réalité, la subsidiarité de l'obligation de l'AGS est limitée (§ 2).

Paragraphe 1 : L'AGS, responsable de substitution

270.- Une garantie palliative d'insolvabilité. La garantie des salaires est un mécanisme particulier qui se différencie des assurances traditionnelles par l'attente du moment d'intervention. En effet, l'institution de garantie des créances salariales étant une responsable de substitution n'intervient pas immédiatement dès le placement en procédure collective de l'employeur. Ce dernier est en principe, en dépit du fait qu'il soit placé sous procédure judiciaire, censé régler lui-même les créances des salariés. Son obligation d'intervention est secondaire. Elle est conditionnée par l'insolvabilité, la défaillance de l'employeur. Ce n'est

²⁸²⁴ C. trav., art. L. 3253-20 et L. 3253-21.

que lorsque l'employeur ne dispose plus de fonds nécessaires au paiement des créances des salariés que l'AGS devient responsable de l'indemnisation des salariés. Ainsi, l'article L. 3253-20 du Code de travail dispose que « si les créances ne peuvent être payées en tout ou partie sur les fonds disponibles avant l'expiration des délais prévus [...], le mandataire judiciaire demande [...] l'avance des fonds nécessaires aux institutions de garantie... »²⁸²⁵.

Cela dit, la responsabilité d'indemnisation des salariés par l'institution de garantie est une obligation subsidiaire par rapport à l'obligation principale qu'incombe à l'employeur. L'AGS ne voit sa responsabilité de substitution engagée que si l'employeur n'a pas de fonds disponibles. Dès lors que l'employeur est défaillant, le mandataire judiciaire demande à l'AGS d'assumer sa responsabilité. L'expression des fonds disponibles peut poser quelques problèmes. D'une part, il faut définir la notion de fonds disponibles²⁸²⁶, et d'autre part, déterminer ces fonds disponibles selon que la créance est née avant la date du jugement d'ouverture ou après la date du jugement d'ouverture.

271.- Absence de fonds disponibles. L'intervention de l'AGS est soumise à la condition d'*absence de fonds disponibles*²⁸²⁷. Cette indisponibilité de fonds doit être manifestée par le mandataire judiciaire qui présente les relevés de créances à l'institution de garantie²⁸²⁸. La jurisprudence a plusieurs fois affirmé la condition d'indisponibilité de fonds nécessaires à la mise en mouvement de la garantie des salaires²⁸²⁹. Par conséquent, l'existence des fonds disponibles dans l'entreprise constituerait donc une justification du refus d'intervention de l'AGS²⁸³⁰ car l'objet de la garantie n'existe pas²⁸³¹. Mais la jurisprudence encadre la

²⁸²⁵ C. trav., art. R. 3253-6.

²⁸²⁶ B. SOINNE, « À propos de la notion de fonds disponibles au sens de l'article L. 621-131 nouveau du Code de commerce », *Rev. proc. coll.* 2001, n° 2, pp. 59-60 ; F.-X. LUCAS, J.-M. DELLECI, note sous Cass. soc. CA Colmar, 3^e ch. A, 9 avr. 2002, AGS-Assedic 67 c. Windenberger Jenner, *Rev. droit bancaire et financier*, 1/7/2003, n° 4, p. 215.

²⁸²⁷ C. trav., art. L. 3253-20 ; Cass. soc. 1^{er} déc. 1993, n° 91-40.761 à 91-40.763, *Rev. proc. coll.* 1995, p. 243, obs. F. Taquet ; 26 janv. 2000, n° 96-42.376 ; 15 juin 2010, n° 08-70.391 P.

²⁸²⁸ C. trav., art. L.3253-20.

²⁸²⁹ Cass. soc. 21 oct. 1998, n° 96-19.865 ; 20 nov. 2002, n° 00-45.373 ; 10 mars 2009, n° 07-45.326 (L'AGS n'est obligée d'intervenir dans les limites légales que sous réserve de la justification de l'insuffisance des fonds disponibles...) ; 16 juin 2010, n° 09-42.114 ; 14 sept. 2010, n° 08-44.180. V., Not., CA Paris, 21^e ch. C, 10 janv. 2008, n° 05/01/697 ; Colmar, 26 oct. 2010, n° 08/05873 (La garantie de l'AGS ne s'exercera qu'à titre subsidiaire, en l'absence de fonds disponibles) ; Aix-en-Provence, 9^e ch. C, 18 mars 2008, n° 07/04366 ; 17^e ch. B, 8 nov. 2011, n° 10/05427 (La garantie de l'AGS n'est due, en tout état de cause, qu'à défaut de fonds disponibles permettant le règlement des créances par l'employeur).

²⁸³⁰ Cass. soc. 27 oct. 1998, *Bull. civ.* V, n° 454, 2^e esp. ; F. TAQUET, « L'existence de fonds disponibles de l'entreprise en redressement judiciaire justifie-t-il le refus d'intervention de l'AGS ? », *Rev. proc. coll.* 1999, n° 4, p. 161 et s.

²⁸³¹ TGI Nanterre, 2^e ch., 5 janv. 2004, Lepuil c. Unedic délégation AGS – CGEA Île-de-France Ouest, *Dr. ouvr.* 2004, n° 675, pp. 481-482.

possibilité pour l'institution de garantie d'invoquer l'existence de fonds pour refuser sa garantie²⁸³². La preuve de l'indisponibilité de fonds n'incombe pas au salarié, mais aux organes de la procédure²⁸³³. En pratique, l'obligation de prouver l'existence ou inexistence de fonds disponibles crée un rapport étroit entre l'institution de garantie et les organes qui justifient ces fonds. Ces derniers ont ainsi une responsabilité très importante dans le paiement des salaires. Toutefois, si l'AGS conteste la preuve de l'existence ou non des fonds disponibles des organes de la procédure, elle lui appartient d'apporter la preuve contraire, celle de l'existence des fonds qui l'exonère de l'obligation de garantie. Cependant, l'institution de garantie peut être condamnée à verser des dommages-intérêts si elle résiste abusivement à l'inexistence des fonds disponibles parce que cette résistance retarde le paiement des créances des salariés²⁸³⁴.

Néanmoins, le Code du travail et la jurisprudence ne donnent pas une *définition* de la notion de « *fonds disponibles* »²⁸³⁵ qui est pourtant employée à l'article L. 3253-20 du Code du travail. Il a été suggéré par M. SOINNE que cette notion s'apprécie en fonction des exigences de l'exploitation puisque l'objectif de la procédure collective est de faciliter la sauvegarde de l'entreprise²⁸³⁶. Tandis que d'autres auteurs ont repoussé cette position en alléguant que l'intervention de l'institution de garantie en dépit de l'existence de fonds disponibles transforme, « contre la volonté du législateur », l'AGS en un « organisme de financement de la continuation de l'exploitation »²⁸³⁷. En pratique, les fonds disponibles sont l'ensemble des sommes existant dans la trésorerie de l'entreprise à la date de la demande des avances de l'assurance garantie des salaires²⁸³⁸. Ainsi, les créances de l'entreprise qui ne sont pas recouvrées ne constituent pas de fonds disponibles. L'employeur doit être insolvable ou que la *réalisation des actifs nécessaires* au paiement des salaires demande un certain nombre de délais pour qu'il n'ait pas de disponibilités immédiatement. La détermination des fonds disponibles par rapport à la date de naissance de la créance peut poser de difficultés pratiques.

²⁸³² F. TAQUET, « L'existence de fonds disponibles de l'entreprise en redressement justifie-t-il le refus d'intervention de l'AGS ? », préc.

²⁸³³ C. trav., art. L. 3253-20.

²⁸³⁴ TGI Nanterre, préc.

²⁸³⁵ Cf., B. SOINNE, « À propos de la notion de fonds disponibles au sens de l'article L. 621-131 nouveau du Code de commerce », *Rev. proc. coll.* 2001, n° 2, p. 59 et s.

²⁸³⁶ B. SOINNE, « Le remboursement de l'AGS », *Dr. soc.* 1986, p. 685 et s.

²⁸³⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « L'efficacité des sûretés garantissant les créances salariales », *Dr. soc.* 1987, p. 842 et s. ; B. BEZIAN, « La garantie des créances salariales dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire : quelques décisions récentes », *Dr. soc.* 1991, p. 682.

²⁸³⁸ B. SOINNE, « À propos de la notion de fonds disponibles au sens de l'article L. 621-131 nouveau du Code de commerce », *Rev. proc. coll.* 2001, n° 2, pp. 59-60.

En effet, dès lors que la procédure collective est ouverte, le mandataire judiciaire doit payer les créances des salariés nées à la date du jugement avec des fonds disponibles. Il assure cette obligation de paiement au nom de l'*employeur débiteur principal*. Il est ainsi tenu de payer les créances superprivilégiées dans un délai de dix jours suivant le prononcé du jugement d'ouverture des procédures²⁸³⁹ de redressement et de liquidation judiciaires. Les créances privilégiées et chirographaires sont, en revanche, payées dans un délai de trois mois suivant le prononcé de ces procédures collectives²⁸⁴⁰.

S'il n'existe cependant pas de fonds disponibles à la date du prononcé de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire dans l'entreprise, le mandataire judiciaire doit régler les créances des salariés nées à la date du jugement avec les *premières rentrées de fonds* dans les caisses de l'entreprise. Par conséquent, le mandataire judiciaire ne peut présenter les relevés de créances à l'institution de garantie pour qu'elle assure le risque de non-paiement que « si les créances ne peuvent être payées en tout ou partie sur les fonds disponibles »²⁸⁴¹ ou des premières rentrées de fonds dans l'entreprise. Au contraire, lorsque la créance est née postérieurement à la décision qui prononce le jugement d'ouverture, deux situations se présentent. Lorsque l'entreprise a des fonds disponibles, le mandataire judiciaire règle les créances nées après la date du jugement à leur échéance²⁸⁴². Par contre, s'il n'y a pas de *fonds disponibles*, les créances nées régulièrement après le prononcé du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire sont payées *prioritairement* à toutes les autres créances, excepté les créances salariales bénéficiaires du superprivilège.

En somme, la nature et la date de naissance de la créance salariale ont moins d'importance dans l'obligation d'intervention de l'institution de garantie. Cette dernière n'est obligée d'intervenir que si le mandataire judiciaire ne peut payer tout ou partie des créances des salariés dans les délais prévus à l'article L. 3253-19 du Code du travail sur les fonds disponibles dans l'entreprise. Ainsi, l'obligation d'avancer les fonds à l'employeur est une *responsabilité subsidiaire*. En réalité, l'intervention subsidiaire de l'AGS peut connaître des critiques si l'on considère que les fonds disponibles dans l'entreprise nécessaires à la poursuite de l'activité devraient être conservés et demander immédiatement l'intervention de

²⁸³⁹ C. trav., art. L. 3253-19, 1 °.

²⁸⁴⁰ C. trav., art. L. 3253-19, 2 °.

²⁸⁴¹ C. trav., art. L. 3253-20, al. 1er.

²⁸⁴² Loi du 25 janv. 1985, art. 40.

l'institution de garantie. En effet, *l'intervention subsidiaire* de l'AGS dans le règlement des créances des salariés est-elle rigide dans toutes les hypothèses ? La référence aux discussions sur le projet de loi du 27 décembre 1973 ne donne pas une réponse absolue à cette question. Ainsi, l'article 5 du projet de loi indiquait que le syndic (actuel mandataire judiciaire) demande les avances de l'institution de garantie « lorsqu'il ne peut dans les dix jours ... »²⁸⁴³ payer les créances des salariés. Un amendement de cet article a été adopté et ajoute : « lorsqu'il ne peut, à défaut de disponibilités, payer en tout ou partie dans le délai de dix jours... »²⁸⁴⁴, les créances des salariés. Au regard de ce qui précède, l'intervention de l'institution de garantie devrait être d'une absolue subsidiarité. Mais l'application de cette disposition par les juges a donné en pratique, place à un assouplissement de cette subsidiarité. En conséquence, la substitution de l'AGS se trouve limitée. Pour mieux appréhender les limites de la règle de subsidiarité de l'intervention de l'institution de garantie des salaires, il faut présenter au préalable la place de la mise en mouvement de la garantie des salaires dans le cadre d'une responsabilité solidaire des employeurs d'un groupement économique.

272.- Responsabilité solidaire et garantie de l'AGS. Le principe de la subsidiarité voudrait que l'employeur débiteur principal intervienne avant que le mécanisme d'assurance des salaires se substitue à lui. Cependant, les solutions que retient la jurisprudence en matière de responsabilité solidaire des membres d'un groupement d'employeurs²⁸⁴⁵ dans le cadre de la protection des créances des salariés semblent surprenantes. Elle a tendance, en effet, à exiger l'intervention de l'assurance garantie des salaires sans constater la défaillance de l'ensemble des employeurs associés du groupement. En ce sens, un groupement d'employeurs avait été placé en liquidation judiciaire, les contrats de travail des salariés ont été par la suite rompus par les licenciements effectués par le liquidateur judiciaire durant la période de maintien

²⁸⁴³ Débats parlementaires, Sénat, séance du 12 déc. 1973, *JO*, 13 déc. 1973, p. 2812.

²⁸⁴⁴ Débats parlementaires, Sénat, séance du 12 déc. 1973, *JO*, 13 déc. 1973, p. 2812.

²⁸⁴⁵ B. TEYSSIÉ, « Les groupements d'employeurs », *Dr. soc.* 1986, p. 85 ; J.-M. BERAUD, « Les groupements d'employeurs », in *Flexibilité du droit du travail, objectif ou réalité ?*, Paris, éd., législative et administrative, 1986, p. 67 ; C. RUELLAN, F. GRAS, *Les groupements d'employeurs*, Droit poche, Economica, mars 1997 ; A. JEAMMAUD, M. LEFRIAND, A. LYON-CAËN, « L'ordonnancement des relations de travail », *D.* 1998, p. 359 ; B. BICHE, A. DESBOIS, J. LE MONNIER, Y. MONTEILLET, *Les groupements d'employeurs : une innovation économique et sociale*, L'Harmattan, Paris, 2000, 138 p. ; J.-M. BICHAT, *Les groupements d'employeurs : un outil pour la croissance et l'emploi ?*, Rapport du Conseil économique et social, 2002, 59 p. ; J. DALICHOUX, P. FADUEILHE, « Les groupements d'employeurs », éd., *Liaisons* 2005 ; P.-Y. VERKINDT, « Groupements d'employeurs et travail à temps partagé après la loi du août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises », *Dr. soc.* 2005, p. 1133 ; M.-F. MOURIAUX, « Groupements d'employeurs et portage salarial : salariés à tout prix ? », *Connaissances de l'emploi*, n° 19, 2005 ; B. BERTHE (dir.), *Travailler dans un groupement d'employeurs*, PU Rennes, coll. « Économie et société », 2006 ; F. BELALANDE, L. BUANNIC, *Groupements d'employeurs, mode d'emploi : une forme d'emploi innovante pour les salariés et pour les entreprises*, éd., Eyrolles/Organisation, Paris, Coll. « Ressources humaines », 2006, vol. 1, 157 p. ; S. BERGER, *Made in monde, Les nouvelles frontières de l'économie mondiale*, Seuil, févr. 2006.

provisoire d'activité. Les salariés ont saisi le juge prud'homal afin que leurs indemnités soient considérées comme résultant de la rupture du contrat pour qu'elles puissent être prises en charge par l'institution de garantie. Cette dernière conteste l'intégration de ces créances au passif du groupement d'employeurs en difficulté et n'indemnise pas les salariés. Elle avance que les salariés doivent en premier lieu « rechercher la responsabilité solidaire des membres du groupement prévue au dernier alinéa de l'article L. 127-1 du Code du travail²⁸⁴⁶ ».

Mais la Cour de cassation n'a pas retenue cette conception ; elle décide que le « groupement auquel les salariés sont liés par contrat de travail, est le débiteur des indemnités de rupture ». En outre, le « principe de la responsabilité solidaire ne confère pas aux membres de l'association le *statut de co-employeurs* qui est reconnu dans le cadre de la mise à disposition auprès d'une entreprise utilisatrice d'un salarié par son entreprise d'origine »²⁸⁴⁷. Par conséquent, l'assurance des salaires garantit les sommes dues par un groupement d'employeurs sans se préoccuper de la *solvabilité* des membres du groupement. En effet, elle doit garantir les sommes « résultant de la rupture des contrats de travail intervenant pendant le maintien provisoire de l'activité, dès lors que le représentant des créances ne dispose pas des fonds nécessaires »²⁸⁴⁸. Ainsi, la responsabilité solidaire des associés du passif salarial du groupement en liquidation judiciaire n'influe pas sur la responsabilité sociale de l'AGS dès lors que la défaillance du groupement est constatée. Il n'est plus question de rechercher la solvabilité des membres du groupement.

En général, la *responsabilité sociale* de l'AGS n'est pas liée à la *responsabilité solidaire des associés* sur le passif salarial parce qu'il existe en effet une *autonomie* entre les obligations qui résultent du statut d'associé ou de membre d'une association et la qualité d'employeur²⁸⁴⁹. Et pourtant, la recherche de la *solvabilité* des associés ou des membres d'une association permettrait d'exonérer l'institution de garantie de l'intervention systématique, même s'il y a

²⁸⁴⁶ C. trav., art. L. 1253-2 : « Les groupements d'employeurs sont constitués sous l'une des formes suivantes: Association régie par la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association; Société coopérative au sens de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération et de la loi n° 83-657 du 20 juillet 1983 relative au développement de certaines activités d'économie sociale ; Association régie par le code civil ou coopérative artisanale dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin » ; Décr. n° 2009-1410 du 17 nov. 2009 (*JO* 19 nov) relatif aux groupements d'employeurs pour l'insertion et la qualification.

²⁸⁴⁷ Cass. soc. 27 mars 1996, n° 93-40.741, *Bull. civ.* V, n° 117.

²⁸⁴⁸ Cass. soc. 9 mars 2004, *Bull. civ.* V, n° 74; *D.* 2004, 2191, obs. Giraudet.

²⁸⁴⁹ J. MESTRE, « La pluralité d'obligés accessoires », *RTD civ.* 1981, p. 1 ; A. ARSEGUEL, « L'identification des risques et des personnes responsables dans les groupements d'employeurs », *Bull. soc. F. Lefebvre*, mars 2003 et « La détermination de la convention collective applicable dans un groupement d'employeurs multisectoriels », *Bull. soc. F. Lefebvre*, juin. 2004, p. 307 et s.

un certain nombre de risques pour les salariés. Le risque opérant est celui d'exclure la garantie des salaires chaque fois que les membres d'une association ou d'une quelconque structure, personnes physiques ou morales, sont tenus solidairement des dettes sociales. Du point de vue juridique, cette position serait contraire à la loi et à la conception sociale du mécanisme de garantie des salaires.

En pratique, l'AGS a l'obligation d'intervention dès lors que l'insolvabilité de l'employeur, en occurrence du groupement d'employeurs est constatée. Cela en dépit du fait que les associés ou membres du groupement soient garants du passif salarial. Cette position est favorable aux salariés, mais elle limite la *règle de subsidiarité* de l'intervention de l'institution de garantie. La solution serait-elle différente dans le cadre d'une responsabilité *in solidum*²⁸⁵⁰.

En effet, l'institution de garantie des salaires assume une *responsabilité* qui est *sans faute*. Son obligation de garantie des salaires est légale. Dès lors qu'une créance rentre dans son champ d'application, elle est tenue de la garantir. Cette responsabilité de substitution est différente de celle d'un co-employeur ou d'un mandataire judiciaire qui nécessite la démonstration d'une faute. Malgré tout, le caractère subsidiaire, c'est-à-dire de la *responsabilité de substitution* de l'institution de garantie est limitée.

Paragraphe 2 : Une substitution limitée

273.- Infléchissement de la subsidiarité. La responsabilité de substitution de l'Association pour la gestion du régime de garantie des salaires est en pratique difficile à croire. Plusieurs aspects démontrent que l'obligation de l'institution de garantie n'est plus secondaire, car elle tend à remplacer définitivement celle de l'employeur. Les aspects qui réduisent le caractère subsidiaire de la responsabilité de l'institution de garantie dans l'indemnisation des salariés sont multiples. Ainsi, la pratique jurisprudentielle a rendu l'intervention de l'institution de garantie presque systématique, alors que l'expression de *insuffisance de fonds disponibles* dans l'entreprise qui est une condition nécessaire à l'intervention subsidiaire de l'assurance garantie des salaires devrait limiter l'obligation de substitution en paiement de l'institution de

²⁸⁵⁰ M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, préf. É. Loquin, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des Thèses », 2002, p. 199 et s.

garantie des salaires dans les situations où l'employeur est vraiment dans l'incapacité de régler lui-même les salaires. Pour exiger l'intervention de l'institution de garantie, la preuve de l'absence ou de l'insuffisance des fonds doit être rapportée. La question s'est posée de savoir à qui incombe la charge de cette preuve : au salarié ou à l'AGS ? À ce sujet, la Cour de cassation a répondu que « la preuve de l'absence de fonds dans l'entreprise n'incombe pas au salarié »²⁸⁵¹. Il incombe en conséquence à l'institution de garantie de prouver l'existence de fonds disponibles. Dès lors que le mandataire présente les relevés de créances, l'institution de garantie est tenue de payer les créances des salariés si elle ne prouve pas l'existence des disponibilités. Cette solution est protectrice des salariés, mais elle alourdit la charge du mécanisme de garantie des salaires.

En effet, depuis la loi du 26 juillet 2005, l'article L. 3253-20 alinéa 2 du Code du travail dispose que « dans le cas d'une procédure de sauvegarde, le mandataire judiciaire justifie [aux institutions de garantie], lors de sa demande, que l'insuffisance des fonds disponibles est caractérisée. Ces institutions peuvent contester, dans un délai déterminé par décret en Conseil d'État, la réalité de cette insuffisance devant le juge-commissaire. Dans ce cas, l'avance des fonds est soumise à l'autorisation du juge-commissaire »²⁸⁵². Lorsque l'entreprise est mise en procédure de sauvegarde, la charge de la preuve de l'absence ou de l'insuffisance de fonds disponibles n'incombe plus à l'AGS, mais au mandataire judiciaire. La preuve de l'insuffisance caractérisée des fonds disponibles réduit la tendance qui automatise l'intervention de l'institution de garantie. En pratique, l'institution de garantie est souvent appelée à avancer des sommes dès lors que l'employeur poursuit son activité sans vérifier s'il existe de fonds disponibles dans l'entreprise afin de payer les créances salariales. Elle accorde ici à l'entreprise « un crédit de trésorerie »²⁸⁵³ nécessaire à son activité.

Par ailleurs, l'affaiblissement de la subsidiarité de l'intervention de l'institution de garantie des salaires a été le plus remarqué lorsque la loi du 25 janvier 1985 a fait du redressement de l'entreprise une finalité fondamentale de la procédure collective. Il a été souligné par Mme SOUWEINE qu'« il aurait été conforme à l'évolution des idées de consacrer légalement la pratique antérieure de prise en charge par l'AGS des créances superprivilégiées alors même

²⁸⁵¹ Cass. soc. 21 oct. 1998, *RJS* 2/99, n° 206.

²⁸⁵² C. trav., art. R. 3253-6.

²⁸⁵³ C. SOUWEINE, préc., p. 371.

que l'employeur aurait disposé de disponibilités pour les régler »²⁸⁵⁴. Cette interprétation ne serait pas conforme aux textes en vigueur. Les termes de l'article 129 de la loi du 25 janvier 1985²⁸⁵⁵ expriment « bien l'obligation qui pèse sur l'administrateur de réserver la priorité au paiement des créances salariales visées sur toutes disponibilités »²⁸⁵⁶. La dernière solution est à retenir.

Néanmoins, les parlementaires avaient discuté un amendement n° 633 qui complétait l'article 130²⁸⁵⁷ de la loi du 25 janvier 1985 qui disposait : « à défaut de disponibilités²⁸⁵⁸ les sommes dues doivent être acquittées sur les premières rentrées de fonds »²⁸⁵⁹. Ce texte a été rejeté. Le rejet a été motivé par le fait qu'on doit « supprimer l'intervention immédiate de l'AGS à ce stade de la procédure, car ce n'est qu'à défaut de rentrées de fonds que cette institution doit intervenir et non dans tous les cas »²⁸⁶⁰. En dépit de l'affaiblissement en pratique de la subsidiarité de l'intervention de l'assurance garantie des salaires, le principe a été maintenu. La Chambre sociale de la Cour de cassation a réaffirmé cette subsidiarité de l'intervention de l'assurance garantie des salaires dans une décision du 1^{er} décembre 1993²⁸⁶¹. Elle énonce que le recours à la garantie des salaires n'est admis qu'à défaut de disponibilités suffisantes dans l'entreprise. Il s'agit en effet d'une *insuffisance* et non de l'*absence totale de fonds* dans l'entreprise. Par conséquent, l'institution de garantie peut être amenée à intervenir même si l'entreprise dispose de fonds. Il suffit qu'ils soient insuffisants pour le paiement des créances. La question qui se pose en substance est celle de savoir si l'insuffisance des créances est évaluée par rapport aux « sommes dues à un seul salarié ou à l'ensemble des créances salariales dues par l'employeur à la date ou après le jugement d'ouverture ». Il semble que le défaut de disponibilités s'apprécie au regard de l'ensemble des créances salariales. Une telle interprétation rendrait l'intervention de l'institution de garantie automatique.

274.- Systématisation de l'intervention de l'AGS. L'affaiblissement de la règle de subsidiarité limite en réalité le caractère secondaire de la responsabilité de l'AGS dans l'indemnisation des salariés, car son intervention devient automatique. Il a été souligné, en effet, que la mise en mouvement de la garantie des salaires est conditionnée. Mais les

²⁸⁵⁴ C. SOUWEINE, préc., p. 371.

²⁸⁵⁵ Loi du 27 déc. 1973, art. 5 anc.

²⁸⁵⁶ B. BZEZIAN, préc., p. 682.

²⁸⁵⁷ Devenu l'art. 129 de la loi du 25 janv. 1985 ; C. com., art. L. 621-131.

²⁸⁵⁸ La disponibilité des fonds est constatée à la date du jugement d'ouverture de la procédure.

²⁸⁵⁹ Débats parlementaires, Ass. Nat., séance du 10 avr. 1984, *JO* du 11 avr. 1984.

²⁸⁶⁰ Débats parlementaires, Ass. Nat., séance du 15 oct. 1984, *JO* du 16 oct. 1984, p. 4736.

²⁸⁶¹ Cass. soc. 1^{er} déc. 1993, *Bull. civ.* V, n° 297.

exigences de sa mise en œuvre sont extensivement interprétées par le juge. Cette interprétation extensive a rendu l'intervention de l'institution de garantie des salaires quasi-automatique. Le placement de l'entreprise en procédure collective de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire est une condition de l'obligation de garantie des salaires²⁸⁶². Ainsi, le placement en procédure collective met en mouvement la garantie parce que l'institution de garantie ne peut en principe contester la décision qui ouvre la procédure. Il existe toutefois la possibilité d'une tierce-opposition à l'égard de la décision du juge-commissaire qui avise les relevés de créances. Le jugement d'ouverture de la procédure collective a « l'autorité absolue de chose jugée », elle est « opposable à tous »²⁸⁶³. Par conséquent, l'opposabilité de la décision de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire s'impose à l'institution de garantie des salaires. L'obligation de garantir les créances salariales existe, même si la décision est la suite d'une première procédure collective, de la résolution du plan de cession qui a entraîné une nouvelle procédure de redressement judiciaire²⁸⁶⁴. Elle garantit au moment de l'ouverture de la procédure collective, peu important que le plan de redressement, de cession ou de continuation soit adopté postérieurement en faveur de l'entreprise²⁸⁶⁵. Ainsi, l'amélioration de la situation financière et l'adoption des plans ne changent pas le sort des *salaires exigibles* à la date du jugement d'ouverture. Afin de concilier le soutien que l'institution de garantie des salaires apporte à l'entreprise par sa garantie, il est interdit à l'AGS de se prévaloir de l'amélioration de la situation financière de l'entreprise. Cette position favorise la gestion des entreprises au cours des procédures collectives et la protection des salaires.

275.- Un plafonnement de la garantie restrictif de la substitution. La garantie des salaires n'est pas une assurance sans limites. Le plafonnement de cette garantie a été examiné dans la première partie de cette thèse²⁸⁶⁶. Il convient ici de porter un regard sur les effets de ce

²⁸⁶² C. trav., art. L. 3253-6.

²⁸⁶³ Cass. soc. 6 juin 2000, *Bull. civ.* V, n° 215.

²⁸⁶⁴ Cass. soc. 14 déc. 1999, *Bull. civ.* V, n° 485.

²⁸⁶⁵ Cass. soc. 30 nov. 1999, n° 4621 D.

²⁸⁶⁶ V., C. trav., art. L. 3253-8, 4° : « L'assurance [...] couvre les créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenant lorsque le tribunal prononce la liquidation judiciaire, dans la limite d'un montant maximal correspondant à un mois et demi de travail [...] » ; C. trav., art. D. 3253-1 : « Le plafond prévu à l'article L. 3253-2 est fixé à deux fois le plafond retenu, par mois pour le calcul des cotisations de la sécurité sociale » ; C. trav., art. D. 3253-2 : « Le montant maximal de garantie prévu au 4° de l'article L. 3253-8 est égal à trois fois le plafond retenu par mois pour le calcul des cotisations de sécurité sociale pour un mois et demi de salaire et de deux fois ce plafond, pour un mois de salaire » ; C. trav., art. L. 3253-17 : « La garantie des « institutions de garantie mentionnées à l'article L. 3253-14 » est limitée, toutes créances du salarié confondues, à un ou des montants déterminés par décret, en référence au plafond mensuel retenu pour le calcul des contributions du régime d'assurance chômage » ; C. trav., art. D. 3253-5 : « Le montant maximum de la garantie prévue à l'article

plafonnement sur le principe de subsidiarité de l'intervention de l'AGS : c'est-à-dire de sa responsabilité subsidiaire d'indemniser les salariés. En effet, la substitution de l'assurance garantie des salaires dans l'indemnisation des salariés à la place de l'employeur - *débiteur principal*- est limitée par le plafonnement des avances car les sommes prises en charge par l'assurance garantie des salaires sont importantes²⁸⁶⁷. Or, la subsidiarité de sa responsabilité d'indemniser devrait l'obliger à ne garantir que de manière partielle les créances salariales.

Ainsi, l'article L. 3253-17 du Code du travail dispose que la garantie des salaires est limitée, toutes créances du salarié confondues, à un ou des montants déterminés [...]. Le montant des créances est d'abord égal à six fois le plafond mensuel retenu pour le calcul des contributions du régime d'assurance chômage si le contrat de travail a été conclu au moins deux ans avant la date du jugement d'ouverture de la procédure collective. Il est ensuite égal à cinq fois ce plafond si le contrat a été conclu moins de deux ans et six mois au moins avant cette date, et enfin, quatre fois ce plafond si le contrat a été conclu moins de six mois avant la date de la décision d'ouverture²⁸⁶⁸. En dépit de ce plafonnement, les sommes qui découlent des ruptures du contrat de travail sont parfois trop importantes pour laisser la place à une responsabilité de substitution. En vérité, le plafonnement annoncé ne correspond pas à la finalité de la protection des *intérêts alimentaires* des salariés.

Or, le plafonnement du montant de la garantie devrait corriger l'élargissement excessif du champ de la garantie. Toutefois, ce plafonnement n'enlève pas à l'AGS le rôle principal qu'elle joue désormais dans l'indemnisation des salariés. Son rôle principal dans l'indemnisation des salariés se manifeste également dans le faible taux de récupération des avances. Elle est dans l'impossibilité de récupérer la totalité des avances. En fait, les droits et moyens qui lui sont accordés pour récupérer les sommes avancées apparaissent inefficaces.

L. 3253-17 est fixé à six fois le plafond mensuel retenu pour le calcul des contributions au régime d'assurance chômage. Ce plafond est fixé à cinq fois ce plafond lorsque le contrat de travail dont résulte la créance a été conclu moins de deux ans et six mois avant la date du jugement d'ouverture de la procédure collective, et à quatre fois ce plafond si le contrat dont résulte la créance a été conclu moins de six mois avant la date du jugement d'ouverture. Il s'apprécie à la date à laquelle est due la créance du salarié et au plus tard à la date du jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation judiciaire » ; v., Cass. soc. 19 avr. 2005, *RJS* 7/05, n° 744 ; *JCP S* 2005, 1010, note P. Morvan ; 7 juin 2006, *JCP S* 2006, 1586 ; 9 avr. 2009, *RJS* 7/08, n° 788, 2^e esp.; Cf., *supra*, n° 124 et s.

²⁸⁶⁷ L'AGS a avancé en 2010 aux salariés 1, 95 milliard d'euros et elle n'a récupéré que 673 millions d'euros. Cf., *Rapports d'activité de la Délégation Unédic AGS*, 2010, pp. 14 et s.

²⁸⁶⁸ C. trav., art. D. 3253-5 ; Cass. soc. 19 avr. 2005, *Dr. soc.* 2005, 935, obs. C. Radé ; 7 juin 2006, *Bull. civ.* V, n° 207.

Elle joue dorénavant un rôle principal et non plus secondaire. Dès lors que l'entreprise est mise en procédure collective, l'intervention de l'AGS est systématiquement requise.

276.- Une subrogation limitée dans les droits des salariés. Le mécanisme de garantie paie les créances des salaires à la place de l'employeur qui est le véritable responsable de l'indemnisation. En effet, l'employeur est tenu de la rembourser. Ce remboursement permet d'assurer l'équilibre financier du régime. Cependant, la conciliation de l'obligation de l'employeur en difficulté à rembourser les avances de l'institution de garantie et les finalités des procédures collectives a largement affaibli les capacités de l'institution de garantie à récupérer ses avances. Ainsi, la subrogation de l'institution de garantie est limitée. La subrogation qui lui permet de récupérer les sommes avancées à l'employeur est une action fondée sur les droits des salariés²⁸⁶⁹. Par conséquent, la créance est transmise à l'AGS avec les sûretés et les garanties nécessaires à son recouvrement.

Par ailleurs, si la *subrogation* prévue par la loi du 27 décembre 1973 portait sur l'*ensemble des droits du salarié*, c'est-à-dire que l'institution de garantie *remplaçait complètement* le salarié lors du remboursement des avances en bénéficiant notamment du superprivilège, du privilège général, le régime de remboursement des avances institué par la loi du 25 janvier 1985 est complexe. Les droits de l'institution de garantie des salaires dans le remboursement des avances sont différenciés selon les phases de la procédure collective et la nature des créances qu'elle *subroge* aux salariés. En effet, le droit au remboursement des avances devient en quelque sorte une exception. Le Code du travail prévoit les hypothèses où l'institution de garantie subroge aux droits des salariés. Aux termes de l'article L. 3253-16 du Code du travail « les institutions de garantie [...] sont subrogées dans les droits des salariés pour lesquels elles ont réalisé des avances, pour l'ensemble des créances, lors d'une procédure de sauvegarde ; pour les créances garanties par le privilège prévu aux articles L. 3252-2, L. 3253-4 et L. 7313-8 et suivants et les créances avancées au titre du 3° de l'article L. 3253-8, lors d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Les autres sommes avancées dans le cadre de ces procédures leur sont remboursées dans les conditions prévues par les dispositions du livre VI du Code de commerce pour le règlement des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure. Elles bénéficient alors des privilèges attachés à celle-ci »²⁸⁷⁰.

²⁸⁶⁹ C. trav., art. L. 3253-16.

²⁸⁷⁰ Cass. soc. 3 févr. 2009, *JCP S* 2009, 1229, obs. Lahalle.

En pratique, l'AGS ne *subroge totalement* dans les droits des salariés que lorsqu'une procédure de sauvegarde est ouverte. Pourtant, l'entreprise n'étant pas en cessation des paiements pourrait régler elle-même les créances des salariés. En revanche, lorsqu'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire est ouverte, l'AGS est en pratique subrogée dans les droits des salariés que pour le remboursement des créances superprivilégiées. Elle bénéficie par conséquent du superprivilège qui lui donne la *priorité* dans le règlement de sa créance²⁸⁷¹. Ce remboursement doit en principe se faire avec les *premières rentrées de fonds* dans l'entreprise. Elle est préférée aux autres créanciers de l'entreprise, notamment ceux qui bénéficient de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985, dont les créances sont nées régulièrement après le jugement d'ouverture dans le cadre de la poursuite d'activité²⁸⁷². Par conséquent, « il faut donc en conclure à la prééminence absolue du superprivilège »²⁸⁷³. Cette primauté dont elle bénéficie à travers les créances superprivilégiées des salariés est favorable à l'équilibre financier du mécanisme de garantie des salaires.

Par ailleurs, l'article L. 3253-16 du Code du travail dispose que l'institution de garantie est subrogée dans les droits des salariés pour les créances résultant de la rupture du contrat de travail des salariés auxquels a été proposée la convention de reclassement personnalisé au cours des périodes de garantie prévue au 2° de l'article L. 3253-8 du Code du travail dans le cadre du redressement ou de la liquidation judiciaire. Elle est également subrogée dans les droits des salariés si elle a avancé « dans la limite d'un montant maximal correspondant à un mois et demi de travail, les sommes dues au cours de la période, des quinze jours suivant le jugement de liquidation ou du mois suivant ce jugement [...] et pendant le maintien provisoire de l'activité autorisée par le jugement de liquidation et au cours des quinze jours suivant la fin de ce maintien ». Cependant, l'institution de garantie est subrogée dans les droits des salariés, mais ne bénéficie plus du superprivilège pour le remboursement de ces créances. Elle est prioritaire en se fondant sur l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985²⁸⁷⁴. À cet égard, M. SAINT GENIEST s'interroge sur la chance de l'AGS d'être remboursé sur ce fondement parce que « cette priorité est renfermée dans des limites très strictes »²⁸⁷⁵.

²⁸⁷¹ C. com., art. L. 621-131, al. 3.

²⁸⁷² C. com., art. L. 621-32.

²⁸⁷³ P. SAINT GENIEST, « La récupération des avances par l'AGS », *Dr. soc.* 1987, n° 12, p. 838.

²⁸⁷⁴ C. com., art. L. 621-32.

²⁸⁷⁵ P. SAINT GENIEST, « La récupération des avances par l'AGS », *Dr. soc.* 1987, p. 838.

Ceci étant, la subrogation de l'AGS sur ce fondement est défavorable. D'une part, les sommes dues au cours de la période d'observation, des quinze jours suivant le jugement de liquidation, le mois suivant ce jugement ou pendant le maintien provisoire de l'activité et au cours des quinze jours suivant la fin de ce maintien, le plafond de la garantie est d'un mois et demi de travail lorsque le tribunal prononce la liquidation judiciaire²⁸⁷⁶. D'autre part, elle occupe un rang inférieur dans le règlement de ses avances. Elle se situe au *quatrième rang* après les *créances des salariés*, les frais de justice et les prêts consentis par les établissements de crédit. Par conséquent, la subrogation de l'institution de garantie est ainsi limitée par rapport à celle des salariés eux-mêmes. Il a été souligné que « d'un point de vue technique, la subrogation est ou n'est pas, mais lorsqu'elle est reconnue à celui qui a payé pour autrui elle est totale et le met aux lieu et place de la personne désintéressée »²⁸⁷⁷. Dans la situation de l'AGS, elle subroge aux salariés sans pour autant se mettre à leur lieu et place. En vérité, la loi n'accorde une vraie subrogation à l'institution de garantie que pour les créances antérieures superprivilégiées. Pour ce qui concerne les créances postérieures, la subrogation est artificielle puisque l'AGS ne prend véritablement pas la place des salariés qu'elle a fait des avances de salaires. Elle se trouve quasiment dans la situation des créanciers qui n'ont pas le droit de subrogation. Or, elle peut avoir la possibilité d'exercer une *action récursoire propre* au regard de son rôle dans les procédures collectives au lieu d'attacher son *action en récupération des avances* aux droits des salariés. L'AGS a le droit de récupérer les sommes qu'elle a avancé pour les créances salariales, alors qu'il n'y a pas un *véritable droit de subrogation*. Cette subrogation est réduite.

En effet, l'article L. 3253-16, 2° du Code du travail prévoit que « les autres sommes avancées dans le cadre de ces procédures [...] sont remboursées dans les conditions prévues par les dispositions du livre VI du Code de commerce pour le règlement des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure. Elles bénéficient alors des privilèges attachés à celle-ci ». Ainsi, l'AGS peut se prévaloir du privilège général²⁸⁷⁸. En revanche, le superprivilège qui accordait la subrogation dans les droits des salariés pour le remboursement des créances superprivilégiées n'existe plus²⁸⁷⁹. Par conséquent, la réduction de la subrogation de l'institution de garantie permet à l'entreprise de poursuivre son activité afin d'assurer son

²⁸⁷⁶ C. trav., art. L. 3253-8., 4°.

²⁸⁷⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, préc.

²⁸⁷⁸ C. civ., art. 2331, 4° et 2375.

²⁸⁷⁹ C. SOUWEINE, Thèse Droit, Grenoble II, 1992, préc., p. 401.

redressement. Si l'entreprise n'est ni sauvegardée ni redressée, elle a moins de chances de récupérer les avances effectuées pour les créances privilégiées.

Il en résulte que la responsabilité de substitution de l'AGS dans l'indemnisation des salariés ne joue que si l'employeur est insolvable. Toutefois, cette substitution risque de se transformer en une responsabilité principale de paiement des salaires à cause de ses limites. Ces limites sont dues, en premier lieu, à l'absence de précisions des termes d'*insuffisance de fonds disponibles* caractérisant l'insolvabilité de l'employeur. Elle rend l'intervention de l'AGS systématique. En deuxième lieu, le plafonnement en vigueur laisse encore une charge d'indemnisation importante à un organisme qui n'est que *substitut* de l'employeur. Il est d'autant plus vrai que la lisibilité de la couverture effective n'est pas évidente à cause du mélange des créances antérieures et postérieures dans le champ de la garantie.

En troisième lieu, la *subrogation proclamée*²⁸⁸⁰ dont elle a droit pour prendre la place des salariés qu'elle a avancé les *salaires* est limitée. La limitation de la technique de subrogation évite que le droit de remboursement prioritaire de l'institution de garantie des salaires puisse alourdir les charges financières de l'entreprise en difficulté. Un tel alourdissement compromet les tentatives de sauvegarde ou de redressement de l'entreprise. C'est pour cette raison que certaines créances postérieures sont soumises au même régime de remboursement que les créances antérieures privilégiées. Par conséquent, la subrogation de l'institution de garantie dans les droits des salariés joue en sa défaveur. Pour cela, elle fait un usage modéré de cette subrogation. En effet, l'AGS peut quelque temps après la remise des avances pour le règlement des salaires au mandataire judiciaire demander le remboursement desdites avances. Si elle exerce son *action en recouvrement des avances* sans délai, elle vide la trésorerie de l'entreprise déjà fragilisée pourtant nécessaire au règlement d'autres créances nécessaires à la poursuite de l'activité²⁸⁸¹. Dans ce cas, les possibilités de sauvegarde ou de redressement sont affaiblies. Le législateur a ainsi concilié la récupération des avances de l'AGS avec la sauvegarde de l'entreprise²⁸⁸² et le maintien de l'emploi. L'institution de garantie des salaires se contente, en conséquence, d'un remboursement progressif, échelonné de ses avances²⁸⁸³.

²⁸⁸⁰ C. trav., art. L. 3253-16.

²⁸⁸¹ C. SOUWEINE, préc., p. 402.

²⁸⁸² B. SOINNE, « Le remboursement de l'AGS », *Dr. soc.* 1986, n° 9/10, p. 687 ; M. RAMACKERS, « Le superprivilège des salariés, la subrogation de l'AGS et le redressement judiciaire : du mythe à la réalité ? », *D.* 1989, chron. XLVIII, p. 301.

²⁸⁸³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « L'efficacité des sûretés garantissant les créances salariales », *Dr. soc.* 1987, n° 12, p. 842.

Tandis que, le paiement des créances superprivilégiées ne devaient subir de remises ou de délais que dans certaines hypothèses (en cas de plan de redressement).

Néanmoins, si le remboursement rapide de l'AGS peut avoir un impact²⁸⁸⁴ négatif sur la poursuite de l'entreprise, l'institution de garantie n'a qu'une obligation subsidiaire de paiement des créances des salariés. Elle n'intervient qu'en cas d'indisponibilité de fonds nécessaires au paiement des salaires. L'échelonnement du remboursement n'est qu'une tolérance car le recouvrement total des avances est légal. Elle se substitue, elle aussi aux droits des salariés. Cette tolérance de l'étalement du remboursement des avances est justifiée par le *rôle social* qu'elle assume. Pénaliser l'entreprise par le recouvrement intégral et rapide des avances revient à sanctionner indirectement les salariés. Mais l'acceptation de la récupération progressive des avances fait de l'AGS un véritable organe de la procédure collective. Elle est le « maître du destin » de l'entreprise en difficulté²⁸⁸⁵. En outre, les juges interprètent toutefois de façon extensive la notion d'insuffisance de fonds disponibles pour rendre sa garantie systématique dès lors qu'une procédure collective est ouverte. Force est de constater que la garantie des salaires n'assume plus seulement une finalité sociale à l'égard des salariés, mais aussi une finalité économique, la sauvegarde de l'entreprise. Au final, la garantie de l'AGS qui était créée comme un mécanisme de *solidarité minimale* à tendance à devenir une *assurance maximale*²⁸⁸⁶.

²⁸⁸⁴ B. SOINNE, préc., p. 688.

²⁸⁸⁵ E. ETIENNE-MARTIN, C. NANTERME, « L'AGS organe de la procédure collective », *Act. proc. coll.* 2001, n° 3, p. 1.

²⁸⁸⁶ Cf., A. ARSEQUEL, *D.* 2003, n° 8, p. 502.

Conclusion du chapitre 1

La dynamique de la garantie des salaires a permis l'expansion du champ de la responsabilité d'indemnisation jusqu'à l'Association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés. En effet, si l'assurance garantie des salaires tend à diluer la responsabilité d'indemnisation de l'employeur parce qu'il y a une sorte de déclin de la responsabilité personnelle, l'expansion de la responsabilité d'indemnisation renforce en pratique l'effectivité de la protection des créances salariales. Elle stimule, en vérité, la prise en charge intégrale des créances salariales.

En revanche, l'expansion de la responsabilité d'indemnisation à l'AGS incite les tribunaux à condamner cette assurance à l'indemnisation de divers types de créances. Par conséquent, le nombre de demandes d'indemnisation s'accroît. L'imputation de la responsabilité d'indemniser les créances des salariés entraîne également le déclin de la faute de l'employeur qui fonde sa responsabilité vis-à-vis des salariés. Ainsi, l'employeur responsable principal de l'indemnisation s'efface derrière l'institution de garantie des salaires parce que le salarié dispose d'une action directe contre l'assureur. Partant, la *socialisation du risque de non-paiement des salaires* a des incidences sur la responsabilité individuelle qui semble être remise en cause, car son efficacité (comme dans l'hypothèse des privilèges de droit commun étudiée dans la première partie) apparaît réduite dans l'indemnisation des salariés victimes de la faute de l'employeur. En somme, la responsabilité individuelle d'indemnisation des salariés n'apporte pas un « véritable droit à la réparation », c'est-à-dire aux salaires comme le fait l'assurance des salaires. Cependant, il ne faut pas surcharger l'assurance des créances salariales pour décharger totalement l'employeur qui est le principal responsable d'indemnisation des salariés. Pour éviter l'automatisme de l'intervention de l'AGS qui pourrait amener à sa ruine, la recherche d'autres responsabilités alternatives de l'indemnisation des salariés est engagée. L'imputation de la responsabilité d'indemniser les salariés à d'autres personnes que l'employeur est fondée sur leur pouvoir de licencier ou d'influer sur l'entreprise qui emploie le salarié.

Chapitre 2 : Les responsabilités alternatives

277.- Recherche d'un débiteur solvable. La responsabilité d'indemniser le salarié incombe en principe à l'employeur, le cocontractant du salarié, et à l'AGS qui peut intervenir en *substitution* lorsque l'employeur est *insolvable*. Les sociétés s'organisent aujourd'hui d'une manière complexifiée dont il est difficile de saisir qui est le véritable employeur²⁸⁸⁷. Les difficultés à identifier le centre du pouvoir s'accroissent à mesure que le phénomène de décentralisation productive se déploie²⁸⁸⁸. S'il a été indiqué précédemment que l'employeur peut être représenté par des dirigeants qui eux-mêmes ont le droit de déléguer le pouvoir ; l'employeur peut également faire partie d'un groupe dont il est délicat de déterminer qui des membres de ce groupe exerce un pouvoir sur le salarié afin d'assumer la responsabilité de l'indemniser. La situation n'est pas non plus simple, lorsque l'employeur est placé en procédure collective.

Pour limiter la responsabilité d'indemniser de l'employeur et de l'AGS, la dynamique de la garantie peut permettre d'imputer cette responsabilité à d'autres personnes. La recherche des responsables alternatifs d'indemnisation est d'autant plus souhaitable dans la mesure où le décideur du licenciement n'est pas toujours l'employeur cocontractant du salarié. Il est donc normal que l'AGS - *mécanisme original de solidarité* - ne réponde pas indéfiniment aux fautes contractuelles de l'employeur ou d'autres décideurs. De plus, la dynamique d'extension du champ des créances à garantir qui est engagée par la jurisprudence a des conséquences directes sur les moyens financiers du mécanisme d'indemnisation des salariés.

En effet, l'expansion du champ des responsables de l'indemnisation permet de trouver d'autres financements des créances des salariés en dehors de celui offert par l'employeur et l'assurance garantie des salaires. Ainsi, l'activité économique ne s'exerce plus seulement de nos jours de façon isolée ; elle s'opère parfois en réseaux ou en groupes. Ainsi, l'employeur a des partenaires qui peuvent être considérés vis-à-vis du salarié comme des employeurs ou assimilés à lui. En outre, l'entreprise placée en procédure collective implique par conséquent l'intervention d'autres organes qui peuvent également être considérés comme représentants de l'employeur. La responsabilité de ces personnes est recherchée afin qu'elles répondent à

²⁸⁸⁷ C. HANNOUN, « L'émergence de l'entreprise-marchande », *RDT*, 2012, p. 22.

²⁸⁸⁸ E. PESKINE, *Réseaux d'entreprise et droit du travail*, LGDJ, Coll. « Bibl. droit social », t. 45, 2008.

l'indemnisation des salariés. Elles sont considérées comme des débiteurs alternatifs. Ainsi, il existe plusieurs catégories de débiteurs alternatifs. Il y a d'un côté la catégorie des personnes assimilées à l'employeur dont la jurisprudence hésite parfois à engager leur responsabilité d'indemniser (Section 1) et, d'un autre côté, les mandataires de justice auxquels la responsabilité est explicitement accueillie (Section 2).

Section 1 : La responsabilité des personnes assimilées à l'employeur

278.- Responsabilité du co-débiteur solvable. Les nouveaux modes de gestion des entreprises sont été complexifiés avec la décentralisation et l'internationalisation des productions. La dynamique de la garantie des salaires est aujourd'hui adaptée à ces modes d'organisation des entreprises. En effet, si le concept d'entreprise est toujours considéré « comme le modèle de référence implicite »²⁸⁸⁹ de l'exercice de l'activité économique, d'autres modes de gestion tels que les unités économiques et sociales et les groupes de sociétés sont apparus²⁸⁹⁰. Cette diversification des modes de gestion des activités n'est pas sans conséquence sur le mode ou la responsabilité de l'indemnisation des salariés. Partant, l'employeur débiteur de l'obligation d'indemnisation des salariés doit être identifié parmi ces différents employeurs car la relation inter-entreprise est parfois très étroite qu'il est difficile de déterminer précisément l'employeur du salarié qui a perdu son emploi. Toutefois, l'apparition de nouveaux modes de gestion d'activités économiques offre une opportunité à la jurisprudence d'élargir le champ des responsables de la charge d'indemnisation des salariés. Elle recherche, en effet, continuellement les responsables alternatives de l'indemnisation²⁸⁹¹.

²⁸⁸⁹ V., Cass. soc. 18 oct. 1995, n° 93-15.180 Chausson ; 18 juill. 2000, Perrier, n° 98-18.037 ; 29 oct. 2000, n° 97-45.944, Cliniques des Cigognes ; 19 juill. 2000, n° 98-41.506, Forec Majeure ; M.-L. MORIN, « Les frontières de l'entreprise et la responsabilité de l'emploi », *Dr. soc.* 2001, n° 5, pp. 478-486.

²⁸⁹⁰ Cf., P. LAGESSE, N. LAURENT, « Quelle responsabilité sociale pour les groupes de sociétés lors du dépôt de bilan de leurs filiales », *JCP G* 2009, I, 101 ; P.-H. ANTONMATTÉI, « Groupe de sociétés : la menace du coemploi se confirme ! », *Sem. soc. Lamy* n° 1484, p. 12 ; P. MORVAN, « Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocomp) – Entre employeur et coemployeurs », *JCP S* 2010, 1407, n° 13 et 14 ; A. MAZEAUD, « Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés. Aspects de droit du travail », *Dr. soc.* 2010, p. 738, n° 22 ; G. LOISEAU, « Coemploi et groupes de sociétés », *JCP S* 2011, n° 47, p. 8 ; Y. PAGNERRE, « L'extension de la théorie des coemployeurs, source de destruction du droit du travail ? », *JCP S* 2011, 1423, spéc. n° 4 ; P.-H. D'ORNANO, « L'employeur subordonné », *JCP S* 2001, n° 47, p. 14.

²⁸⁹¹ Cf., T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, Paris, coll. « Bibl. de droit social » t. 53, p. 356 ([...] le législateur impute les risques de l'activité aux personnes titulaires du pouvoir factuel – c'est-à-dire un pouvoir non institué par un contrat de travail – afin d'assurer la protection de tous les travailleurs).

Ainsi, la responsabilité alternative des personnes assimilées à l'employeur est souvent envisagée afin de déresponsabiliser l'assurance garantie des salaires. Si la responsabilité de l'institution de garantie est en effet une *responsabilité de substitution*, celle des personnes assimilées à l'employeur est *alternative* ou *conjointe*, mais *substantielle* parce que la personne concernée peut être condamnée *in solidum*, c'est-à-dire solidairement. Cette solidarité est avantageuse pour les salariés, car les personnes assimilées à l'employeur sont considérées comme des coobligés. Par conséquent, l'une des personnes responsables solidairement qui répare le préjudice résultant de la rupture du contrat de travail, par exemple, peut se retourner contre les autres responsables pour récupérer leur part dans la réparation du dommage. Comme pour la responsabilité principale de l'employeur, leur responsabilité est également fondée principalement sur les fautes contractuelles lors de la rupture du contrat de travail. Il s'agit essentiellement de la responsabilité alternative du co-employeur (§ 1) et celle de la société mère d'un groupe de sociétés dans le licenciement pour motif économique (§ 2).

Paragraphe 1 : La responsabilité d'indemniser du co-employeur

279.- Qualification du co-employeur. L'employeur est le cocontractant, c'est-à-dire celui avec qui le salarié noue le lien juridique. Il est à la fois le décideur et le débiteur des obligations résultant du contrat de travail. La responsabilité d'indemniser les salariés lui appartient, mais la jurisprudence affirme que ces obligations peuvent se reposer sur un *employeur non-contractuel*²⁸⁹² en sa qualité de co-employeur²⁸⁹³. En effet, le salarié se trouve parfois dans une situation difficile de co-emploi qui entraîne la « pluralité d'employeurs »²⁸⁹⁴ ou de « cumul d'employeurs »²⁸⁹⁵, mais la définition de la notion de co-employeur n'est pas

²⁸⁹² CJUE, 21 oct. 2010, aff. C-242/09, Albron Catering, *RDT* 2011, 35, obs. H. Tissandier ; *RJS* 2010, 8, obs. N. Moizard.

²⁸⁹³ P.-H. D'ORNANO, « Le co-employeur », *JCP S* 2010, p. 553 et s. ; N. MORELLI, « Co-emploi : de l'action Aspocomp au référé PSE », *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 4, p. 337, note sous CA Nîmes, 13 déc. 2011, n° 11/02640, SAS Fayat ; F. CHAMPEAUX, « La notion de co-employeur s'étend à la faute inexcusable », *Sem. soc. Lamy* 2012, n° 1540, p. 13, note sous TASS Melun, 11 mai 2012, n° 10/00924 ; H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE, « Droit international privé février 2011-Janvier 2012 », *D.* 2012, n° 19, p. 1228 ; G. AUZERO, « De quelques difficultés des relations mère-fille », *Sem. soc. Lamy* 2012, n° 1527, p. 40 ; C. GAILHBAUD, « De la théorie du co-employeur à la notion de co-emploi ». Contribution à l'étude renouvelée du quasi-contrat », *Gaz. Pal.* 3-4 août 2012, p. 11.

²⁸⁹⁴ Cass. soc. 28 juin 1973, *Bull. civ. V*, n° 423, Cf. J. PORTA, « Pouvoir et contrat », in *Droit du travail : relations individuelles de travail*, *D.* 2012, n° 14, n° 906.

²⁸⁹⁵ Cass. soc. 15 juin 1966, *Bull. civ. V*, n° 587 ; 24 mars 1969, *Dr. soc.* 1969, 512, obs. J. Savatier ; 3 mars 1988, *Bull. civ. V*, n° 163 ; *D.* 1988, somm. 317, obs. A. Lyon-Caen ; 22 janv. 1992, *Bull. civ. V*, n° 23.

légalement définie²⁸⁹⁶. Cette notion suppose que le salarié ait plusieurs personnes susceptibles de lui donner les ordres et de le sanctionner. Il est en effet sous la subordination juridique de ces personnes qui sont par conséquent *débitrices* de sa *créance de salaire* ou des obligations liées à son contrat de travail. Mais la pluralité d'employeurs rend difficile le *droit des obligations*, même si une relation contractuelle peut y avoir une pluralité de créanciers ou de débiteurs²⁸⁹⁷. Ainsi, « si le salarié connaît plusieurs employeurs, il va pouvoir bénéficier de plusieurs débiteurs de l'obligation de payer le salaire ou de subir les conséquences d'un licenciement »²⁸⁹⁸. En réalité, la notion de co-employeur est utilisée pour rendre moins complexe l'identification d'une *pluralité d'employeurs* assujettis aux obligations protectrices des salariés imposées par le Code du travail dans le domaine des ruptures économiques. Par conséquent, le co-employeur qui n'est pas la personne qui emploie les salariés (le plus souvent une autre filiale du groupe) peut se voir imposer l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi ou celle de reclasser les salariés²⁸⁹⁹.

En effet, la doctrine estime que la notion de *co-employeur* permet de « déplacer les lignes de l'entreprise »²⁹⁰⁰, afin d'indemniser correctement les salariés en dépit de l'*insolvabilité* de l'entreprise qui les emploie. Dans cette optique, « le principe d'irresponsabilité des actionnaires ne pèse-t-il plus très lourd lorsque des salariés, confrontés à la défaillance de leur société employeur, cherchent chez l'actionnaire un *débiteur solvable* à qui faire supporter la charge de leur indemnisation, en le qualifiant de co-employeur ou par le biais d'une action en responsabilité civile. Un droit du travail menaçant substitue alors, pour les besoins du désintéressement des salariés, sa logique vengeresse à celle d'un droit des sociétés garant de l'immunité de l'actionnaire »²⁹⁰¹. Pourtant, la Cour de cassation dans un arrêt du 28 janvier 2009²⁹⁰², dans une affaire relative à un groupement d'intérêt économique, a réaffirmé sa position antérieure²⁹⁰³ en indiquant que les conditions qui obligent l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi doivent être vérifiées au niveau de l'entreprise et non du groupement. Cette solution a été justifiée par l'absence du transfert du contrat de travail. Mais qu'en est-il du co-emploi dans l'unité économique et sociale (UES) ?

²⁸⁹⁶ Pour la définition, Cf., Cass. soc. 22 juin 2011, n° 09-69.021, *RDT* 2011, 634, obs. G. Auzero ; 28 sept. 2011, n° 10-12.278.

²⁸⁹⁷ F.-J. PANSIER, « Du bon usage de la qualité de co-employeur », *Cah. soc. Barr. Paris*, 2011, n° 228, p. 75.

²⁸⁹⁸ F.-J. PANSIER, « Du bon usage de la qualité de co-employeur », préc.

²⁸⁹⁹ Cass. soc. 19 juin 2007, n° 05-42.578 ; 19 juin 2007, n° 05-42.551.

²⁹⁰⁰ Not., F.-X. LUCAS, *Bull. jurispr. soc.*, janv. 2010, éditorial, p. 3.

²⁹⁰¹ F.-X. LUCAS, *Bull. jurispr. soc.*, nov. 2010, éditorial, p. 855.

²⁹⁰² Cass. soc. 28 janv. 2009, *JCP S* 2009, n° 16-17, p. 32, note F. Dumont.

²⁹⁰³ Cass. soc. 30 juin 2004, n° 02-42.672 ; *Cah. soc. barr. Paris*, nov. 2004, p. 443, S 387 ; *RJS* 2004, n° 1015.

280.- UES et la qualité de co-employeur. La solution est, en revanche, plus difficile lorsqu'il s'agit d'une unité économique et sociale²⁹⁰⁴. En effet, l'UES est caractérisée par « une identité ou une complémentarité des activités, une concentration des *pouvoirs de direction* et une *communauté de travailleurs* résultant de leur statut social et de conditions de travail similaires »²⁹⁰⁵. Elle est composée de personnes morales juridiquement distinctes tant à l'égard de leurs établissements qu'à l'égard de leurs personnels²⁹⁰⁶. Elle n'a pas, aux termes de l'article L. 1224-1 du Code du travail, la qualité d'employeur des salariés des entités qui la compose. Ainsi, la Cour de cassation avait dans un premier temps considéré comme dans le groupement d'intérêt économique que l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi se vérifiait au niveau de l'entreprise et non de l'UES²⁹⁰⁷. Ainsi, elle a précisé que l'obligation d'établir un PSE incombant à l'employeur ne peut peser sur d'autres sociétés de l'UES que s'il est rapporté la preuve de l'existence de la qualité de co-employeurs pour l'ensemble des entités²⁹⁰⁸. Néanmoins, elle a dans un deuxième temps opéré un revirement jurisprudentiel en énonçant que les conditions de l'obligation de mettre en place un PSE ne se vérifient plus au niveau des entités, mais de l'UES elle-même²⁹⁰⁹. Les critères de qualification du statut de co-employeur sont déterminés concrètement.

281.- Appréciation pragmatique des critères de qualification. La détermination de l'employeur doit répondre à des critères de réalisme économique et de fonctionnalité. Le contrat de travail ne se confond pas avec la fiche de paie ou avec son support écrit, son *instrumentum* et se définit par la recherche du lien de subordination et de l'autorité propre à définir le service commandé²⁹¹⁰. Ainsi, la qualité de co-employeur est déterminée sur le fondement du critère large de la confusion des intérêts et du critère restreint du lien de

²⁹⁰⁴ J.-E. TOURREIL, « Unité économique et sociale : il ne faut pas confondre les notions de l'UES et de co-employeurs », *Jurispr. soc. Lamy* 2006, n° 197, p. 20, note sous Cass. soc. 12 juill. 2006, n° 04-40.331, Presto Formes ; P. DARVES-BORNOZ, « Notions d'unité économique et sociale et de co-employeurs », *Dr. ouvr.* 2009, n° 732, p. 309, note Cass. soc. 28 janv. 2009, n° 07-45.481, FDSEA du Calvados c/ Maheo.

²⁹⁰⁵ Cass. soc. 18 juill. 2000, n° 99-60.353 ; 5 janv. 2005, n° 04-60.169 ; 6 avr. 2005, n° 04-60.400 ; F.-J. PANSIER, « Du bon usage de la qualité de co-employeur », *Cah. soc. barr. Paris*, 1 mars 2011, n° 228, p. 75.

²⁹⁰⁶ M. COHEN, *Droit des comités d'entreprise*, préc., p. 121 et 130.

²⁹⁰⁷ Cass. soc. 7 mai 2002, n° 00-60.424, *Bull. civ.* V, n° 150.

²⁹⁰⁸ Cass. soc. 28 janv. 2009, n° 07-45.481.

²⁹⁰⁹ Cass. soc. 16 nov. 2010, n° 09-69.485, *Cah. soc. Barr. Paris*, janv. 2011, p. 23, S. 25.

²⁹¹⁰ S. LEMIERRE, « La relation salariale des démonstrateurs (trices) dans les grands magasins », *Dr. ouvr.* 1997, p. 274 ; P. DARVES-BORNOZ, « Notions d'unité économique et sociale (UES) et de co-employeurs », *Dr. ouvr.* 2009, p. 309.

subordination juridique²⁹¹¹. Force est de constater que si la qualité de co-employeur est retenue, ce dernier doit répondre à diverses obligations contractuelles à l'égard des salariés notamment l'obligation d'indemnisation des ruptures de leurs contrats de travail. La notion de co-emploi est parfois méconnue, alors qu'elle a des conséquences importantes pour les salariés et les employeurs. Dans cette perspective, les salariés essaient de faire reconnaître l'existence d'une *double relation de travail* entre l'*employeur de droit* et l'*employeur de fait* afin d'éviter certains désavantages. En effet, la reconnaissance d'un co-emploi produit des effets tant en ce qui concerne les règles de licenciement pour motif économique que de la prise en charge des créances des salariés.

282.- Co-employeur : un codébiteur de l'indemnisation. Le co-emploi est en général utilisé par les salariés dans le cadre des licenciements économiques. Ils peuvent rechercher, d'une part, en cas de procédure collective de l'*employeur de droit* à retenir la responsabilité du co-employeur, l'*employeur de fait* qui est *solvable* afin qu'il prenne en charge leurs indemnités de licenciement. Il est ainsi tenu d'assumer les mêmes obligations que l'employeur de droit²⁹¹². D'autre part, ils peuvent solliciter la continuation de la relation de travail avec le co-employeur. Par conséquent, le refus de ce dernier de poursuivre le contrat de travail constitue une rupture abusive l'exposant au paiement des dommages et intérêts. En pratique, les enjeux de l'utilisation de la notion de co-emploi sont importants. La jurisprudence retient deux critères alternatifs nécessaires à l'existence du co-emploi. Dans un premier temps, le co-emploi existe si le salarié apporte la preuve d'un *lien de subordination* entre lui et l'*employeur de fait*. Ainsi, il doit démontrer qu'il est sous le *pouvoir de direction* de cet employeur ; soit parce que l'employeur en question contrôle son travail ou sanctionne des manquements ; soit qu'elle profite de sa prestation de travail ou verse la rémunération qui est la contrepartie de son travail.

²⁹¹¹ Cass. soc. 19 juin 2007, n°05-42.551 ; 19 juin 2007, n° 05-42.570 ; 23 juin 2010, n° 09-40.969 ; N. MORELLI, « Propos commercialiste sur la « confusion d'intérêts, d'activité et de direction » », *JCP E* 2009, 2173 ; P. MOVAN, « Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocomp). Entre employeur et co-employeur », *JCP S* 2010, 1407 ; A. COURET, D. DONDERO, « Le reclassement des salariés, le groupe de sociétés, et le FCPR (affaires Unichips, Sublistatic et SGD) », *JCP E* 2010, 1915 ; F. DURAND, Q. URBAN, « Confusion d'activité, d'intérêts et de direction : un éclairage en demi-teinte », *Bull. Joly Sociétés* 2010, n° 12, p. 994, note sous Cass. soc. 28 sept. 2010, n° 09-41.243 (n° FD), Sté Briffaz Albert ; G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, « Les conditions de la reconnaissance de la qualité de co-employeur des membres d'une UES », *Dr. soc.* 2011, n° 11, p. 7.

²⁹¹² G. AUZERO, « Les effets d'une situation de co-emploi », *Bull. Joly Sociétés*, 2012, n° 12, p. 881 (notamment sur l'obligation de reclassement).

Dans un second temps, le co-emploi peut être retenu si le salarié démontre qu'il existe entre l'employeur de droit et l'employeur de fait une confusion d'intérêts, d'activités et de directions. En réalité, le critère de confusion d'intérêts, d'activités et de directions est plus employé par les salariés de groupes afin de confondre la filiale avec une autre filiale ou la société mère de l'entreprise à laquelle ils appartiennent. La jurisprudence a largement développé le critère de confusion d'intérêts, d'activités et de directions qui permet la qualification de co-emploi. Dans l'arrêt du 18 janvier 2011²⁹¹³ « *Sté MIC c/ Jungheinrich France* », la Cour de cassation a de nouveau apprécié le critère de confusion d'intérêts, d'activités et de directions pour retenir le co-emploi. En l'espèce, la société MIC qui exerce l'activité de production et de commercialisation d'appareils de manutention était l'*employeur de droit*, alors que la société mère, *employeur de fait*, a été constituée en les regroupant avec une autre société *Jungheinrich France*. Cependant, les deux filiales et la société mère avaient quasiment les mêmes actionnaires et administrateurs. La société mère *transfère les actifs* de la société MIC vers la société *Jungheinrich France* avec le transfert d'une partie du personnel.

La société MIC cesse totalement son activité. Une procédure de licenciements économiques est donc diligentée. À cet égard, la société mère *contribue au financement* d'une partie du plan de sauvegarde de l'emploi. Ainsi, un grand nombre d'effectifs est licencié. Toutefois, le conseil d'administration demande la liquidation judiciaire de la filiale, alors que l'inspection du travail n'autorise pas le licenciement économique des salariés protégés au motif qu'il n'y a pas eu de reclassement. Les salariés saisissent le juge prud'homal pour qu'il retienne non seulement la responsabilité de la société MIC, *l'employeur principal*, mais aussi celle de la société mère, *l'employeur de fait*. L'affaire ayant été portée devant la Cour de cassation, elle a estimé le 18 janvier 2011, qu'une confusion d'intérêts, d'activités et de directions existe entre la filiale MIC et la société mère. Elles sont en effet des co-employeurs des salariés licenciés et non reclassés. Par conséquent, l'immixtion de la société mère dans la gestion de sa filiale fait d'elle un co-employeur des salariés de cette dernière. Elle doit ainsi assumer toutes les responsabilités de l'employeur principal. En pratique, la qualification de co-employeur emporte plusieurs conséquences. Cette qualité implique l'existence d'un contrat de travail de fait entre le salarié et la société mère, co-employeur. Elle est responsable solidairement des manquements mis à la charge de l'employeur de droit.

²⁹¹³ Cass. soc. 18 janv. 2011, n° 09-69.199, D. 2011, AJ 382 ; *Rev. sociétés* 2011, 154, note A. Couret ; *RDT* 2011, 168, étude F. Géa.

283.- Une solidarité entre l'employeur de droit et le co-employeur. La reconnaissance de la qualité de co-employeur a un effet important en matière de garantie des salaires. Elle permet ainsi au co-employeur d'assumer solidairement le paiement des créances des salariés dont il est le co-débiteur²⁹¹⁴. Le co-emploi fournit par conséquent au salarié un débiteur solvable qui prend en charge ses créances. Cette solidarité de l'indemnisation déresponsabilise également l'assurance garantie des salaires, notamment de la prise des créances résultant des manquements liées aux obligations de reclassement, de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi sérieux. Dès lors que l'employeur qui est placé en procédure collective est insolvable, l'obligation d'indemniser le salarié n'incombe pas à l'institution de garantie de l'AGS. Le salarié doit se retourner contre le co-employeur qui est solvable, et dont la procédure collective n'est pas ouverte à son encontre. Dans le cadre du co-emploi, le risque de non-paiement qui est nécessaire à l'intervention de la garantie des salaires s'évalue non seulement à l'égard de l'employeur de droit, mais également de l'employeur de fait. Ce dernier qui n'est pas souvent mis en procédure collective en même temps que l'employeur principal est tenu de prendre en charge les créances des salariés. Par conséquent, il n'appartient plus à l'association patronale de prendre en charge l'indemnisation des salariés. De plus, le co-employeur n'étant pas en procédure collective l'obligation de garantie ne peut échouer au mécanisme collectif de garantie, car la condition du placement en procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire n'est pas remplie²⁹¹⁵. La solidarité entre ces employeurs est favorable au règlement des créances des salariés, même si elle risque de compromettre l'objectif de paiement rapide visé par l'institution de garantie des salaires. En somme, la Cour de cassation a exigé dans l'arrêt du 18 janvier 2011²⁹¹⁶ que le paiement des rappels de salaires, de dommages et intérêts pour discrimination, des indemnités de licenciement, soit à la charge de la société mère co-employeur²⁹¹⁷. Par ailleurs, la reconnaissance de la qualité de co-employeur peut engendrer des condamnations propres à l'employeur de fait²⁹¹⁸. Ainsi, le salarié mis à disposition, par exemple, peut demander la

²⁹¹⁴ B. REYNES, « Groupes de sociétés : la théorie du co-emploi », *Cah. droit de l'entreprise*, 2012, n° 3, p. 39.

²⁹¹⁵ Cass. soc. 7 févr. 1990, *Bull. civ.* V, n° 43 ; *RJS* 1990, 157, n° 210 ; 3 oct. 1995, *JCP E* 1996, Pan. 24 ; 6 juin 2000, *RJS* 2000, 562, n° 812 ;

²⁹¹⁶ Cf., Cass. soc. 22 juin 2011, n° 09-69.021, *RJS* 2011, n° 742 ; *Bull. Joly sociétés* 2011, p. 906, note N. Morelli ; 28 sept. 2011, n° 10-12.278 ; Y. PAGNERRE, « L'extension de la théorie des co-employeurs, source de destruction du droit du travail ? », *JCP S* 2011, n° 1423 ; C. GAILHBAUD, « De la théorie du co-employeur à la notion de co-emploi. Contribution à l'étude renouvelée du quasi-contrat », *Gaz. Pal.* 3-4 août 2012, p. 11

²⁹¹⁷ F. DURAND, Q. URBAN, « Confusion d'activités, d'intérêts et de direction : un éclairage en demi-teinte », *Bull. Joly Sociétés*, 2010, n° 12, p. 994.

²⁹¹⁸ V., Cass. com. 12 juin 2012, n° 11-16.109 (F-PB), *Sté Markinter c/ Stés PCAS et PCF*, *JCP G* 2012, Act. p. 410 ; *D.* 2012, p. 1608 ; Cf., J.-F. BARBIÉRI, « Immixtion d'une société mère dans les relations contractuelles d'une filiale », *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 9, p. 611 et s.

condamnation de l'employeur d'accueil reconnu co-employeur si son contrat de travail est brusquement rompu. En effet, l'employeur d'accueil doit soit poursuivre le contrat de travail, soit verser des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. La jurisprudence veille à ce que l'organisation des sociétés en groupes ne contourne pas les règles de fonctionnement des entreprises. Ainsi, les entreprises qui composent les groupes doivent être autonomes et la société mère ne doit pas s'impliquer de façon active financièrement et administrativement dans la gestion des filiales.

En outre, les salariés qui sont licenciés pour la cessation totale d'activité de leur entreprise appartenant à un groupe peuvent contester la réalité de la cause économique tant à l'égard de l'employeur de droit que l'employeur de fait. Il incombe aux deux employeurs de démontrer la réalité des difficultés économiques et financières. Par conséquent, l'absence de telles difficultés au niveau du groupe rend les ruptures abusives. La Cour de cassation applique une sorte de parallélisme des formes : la gestion de la filiale étant exercée au niveau du groupe, les difficultés économiques et financières doivent également être appréciées à ce niveau. Toutefois, l'appréciation des difficultés économiques est cependant délicate dans les groupes de sociétés en cas de cessation totale d'activité par une filiale.

284.- Cessation d'activité d'une filiale. La cessation d'activité est devenue depuis l'une des causes justificatives du licenciement pour motif économique. Néanmoins, le licenciement pour motif économique du salarié qui se fonde sur cette cause est difficile à cerner dès lors que son employeur est la filiale d'un groupe de sociétés²⁹¹⁹. En effet, la Cour de cassation a décidé le 18 janvier 2011²⁹²⁰ que « lorsque le salarié a pour co-employeurs des entités faisant partie du même groupe, la cessation d'activité de l'une d'elles ne peut constituer une cause économique de licenciement qu'à la condition d'être justifiée par des difficultés économiques, par une mutation technologique ou par la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe dont elle relève ». Dans cette optique, elle a décidé que « si en cas de fermeture définitive et totale de l'entreprise, le juge ne peut, sans méconnaître l'autonomie de ce motif de licenciement, déduire la faute ou la légèreté blâmable de la seule absence de

²⁹¹⁹ Cf., P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 4^e éd., Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2011, n° 595 et s. ; C. TABOUROT-HYEST, *Filialisation et défilialisation*, thèse Paris 1, 2009, n° 568 et s. ; A. COEURET, « La cessation d'activité d'une filiale : le droit des sociétés à l'épreuve du droit social », note sous Cass. soc. 18 janv. 2011 et 1^{er} févr. 2011, *Rev. sociétés* 2011, p. 154 ; C. PARÈS, « La cessation d'activité est-elle un moyen de détourner le droit du travail ? », *Sem. soc. Lamy* 2001, n° 1508, suppl. au n° 13.

²⁹²⁰ Cass. soc. 18 déc. 2011, n° 09-69.199, *D.* 2011, AJ 382 ; *Rev. sociétés* 2011, 154, note A. Coeuret ; *RDT* 2011, 168, étude F. Géa.

difficultés économiques ou, à l'inverse, déduire l'absence de faute de l'existence de telles difficultés, il ne lui est pas interdit de prendre en compte la situation de l'entreprise pour apprécier le comportement de l'employeur ». En ce cas, la Cour de cassation condamne les ruptures économiques prises par le groupe en raison de la cessation d'activité d'une entreprise. Dans l'arrêt du 18 janvier 2011, elle précise que la cessation d'activité qui est la cause de licenciement d'une entreprise ne peut pas l'être également pour une autre entreprise du groupe. Par conséquent, les co-employeurs d'un salarié doivent avoir des motifs réels et sérieux de licenciement distincts : le motif de l'un, en l'occurrence, la cessation d'activité ne constitue pas une cause économique de rupture pour l'autre. Elle énonce par ailleurs que la faute ou la légèreté blâmable ne peut être déduite de l'absence de difficultés économiques. De même, l'existence des difficultés économiques n'exclut pas la faute ou la légèreté blâmable²⁹²¹.

285.- Contrôle des choix de l'employeur et le PSE. Le juge contrôle les décisions de l'employeur afin de protéger l'emploi. Ce contrôle n'est cependant pas sans embûches lorsqu'il s'intéresse à un plan de sauvegarde de l'emploi mis en œuvre par la filiale appartenant à un groupe de sociétés²⁹²². La question de son étendue se pose. Une partie de la doctrine a ainsi estimé que le juge contrôle les décisions de l'employeur jusqu'à un point qu'il devient le moralisateur des choix de ce dernier²⁹²³. Cette moralisation est en effet, selon elle, inadaptée²⁹²⁴. Elle a estimé que le contrôle effectué par le juge est une « morale encombrante »²⁹²⁵ parce qu'il décidait autrefois que la cessation d'activité totale et définitive de l'entreprise est une cause économique distincte du licenciement si elle ne découle pas d'une faute ou d'une légèreté blâmable de l'employeur²⁹²⁶. Dorénavant, la faute ou la légèreté blâmable de l'employeur ne peut être déduite de la seule absence de difficultés économiques. Ainsi, son absence ne peut non plus être déduite de l'existence des difficultés économiques. Par conséquent, les juges du fond doivent prendre en considération la situation économique de l'entreprise pour apprécier le comportement fautif de l'employeur. Ce nouveau contrôle évite

²⁹²¹ Cass. soc. 1^{er} févr. 2011, n° 10-30.045 à n° 10-30.048, *D.* 2011, AJ 524 ; *Rev. sociétés* 2011, note A. Couret ; *RDT* 2011, 168, étude F. Géa.

²⁹²² Cf., G. AUZERO, « Plan de sauvegarde de l'emploi et groupe de sociétés », *Sem. soc. Lamy* n° 1416, p. 6 ; N. MORELLI, « Co-emploi : de l'action Aspocomp au référé PSE », *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 4, p. 337, note sous CA Nîmes, 13 déc. 2011, n° 11/02690, SAS Fayat.

²⁹²³ Not., L. DRAI, « Une appréciation moralisatrice et inadaptée », *RDT* 2011, p. 285.

²⁹²⁴ L. DRAI, préc., p. 286.

²⁹²⁵ L. DRAI, préc., p. 86.

²⁹²⁶ Cass. soc. 16 janv. 2001, *Bull. civ.* V, n° 10 ; *Dr. soc.* 2001, 413, obs. J. Savatier ; 10 mai 2005, n° 03-40.620, *RJS* 2005, n° 720 ; 2 juin 2009, n° 08-41.747 à n° 08-41757.

que l'employeur puisse cesser son activité, alors que sa situation économique est fiable. Toutefois, le curseur du contrôle s'est déplacé : d'un contrôle permettant de sanctionner le comportement abusif, à un contrôle des stratégies de gestion de l'entreprise. Partant, le groupe ne doit pas réaliser les économies ou faire de la rentabilité en sacrifiant l'emploi. Un auteur souligne que l'immixtion du juge est excessive « car entre la liberté d'entreprendre et le droit à l'emploi, constitutionnellement garantis, il prend nettement parti pour le second, faisant peser sur les entreprises une charge qui incombe normalement à l'État »²⁹²⁷.

Pourtant, le conseil constitutionnel avait censuré l'article 107 de la loi de modernisation sociale²⁹²⁸ qui conditionnait les ruptures pour motifs économiques à « des difficultés économiques sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen ». Il précisait qu'une telle disposition conduirait non seulement au contrôle de la cause économique, mais également à l'appréciation des choix de l'employeur sur les différentes solutions possibles²⁹²⁹. Il a évité que le juge se substitue à l'employeur dans le choix des solutions à envisager. Par ailleurs, le licenciement économique qui est fondé sur la cessation d'activité exige que l'employeur mette en œuvre des mesures sociales qui permettent de sauvegarder l'emploi.

En outre, les décisions précitées sont en décalage avec l'exercice actuel des activités économiques. En effet, les groupes de sociétés permettent aujourd'hui la mobilité géographique et professionnelle des salariés dans le monde. Cela permet de sécuriser l'emploi et de rendre flexible la gestion des entreprises²⁹³⁰. Le développement macroéconomique²⁹³¹ des entreprises est pris en compte également par le droit du travail qui prône la *sécurisation des parcours professionnels*, mais le juge ne semble pas suivre cette voie. Ce dernier raisonne au sens microéconomique et s'attache au contrat de travail. Il veut protéger le salarié contre les restructurations qui ne tiennent pas compte de la situation du salarié. L'analyse microéconomique de la relation de travail est à soutenir car le salarié ne dispose pas de moyens matériels nécessaires pour connaître les détenteurs de pouvoirs internationaux de sa production. Le contrôle des choix de l'employeur est à encourager en ce qui concerne les entreprises à dimension internationale afin d'éviter des délocalisations motivées par le besoin d'augmenter des revenus des actionnaires.

²⁹²⁷ L. DRAI, préc., p. 286.

²⁹²⁸ Loi du 7 janvier 2002.

²⁹²⁹ Cons. const. 12 janv. 2002, déc. n° 2001-455 DC, *AJDA* 2002, 1163, étude F. Reneaud ; *D.* 2003, somm. 1129, obs. L. Gay ; Chron. 1439, obs. B. Mathieu ; *RSC* 2002, 673, obs. V. Bück.

²⁹³⁰ CAE, Les mobilités des salariés, *rapport* n° 90.

²⁹³¹ Rapport AN, n° 2462 sur la flexisécurité à la française.

286.- Encourager le contrôle des choix de l'employeur. L'immixtion du juge dans les choix de l'employeur n'est pas unanimement critiquée. Il a été relevé par un auteur que l'immixtion du juge dans l'appréciation des décisions de l'employeur est « nécessaire mais encore insuffisante »²⁹³². Pour contrecarrer les positions dans lesquelles le juge a « violé gravement la liberté d'entreprendre, liberté constitutionnelle et franchi la ligne rouge »²⁹³³ et a « contrôlé la cause économique des licenciements décidés par l'employeur mais lui interdisait de substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise entre les différents choix possibles » cet auteur note que l'immixtion du juge est nécessaire. Pour lui, le juge ne viole pas la liberté d'entreprendre car il limite « la notion de cause autonome de licenciement économique aux entreprises réellement autonomes »²⁹³⁴. Par conséquent, le juge du fond contrôle la cessation d'activité dans le cadre d'un groupe de sociétés pour déterminer si cette cessation « n'a pas été artificiellement créée par les véritables décisionnaires au niveau du groupe aux seules fins d'augmenter la rentabilité et d'améliorer les bénéfices du groupe ».

Ainsi, les groupes de sociétés sur le fondement de cessations d'activité artificielles mettent en place des plans de sauvegarde de l'emploi afin de permettre la reprise des activités par d'autres filiales du même groupe. En effet, les entreprises appartenant aux groupes utilisent cette pratique dès lors qu'elles sont mises en procédure collective. Ces entreprises réalisent en effet des économies dans la mise en œuvre des plans de sauvegarde de l'emploi au détriment de l'AGS : cette dernière prend en charge les créances qui résultent des ruptures occasionnées lors de la cessation d'activité. Elle assume en conséquence « les responsabilités de ces employeurs dissimilés derrière des paravents juridiques des sociétés en cascade »²⁹³⁵. Le détournement des avances de l'institution de garantie à travers ces comportements met en péril le mécanisme de garantie des salaires. Il n'est pas créé pour permettre aux groupes de sociétés qui ne connaissent pas réellement des difficultés économiques d'économiser les moyens de la mise en œuvre des plans de sauvegarde de l'emploi²⁹³⁶.

²⁹³² C. PARES, « Une immixtion nécessaire mais encore insuffisante », *RDT* 2001, p. 288.

²⁹³³ P. MORVAN, *JCP S* 2011, n° 3.

²⁹³⁴ C. PARES, préc., p. 288.

²⁹³⁵ C. PARES, préc., p. 288.

²⁹³⁶ C. PARES, préc., p. 288.

L'arrêt du 18 janvier 2011 analyse, en vérité, le comportement de la société holding à l'égard de la filiale et constate sa qualité de co-employeur²⁹³⁷. En conséquence, si cette qualité est reconnue, la filiale qui cesse son activité est « considérée comme un simple établissement ». La jurisprudence permet de rechercher à « travers la notion de légèreté blâmable à l'origine de la cessation de l'activité, le véritable responsable de la cessation d'activité ». Le juge recherche ainsi le bénéficiaire de la décision de cessation de l'activité. Il distingue, en effet, la cessation d'activité qui profite aux groupes en santé excellente de celle d'une entreprise autonome. La cessation d'activité ne doit pas avoir pour objet de contourner les règles du licenciement économique. Si le co-employeur qui commet une faute dans l'exécution du contrat de travail du salarié peut être mis en cause, la responsabilité des sociétés mères qui n'ont pas la qualité de co-employeur est également recherchée pour indemniser les salariés.

Paragraphe 2 : L'imputation de la responsabilité à la société mère

287.- Complexification des montages sociétaires. Les sociétés s'organisent aujourd'hui à travers des montages juridiques ayant pour but de compliquer la détermination du *décideur des licenciements économiques*, c'est-à-dire le *titulaire du pouvoir et responsable de l'indemnisation* des salariés. Cette question se pose fréquemment lorsqu'une société appartenant à un groupe est placée en procédure collective. Le droit du travail reconnaissant l'autonomie des sociétés du groupe et n'attribue le *lien contractuel de travail*, en principe, qu'à une seule société. Par conséquent, la société mère, étant une société autonome, ne pourrait être condamnée sur le fondement de la responsabilité contractuelle à indemniser les créances salariales dues par sa filiale. En effet, il n'existe pas en droit du travail des instruments juridiques permettant clairement d'attribuer la responsabilité des créances résultant de licenciements économiques d'une *filiale insolvable* à la charge de la société mère. Il n'existe cependant aucune imputation concrète de responsabilité dans le Code du travail. Pourtant, la gestion des sociétés en groupe²⁹³⁸ prospère et le droit du travail évalue déjà certaines obligations à l'échelle du groupe : c'est le cas de l'obligation de reclassement²⁹³⁹. Cette difficulté d'imputation est liée à la définition du groupe de sociétés.

²⁹³⁷ C. PARES, préc., p. 289.

²⁹³⁸ C. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, 1991, p. 49, n° 74 ; R. DAMMANN, G. PODEUR, « Les groupes de sociétés face aux procédures d'insolvabilité », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2007, n° 16, p. 65 ; P. PÉTEL, « Groupes de sociétés et plan de sauvegarde de l'emploi », *JCP E* 2007, 1423.

²⁹³⁹ C. trav., art. L. 1233-4.

288.- Une définition du groupe de sociétés. Le Code du travail n'a pas donné une « définition unitaire du groupe »²⁹⁴⁰. Sa définition varie en fonction de la règle applicable. L'approche fonctionnelle de sa définition met en jeu les critères de domination et de finalité²⁹⁴¹. Toutefois, la référence à cette notion s'est multipliée²⁹⁴² : qu'il s'agisse du droit de la représentation du personnel, du droit du licenciement économique, du droit de la mobilité ou du détachement. En pratique, l'exercice d'une activité économique dans le cadre d'un groupe de sociétés pose diverses difficultés. Aux termes de l'article L. 2331-1 du Code du travail relatif aux comités de groupe, le groupe est « formé par une entreprise appelée entreprise dominante, dont le siège social est situé sur le territoire français, et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du Code de commerce ». Le droit européen exige que les entreprises ou groupes à dimension communautaire doivent mettre en place des comités de groupe²⁹⁴³. Ainsi, la société mère est l'entreprise dominante qui détient plus de la moitié du capital des filiales, elle contrôle celles-ci parce qu'elle dispose plus de la majorité des droits de vote ou elle les contrôle par la désignation de la majorité des membres des organes dirigeants. En réalité, elle exerce une influence soit en raison d'un contrat, soit en raison des clauses des statuts²⁹⁴⁴. La reconnaissance de la domination d'une société sur l'autre se fait par présomption simple parce que le patrimoine des filiales est distinct de celui de la société mère.

289.- Autonomie des patrimoines dans le groupe. Le groupe est une entité qui est distincte des entreprises qui la composent. En principe, les salariés des filiales ne sont pas ceux de la société mère et vis-versa²⁹⁴⁵. Par conséquent, la société mère échappe en principe

²⁹⁴⁰ Cf., I. VACARIE, « Groupes de sociétés », *Dr. soc.* 1975, 23 ; A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RTD civ.* 1985, 621 ; C. FREYRIA, « La conception sociale du groupe d'entreprise », in *Écrits en l'honneur de J. Savatier*, PUF 1992, p. 201 ; P. ANTONMATTÉI, « Le concept de groupe en droit du travail », in *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 1999, p. 12 ; F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, 3e éd., coll. « Manuel », LGDJ 2011, p. 230.

²⁹⁴¹ P.-H. ANTONMATTÉI, « Le concept de groupe en droit du travail », in *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, préc., p. 12 et s.

²⁹⁴² F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, 3e éd., coll. « Manuel », LGDJ, 2011, p. 229.

²⁹⁴³ Dir. n° 94/45/CE du 22 sept. 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure en vue d'informer et de consulter les travailleurs ; B. TEYSSIÉ, *Le comité d'entreprise européen*, *Économica*, 1997 ; G. BELIER, « Le comité d'entreprise européen, une institution encore à construire ? », *Dr. soc.* 1994, p. 1027 ; D. FURJOT, « L'évolution des comités d'entreprise européens, enquête auprès des groupes français », *Travail et Emploi* 1999, n° 79, p. 59. Cf., également, « La Commission européenne a adopté, le 2 juillet 2008, une proposition de directive visant à améliorer le rôle du comité d'entreprise européen », *JCP S* 2008, act. 377.

²⁹⁴⁴ J. PÉLISSIER, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2011, p. 119.

²⁹⁴⁵ Cf., I. VACARIE, « La mobilité du personnel dans les groupes de sociétés », *Dr. soc.* 1989, p. 462 ; C. RUELLAN, F. GRAS, *Les groupements d'employeurs*, *Économica* 1997 ; B. TEYSSIÉ, « Groupements

automatiquement à toutes responsabilités contractuelle et extracontractuelle à leur égard. Néanmoins, il a été souligné qu'une filiale ou la société mère d'un groupe peut devenir le co-employeur des salariés d'une filiale s'il est démontré l'existence du *lien de subordination* entre ces salariés et la société ou s'il existe une confusion d'intérêts, d'activités et de directions entre la filiale qui emploie principalement les salariés et la société dominante. En revanche, l'application des règles du droit des contrats à la société dominante est plus difficile, lorsqu'il n'existe ni *lien de subordination* ni *confusion d'intérêts*, d'activités et de directions entre l'employeur de droit et la société mère. Par exemple, les règles de licenciement pour motif économique s'appliquent difficilement aux groupes de sociétés. Mais la jurisprudence recherche souvent la responsabilité de la société mère lorsque les ruptures effectuées par l'entreprise dominée ne sont pas conformes aux règles du droit du travail. Cette recherche de la responsabilité de la société dominante est fréquente lorsque la filiale du groupe est placée en procédure collective. Il se pose à la fois les questions liées à l'appréciation de la cause économique du licenciement, de la mise en place du plan de sauvegarde de l'emploi, du reclassement et du paiement des créances des salariés.

290.- Réalité des motifs économiques dans le groupe. La détermination des motifs économiques de licenciement a posé des problèmes dans les groupes de sociétés. En effet, les causes du licenciement pour motif économique dans les groupes de sociétés sont les mêmes que celles des entreprises qui les composent²⁹⁴⁶. Mais comment sont appréciés les motifs économiques de licenciement par le juge ? L'étude va se limiter ici à l'appréciation du motif de la cessation totale d'activité qui a connu des rebondissements ces derniers temps. Ce motif a posé des difficultés en ce qui concerne la mise en œuvre des mesures de maintien de l'emploi, notamment le PSE et de l'indemnisation des salariés.

À ce sujet, la Cour de cassation a pris des positions démontrant sa volonté de s'immiscer activement dans la gestion des groupes²⁹⁴⁷. Ainsi, le contrôle du juge permet de mesurer si les moyens mis dans le plan de sauvegarde de l'emploi et l'indemnisation accordée aux salariés licenciés pour des raisons économiques sont satisfaisants. Ce contrôle est parfois critiqué

d'employeurs, association intermédiaires et association de services aux personnes », *Jurisclass. Trav.*, fasc. 3-40 ; B. BOUBLI, « La détermination de l'employeur dans les groupes de sociétés », in B. TEYSSIÉ, *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 1999, p. 20 ; G. COUTURIER, « L'extinction des relations de travail dans les groupes de sociétés », in *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 1999, sous la dir. B. TEYSSIÉ, p. 91.

²⁹⁴⁶ Ce sont les causes prévues à l'article L. 1233-3 du Code du travail qui sont visées.

²⁹⁴⁷ Cf., F. GÉA, note sous Cass. soc. 18 janv. 2011, n° 09-69.199, *RDT* 2011, 168.

parce qu'il est supposé porter « atteinte à la liberté d'entreprendre »²⁹⁴⁸. Toutefois, la Cour de cassation avait pendant longtemps décidé que « l'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est seul juge des circonstances qui la déterminent à cesser son exploitation et aucune disposition légale ne lui fait l'obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi, pourvu qu'il observe, à l'égard de ceux qu'il emploie, les règles édictées par le Code du travail »²⁹⁴⁹. Mais cette jurisprudence n'avait un véritable sens que lorsque les entreprises exerçaient leur activité dans le cadre national. Désormais, l'eupéanisation et l'internationalisation des entreprises ont laissé la place aux groupes auxquels les sociétés mères se trouvent loin des *centres des intérêts principaux* des filiales. Le droit du travail s'est adapté à la conjoncture et le juge cherche par tout moyen à protéger les salariés. Cette protection incite le juge à s'immiscer dans la gestion des entreprises. Si le juge a estimé, par exemple, que les « méthodes de gestion mises en œuvre [...] peuvent caractériser un harcèlement moral »²⁹⁵⁰, le licenciement est le domaine qu'il intervient le plus pour apprécier la réalité et le sérieux des causes invoquées par l'employeur²⁹⁵¹. Par ce contrôle, il examine la légitimité de la rupture et ne se limite pas seulement à la réalité et au sérieux de la cause du licenciement ; il contrôle également les moyens mis en œuvre par l'employeur pour réaliser le plan de sauvegarde de l'emploi pour déterminer la responsabilité de la société mère.

291.- Pistes d'une responsabilité contractuelle. L'imputation de la responsabilité du licenciement pour motif économique des salariés à la société mère pourrait être recherchée *au prime abord* dans le cadre de la *responsabilité contractuelle*. Pour que la responsabilité contractuelle de la société mère soit retenue, il faut que le salarié prouve sa qualité de co-employeur²⁹⁵² qui est caractérisée par le paradigme du lien de subordination²⁹⁵³ soit sur le

²⁹⁴⁸ Cf., C. WOLMARK (dir.), « Cessation d'activité : l'immixtion du juge est-elle excessive ? », *RDT* 2011, n° 5, p. 285.

²⁹⁴⁹ Cass. soc. 31 mai 1956, *Bull. civ.* IV, n° 499 ; *D.* 1958, jur. 21, note G. Levasseur ; *JCP* 1956, II, 9397, note P. Esmein.

²⁹⁵⁰ Cass. soc. 10 nov. 2009, *Bull. civ.* V, n° 247 ; 1^{er} mars 2011, n° 09-69.616.

²⁹⁵¹ C. trav., art. L. 1235-1.

²⁹⁵² Cette qualité est retenue lorsque la filiale est dépendante d'elle à 99 ou 100% de la société mère (Cass. soc. 12 juill. 2006, *Dr. soc.* 2006, p. 1065, obs. J. Savatier ; 10 juill. 2007, *JCP S* 2007, 1698) ou lorsque le lien de subordination est établi vis-à-vis de la société mère (Cass. soc. 10 avr. 1975, *Bull. civ.* V, n° 188 ; 11 juill. 2000, n° 98-40.146, inédit ; 8 nov. 2006, *RJS* 1/2007, n° 2 ; 28 sept. 2011, n° 10-12.278 ; P.-H. D'ORNANO, « L'employeur subordonné », *JCP S* 2011, n° 47, p. 14 ; P. BAILLY, « Á la recherche du véritable employeur », *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1508, suppl., p. 111).

²⁹⁵³ Cass. soc. 12 juill. 2005, *Bull. civ.* V, n° 244 ; 4 oct. 2007, n° 06-44.486 ; 26 juin 2008, Sté Corsair, *RJS* 10/2008, n° 955 ;

comportement déviant de la société mère qui n'a pas le statut de co-employeur²⁹⁵⁴. C'est le cas, même si le juge de l'Union européenne énonce de façon univoque qu'« une entreprise qui contrôle l'employeur, même si elle peut prendre des décisions contraignantes à l'égard de ce dernier, n'a pas la qualité d'employeur ». Il appartient à la filiale seule d'assumer les suites de la violation de l'obligation de consultation²⁹⁵⁵. Cette position invalide le critère extensif de confusion d'intérêts retenu par le juge français²⁹⁵⁶. En pratique, si certains juges nationaux ont retenu la qualité de co-employeur dès lors qu'il y a une participation financière²⁹⁵⁷, la Cour de cassation n'admet pas de telles déductions en matière de reclassement dans un groupe de sociétés²⁹⁵⁸. Toutefois, le juge national exige toujours la solidarité de la société mère à l'égard de sa fille sur ce fondement²⁹⁵⁹.

En effet, si la société mère à la qualité de co-employeur, elle est solidairement responsable des obligations de droit du travail, notamment celle d'indemniser les salariés. Cependant, conformément aux dispositions de l'article 1202 du Code civil, « la solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée ». Par conséquent, l'obligation de reclassement²⁹⁶⁰ qui incombe à la filiale employeur n'engage la responsabilité de la société mère que dans les conditions particulières, et cela, même si la jurisprudence a déjà condamné conjointement deux sociétés chacune pour toute l'obligation de maintenir le salarié dans son poste de travail²⁹⁶¹. Il existe d'ailleurs dans l'article 1208 du Code civil des exceptions qui pourraient permettre à la société mère codébiteur solidaire de s'échapper à l'obligation de reclassement.

En revanche, si la qualité de co-employeur est retenue, les deux sociétés sont liées au salarié par le même contrat de travail, un contrat ayant une subordination juridique biface, qui ne

²⁹⁵⁴ Cf., R. DAMMANN et alii, « Le droit social à l'épreuve de l'instrumentalisation des procédures collectives », *D.* 2012, p. 2212.

²⁹⁵⁵ CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-44/08, *Akavan Erityisalojen Keskusliitto c/ Fujitsu Siemens*, *JCP S* 2009, 1493, note E. Jeansen, pts 39 à 49.

²⁹⁵⁶ Cons. prud'hom. Bordeaux, 11 sept. 2006, SA Steelcase, *Dr. ouvr.* 2007, p. 331 confirmé par CA Bordeaux, 1^{er} juill. 2008, n° 06/051337 ; Cons. prud'hom. Créteil, 9 nov. 2007, RG n° 06/01900 confirmé par CA Paris, 31 mars 2009, RG n° S 08/00383 et Paris, 1^{er} oct. 2009, RG n° S 07/07597 ; CA Douai 18 déc. 2009, RG n° 08/02250, SA Recylex (ex SA Metaleurop) C/ El Barhdadi.

²⁹⁵⁷ TGI Bobigny, réf., 18 déc. 2006, *Dr. ouvr.* 2007, p. 334 ; Cons. prud'hom. Lens, 28 nov. 2008, in *La Tribune* 4 mai 2009, p. 10 ; TGI Nanterre, réf., 20 nov. 2009, RG n° 09/02615 ; CA Douai, 27 nov. 2009, cité par H. Tissandier, *Sem. soc. Lamy* 2010, n° 1434, p. 9.

²⁹⁵⁸ Cass. soc. 27 oct. 1998, *Bull. civ.* V, n° 459 ; 3 déc. 2008, *RJS* 2/2009, n° 153 ; P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, 2e éd., Litec, coll. « Litecprofessionnels », 2010, p. 381.

²⁹⁵⁹ Cons. prud'hom. Aubenas, 15 avr. 2008, *Dr. ouvr.* 2008, p. 478.

²⁹⁶⁰ C. trav., art. L. 1233-4 et L. 1233-61.

²⁹⁶¹ Cass. soc. 6 févr. 1974, *Bull. civ.* V, n° 96 ; 26 nov. 1975, *Bull. civ.* V, n° 564.

peut cependant être rompu qu'une seule fois. La rupture effectuée par l'un s'impose au salarié et à l'autre employeur. Le licenciement du salarié ayant deux employeurs²⁹⁶², exige que ces derniers recherchent son reclassement²⁹⁶³ et la motivation de la lettre de licenciement intéresse aussi les deux employeurs²⁹⁶⁴. Ainsi, la méconnaissance d'un engagement contractuel de reclassement de l'employeur prive la rupture de la cause réelle et sérieuse²⁹⁶⁵. Il en est de même des ruptures collectives fondées sur les motifs d'ordre conjoncturel dans un service où l'horaire moyen de travail effectif est supérieur à un certain horaire hebdomadaire dès lors qu'une convention collective les interdit²⁹⁶⁶. En outre, les licenciements sont privés de cause réelle et sérieuse si un *pacte d'actionnaires* énonce que la rupture des contrats d'un nombre de salariés est soumise à l'autorisation du conseil de surveillance à une majorité déterminée de ses membres²⁹⁶⁷. Cette clause du *pacte des actionnaires* donne le droit aux salariés concernés de contester devant le conseil de prud'hommes la cause de leur licenciement.

Toutefois, les salariés ne disposent pas toujours de moyens nécessaires pour détecter la qualité de co-employeur d'une société mère qui se situe à l'autre bout du monde. Les actions en responsabilité contractuelle à l'encontre des sociétés mères sont ainsi à exercer avec modération. Il est vrai que le juge national a également du mal à démontrer la confusion des intérêts, d'activités ou de directions entre une filiale et sa mère. Pour lutter contre les comportements déviants des patrons irresponsables ou malhonnêtes, les nouvelles actions judiciaires ont été menées dans le cadre de la responsabilité délictuelle.

292.- Responsabilité délictuelle et imputation de l'indemnisation . La responsabilité de la société mère peut être aussi recherchée à travers l'*action en responsabilité délictuelle*. En effet, l'action contractuelle des salariés à l'égard de la société mère s'est souvent soldée par un échec, car il est difficile pour eux de démontrer le co-emploi entre leur employeur et la société mère. Le renfort de la responsabilité délictuelle²⁹⁶⁸ permet, en effet, de mettre la

²⁹⁶² Cass. soc. 11 janv. 1967, *Bull. civ. IV*, n° 33 ; 28 juin 1973, *Bull. civ. IV*, n° 423 ; I. VACARIE, *L'employeur*, Sirey 1979.

²⁹⁶³ Cass. soc. 1^{er} juin 2004, *RJS* 8-9/2004, n° 880.

²⁹⁶⁴ Cass. soc. 9 janv. 2008, *RJS* 4/2008, n° 367.

²⁹⁶⁵ Cass. soc. 7 nov. 1990, *Bull. civ. V*, n° 524 ; 8 juill. 1998, *Bull. civ. V*, n° 375 ; 26 oct. 1999, *Bull. civ. V*, n° 412 ; *Dr. soc.* 2000, p. 117.

²⁹⁶⁶ Cass. soc. 16 déc. 1997, *Bull. civ. V*, n° 444.

²⁹⁶⁷ Cass. soc. 18 mars 2009, *JCP S* 2010, étude 1007, Annexe.

²⁹⁶⁸ C. civ., art. 1382 ; G. COUTURIER, « Les techniques civilistes et le droit du travail: chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues », *D.* 1975, chron. p. 151.

charge d'indemnisation des salariés sur la société mère en se fondant non plus sur le pouvoir qui résulte du lien juridique de travail, mais sur une responsabilité extracontractuelle fondée sur le pouvoir de décision de la société mère²⁹⁶⁹. Les salariés ne sont plus tenus de prouver le *lien de subordination* avec une société mère qui se situe à l'autre bout du monde pour demander l'indemnisation de leurs créances ou d'autres obligations du droit du travail. C'est le comportement déviant de la société mère vis-à-vis de sa filiale qui constitue une faute et non un *lien juridique*. Ainsi, c'est le *fait* pour la société mère de décider qui est pris en compte et non *l'acte juridique de contrat de travail* qui *l'unirait avec le salarié*.

Plusieurs décisions de justice démontrent l'évolution des *modes d'actions* des salariés dans la recherche de la responsabilité extracontractuelle de la société mère. En ce sens, la Cour d'appel de Rouen dans l'affaire *Aspocomp*²⁹⁷⁰ a condamné « le comportement déloyal et la légèreté blâmable de la société mère du groupe finlandais *Aspocomp* qui avait décidé sans difficultés économiques de ne pas soutenir sa filiale française. Elle a placé cette filiale en procédure de cessation des paiements car elle ne remplit pas les engagements financiers pris dans un PSE antérieur. Ceci étant, les dommages-intérêts résultant des ruptures réalisées par le mandataire-liquidateur liées au premier plan et au second ont été mis à la charge de la société mère. En cassation, la Chambre sociale a décidé d'un côté que le juge prud'homal est

²⁹⁶⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 26 oct. 2011, n° 10-17.026, P+B, *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 70, note M. Menjucq ; Cass. soc. 28 sept. 2010, n° 09-41.243 ; P. ROUSSEL GALLE, « La loi du 12 mars 2012 : halte au pillage des entreprises en difficulté ! », *JCP G* 2012, 348 ; *JCP E* 2012, 192 ; F. PÉROCHON, « De la mesure dite conservatoire à l'exécution sommaire anticipée », *BJE* mars 2012, p. 73, n° 72 ; E. PESKINE, « L'imputation en droit du travail. À propos de la responsabilité des sociétés mères en matière de licenciement pour motif économique », *RDT* 2012, p. 347 ; D. JACOTOT, « Le licenciement des salariés d'une composante d'un groupe en liquidation judiciaire : entre droit du travail et droit civil ! », *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3, p. 15 et s. ; M. MENJUCQ, « L'immixtion d'une société mère dans la gestion d'une filiale constitue une faute (C. civ., art. 1382) », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 26 oct. 2011, n° 10-17.026, *Sté Italiana per Condotte et a. c/ Sté Espace (FPBI)*, *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 1, p. 70 ; N. PELLETIER, « L'action en responsabilité des salariés d'une filiale placée en liquidation judiciaire contre la société mère », note sous T. com. Orléans, 1^{er} juin 2012, n° 2010/11170, *Sté Quelle*, *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 9, p. 646.

²⁹⁷⁰ CA Rouen, 22 mars 2005, *Aspocomp Group Oyi*, RG n° 04/02545-04/02549 ; *Liaisons sociales Quotidien*, 31 mars 2005, n° 14351 ; A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RTD com.* 1985, 622 ; M.-A. MOREAU, « Des rattachements territoriaux à la transnationalité des normes du travail », *Sem soc. Lamy* 2003, n° 1140 ; M. AUDIT, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI* 2004, 789 ; F. JAULT-SESEKE, « Le sort des salariés dans les procédures de faillites transfrontalières », *in L'effet international de la faillite*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2004, p. 151 ; C. RADÉ, « Restructurations et délocalisations », *Dr. soc.* 2006, p. 289 ; M.-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Dalloz, coll. « À droit ouvert », 2006, sp. p. 286 ; D. FASQUELLE, « Les faillites des groupes de sociétés dans l'Union européenne : la difficile conciliation entre approches économique et juridique », *Bull. Joly sociétés* 2006, p. 151 ; P. LOKIEC, S. ROBIN-OLIVIER, « Délocalisation d'activité et détermination de l'employeur dans un groupe de sociétés », note sous Cass. soc. 19 juin 2007, Mme X, n° 05-42.551 et n° 05-42.570.

compétent pour connaître le litige qui concerne cette société étrangère²⁹⁷¹, et de l'autre, elle annonce que la société mère du groupe « ne démontrait pas avoir procédé à une recherche sérieuse de reclassement ni avoir envisagé toutes les solutions alternatives aux licenciements économiques »²⁹⁷².

Dans cette perspective, la société mère qui s'engage de garantir l'exécution du plan de sauvegarde de l'emploi au sein de sa filiale en procédure collective à l'égard des représentants du personnel supporte le préjudice subi par les salariés si le PSE n'est pas respecté dans le cadre de la *responsabilité extracontractuelle*²⁹⁷³. Ainsi, l'action en responsabilité civile délictuelle²⁹⁷⁴ qui a marqué les procédures collectives est l'affaire *Flodor*²⁹⁷⁵ dans laquelle les salariés d'une filiale avaient engagé la responsabilité délictuelle de la société mère pour préjudice moral et matériel résultant du défaut de reclassement²⁹⁷⁶. La Cour de cassation a décidé, le 13 janvier 2010, que « l'obligation de reclasser les salariés dont le licenciement est envisagé et d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi répondant aux moyens du groupe n'incombe qu'à l'employeur ; il en résulte qu'une société relevant du même groupe que l'employeur n'est pas, en cette seule qualité, débitrice envers les salariés qui sont au service de ce dernier d'une obligation de reclassement et qu'elle ne répond pas, à leur égard, des

²⁹⁷¹ Cass. soc. 19 juin 2007, *Aspocomp*, n° 05-42.570 ; Règl. CE n° 1348/2000 du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, art. 33, § 1 ; Règl. CE n° 44/2001 du 22 déc. 2000 (dit Bruxelles) relatif à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 19 et art. 5, 3 ; Règl. CE n° 593/2008 du 17 juin 2008 (dit Rome I) concernant la loi applicable aux obligations contractuelles, art. 8 et Règl. CE n° 864/2007 du 11 juill. 2007 (dit Rome II) relatif à la loi applicable aux obligations non contractuelles, art. 4, 1 ; G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, « Qualification de co-employeur et application des règles de compétence juridictionnelle prévues par le règlement « Bruxelles » », *JCP G* 2012, n° 5, pp. 201-203, note sous Cass. soc. 30 nov. 2011, n° 10-22.964 à 10.22.985 et 10.22.994.

²⁹⁷² Cass. soc. 19 juin 2007, n° 05-42.570.

²⁹⁷³ Cass. soc. 27 nov. 2007, *RJS* 2/2008, n° 162.

²⁹⁷⁴ C. civ., art. 1382 et s. ; E. SERVERIN, T. GRUMBACH, « La saga judiciaire. L'action délictuelle, une nouvelle étape dans le dossier Unichips-Flodor. TGI Péronne, 18 août 2009, RG n° 07/856 », *RDT* 2009, n° 12, p. 693 ; « Groupes transnationaux et délocalisations », *L'humanité*, 1^{er} mars 2010.

²⁹⁷⁵ Cass. soc. 13 janv. 2010, n° 08-15.776, *Dr. ouvr.* 2010, p. 214 ; P. MORVAN, « L'étrange action en justice Flodor. Les sociétés d'un groupe sont-elles responsables du reclassement des salariés dans une filiale en difficulté ? », *JCP S* 2009, étude 1489 ; F. FAVENNEC-HERY, « L'extinction de la relation de travail dans les groupes », *Dr. soc.* 2010, p. 762 ; M.-A. MOREAU, « Les restructurations dans les groupes multinationaux », *Dr. soc.* 2010, 1052 ; A. MARTINON, « Les relations collectives dans les groupes de société à caractère transnational », *Dr. soc.* 2010, p. 788 ; J.-M. OLIVIER, « L'affaire *flodor* : suite et presque fin », *JCP S* 2010, p. 1225 ; F. GEA, « Groupe de société et responsabilité », *RDT* 2010, 230 et s., spéc. p. 233 ; E. PATAUT, « Le licenciement dans les groupes internationaux des sociétés. Aspects de droit international privé et de droit de l'Union européenne », *RDT* 2011, n° 1, p. 14 et s. ; P. MORVAN, « Coemploi et licenciement économique dans les groupes de sociétés : des liaisons dangereuses », *JCP S* 2011, n° 6, p. 33, note sous Cass. soc. 18 janv. 2011, n° 09-69.199, FS-P+B+R, *SAS Jungheinrich finances holding c/ M. D. et a.*

²⁹⁷⁶ T. corr. Péronne, 2 nov. 2004, inédit ; TGI Paris (Ord. JEX), 7 juill. 2006 ; CA Paris, 10 avr. 2008, n° 07/10060 (ordonnance de saisie-conservatoire des marques du groupe en vertu de la loi du 9 juillet 1991, art. 67 ; TGI Péronne, 18 août 2009, RG n° 07/856, *JCP S* 2009, 146 ; *Sem. soc. Lamy* 2009, n° 1416, p. 10, note G. Auzero.

conséquences d'une insuffisance des mesures de reclassement prévues dans un plan de sauvegarde de l'emploi »²⁹⁷⁷. Par conséquent, la société dominante ne peut être tenue facilement responsable des manquements contractuels de l'entreprise dominée pour qu'elle puisse indemniser les salariés et exonérer l'AGS de sa responsabilité de substitution.

Il est cependant difficile d'engager la *responsabilité conjointe* de la société ; les salariés devraient ainsi privilégier la responsabilité contractuelle en se fondant sur le co-emploi. Toutefois, les dernières décisions de justice démontrent une certaine faveur des juges aux actions en responsabilité extracontractuelle. En l'espèce, l'arrêt SAS *Klarius* illustre clairement cette démarche de la recherche de la responsabilité délictuelle de la société mère²⁹⁷⁸. En effet, la société mère qui prend les *décisions*²⁹⁷⁹ à la place de sa filiale peut ainsi supporter sur le fondement de la responsabilité délictuelle la charge d'indemnisation des salariés, car aucun instrument ne leur permet d'agir sur le fondement contractuel²⁹⁸⁰. Pour pallier l'insuffisance des règles de la responsabilité contractuelle, les dirigeants d'une société mère qui exercent un pouvoir sur d'autres²⁹⁸¹, ceux de la filiale, par exemple, puissent engager la responsabilité de la société mère car, c'est eux qui sont les *véritables décideurs*. Par conséquent, le décideur de la société mère qui a un comportement défavorable à l'intérêt des salariés et de la filiale connaît une faute²⁹⁸² qui engage la responsabilité de la société mère. En ce sens, il a été retenu que la finalité des décisions des dirigeants du groupe *Klarius* était de réorganiser à moindre frais les sociétés anglaises en s'exonérant des conséquences financières de la filiale française ».

²⁹⁷⁷ Cass. soc. 13 janv. 2010, *Péronne*, *RJS* 3/10, n° 247 ; Cf., F. GÉA, « Groupe de sociétés et responsabilité : les implicites et le non-dit de l'arrêt Flodor », *RDT* 2010, p. 230 ; P.-F. LEGRAND, « Licenciement pour motif économique et responsabilité des groupes de sociétés », *Dr. ouvr.* 2012, n° 767, p. 433 ; D. JACOTOT, « Le licenciement des salariés d'un composante d'un groupe en liquidation judiciaire : entre droit du travail et droit civil ! », *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3, p. 15 et s. ; E. PESKINE, « L'imputation en droit du travail. À propos de la responsabilité des sociétés mères en matière de licenciement pour motif économique », *RDT* 2012, p. 347.

²⁹⁷⁸ Cf., T. GRUMBACH, E. SERVERIN, « Le groupe britannique Klarius intervenant forcé devant la Cour d'appel de Versailles : ou comment l'AGS a transformé un procès indemnitaire en procès exemplaire », *RDT* 2012, p. 49.

²⁹⁷⁹ Pour la notion de décision, cf., P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », *D.* 2008, p. 2293.

²⁹⁸⁰ Cf., D. MAZEUD, « La responsabilité du débiteur contractuel à l'égard des tiers : évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation ? », *D.* 2012, p. 659.

²⁹⁸¹ D. COHEN, « Le gouvernement d'entreprise : une nécessité en droit français ?, in *Mélanges en l'honneur de Ph. Malaurie*, Defrénois 2005, p. 159 ; M. GERMAIN, J. DUVAL-HAMEL, « Gouvernement des entreprises : qui dirige ?, in *Mélanges en l'honneur de D. Tricot*, Dalloz-Litec, 2011, p. 657.

²⁹⁸² P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, Defrénois, 2011, n° 55.

En outre, la responsabilité de la société mère pourrait être engagée au regard de l'article 1384 du Code civil²⁹⁸³. À ce titre, il a été suggéré par un auteur que la filiale revête les habits du préposé qui agit sous la direction de la société mère²⁹⁸⁴. Pourtant, le droit du travail implique déjà indirectement la société mère dans la responsabilité de sa filiale dans certaines hypothèses : le reclassement du salarié dans l'ensemble du groupe est une illustration poignante.

Il en découle que le droit du travail ne prévoit pas de dispositions spécifiques à l'imputation de la responsabilité à la société mère si la qualité de co-emploi ne lui est pas reconnue. Cette qualité est néanmoins difficile à démontrer par les salariés dès lors que la société mère se trouve à des milliers de kilomètres du centre de production où ils travaillent. La jurisprudence appelle en renfort les règles de la responsabilité délictuelle pour sanctionner les comportements déviants des dirigeants des groupes de sociétés. Si de tels comportements sont retenus, la société mère indemnise les salariés et rembourse, le cas échéant, les sommes versées par l'institution de garantie. Cette responsabilité n'est plus liée à la relation contractuelle de travail avec le salarié, mais au pouvoir de décider des dirigeants de la société mère sur l'activité économique de la filiale²⁹⁸⁵. Si la responsabilité de la société est reconnue, l'AGS est exonérée de l'obligation de garantir les créances des salariés. Comme dans l'hypothèse du co-employeur, la société mère dont la responsabilité délictuelle est retenue n'étant pas en procédure collective, l'AGS n'est pas tenue d'intervenir. L'imputation de la responsabilité d'indemniser à la société-mère peut cependant retracer le paiement rapide des créances des salariés si elle se situe à l'étranger.

Toutefois, l'expansion de la responsabilité d'indemniser les salariés ne se limite pas au co-employeur ou à la société mère car dès lors que l'entreprise est placée en procédure collective le décideur n'est pas toujours son représentant ou celui de la société mère. En effet, le *pouvoir de gérer* ou de *licencier* peut être confié à un mandataire de justice qui prend les commandes

²⁹⁸³ M.-P. BLIN-FLANCHOMME, « Le critère de la garde des personnes au regard du principe général de responsabilité du fait d'autrui », LPA 24 nov. 1997, p. 5 ; B. GUIMONPREZ, « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *Rev. sociétés* 2009, 715, spéc. P. 726, n° 20 et s.

²⁹⁸⁴ A. LYON-CAEN, « Intervention au séminaire », in *Le droit du travail et le droit économique en mouvement face à la financiarisation et à l'organisation des groupes et entreprises à structure complexe*, Maison des avocats du Barreau de Paris, 17 déc. 2009.

²⁹⁸⁵ Cf., E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ 2008 ; H. TISSANDIER, « L'incidence de l'appartenance d'une entreprise en difficulté à un groupe de sociétés », *Jurispr. soc. Lamy* 2009, p. 262 ; E. PESKINE, « Imputation en droit du travail », *RDT* 2012, p. 353 ; D. JACOTOT, « Le licenciement des salariés d'une composante d'un groupe en liquidation judiciaire : entre droit du travail et droit civil ! », *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3, p. 18 et s.

de l'entreprise. Dans ses fonctions, il peut commettre des fautes qui causent un préjudice au salarié. Ce dernier dispose ainsi d'un droit propre pour faire connaître sa situation individuelle devant le juge prud'homal²⁹⁸⁶. Par conséquent, la responsabilité d'indemniser les salariés peut être imputée aux mandataires de justice et non à l'employeur ou à l'institution de garantie.

Section 2 : La responsabilité civile des mandataires de justice

293.- Pouvoir de gestion et responsabilités. Le placement d'une entreprise en procédure collective ne facilite pas la détermination du détenteur de pouvoir afin d'identifier clairement le responsable de l'indemnisation des salariés. En effet, l'obligation d'indemniser le salarié est intimement liée à l'exercice du pouvoir ou à sa détention. Mais la détection du titulaire de ce pouvoir ou son détenteur se complique lorsque le tribunal qui place l'entreprise en procédure collective change ses dirigeants par des mandataires judiciaires qui sont soit amenés à surveiller leurs actes ou à accomplir les actes qui en temps normal relèvent de leur compétence. Ainsi, le débiteur, c'est-à-dire l'employeur placé en procédure collective est tenu de répondre des créances résultant des actes accomplis par ces mandataires judiciaires jusqu'à quel point ? Parallèlement, la garantie de l'AGS couvre-t-elle l'ensemble des actes accomplis par ces mandataires ? En effet, il a été souligné que l'AGS est tenue de prendre en charge les créances qui résultent des licenciements prononcés par les représentants de l'employeur ou les délégataires, dans certaines conditions²⁹⁸⁷. Dans cette optique, la loi permet la garantie des licenciements prononcés par les mandataires dans un cadre bien défini. En revanche, la responsabilité d'indemniser les salariés leur est imputée dans certaines hypothèses car le pouvoir de représentation qui leur est confié a des limites. En effet, les mandataires de justice disposent d'importants pouvoirs dans les entreprises en difficulté. Parmi ces pouvoirs, il y a notamment celui de licencier pour motif économique qui est un aspect de leur pouvoir de gestion. L'employeur placé en procédure collective est soit assisté, surveillé ou dessaisi de la gestion de son entreprise en faveur de ces institutions : les *organes de la procédure*. Par conséquent, le mandataire de justice qui exerce sa mission, son activité professionnelle doit en contrepartie répondre de ses fautes. C'est un professionnel que l'on doit tenir une rigueur particulière car sa mission semble plus favorable à l'entreprise qu'aux

²⁹⁸⁶ Cass. soc. 14 nov. 2007, Sté Bull SA, *JCP S* 2008, 1081, note F. Dumont ; *Dr. ouvr.* 2008, p. 129, obs. J. Savatier ; *RDT* 2008, p. 103, obs. Y. Chagny ; *Dr. ouvr.* 2008, p. 106, rapp. M.-L. Morin ; 29 janv. 2008, n° 06-44.527.

²⁹⁸⁷ Cf., *supra*, n° 250.

salariés. Ainsi, la dynamique de la protection des salaires veut que les fautes commises en matière d'indemnisation des salariés dans le cadre de sa mission désengagent l'employeur et l'Association pour la gestion du régime de garantie des salaires. Il engage sa responsabilité personnelle : c'est une *responsabilité professionnelle extracontractuelle* qui est soumise aux règles de droit commun.

En effet, la *responsabilité alternative* d'indemniser des mandataires de justice permet, d'une part, de ne pas priver les salariés de la réparation du préjudice résultant du sacrifice de leur emploi dès lors que l'*objet* d'intervention de l'AGS n'existe pas et la responsabilité principale d'indemniser de l'employeur ne joue pas non plus. La faute du mandataire de justice ne doit pas être un écran à la réparation du préjudice. D'autre part, la responsabilité alternative des mandataires de justice permet de conserver la trésorerie de l'entreprise en difficulté qui n'est pas tenue responsable de l'indemnisation des salariés en cas de faute du mandataire de justice.

On peut cependant se demander si les fautes des mandataires de justice en qualité d'auxiliaires de la justice ne pourraient pas engager la responsabilité d'indemniser de l'État ? La place n'est pas faite ici pour ce débat. Néanmoins, l'engagement de la *responsabilité personnelle* des mandataires de justice d'indemniser les salariés doit les inciter au respect des règles protectrices de l'emploi et des salaires. En effet, les mandataires de justice bénéficient d'une sorte de *délégation de pouvoirs* qui leur permet entre autres de licencier les salariés. Mais l'exercice de ces pouvoirs peut entraîner certains préjudices pour les salariés, d'où la nécessité de leur accorder un minimum de protection²⁹⁸⁸. Force est donc de constater que les mandataires de justice dispose d'un pouvoir important dans les entreprises en défaillance (§ 1) qui peut dans certains cas, motiver l'imputation de la responsabilité d'indemniser les salariés (§ 2).

Paragraphe 1 : Le pouvoir des mandataires de justice

294.- Double fonction. Les mandataires de justice, c'est-à-dire l'administrateur et le mandataire judiciaires disposent du pouvoir dans l'entreprise en défaillance. Ils administrent, gèrent le patrimoine de l'entreprise et détiennent en conséquence un pouvoir sur le salarié,

²⁹⁸⁸ Cf., L. FIN-LANGER, « Les risques subis par les salariés », in Actes du colloque Caen, 15 oct. 2010, *Loi de sauvegarde des entreprises-risques et responsabilités en droit des procédures collectives*, Rev. proc. coll. 2010, p. 93.

alors qu'ils ne sont pas ses cocontractants. Ainsi, le pouvoir exercé par l'employeur sur le salarié est pourtant justifié par l'existence d'un contrat de travail entre eux²⁹⁸⁹. Celui du mandataire de justice serait fondé sur l'autorité que lui confère la décision de justice, dérivé du pouvoir réglementaire ou législatif. Il est l'auxiliaire de justice qui a les prérogatives de la puissance publique. En effet, l'employeur débiteur peut être *surveillé*, *assisté* ou même *remplacé*²⁹⁹⁰ par l'administrateur particulièrement dans une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Le mandataire judiciaire qui remplace le mandataire-liquidateur, représente les créanciers de l'entreprise et procède à sa liquidation²⁹⁹¹. À l'égard des salariés, il procède à la vérification de leurs créances²⁹⁹², mais il dispose également comme l'administrateur judiciaire, le pouvoir de licencier²⁹⁹³. Force est donc de considérer que leurs pouvoirs sont étendus, ils exercent soit des actions en valeur de l'entreprise, soit des actions en valeur des créanciers.

295.- Étendue des pouvoirs de l'administrateur judiciaire. Le tribunal de commerce qui ouvre une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire peut désigner un administrateur judiciaire. Ce dernier est un auxiliaire de la justice qui joue un rôle important dans l'entreprise en sauvegarde ou redressement judiciaire²⁹⁹⁴. Il est chargé non seulement de gérer le patrimoine de l'employeur, mais également de respecter certaines obligations vis-à-vis des salariés et des tiers, au *contrat de travail*. Ainsi, les fonctions de l'administrateur

²⁹⁸⁹ Cf., *supra*, n° 244 et s.

²⁹⁹⁰ B. SOINNE, « Le statut des mandataires. La profession d'administrateur judiciaire », *Rev. proc. coll.* 1986, n° 1, p. 1 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La gestion de l'entreprise », *RTD com.* 1986, n° spéc. ; J.-J. DAIGRE, « L'entreprise pendant la période d'observation », *RTD com.* 1987, n° spéc., p. 15 ; P. DELEBECQUE, M. GERMAIN, *Droit commercial*, t. 2, 17^e éd., LGDJ, 2004, p. 935 ; J. VALLANSAN (dir.), *Difficultés des entreprises. Commentaire article par article du Livre VI du Code de commerce*, 5^e éd., Litec, Coll. « Litec Professionnels », 2009, p. 282 et s.

²⁹⁹¹ Cf., C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., p. 278.

²⁹⁹² Cf., B. SOINNE, « Principes et pratiques de la nouvelle vérification des créances », *Rev. proc. coll.* 1986, n° 4, p. 1 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., p. 485.

²⁹⁹³ Cf., G. BOLARD, « La déontologie des mandataires de justice dans les faillites », *D.* 1988, chron. p. 261 ; P. PERNAUD, « Quelques modifications touchant le représentant des créanciers et le liquidateur dans la loi du 10 juin 1994 », in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, *D.* 1995, p. 145 ; P. MORVAN, « Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté », *JCP E* 2005, n° 42, p. 1751 ; R. VATINET, « Sur la place faite aux salariés dans la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP S* 2005, 1230 ; P. BAILLY, « Les licenciements et les procédures collectives », *Gaz. Pal.* 7/8 nov. 2008, p. 36 ; S. GORRIAS, « Le mandataire judiciaire dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 et le décret du 12 février 2009 », *Gaz. proc. coll.* 6/7 mars 2009, p. 16 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., p. 743.

²⁹⁹⁴ CA Versailles, 13^e ch., 18 nov. 2010, n° RG 10/01433 ; Cass. com. 29 mars 2011, n° 10-12.272 ; P. ADAM, « Les rôles de l'administrateur judiciaire et du mandataire-liquidateur », *RJ com.* 1987, n° spéc., p. 107 ; J.-P. HAEL, « Le rôle des auxiliaires de justice », *LPA* 1991, n° 88, p. 13 ; F. TAQUET, « L'administrateur judiciaire doit saisir le tribunal pour être autorisé à procéder à la rétractation d'un licenciement », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 6, p. 69 ; A. CERATI-GATJIER, « Administrateur judiciaire : surveillance ou assistance ? », *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 4, p. 342, note sous CA Paris, 25 oct. 2011, n° 11/16438, SARL Apera Contracting ; P. ROUSSEL GALLE et alii, « Panorama du droit des entreprises en difficulté », *LPA* 2012, n° 120, p. 4.

judiciaire sont un service public²⁹⁹⁵ qui permet d'assister l'employeur à trouver des solutions pour la sauvegarde de l'entreprise en établissant un bilan économique et social. Ces missions sont fixées par le tribunal qui le désigne et qui peut le remplacer²⁹⁹⁶. Il a des *pouvoirs propres*²⁹⁹⁷ et, a été placé au cœur de la procédure de redressement judiciaire par l'ordonnance du 18 décembre 2008²⁹⁹⁸.

En effet, le *transfert du pouvoir de gestion* de l'employeur à l'administrateur judiciaire est accompagné de certaines obligations professionnelles. Ces obligations professionnelles protègent les entreprises à l'encontre des erreurs ou fautes de l'administrateur dans l'exercice de ses fonctions. Ainsi, l'article L 814-3 du Code de commerce²⁹⁹⁹ oblige l'administrateur à souscrire une *assurance responsabilité* pour couvrir ses fautes et négligences ou celles de ses préposés³⁰⁰⁰. Il doit ainsi s'affilier à une caisse de garantie³⁰⁰¹ et souscrire une assurance professionnelle³⁰⁰². En outre, l'article L. 814-3 du Code de commerce ajoute qu'en cas d'insuffisance de la couverture du préjudice résultant de la négligence de l'administrateur, la Caisse de garantie qui assure collectivement et personnellement les professionnels des procédures collectives peut procéder à un appel de fonds complémentaires. Mais le mandataire de justice qui ne remplit pas cette obligation était dans un premier temps sanctionné systématiquement pour faute disciplinaire³⁰⁰³. Désormais, le manquement à cette obligation ne constitue une faute disciplinaire qu'au regard des circonstances³⁰⁰⁴. Il se pose

²⁹⁹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 30 janv. 1996, n° 91-20.266, *Bull. civ. I*, n° 51 ; *D.* 1997, 83, note Legrand ; *JCP* 1996, II, 22608, rapp. P. Sargos ; *Rev. proc. coll.* 1996, p. 337, obs. B. Soinne ; *Gaz. Pal.* 1997, 1, 256, concl. J. Sainte-Rose.

²⁹⁹⁶ C. com., art. L. 621-7 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La gestion de l'entreprise », *RTD com.* 1986, n° spéc., p. 37, in *Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, n° 11 et s.

²⁹⁹⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation », *Rev. proc. coll.* 1990, p. 1.

²⁹⁹⁸ Ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008, *JO* 19 déc. ; M.-B. SALGADO, « Des nouvelles dispositions applicables aux entreprises en difficulté issues de l'ordonnance du 18 déc. 2008 », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2009, n° 35.

²⁹⁹⁹ C. com., art. L. 814-4 ; C. com., art. L. 814-5 et C. com., art. L. 814-3 ; Cass. civ. 1^{re}, 30 janv. 1996, n° 93-11.271, *Bull. civ. I*, n° 52 ; *JCP* 1996, II, 22613, rapp. Sargos ; *Rev. proc. coll.* 1996, p. 341, n° 14, obs. B. Soinne ; CA Paris, 1^{re} ch., 3 déc. 1997, *JCP E* 1998, p. 102 ; CA Colmar, 19 mars 1998, RG n° 98/315, *BICC* 1998, p. 38.

³⁰⁰⁰ P. FROELICH, « La réforme du statut des mandataires et administrateurs judiciaires », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2003, n° 57 (L. n° 2003-7, 3 janv. 2003, *JO* 4 janv. 2003, p. 256) ; B. JADAUD, S. CABRILLAC, *Les garanties financières professionnelles*, Litec, coll. « Bibl. Dr. entreprise, n° 49, 2000 ; A. PÉLISSIER, « Caisse de garantie des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires », *Rev. gén. du Droit des Assurances* 2011, n° 3, p. 864, note sous Cass. com. 15 févr. 2011, n° 10-14.921, Mme X c/ Caisse de garantie des administrateurs et mandataires judiciaires.

³⁰⁰¹ C. com., art. L. 814-3 et R. 814-16 et s.

³⁰⁰² C. com., art. L. 814-3 et R. 811-23. L'assurance professionnelle s'élève au minimum à 800 000 € par sinistre et par an.

³⁰⁰³ Cass. com. 13 mai 2003, n° 99-14.320, *Bull. civ. IV*, n° 80.

³⁰⁰⁴ B. SOINNE, « Les dispositions nouvelles relatives au statut des mandataires de justice (accès et exercice des professions, tarification et exécution de certaines tâches par des tiers) », *Rev. proc. coll.* 2005/1, p. 1 et s.

alors la question de savoir si le salarié privé de garantie à cause de la faute de l'administrateur peut faire intervenir cette assurance. Par ailleurs, le mandataire judiciaire dispose également d'importants pouvoirs.

296.- Étendue des pouvoirs du mandataire judiciaire. Le mandataire judiciaire dispose d'importants pouvoirs dans la gestion de l'entreprise en difficulté. En effet, il lui incombe d'établir les relevés des créances salariales³⁰⁰⁵, de demander le paiement des créances salariales à l'institution de garantie en cas d'insolvabilité de l'employeur³⁰⁰⁶. Il est désigné par le tribunal dès l'ouverture de la procédure collective³⁰⁰⁷ « pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers »³⁰⁰⁸. Toutefois, cette qualité peut être cumulée avec celle de liquidateur dans une procédure de liquidation judiciaire. Plusieurs mandataires judiciaires peuvent, en pratique, exister dans une même procédure collective. La profession de mandataire judiciaire est réglementée³⁰⁰⁹ ; elle est née comme celle de l'administrateur judiciaire de l'éclatement de la profession de syndic qui est aujourd'hui rebaptisée « mandataires de justice »³⁰¹⁰. Le mandataire judiciaire, autrefois appelé « mandataire-liquidateur » ou « mandataire au redressement et à la liquidation des entreprises » est « chargé par décision de justice de représenter les créanciers et de procéder à la liquidation d'une entreprise »³⁰¹¹. En effet, il est essentiellement chargé de vérifier les créances et de procéder à la liquidation des entreprises. Toutefois, le statut qui est accordé aux mandataires judiciaires par l'ordonnance du 18 décembre 2008³⁰¹² ne permet plus de les considérer seulement comme représentants des créanciers³⁰¹³ ; ils sont devenus les véritables organes de la procédure car ils peuvent être désignés à la demande du ministère public³⁰¹⁴.

³⁰⁰⁵ C. com., art. L. 625-1 ; C. trav., art. L. 2353-19 ; v., Cass. com. 19 déc. 2006, n° 05-19.115, *Bull. civ. IV*, n° 256, *D.* 2007, p. 229 ; 8 juin 2010, n° 09-68.121, P+B.

³⁰⁰⁶ C. trav., art. L. 3253-20 et L. 3253-21 ; Cass. soc. 20 nov. 2002, n° 00-45.373 ; 5 janv. 2005, n° 02-43.726 ; 10 janv. 2006, n° 04-14.008.

³⁰⁰⁷ C. com., art. L. 621-4.

³⁰⁰⁸ C. com., art. L.622-20.

³⁰⁰⁹ Loi n° 2003-7, 3 janv. 2003 ; B. ROLLAND, « Présentation de la loi du 3 janvier 2003 (modifiant les livres VI et VII du Code de commerce et ratifiant l'ordonnance de codification du Code de commerce) », *Procédures*, éd., Juris-Cl., mars 2003, p. 3 ; *Dict. perm. Difficultés des entreprises*, Bull. n° 233, p. 5664 ; X. PELPECH, *Rép. Dr. com., Cah. de l'actualité*, mars 2003, p. 3 ; *Act. proc. coll.* 14 févr. 2003, n° 3, p. 1, obs. Beuzeboc.

³⁰¹⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., p. 264.

³⁰¹¹ C. com., art. L. 812-1.

³⁰¹² S. GORRIAS, « Le mandataire judiciaire dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 et le décret du 12 décembre 2009 », *Gaz. Pal.*, 6/7 mars 2009, p. 16.

³⁰¹³ A. BRUNET, « La qualité du représentant des créanciers », *Rev. proc. coll.* 1986, p. 35, n° 3 ; Ph. PERNAUD, « Quelques modifications touchant le représentant des créanciers et le liquidateur dans la loi du 10 juin 1994, in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises* », *D.* 1995, p. 145.

³⁰¹⁴ C. com., art. L. 621-4, al. 5.

Il en résulte que les mandataires de justice ont acquis un pouvoir de gestion dans les entreprises en défaillance. Ce pouvoir n'est pas fondé comme celui de l'employeur sur le contrat de travail qu'il noue avec le salarié, mais sur leur statut d'auxiliaire de justice. L'exercice de cette profession de mandataires de justice est soumise à plusieurs conditions, notamment celles de compétence et d'honnêteté³⁰¹⁵, car les prérogatives qu'ils disposent pourraient entraîner des abus. Il n'existe aucun contrat entre le mandataire de justice et l'employeur à l'instar du *mandat social du dirigeant*³⁰¹⁶, ni entre le mandataire de justice et le salarié, à l'image du contrat de travail liant ce dernier à l'employeur. Pourtant, il sera tenu de respecter les directives d'un mandataire de justice qui remplace l'employeur évincé de son pouvoir. L'absence de lien juridique exige, par conséquent, que l'obligation d'indemniser les salariés qui peut être mise à la charge du mandataire de justice soit fondée sur la responsabilité civile extracontractuelle et non contractuelle comme pouvait l'être l'action du salarié contre son employeur.

Paragraphe 2 : La charge de l'indemnisation des salariés

Le mandataire de justice acquiert par sa désignation le pouvoir de gestion de l'entreprise dont le propriétaire et les dirigeants sont déchus des prérogatives offertes par le contrat de travail à l'égard des salariés. Il est par conséquent tenu d'assumer les obligations qui incombaient à l'employeur ou aux dirigeants de l'entreprise placée en procédure collective. Ces obligations à l'égard des salariés sont, en partie, des obligations de substitution. S'il n'assume pas ces obligations, sa responsabilité personnelle est engagée car l'employeur n'est pas responsable de ses fautes.

³⁰¹⁵ Cf., G. BOLARD, « La déontologie des mandataires de justice dans les faillites », *D.* 1988, chron. p. 261 et « Les fonctions des mandataires judiciaires », *Rev. proc. coll.* 2006-2, p. 205 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., p. 277.

³⁰¹⁶ Cf., Q. URBAN, « La communauté d'intérêts, un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés », *RTD com.* 2000, p. 1 ; D. COHEN, « Le gouvernement d'entreprise : une nécessité en droit français ? », in Mélanges Ph. Malaurie, *Liber amicorum*, Defrénois, 2005, p. 159 ; I. GROSSI, *Les devoirs des dirigeants sociaux : bilan et perspectives*, Thèse Aix-Marseille III ; D. PORACCHIA, « Aspects juridiques de la gouvernance des entreprises sportives », *Cah. dr. sport* 2006, n° 5, p. 29 ; I. ROHART-MESSAGER, « À propos des conflits d'intérêts dans les sociétés », *LPA* 2008, n° 71, p. 14 ; B. BRIGNON, *L'actif social. Plaidoyer pour la reconnaissance de la notion*, préf. Jacques Mestre, PUAM 2009, p. 285 et s.

297.- Transfert d'obligations à l'administrateur judiciaire. L'administrateur judiciaire est tenu de respecter les obligations légales et conventionnelles de l'employeur³⁰¹⁷. Il doit ainsi de la cadre de la substitution de l'employeur, respecter les engagements de l'employeur en matière d'emploi et de salaires. Par conséquent, il est tenu de respecter les règles protectrices des salariés dans le domaine de l'emploi, à l'instar de la recherche des possibilités de reclassement des salariés. S'il ne reclasse pas préalablement les salariés, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse³⁰¹⁸. La violation des obligations de l'employeur permet d'engager sa responsabilité pénale³⁰¹⁹, et surtout civile qui mérite d'être analysée. La responsabilité professionnelle est engagée sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil³⁰²⁰. Il assume une obligation de moyen et non de résultat³⁰²¹, mais ses manquements sont sévèrement sanctionnés parce que sa faute professionnelle simple constitue une faute lourde³⁰²². Sa responsabilité est souvent engagée dans le cadre de l'inobservation des périodes de garantie fixées par l'article L. 3253-8, 2° du Code du travail.

298.- Faute de licenciement tardif de l'administrateur judiciaire. La créance du salarié qui résulte de la rupture du contrat de travail n'est couverte que si elle est née dans une période de garantie précise. L'auteur du licenciement doit donc diligenter rapidement la procédure de rupture afin que la créance du salarié ne naisse pas en dehors de la période de garantie³⁰²³. Le *pouvoir de licencier* étant confié à l'administrateur judiciaire, il lui incombe de respecter ce délai, sinon sa responsabilité civile est engagée³⁰²⁴.

³⁰¹⁷ C. com., art. L. 622-1 ; Cass. crim. 30 janv. 1996, *Dr. sociétés* 1996, n° 130, obs. Y. Chaput ; 3 mars 1998, n° 1516 PF, Tresmontant (infraction à la réglementation liée à la sécurité du travail et blessures involontaires) ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Montchrestien, Coll. « Domat droit privé », 2011, p. 270.

³⁰¹⁸ V., Cass. soc. 1^{er} avr. 1992, n° 89-43.494 ; B. SOINNE, « Responsabilité éventuelle du mandataire de justice en matière de reclassement », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 3, pp. 44-45, note sous Cass. com. 31 mars 2009, n° 07-45.065 et « Dans quelle mesure la responsabilité du mandataire de justice peut-elle être engagée en raison d'actions en justice qu'il aurait engagées ? », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 3, p. 45, note sous TGI Saint-Quentin, 19 févr. 2009, n° 08-00.638 ; Évry, 20 févr. 2006, n° 03-08.005.

³⁰¹⁹ Cass. crim. 21 juin 2000, *JCP G* 2001, II, 10481 (obligation de convoquer l'assemblée annuelle pendant la période d'observation) ; C. RUELLAN, « La responsabilité pénale des administrateurs provisoires et judiciaires, du fait de leur administration », *Dr. pénal* 2000, n° 25.

³⁰²⁰ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 1984, n° 82-11.500 ; Cf., H. SLIM, *La responsabilité des administrateurs et liquidateurs judiciaires*, Litec, 2001, p. 4 et s. ; P. ROUSSEL GALLE, « Responsabilité de l'administrateur judiciaire », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, p. 36, note sous Cass. soc. 6 juill. 2011, n° 09-66.801.

³⁰²¹ C. com., art. L. 621-22 ; B. SOINNE, *Rev. proc. coll.* 1991, p. 419, n° 4, 1990, p. 280 ; *Rev. proc. coll.* 1994, p. 69.

³⁰²² CA Paris 1^{re} ch. A, 26 avr. 1988, *Rev. proc. coll.* 1991, p. 419, n° 4.

³⁰²³ V., C. trav., art. L. 3253-8, 2°.

³⁰²⁴ Cf., B. SOINNE, « Responsabilité éventuelle du mandataire de justice en matière de reclassement », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 3, p. 45.

En effet, l'article L. 631-17 du Code de commerce prévoit que l'administrateur judiciaire est l'*auteur principal* des ruptures du contrat de travail pendant la période d'observation³⁰²⁵. Même si sa responsabilité n'est pas liée véritablement à une quelconque *délégation des pouvoirs* de l'employeur³⁰²⁶, il lui appartient de consulter les représentants du personnel³⁰²⁷, de mettre en place le plan de sauvegarde de l'emploi et de rompre le contrat de travail dans la période de garantie. Le Code du travail prescrit que l'administrateur judiciaire doit rompre le contrat de travail pendant la période d'observation, dans le mois suivant le jugement arrêtant le plan de sauvegarde, de redressement ou de cession³⁰²⁸. Par conséquent, l'administrateur qui ne rompt pas le contrat de travail dans cette période de garantie, engage sa responsabilité civile qui désengage l'employeur et l'institution de garantie des salaires. Le délai de couverture est essentiel, car il permet aux salariés de bénéficier de la garantie des salaires. Dans un arrêt du 21 septembre 2005³⁰²⁹, la Cour de cassation indique qu'une « demande d'arrêt de l'exécution provisoire du jugement » qui arrête le plan de cession ne suspend pas le délai de garantie de la créance salariale. Il n'y a que l'ordonnance qui prononce l'arrêt de l'exécution provisoire qui peut différer la période de garantie.

Par conséquent, l'administrateur judiciaire qui licencie les salariés en dehors de la période de garantie (le délai d'un mois après le jugement arrêtant le plan de cession³⁰³⁰, par exemple) met hors de cause l'AGS qui n'est plus tenue de garantir les créances des salariés. Le respect de la période de garantie est une condition d'intervention de l'institution de garantie des créances salariales. À cet égard, le salarié qui est mis en déchéance du bénéfice de l'*assurance garantie des salaires* à cause de la tardiveté de la rupture peut ainsi engager la responsabilité de l'administrateur judiciaire.

Toutefois, les licenciements effectués par l'administrateur judiciaire dans le cadre d'un plan de cession, mais en dehors de la période de garantie ne sont pas privés de cause réelle et sérieuse³⁰³¹. Dans cette optique, la Cour de cassation a donné deux positions différentes sur le

³⁰²⁵ C. com., art. L. 631-17.

³⁰²⁶ Cass. crim. 28 nov. 1995, *Dr. pén.* 1996, comm.. 164 ; 30 janv. 1996, préc.

³⁰²⁷ Cass. crim. 28 nov. 1995, *Bull. crim.* 1995, n° 361 ; *Dr. pén.* 1996, comm.. 88 ; 30 janv. 1996, *Bull. crim.* 1996, n° 54 ; *Dr. pén.* 1996, comm.. 196 ; *Rev. sc. crim.* 1996, p. 870, obs. A. Cerf ; *JCP E* 1996, I, 597, n° 20, obs. O. Godard et 1997, I, 645, n° 7, obs. J.-F. Cesaro.

³⁰²⁸ C. trav., art. L. 3253-8, 2°.

³⁰²⁹ Cass. soc. 21 sept. 2005, n° 04-40.529 F-PB, Nespoulos et a c/ Benoit et a.

³⁰³⁰ C. com., art. L. 621-64.

³⁰³¹ J.-E. TOURREIL, « Le licenciement notifié plus d'un mois après l'adoption du plan de cession est irrégulier mais reste valable sur le fond », *Jurispr. soc. Lamy* 2005, n° 176.

régime des licenciements qui interviennent en dehors de la période de garantie. Elle a dans un premier temps annoncé que l'inobservation de la période de garantie constitue une irrégularité de forme causant préjudice aux salariés qui ont perdu la garantie de l'AGS, mais elle ne permet pas cependant la soumission des licenciements au droit commun du licenciement économique³⁰³². Elle a dans un second temps précisé que ces ruptures étaient soumises au droit commun du licenciement pour motif économique³⁰³³. Néanmoins, la lettre de licenciement de l'administrateur doit seulement se référer au jugement qui a arrêté le plan de cession et autorisant les licenciements³⁰³⁴. Les salariés déchus de la garantie de l'AGS doivent demander la réparation de leur préjudice à l'administrateur judiciaire³⁰³⁵ : ce dernier engage sa responsabilité personnelle³⁰³⁶ et non celle de l'entreprise – *employeur titulaire du pouvoir de licencier*. En revanche, la mise en œuvre de la responsabilité de l'administrateur pose la question de la preuve.

299.- Conditions de la responsabilité d'indemniser. La responsabilité d'indemnisation des créances des salariés par l'administrateur à cause de l'intervention en dehors de la période de garantie du licenciement nécessite que le salarié démontre les conditions de la responsabilité civile. En effet, l'administrateur judiciaire n'est pas le cocontractant du salarié, mais il est tenu de respecter les obligations contractuelles de l'employeur à l'égard du salarié. Pour bénéficier d'une réparation au regard de la responsabilité civile, le salarié doit rapporter la preuve de la faute car la présomption de faute ne peut entraîner une telle responsabilité³⁰³⁷. Il est aussi admis par la jurisprudence que la responsabilité du mandataire de justice peut être recherchée en dehors de ses fonctions lorsqu'il a commis des fautes dommageables³⁰³⁸. Il est ainsi condamné à titre personnel³⁰³⁹. Autrefois, l'action en responsabilité délictuelle engagée par le salarié tiers se prescrivait par *dix ans* à compter de l'apparition du préjudice ou de son

³⁰³² Cass. soc. 10 juill. 2002, n° 00-42.340.

³⁰³³ Cass. soc. 21 sept. 2005, n° 04-40.529 F-PB, préc.

³⁰³⁴ Cass. soc. 18 nov. 1998, n° 96-42.378, *Bull. civ. V*, n° 500 ; *Jurispr. soc. Lamy* 1999, n° 27-9 ; 22 févr. 2000, n° 97-43.780 ; 10 juill. 2002, n° 00-42.340, *Bull. civ. V*, n° 242 ; Ass. plén. 24 janv. 2003, n° 00-41.714, *Bull. ass. Plén.*, n° 1.

³⁰³⁵ Cass. soc. 21 sept. 2005, n° 04-40.529 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les professions d'administrateurs et de mandataires judiciaires. Des professions à « haut risque » », in *Mélanges A. Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 193.

³⁰³⁶ Cass. soc. 6 juill. 1993, n° 91-14.707, *Bull. civ. V*, n° 281 ; 24 mars 2010, n° 09-40.147, *Gaz. Pal.* 2 et 3 juill. 2010, p. 36, note C. Gailhbaud.

³⁰³⁷ Cass. com. 16 oct. 2001, n° 98-17.742, NP.

³⁰³⁸ Cass. com. 30 sept. 2008, n° 07-17.450, NP, n° 919 F-D.

³⁰³⁹ Cass. soc. 17 oct. 2001, n° 99-44.190, NP, *Gaz. Pal.* 19-20 déc. 2001, pan. p. 30 ; Cass. com. 11 juin 2003, n° 00-16.136, NP ; 30 juin 2004, n° 02-19.375, NP..

aggravation³⁰⁴⁰, alors que l'action en responsabilité contractuelle du débiteur se prescrit par dix ans à compter du terme de la mission du mandataire de justice³⁰⁴¹. Ces prescriptions dérogeaient au droit commun et permettent la poursuite du mandataire de justice qui a mis fin à ses fonctions³⁰⁴². Désormais, elles se prescrivent toutes par *cinq ans* et courent à compter du jour où la personne ayant le droit d'agir a eu connaissance du fait dommageable³⁰⁴³. L'administrateur judiciaire étant assuré par la Caisse de garantie des mandataires de justice, il convient d'envisager son intervention.

300.- Possible intervention de la Caisse de garantie. La déchéance des salariés à la garantie des salaires engage la responsabilité de l'administrateur judiciaire. Ce dernier étant assuré auprès de la caisse de garantie des mandataires de justice³⁰⁴⁴, les salariés devraient avoir la possibilité de demander le paiement de leurs créances à cette caisse qui est la personne morale gérant les cotisations de leur affiliation obligatoire³⁰⁴⁵. Sa responsabilité serait une *responsabilité de substitution* à l'image de celle de l'institution de garantie des salaires. En effet, il est prévu que la garantie de cette « caisse joue sans que puisse être opposé aux créanciers le bénéfice de discussion prévu à l'article 2021 du Code civil et sur la seule justification de l'exigibilité de la créance et de la non-présentation des fonds par l'administrateur judiciaire [...] inscrit sur la liste »³⁰⁴⁶. Cette caisse doit également s'assurer contre les risques résultant pour elle de l'application du présent code³⁰⁴⁷. Par conséquent, les salariés dès lors que l'administrateur est tenu personnellement responsable de la *déchéance* du bénéfice de la garantie de l'AGS, pouvaient se retourner contre l'assurance responsabilité civile de l'administrateur. La prise en charge des créances salariales par la caisse de garantie des mandataires de justice pallie l'absence de la garantie de l'AGS pour les salariés déçus. Les salariés victimes des imprudences ou manquements de l'administrateur seront ainsi mieux protégés. On peut, par ailleurs, envisager que le mandataire de justice condamné en

³⁰⁴⁰ La loi sur la réforme du droit de la prescription du 17 juin 2008 ; C. civ., art. 2270-1, al. 1 ; Cass. com. 3 juill. 2007, n° 05-21.884, *Bull. civ.* IV, n° 183, n° 943 FS-P+B; *D.* 2007, AJ 2108, note X. Delpech ; *Act. proc. coll.* 2007/14, n° 170, note C. Régnaud-Moutier, *Gaz. Pal.* 2007/4, p. 36, note S. Gorrias.

³⁰⁴¹ C. civ., art. 2277-1.

³⁰⁴² CA Paris, 4e ch. B, 13 mai 2005, RG n° 2003/12092.

³⁰⁴³ C. civ., 2224 ; L., 17 juin 2008.

³⁰⁴⁴ C. com., art. L. 814-4 ; Y. AGUILA, « La caisse de garantie des administrateurs et liquidateurs ne peut lever une cotisation supplémentaire touchant les professionnels non inscrits sur une liste mais autorisés à titre exceptionnel à achever certaines de leurs missions », *JCP E* 2005, n° 38, pp. 1544 et s.

³⁰⁴⁵ Cass. civ. 1^{re}, 30 janv. 1996, *Bull. civ.* I, n° 52 ; *D.* 1996, IR 62 ; *JCP G* 1996, II, 22613, rapp. Sargos ; 10 juin 1997, *Rev. proc. coll.* 1998, 199, obs. Soinne.

³⁰⁴⁶ C. com., art. L. 814-3.

³⁰⁴⁷ Y. GUYON, *Rev. proc. coll.* 1988, 159.

responsabilité civile délictuelle puisse demander la garantie à l'État parce qu'il est auxiliaire du service public de la justice³⁰⁴⁸.

La dynamique de l'expansion du champ des responsables de l'indemnisation est favorable aux salariés. En revanche, si l'administrateur exerce son activité dans le cadre d'une *société civile professionnelle (SCP)*, le salarié doit mettre en cause la société et non l'administrateur personne physique. À défaut, la demande est irrecevable³⁰⁴⁹. Toutefois, les administrateurs judiciaires bénéficient des privilèges de juridictions qui leur permettent d'exercer normalement la profession. Ces privilèges permettent, en définitive, de n'engager leur responsabilité que dans le cadre strict de la profession afin de ne pas décourager à l'exercice de cette profession. Force est de constater que l'imputation de la responsabilité d'indemniser de l'administrateur judiciaire est identique à celle du mandataire judiciaire.

301.- Responsabilité extracontractuelle du mandataire judiciaire. La fonction du mandataire judiciaire a des conséquences importantes sur la situation des salariés. Il lui appartient entre autres missions, de procéder au licenciement pour motif économique des salariés. Cette mission met à l'épreuve la responsabilité d'indemniser les créances résultant de la rupture du contrat de travail. En effet, le Code du travail exige que l'assurance couvre la créance résultant de cette rupture que si elle naît dans une période de garantie déterminée³⁰⁵⁰. Par conséquent, le mandataire judiciaire est tenu de mettre en œuvre rapidement la rupture parce que l'obligation de rompre le contrat dans un délai précis n'exclut pas l'obligation de respecter la procédure de licenciement³⁰⁵¹. En ce sens, il doit articuler l'exigence temporelle de la rupture du contrat de travail avec les exigences procédurales. C'est la difficulté de concilier les exigences du droit du travail avec les finalités des procédures collectives qui a fait dire à un auteur que le droit social est un droit « contre-productif dans les entreprises en difficulté »³⁰⁵². Le pouvoir de licencier du mandataire judiciaire est donc semé d'embûches.

Ainsi, s'il est admis que la non inscription d'une créance salariale sur le relevé des créances cause un préjudice qui autorise le salarié à engager la responsabilité civile du mandataire

³⁰⁴⁸ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 5e éd., Dalloz 2009, p. 516 ; Cass. civ. 1^{re}, 14 juin 2005, n° 03-20.906, NP, *Gaz. Pal.* 2005/3, p. 20, n° 2, obs. S. Gorrias.

³⁰⁴⁹ Cass. com. 30 juin 2004, n° 02-19.375.

³⁰⁵⁰ C. trav., art. L. 3253-8, 2° ; F. SARAMITO, « AGS et garantie des créances établies après l'ouverture de la procédure collective », *Dr. ouvr.* 2002, p. 383.

³⁰⁵¹ C. com., art. L. 641-4.

³⁰⁵² A. BOYER, « Un droit social contre-productif dans les entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.* 16 et 17 avril 2010, p. 8 et s.

judiciaire³⁰⁵³, la responsabilité d'indemniser le salarié lui est également imputée, s'il ne rompt pas dans les délais le contrat du salarié pour motif économique à la place de l'employeur.

302.- Faute de licenciement tardif du mandataire judiciaire. Le mandataire judiciaire est obligé de rompre le contrat du salarié dans les périodes de garantie pour que la créance rentre dans le champ de la garantie des créances des salariés. En effet, l'article L. 3253-8, 2° du Code du travail prévoit que l'assurance mentionnée à l'article L. 3258-6 couvre [...] les créances résultant de la rupture du contrat de travail intervenant « dans les quinze jours suivant le jugement de liquidation, pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation judiciaire et dans les quinze jours suivant la fin de ce maintien d'activité »³⁰⁵⁴. Ceci dit, le mandataire judiciaire qui ne procède pas au licenciement du salarié dans ces périodes prive le salarié de la garantie des salaires³⁰⁵⁵. Le salarié qui est déchu du bénéfice de la garantie à cause de la tardiveté de la rupture subi un préjudice qu'il a droit à une réparation. Cette faute de tardiveté de rupture lui permet d'engager une action en responsabilité civile contre la mandataire judiciaire³⁰⁵⁶.

En réalité, le mandataire judiciaire ne représente pas seulement les créanciers, les fonctions qu'il exerce, sont celles relevant du pouvoir de l'employeur. Les licenciements qu'il effectue dans les périodes de garantie sont au regard du droit de la garantie des salaires considérés comme relevant du pouvoir de l'employeur et ceux qui ne sont pas effectués dans ces périodes comme découlant d'un *détournement du pouvoir*. Par conséquent, il incombe au mandataire judiciaire de supporter les conséquences de son *détournement de pouvoirs*. La Cour de cassation est stricte sur l'application des périodes de garantie. Le pouvoir qui est confié au

³⁰⁵³ V., Cass. com. 23 mai 2000, *D.* 2000, p. 309, obs. A. Liénhard ; *JCP E et A* 2000, p. 1140, obs. P.-M. Le Corre ; 20 juin 2000, *D.* 2000, p. 338, obs. A. Liénhard ; PERDRIAU, « La responsabilité civile des mandataires de justice », *JCP E* 1989, II, 15547 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les professions d'administrateurs et de mandataires judiciaires, des professions « à haut risque » », in *Mélanges A. Honorat*, éd., Frison-Roche, 2000, p. 193.

³⁰⁵⁴ V., Cass. soc. 6 juin 2007, *JCP S* 2007, 176, note T. Lahalle ; *Dr. soc.* 2007, 987, obs. C. Radé ; 17 juin 2009, *RJS* 10/09, n° 803.

³⁰⁵⁵ Cass. soc. 3 avr. 2002, n° 99-44.288, *Bull. civ.* V, n° 117 ; 3 avr. 2002, n° 99-43.493 ; 3 avr. 2002, n° 99-43.163, *Bull. civ.* V, n° 115 ; 10 juill. 2002, n° 00-42.340, *Bull. civ.* V, n° 242, *D.* 2002, p. 2678, obs. A. Liénhard.

³⁰⁵⁶ Cass. soc. 1er déc. 1999, n° 97-45.192, *Rev. proc. coll.* 2000, p. 108 ; CA Paris, 25 sept. 2008, *BRDA* 24/08, n° 12 ; *RJDA* 2/09, n° 127 ; Cass. soc. 1^{er} mars 2006, n° 03-46.356, *Rev. proc. coll.* 2006/3, p. 286, n° 20, obs. Taquet ; 14 oct. 2009, n° 07-45.257, *Gaz. Pal.* 2020, n° 8 à 9, note. Gailhbaud ; 24 mars 2010, n° 09-40.147, F-D, *Gaz. Pal.* n° spéc., *Droit des entreprises en difficulté*, 2 et 3 juill. 2010, n° 183 et 184, p. 36, note critique de Gailhbaud ; Cf., Y. CHAGNY, « Quelques aspects de la garantie des créances résultant du licenciement pour motif économique par l'entreprise en difficulté », *Gaz. Pal.* 20 et 21 sept. 2002, doct. p. 56 et s., n° 21 ; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6^e éd., Dalloz, coll. Action, 2011, p. 617, n° 362.35.

mandataire judiciaire de rompre les contrats de travail³⁰⁵⁷ doit s'exercer dans ces périodes de garantie³⁰⁵⁸. Le mandataire judiciaire désigné par le jugement de liquidation judiciaire³⁰⁵⁹ peut engager sa responsabilité personnelle³⁰⁶⁰ s'il ne respecte pas l'exigence temporelle de garantie des salaires³⁰⁶¹. Dans cette optique, il ne peut invoquer l'absence du maintien provisoire d'activité en cas de liquidation judiciaire pour déclarer la rupture de plein droit du contrat de travail³⁰⁶², car la loi exige de sa part, des actes positifs excluant l'expression d'une rupture de *facto* pour que la créance bénéficie de l'assurance garantie³⁰⁶³. Ces fautes engagent par conséquent la responsabilité civile professionnelle du mandataire judiciaire³⁰⁶⁴.

En conclusion, la responsabilité d'indemniser les salariés est engagée lorsqu'il ne notifie pas les licenciements aux salariés dans les délais impartis³⁰⁶⁵. Sa responsabilité³⁰⁶⁶ désengage l'institution de garantie des salaires³⁰⁶⁷ et l'employeur cocontractant du salarié. Cette responsabilité est fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil. Le salarié doit donc rapporter la preuve de l'existence de la faute, du dommage et le lien de causalité entre la faute

³⁰⁵⁷ C. com., art. L. 641-4, al. 6. Cf., P. BAILLY, Les licenciements et procédures collectives, *Gaz. Pal.* 7/8 nov. 2008, p. 3626 ; A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 6^e éd., Litec, coll. « Manuel », 2009, p. 564.

³⁰⁵⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., p. 634 et s. ; A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Litec, coll. « Manuel », 2011, p. 642 et s.

³⁰⁵⁹ Loi du 3 janv. 2003, art. L. 622-2, al. 1 C. com.

³⁰⁶⁰ Cass. com. 6 juill. 1993, n° 91-14.707, *Bull. civ.* V, n° 558 ; Cass. soc. 3 mars 1994, *Rev. proc. coll.* 1995, p. 238, obs. F. Taquet ; H. SLIM, *La responsabilité professionnelle des administrateurs et liquidateurs judiciaires*, Litec, 2002 ; P. LE CANNU, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Dalloz, 2007, n° 436 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 6^e éd., 2009, n° 2542 ; « Des professions à « haut risque », les professions d'administrateur et de mandataire judiciaires », in *Mél. A. Honorat*, éd., Frison-Roche, 2000, p. 193 ; F. AUBERT, « La responsabilité civile professionnelle des mandataires de justice dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires », *Rapp. C. cass.* 2003, p. 14

³⁰⁶¹ Cass. soc. 21 nov. 1989, n° 88-43.446, *Bull. civ.* V, n° 672 ; D. 1990, somm. 217, obs. A. Honorat ; 6 juill. 1993, *RJS* 1993, n° 991 ; 8 janv. 1997, n° 94-41.821, NPT, D. 1997, IR 40 ; 24 mai 2000, n° 98-42.343, NPT, LXN, n° A6306A4C ; 20 avr. 2005, n° 03-43.399, NP, *Rev. proc. coll.* 2005/4, p. 380, n° 10, obs. F. Taquet ; 1^{er} mars 2006, n° 03-46.356, NP, *Rev. proc. coll.* 2006/3, p. 238, obs. F. Taquet ; CA Paris, 29 sept. 2008, n° 07-8877, *BRDA* 2009 ; B. SAINTOURENS, P. DUPRAT, « Les droits des salariés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, 10 mars 2009, n° 69, p. 40.

³⁰⁶² Cass. soc. 18 nov. 1992, n° 91-43.960, *Bull. civ.* IV, n° 558 ; Cass. soc. 5 mai 2004, n° 02-41.214, NP, *Rev. proc. coll.* 2004, p. 394, n° 12, obs. F. Taquet.

³⁰⁶³ Y. CHAGNY, « Quelques aspects de la garantie des créances résultant du licenciement pour motif économique par l'entreprise en difficulté », *Gaz. Pal.* 20-21 sept. 2002, doct. p. 56, spéc. p. 61, n° 21.

³⁰⁶⁴ Cass. com. 6 juill. 1993, n° 91-14.707, *Bull. civ.* V, n° 558 ; 10 mars 1994, *Rev. proc. coll.* 1995, p. 238, obs. F. Taquet ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Des professions à « haut risque », les professions d'administrateur et de mandataires judiciaires », in *Mélanges A. Honorat*, éd., Frison-Roche, 2000, p. 193 ; F. AUBERT, « La responsabilité civile professionnelle des mandataires de justice dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires », *Rapp. Cour cass.*, 2003, p. 14.

³⁰⁶⁵ Cass. soc. 10 juill. 2002, *Bull. civ.* V, n° 242 ; CA Paris, 1^{er} juill. 2008, *BRDA* 24/08, n° 12, *RJDA* 2/09, n° 127.

³⁰⁶⁶ CA Paris, 1^{er} ch. 3 juin 1994, *Gaz. Pal.* 1994, 2, somm., p. 784 ; TGI Paris, 1^{er} ch., 19 mai 1999, *JCP E* 1999, p. 1130 ; CA Amiens, 2 avr. 2008, n° 07/03165CA Paris Pôle 06 ch. 06, 17 mars 2010, n° 08/08186 ; Nîmes, ch. soc. 8 mars 2011, n° 09/02954.

³⁰⁶⁷ Cass. soc. 1^{er} mars 2006, *Act. proc. coll.* 2006, n° 65.

et le dommage. Toutefois, l'action dirigée contre les personnes légalement habilitées à représenter ou à assister les parties en justice à raison de la responsabilité qu'elles encourent de ce fait se prescrit par dix ans à compter de la fin de leur mission³⁰⁶⁸.

La responsabilité du mandataire judiciaire d'indemniser les salariés en raison de la tardiveté de la rupture du contrat peut être rapprochée à celle qui découle d'une fraude aux l'article L. 1224-1³⁰⁶⁹ et L. 3253-8 du Code du travail. En effet, la Cour de cassation a, d'une part, décidé que « [...] ni la décision qui place l'employeur en liquidation judiciaire, ni l'ordonnance par laquelle le juge-commissaire autorise la cession d'éléments d'actif ne permettent de licencier un salarié en violation de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail, devenu L. 1224-1 ; le liquidateur judiciaire qui notifie un licenciement privé d'effet, comme intervenu en méconnaissance de ce texte, engage sa responsabilité à l'égard du cessionnaire, tenu de poursuivre l'exécution du contrat de travail »³⁰⁷⁰. D'autre part, le mandataire judiciaire engage sa responsabilité s'il fraude à la garantie de l'AGS. Il s'agit en effet du salarié licencié qui bénéficie du régime des articles L. 143-11-1³⁰⁷¹ et L. 143-11-3³⁰⁷² du Code du travail, alors qu'il était exclu du plan de cession³⁰⁷³. Dans cette optique, il a été décidé que, si la loi n'impose pas au mandataire judiciaire de procéder à la rupture du contrat de travail dans les quinze jours suivant le jugement de liquidation judiciaire, qui est l'une des conditions du bénéfice du GARP, sa responsabilité peut être engagée selon le droit commun lorsque le licenciement intervient en dehors du délai imparti pour sa faute. Le salarié privé de garantie subit ainsi un préjudice dont il est tenu de réparer³⁰⁷⁴. Mais le mandataire judiciaire étant soumis à l'obligation d'assurance à la caisse de garantie³⁰⁷⁵, les salariés pourraient demander le paiement de leurs créances à l'assurance professionnelle du mandataire judiciaire.

303.- Possible intervention de la caisse de garantie. L'imputation de la responsabilité d'indemniser au mandataire judiciaire comporte un risque pour les salariés car la solvabilité

³⁰⁶⁸ C. civ., art. 2277-1.

³⁰⁶⁹ Cass. soc. 27 oct. 1999, *Bull. civ.* 1999, V, n° 415 ; *Cah. soc. Barreau de Paris* 2000, n° 117 S, 67, obs. S. Dugué ; *Gaz. Pal.*, 2000, somm. p. 430, J. n° 36, 5 févr. 2000, p. 11, note B. Boubli ; 24 févr. 2004, Sté Le Chameau, Sté La Dunoise c./ Mme Josse, n° 01-11.446, arrêt n° 442 F-D ; F.-J. PANSIER, « Licenciement et responsabilité du mandataire-liquidateur », *Cah. soc. Barreau de Paris*, 2004, n° 160, p. 225.

³⁰⁷⁰ F.-J. PANSIER, « Licenciement et responsabilité du mandataire-liquidateur », préc., p. 225.

³⁰⁷¹ C. trav., art. L. 3253-8.

³⁰⁷² C. trav., art. L. 3253-10 à L. 3253-12.

³⁰⁷³ F.-J. PANSIER, « Licenciement et responsabilité du mandataire-liquidateur », préc., p. 225.

³⁰⁷⁴ CA Paris, 1^{re} ch. A, 2 juill. 1991, *D.* 1991, IR p. 258 ; 1^{re} ch. B, 3 juin 1994, *Gaz. Pal.* 1994, somm. p. 784, J. n° 354 ; 1^{re} ch. B, 20 déc. 1994, *Gaz. Pal.* 1994, p. 17.

³⁰⁷⁵ C. com., art. L. 814-3.

des mandataires de justice peut être incertaine. Pour remédier à ce risque, il serait envisageable de permettre aux salariés de demander la garantie de la Caisse de garantie qui assure ces mandataires dans le cadre de leurs activités professionnelles. En effet, le mandataire judiciaire est soumis comme l'administrateur à l'obligation d'assurer ses activités professionnelles dans la procédure collective. Ces activités sont assurées auprès d'une *Caisse de garantie des mandataires de justice*³⁰⁷⁶. Ce dispositif ne précise pas cependant le régime juridique de la responsabilité applicable³⁰⁷⁷. Dans cette perspective, la Cour de cassation a décidé : « [...] qu'ayant constaté que M. X, n'avait pas souscrit d'assurance couvrant les navires en dépôt, et, qu'en toute hypothèse, il ne justifiait d'aucune déclaration du sinistre, l'arrêt a pu en déduire qu'ayant été négligent, tant dans la conservation des navires que dans l'instruction du dossier, celui-ci avait commis des fautes professionnelles à l'origine du dommage subi par M. Y auquel il devait réparation, peu important que ce dernier n'ait pas exercé l'action en revendication ; que le moyen n'est pas fondé ». Un tel argument peut valablement s'appliquer aux négligences commises par les mandataires de justice afin d'exiger à cette caisse de garantir la rupture irrégulière du contrat de travail ou la perte de la garantie des salaires.

D'ailleurs, la caisse de garantie contracte au nom du mandataire de justice une assurance pour couvrir toutes les conséquences pécuniaires de sa responsabilité civile du fait de ses négligences ou de ses fautes ou de celles de ses préposés, commises dans l'exercice de son mandat³⁰⁷⁸. Il s'agit ici de la même responsabilité délictuelle³⁰⁷⁹ que celle encourue par l'administrateur précitée. Par conséquent, il faut envisager que les salariés privés de la garantie de l'AGS, à cause de la faute du mandataire judiciaire, se retournent contre l'assurance de ce dernier pour demander l'indemnisation des créances nées d'une rupture effectuée en dehors de la période de garantie ou qui viole l'article L. 1224-1 du Code du

³⁰⁷⁶ C. com., art. L. 814-4 ; Y. AGUILLA, « La caisse de garantie des administrateurs judiciaires et liquidateurs ne peut lever une cotisation supplémentaire touchant les professionnels non inscrits sur une liste mais autorisés à titre exceptionnel à achever certaines de leurs missions », conclusions du commissaire du gouvernement sous Conseil d'État, 6^e et 1^{re} sous sections, 10 août 2005, *JCP E* 2005, n° 38, p. 1544 ; E. INACIO, M. MAILLY, « Étude de droit comparé du statut de syndic dans les 27 États membres de l'Union européenne », *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 13.

³⁰⁷⁷ S. GORRIAS, « Redressement judiciaire », *Gaz. Pal.*, 2008, n° 313, p. 44, note sous Cass. com. 16 sept. 2008, n° 07-11.012.

³⁰⁷⁸ C. com., art. 814-4.

³⁰⁷⁹ C. civ., art. 1382 et 1383.

travail. En outre, le mandataire judiciaire peut engager sa responsabilité pour discrimination s'il licencie un salarié protégé sans respecter la procédure liée à son statut³⁰⁸⁰.

En somme, les mandataires de justice peuvent engager leur responsabilité pour divers manquements, mais l'inobservation des périodes de garantie qui entraîne la déchéance des salariés du bénéfice de la garantie des salaires et l'absence de vérification des créances qui peut les priver également de cette garantie sont les causes de responsabilité les plus fondamentales. En pratique, l'expansion de l'obligation d'indemnisation des salariés aux mandataires de justice, et surtout, à leurs assurances *éventuellement*, est favorable aux salariés car elle évite la privation de protection aux salariés déçus de la garantie des créances salariales. Elle permet d'alléger aussi bien la charge financière de l'entreprise débitrice que de l'institution de garantie des salaires afin d'assurer aux salariés un droit effectif au règlement effectif de leurs créances.

³⁰⁸⁰ C. trav., art. L. 1132-1 ; C. com., art. L. 662-4, al. 2 ; Cass. soc. 17 mars 1999, *D.* 1999, IR 105 ; *Dr. soc.* 1999, 535, obs. M. Grévy ; *RJS* 1999, 422, n° 694 ; 30 avr. 2009, *RJS* 2009, 569, n° 640 ; *Jurispr. soc. Lamy* 2009, n° 257-2 ; 1^{er} juill. 2009, *Jurispr. soc. Lamy* n° 263-2 ; 23 sept. 2009, *D.* 2009, act. jurisp. P. 2341 ; *Act. proc. coll.* 2009-17, n° 257, obs. L. Fin-Langer.

Conclusion du chapitre 2

L'expansion de la responsabilité d'indemnisation aux responsables alternatifs encouragée par la dynamique de la garantie des salaires est favorable à la protection des créances des salariés. Elle permet de soulager l'employeur qui doit poursuivre son activité malgré l'ouverture de la procédure collective et de réduire l'intervention de l'institution de garantie. En effet, le législateur doit *assouplir* le principe de *séparation des patrimoines* dans les groupes de sociétés afin de faciliter la reconnaissance de l'imputation de la responsabilité d'indemniser les salariés des sociétés mères parce que la constitution des groupes ne doit pas être un moyen d'éluider les règles protectrices du droit du travail. Surtout, la constitution des groupes implique fréquemment les sociétés de nationalités différentes ; elle est donc l'instrument idéal de contournement des principes du droit du travail, notamment ceux relatifs au maintien de l'emploi et à la *charge d'indemnisation des salariés*.

En ce qui concerne la responsabilité des mandataires de justice, l'expansion de la responsabilité d'indemniser les salariés à leur égard incite à la diligence. Leur mise en cause exonère l'institution de garantie de son *obligation sociale et solidaire* de prendre en charge les créances salariales. Elle n'est pas appelée à garantir les fautes des mandataires de justice, mais de l'employeur ou de son représentant uniquement. Cette expansion du champ des responsables d'indemnisation est donc le gage de la pérennité et du succès de la poursuite de l'exploitation et du maintien d'une partie d'emplois.

Conclusion du titre 2

La charge de l'indemnisation des créances des salariés n'est plus seulement assumée par l'employeur. S'il reste le *responsable principal* de l'indemnisation des salariés parce qu'il est le cocontractant du salarié qui exerce le pouvoir de direction et disciplinaire, il assume par conséquent aussi la responsabilité principale des fautes de ses représentants ou délégataires. En effet, l'étendue de sa responsabilité dans l'indemnisation est large. Il est tenu de verser aux salariés une indemnité de licenciement qui se fonde sur son *pouvoir unilatéral* de licencier. Cette indemnité est due, même en l'absence de toute faute de la part de son représentant ou délégataire. Néanmoins, sa responsabilité est suffisamment engagée lorsqu'il y a violation des exigences de la régularité du licenciement. Ainsi, l'employeur est responsable de l'inobservation des dispositions relatives à la justification du licenciement et aux exigences procédurales de licenciement pour motif économique. Le non-respect de ces obligations permet au salarié de demander les indemnités réparatrices du préjudice subi. Ces indemnités sanctionnent, contrairement à l'indemnité de licenciement, les fautes qui sont imputables à l'employeur. Pour protéger les salariés contre le détournement du pouvoir de licencier de l'employeur, le juge contrôle activement les conditions de la régularité des licenciements économiques dans les entreprises en difficulté. Cependant, il peut arriver que l'employeur soit dans un état de cessation des paiements qui ne le permet pas d'indemniser les salariés.

La responsabilité d'indemniser de l'employeur n'est, en effet, efficace que s'il dispose de fonds nécessaires au paiement des créances des salariés. Or, le patrimoine de l'employeur qui est en difficulté, n'a pas souvent d'actifs disponibles nécessaires pour satisfaire ses créanciers de salaires. Pour éviter que les salariés subissent l'insolvabilité, la déconfiture de l'employeur, il a été consacré un débiteur de substitution : l'Association pour la Gestion du régime de garantie des créances des Salariés. Elle intervient, alors qu'elle n'a commis aucune faute, car elle est étrangère à la relation de travail. Sa responsabilité de substitution est ainsi limitée.

Pour éviter l'automatisation de son intervention, la responsabilité d'indemniser les salariés peut être imputée à d'*autres personnes* qui ont un lien avec l'*entreprise insolvable*. Ces personnes peuvent *décider indirectement* à la place de l'employeur cocontractant du salarié ou influencer directement ses décisions. Dès lors, le juge recherche leurs fautes afin d'imputer la charge d'indemniser sur elles. Ces personnes *responsables alternatives* sont essentiellement le co-employeur et la société mère et l'imputation de la responsabilité à leur égard est

favorable à la protection des créances salariales. Le renforcement des responsabilités alternatives est une *piste intéressante* parce qu'il est le gage de la poursuite de l'activité et de l'emploi. Toutefois, les sociétés mères échappent encore considérablement à cette responsabilité à cause de l'inadéquation des règles du droit du travail avec les nouveaux montages sociétaires qui sont également à la recherche d'une meilleure fiscalité et dispositions sociales, notamment le moindre coût du travail. Par conséquent, la surveillance doit être mise œuvre de façon particulière sur la gestion des entreprises en réseaux puisque le statut du salaire nécessite qu'il soit protégé en dépit de l'ouverture de la procédure collective parce que l'effet de cette procédure ne doit pas réduire les moyens financiers nécessaires aux *besoins sociaux* du salarié. Force est donc de constater que le *risque économique* de l'entreprise ne doit pas être *transféré* sur les salariés quelles que soient les circonstances.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

La dynamique de la garantie a entraîné une extension du champ des créances salariales garanties dont les contours ne sont pas maîtrisés avec précision. En effet, l'exigence du rattachement de la créance à l'exécution du contrat de travail clamée par la loi ou celle du rattachement au contrat du travail lui-même prônée par la jurisprudence et la doctrine sont dévoyées. Si la conception de garantie des créances antérieures et postérieures permet de concilier la nécessité de régler les créances salariales et la poursuite de l'activité, la garantie des créances résultant de la rupture du contrat de travail produit dans une certaine mesure un effet négatif sur l'emploi. La délimitation des périodes de garantie incite à la rupture précipitée du contrat de travail parce que les créances qui naissent en dehors de ces périodes sont écartées du champ de la garantie. La célérité des ruptures ne permet pas à l'employeur de respecter les conditions de rupture du contrat de travail. La garantie de l'AGS ne sert plus seulement à protéger les salariés. Elle détruit également l'emploi pour sauver l'entreprise.

Ainsi, la diversité de ses fonctions crée des tensions, des contradictions entre l'intérêt des salariés et celui de l'employeur. Cette diversité des finalités suit la conception du droit des entreprises en difficulté consacrée depuis la loi du 25 janvier 1985. Ce dernier poursuit désormais en effet la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Il existe en pratique un conflit entre la fonction de la garantie qui protège l'entreprise et celle qui permet d'assurer le *droit au salaire* en particulier ou à la *créance salariale* en général. Le législateur doit, d'une part, trouver un équilibre entre la *fonction protectrice de l'entreprise* et la *fonction protectrice des salariés*. L'employeur dispose en effet du pouvoir de direction et disciplinaire dans la relation de travail qui le lie avec le salarié. Ce pouvoir lui permet notamment de licencier les salariés, mais il le confie souvent à un représentant ou délégué, *personne physique*. Pour limiter le pouvoir de l'employeur, les licenciements économiques qui donnent naissance aux créances garanties doivent en principe respecter les conditions de régularité fixées par le droit du travail. Il s'agit essentiellement de l'obligation de consultation des représentants du personnel et de reclassement des salariés. Ces conditions réduisent la déstabilité de l'emploi qui est occasionnée par la transformation de la rupture du contrat en exigence de la mise en mouvement de la garantie des salaires. Toutefois, ces ruptures étant soumises aux périodes de garantie, elles sont parfois prématurées et violent les conditions de régularité. En effet, l'employeur, l'administrateur ou le mandataire judiciaire ne peuvent notamment reclasser les salariés, informer et consulter les représentants du personnel

dans toutes les périodes temporelles fixées, alors que ces mesures sont utiles à la préservation de l'emploi. Cette conception inciterait par ailleurs certains employeurs à dissimuler volontairement les projets de ruptures³⁰⁸¹.

Mais cette célérité devrait être limitée par le contrôle des conditions de la régularité du licenciement notamment le motif économique, les mesures de maintien de l'emploi et les sanctions qui sont appliquées à l'employeur. Les sanctions des irrégularités trouvent cependant des limites en matière de maintien de l'emploi car elles sont en majorité indemnitaires. Or, les indemnités sont prises en charge par l'AGS si l'employeur est *insolvable*. En ce sens, l'employeur ne sentirait pas vraisemblablement la rigueur des sanctions indemnitaires des irrégularités des ruptures et ne serait pas véritablement inciter au maintien de l'emploi, même si ces *sanctions indemnitaires* sont conciliées avec l'idée de sauvetage de l'entreprise. Du moins, le remplacement des dirigeants de l'entreprise par l'administrateur ou le mandataire judiciaire permet de concilier dans l'*équité* la sauvegarde de l'entreprise et les intérêts des salariés par l'intervention d'un tiers à la relation de travail. C'est lui qui juge l'équilibre des intérêts et les sacrifices à faire. De même, l'expansion des responsabilités d'indemnisation qui est engagée dans les *entreprises insolubles* joue en faveur des salariés. Ces derniers sont ainsi autorisés à engager la responsabilité civile délictuelle de l'auteur du licenciement devant le conseil de prud'hommes, alors que le droit des entreprises en difficulté réduit considérablement leur *action* devant le tribunal de commerce.

Néanmoins, l'équilibre entre la fonction de sauvegarde de l'entreprise et celle de la protection des droits des salariés est fragile car la dynamique de sauvegarde de l'entreprise qui inciterait l'employeur à rompre prématurément le contrat de travail ne devrait être acceptée que si le sacrifice de certains contrats de travail permet réellement la sauvegarde et le maintien de la quote-part d'emplois y afférents. Dans une telle situation, la garantie de l'AGS ne doit pas être considérée comme protectrice de l'entreprise, si la prise en charge éventuelle des créances résultant de la rupture du contrat de travail ne permet pas effectivement le redressement de l'entreprise et le maintien de l'emploi y attaché.

³⁰⁸¹ J.-Y. KERBOURC'H, « L'anticipation des restructurations à l'épreuve du droit du travail », *Travail et Emploi*, 2007, n° 109, p. 25 et s.

Toutefois, la fonction inavouée de sauvegarde de l'entreprise de la garantie de l'AGS risque de dominer la fonction originelle dès lors que cette garantie suit la logique économique du droit des entreprises en difficulté. En réalité, les tensions entre la dynamique de sauvetage de l'entreprise et la fonction protectrice des salariés cachent des conflits plus importants. En effet, le droit du travail est ici en conflit non seulement avec le droit des entreprises en difficulté, mais également avec l'économie. C'est particulièrement le conflit entre la liberté d'entreprendre et le droit de chacun à l'emploi qui est en jeu. Ainsi, la logique économique de la garantie des salaires milite pour la flexisécurité de la relation de travail. La flexibilité est considérée comme la liberté pour l'employeur d'embaucher et de rompre le contrat de travail ainsi que la sécurisation des droits des salariés³⁰⁸². En revanche, la *flexibilité*, c'est-à-dire la nécessité d'un droit souple³⁰⁸³ du travail n'est pas nécessairement le garant d'un équilibre entre les objectifs du droit commercial et ceux des salariés fixés par le droit du travail.

Mais la dynamique de la garantie permet d'étendre le champ de l'imputation de la responsabilité d'indemniser les salariés. Si l'employeur est en effet le débiteur principal de l'indemnisation des salariés, l'AGS se substitue à lui dès qu'il est insolvable. L'intervention de l'institution de garantie n'étant que subsidiaire, la voie des responsabilités alternatives peut être envisagée afin de réduire l'intervention de l'institution de garantie et sauvegarder ce système de garantie. En ce sens, le co-employeur, la société mère ou les mandataires de justice peuvent être condamnés à indemniser les salariés. Les salariés bénéficient donc d'une protection qui est de plus en plus adaptée à leurs *besoins vitaux*.

³⁰⁸² *Colloque de l'Association française du droit de travail*, 2007 à Paris.

³⁰⁸³ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, Paris, 1971 ; A. SUPIOT, « Délégation, normalisation et droit du travail », *Dr. soc.* 1984, p. 896 ; G. LYON-CAEN, « La flexibilité existe ; ce n'est pas l'objectif d'une nouvelle politique, c'est un acquis de l'Histoire, La bataille truquée de la flexibilité », *Dr. soc.* 1985, p. 810 ; B. BOUBLI, « À propos de la flexibilité de l'emploi : vers la fin du droit du travail ? », *Dr. soc.* 1985, n° 4, p. 239 ; J.- J. DUPEYROUX, « La déstabilisation du droit du travail », *Dr. soc.* 1986, n° 12, p. 823 ; J.- C. JAVILLIER, « Faut-il brûler le Code du travail ? », Colloque organisé par la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Montpellier, le 25 avril 1986, *Dr. soc.* 1986, n° 7-8 ; J. DEPPEZ, « Naissance de la norme dans l'entreprise : interprétation de la volonté de l'employeur et constatation de l'usage », *Dr. soc.* 1987, n° 9-10, p. 637 ; A. CHOURAQUI, « Normes sociales et règles juridiques : quelques observations sur des régulations désarticulées », *Rev. droit et sociétés*, n° 13/1989 ; M. MEKKI, « Propos introductif sur le droit souple », in *Le droit souple*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, pp. 1-23.

CONCLUSION GENERALE

304.- Obligations synallagmatiques et garanties de paiement. Le *salair*e est la *créance* du salarié et la *dette* de l'employeur. Ce dernier est donc tenu de régler le salaire en dépit de difficultés économiques³⁰⁸⁴, sauf à licencier le salarié pour motif économique ou à se mettre sous la couverture de la justice³⁰⁸⁵. Mais l'obligation de paiement la créance de salaire butte sur la concurrence des autres créanciers de l'employeur, lorsque la trésorerie ou le patrimoine dont il dispose ne suffit pas à régler l'ensemble des dettes de l'entreprise. Parce qu'elle répond à des finalités économiques et sociales en permettant au salarié d'accéder à des ressources et à une identité sociale, la nature juridique de cette créance a suscité toutes les attentions : sociale, juridique, politique et économique. Pour lui attribuer une protection adéquate à ses finalités, la *nature alimentaire* de cette créance a été reconnue par le droit. L'ambition affichée est alors celle d'un travail décent pour un salaire décent³⁰⁸⁶. Le salaire ayant une fonction vitale pour l'homme, ce dernier doit pouvoir gagner des ressources lui permettant de vivre décemment avec son travail. Cette consécration participe ainsi à garantir un *droit substantiel à l'existence*³⁰⁸⁷.

Pour éviter la déchéance des salariés qui ont rempli leur obligation de prestation de travail, ont aussi été élaborées des garanties de paiement des salaires. La stabilité de la créance de salaire est un enjeu majeur. L'inféodation initiale du droit du travail au droit civil n'a pas permis d'allouer à la *créance de salaire* la protection spécifique qu'appelaient ses particularités qui la distinguent des *créances civiles*, lorsque *l'employeur était placé en procédure collective*. L'émancipation du droit du travail vis-à-vis du droit commun a permis d'assurer la sécurité économique des salariés à travers un mécanisme assurantiel plus efficace que la technique des sûretés. Comment se situe alors aujourd'hui la créance salariale par rapport aux autres créances dont l'employeur est débiteur, en considérant sa garantie? L'étude de la « garantie des salaires en cas d'insolvabilité de l'employeur » suppose d'en considérer la nature, d'une part (*Première partie*) et, la dynamique, d'autre part (*Seconde partie*).

³⁰⁸⁴ Cass. soc. 20 juin 2006, n° 05-40.662 ; 14 oct. 2009, n° 08-40.723 à n° 08-43.736 et n° 08-43.099 à n° 08-43.103.

³⁰⁸⁵ V., Cass. soc. 20 juin 2005, n° 05-40.662, *Bull. civ.* V, n° 217.

³⁰⁸⁶ Cf., P.-Y. VERKINDT, « Vivre dignement de son travail : entre salaire et revenu garanti », *Dr. soc.* 2011, p. 18.

³⁰⁸⁷ Cf., J.-A. RYAN, *Salair*e et droit à l'existence, (traduction de l'anglais), éd. 1910, pp. 7 et s.

L'analyse de la « *nature de la garantie* » des salaires a permis de montrer que les salariés bénéficiaient désormais de deux types de mécanismes qui protègent leurs créances. Le droit civil a très tôt doté les salariés créanciers de privilèges, pour leur permettre d'être payés en *priorité* par rapport à d'autres créanciers, dans le cadre d'une procédure collective. Mais les *chances d'obtenir le paiement* des créances salariales restent alors limitées, ces privilèges ne permettant pas de pallier l'insuffisance des actifs du patrimoine de l'entreprise, le cas échéant³⁰⁸⁸. Ce droit de préférence reste donc lettre morte face à un débiteur *indigent, impécunieux*.

Le droit du travail ne pouvait pas rester indifférent devant un tel constat. La loi du 27 décembre 1973 a ainsi octroyé aux salariés, dont le *salaire* est souvent l'*unique revenu*, une *protection exorbitante excellente* pour stabiliser leurs ressources. Ce texte institue un *mécanisme original de paiement* qui fonctionne partiellement sous le modèle des assurances, l'Association pour la Gestion du régime de Garanties des Salaires, dénommée AGS. À la différence des privilèges, cette garantie ne s'appuie pas sur les biens meubles et immeubles de l'employeur, mais sur les cotisations y afférentes versées par celui-ci dès l'embauche du premier salarié. Le caractère préalable à la défaillance de l'entreprise de ce prélèvement permet à l'institution de garantie des salaires d'être *autonome*. L'obligation pour l'AGS de prendre en charge la créance salariale est de plus *indépendante* de la satisfaction par l'employeur de son obligation de payer ces cotisations. En conséquence, le salarié a la certitude que sa créance sera payée dans toutes les circonstances *en cas d'insolvabilité de l'employeur* par une institution indépendante garante.

La garantie des créances des salariés n'est donc pas de même nature que celle tenant aux privilèges de droit commun, même si leurs régimes juridiques sont complémentaires parce qu'ils adhèrent à un objectif commun du paiement rapide, mais plafonné des créances alimentaires du salarié. La nature de cette garantie relève-t-elle d'un mécanisme de sécurité sociale ? Comme la sécurité sociale, la garantie des salaires est basée sur une assurance obligatoire qui contraint aux cotisations. De plus, ces deux mécanismes ne déterminent pas le montant de la garantie, par rapport au montant de la cotisation. Enfin, la garantie de l'AGS et la sécurité sociale sont fondés sur la solidarité : d'une part, une *solidarité patronale* et, d'autre

³⁰⁸⁸ Pour bénéficier de leur droit de préférence, il faut que les *actifs* de l'entreprise soient *disponibles* et *suffisants* car ils peuvent être devancés par d'autres créanciers du débiteur s'ils n'ont pas un rang important.

part, une *solidarité nationale*³⁰⁸⁹. Elles permettent ainsi aux bénéficiaires de conserver leur sécurité économique, malgré la réalisation des risques de non-paiement des salaires ou sociaux.

En dépit de la connexité ou parenté de ces dispositifs, la garantie des salaires ne peut être considérée comme une *branche* ou une *assurance* au sens du droit de la sécurité sociale. C'est une « *assurance de type particulier* » qui ne remplit pas tous les critères d'une assurance sociale. D'une part, l'institution de garantie ne prend en charge que le risque d'*insolvabilité de l'employeur*, alors que le modèle de sécurité sociale protège contre des risques sociaux qui sont plus étendus que le *risque économique* résultant de l'*insolvabilité de l'employeur*. D'autre part, le bénéfice de la garantie des créances salariales exige encore le statut de salarié, alors que la sécurité sociale est qualifiée d'universelle³⁰⁹⁰ et bénéficie, par conséquent, aux salariés et non salariés.

Par ailleurs, la *dynamique de cette garantie*³⁰⁹¹ dont la visée essentielle est de répondre à l'*insécurité économique* des salariés a permis d'accroître l'objet de la garantie, alors que l'article L. 3253-6 du Code du travail prescrit l'exigence du « rattachement de la créance garantie à l'exécution du contrat de travail ». En effet, la créance prise en charge n'est pas seulement la *créance de salaire*, mais également les accessoires du salaire et les dommages-intérêts attachés à la violation des prescriptions du Code du travail, notamment les exigences de procédure car la qualification de salaire est indifférente dans la mise en œuvre de la garantie. Par conséquent, outre le salaire, l'AGS est tenue de garantir les sommes qui sont détachées de l'exécution du contrat de travail. Ces créances doivent naître dans un champ temporel déterminé pour être garanties, lequel produit dans une certaine mesure un effet pervers sur le contrat de travail en ne permettant pas toujours à l'employeur de respecter méticuleusement les conditions de la régularité de la rupture³⁰⁹². Ainsi, le licenciement pour motif économique, la prise d'acte de la rupture du contrat par le salarié et la rupture anticipée du contrat à durée déterminée doivent intervenir pendant les périodes de garantie précises afin que l'institution de garantie soit dans l'obligation de garantir. Si la rupture n'intervient pas pendant la période de garantie exigée, le salarié est privé de la garantie.

³⁰⁸⁹ Cf., *supra*, n° 136.

³⁰⁹⁰ Cette universalité est limitée par l'exigence des conditions de résidence et de ressources.

³⁰⁹¹ Cf., *supra*, n° 173.

³⁰⁹² Cf., *supra*, n° 229 et s.

En d'autres termes, la garantie des créances salariales entretient des rapports complexes avec la rupture du contrat de travail. Elle incite à la rupture du contrat et influence largement le licenciement pour motif économique car si le Code du travail prévoit la couverture des « créances résultant de la rupture du contrat de travail »³⁰⁹³, il ne précise pas si l'AGS est tenue de garantir les créances nées des licenciements qui n'ont pas respectés la procédure. Même si la jurisprudence n'est pas abondante à ce sujet, plusieurs créances résultant des licenciements irréguliers sont garanties. Cette garantie a des effets importants. D'une part, elle n'incite pas au respect des règles de procédure du droit du travail, et d'autre part, elle augmente injustement la charge financière de l'institution de garantie.

Ainsi, la question de la charge de l'indemnisation des salariés apparaît incontournable³⁰⁹⁴ pour contrer ou/et limiter ces effets. L'employeur qui est titulaire du pouvoir dans l'entreprise est en principe responsable du règlement de la créance du salarié. Mais s'il est insolvable, l'AGS se substitue à lui pour régler les créances des salariés. Pour borner l'automatisme de l'intervention de l'institution de garantie, il est important de cibler d'autres *responsables* que nous avons qualifiés d'*alternatifs*³⁰⁹⁵. Dans cette optique, la responsabilité d'indemniser les salariés peut échoir au co-employeur ou à la société mère, le cas échéant. En ce qui concerne le co-employeur, le salarié doit démontrer qu'il existe un *lien de subordination* entre lui et l'*employeur de fait* qui n'a pas conclu un contrat avec lui. Cet employeur engage sa *responsabilité contractuelle* qu'il s'agisse du respect des règles de régularité du licenciement ou de l'obligation d'indemniser. En revanche, la *responsabilité alternative* de la société mère qui n'a pas la qualité de co-employeur ne peut se fonder sur les obligations contractuelles. La Cour de cassation engage alors la responsabilité d'indemniser le salarié sur le fondement de la *responsabilité extracontractuelle*, laquelle permet de sanctionner l'immixtion de la société mère dans la gestion de la filiale³⁰⁹⁶.

En outre, le pouvoir de l'employeur dans les entreprises en défaillance n'est pas toujours exercé par ces représentants légaux ou statutaires. Ceux-ci sont parfois dessaisis de son exercice au profit d'un mandataire de justice. Ce dernier doit par conséquent répondre des fautes qu'il commet dans l'exercice de ce pouvoir, éventuellement indemniser les salariés. En

³⁰⁹³ C. trav., art. L. 3253-8, 2°.

³⁰⁹⁴ Cf., *supra*, n° 239.

³⁰⁹⁵ Cf., *supra*, n° 277 et s.

³⁰⁹⁶ Cf., *supra*, n° 287 et s.

effet, le mandataire de justice peut être amené à administrer, gérer une entreprise en défaillance car la loi prévoit que le tribunal de commerce peut désigner un administrateur ou un mandataire judiciaire dès l'ouverture d'une procédure collective. Le mandataire de justice n'est pas immunisé comme le représentant légal ou statutaire de l'employeur des fautes qu'il commet à l'égard des salariés. Si le mandataire judiciaire a la charge d'établir les relevés des créances salariales, il a comme l'administrateur judiciaire le droit de licencier le salarié. Ce droit est semé d'embûches car il est tenu de respecter les périodes de garantie. S'il n'observe pas cette exigence, le salarié est privé de la garantie de l'AGS. Cette faute du mandataire de justice *n'engage pas* la responsabilité de l'employeur. En réalité, sa représentation de l'employeur est limitée. Par conséquent, le salarié engage directement la responsabilité délictuelle du mandataire de justice. Dans cette optique, il est important d'envisager que la *Caisse de garantie* des mandataires de justice garantisse la créance du salarié. Cette perspective n'a jamais été aperçue et explorée.

En conclusion, la *protection exorbitante* allouée aux créances salariales est essentiellement justifiée par la nature alimentaire du salaire. Si le droit du travail, « un droit vivant »³⁰⁹⁷, sponsorise la créance de salaire en cas de défaillance de l'employeur, cette créance est au croisement de plusieurs branches du droit. Elle est en effet utile à l'évaluation des cotisations sociales, des prestations sociales, de l'impôt sur le revenu, etc. L'étude consacrée à la « *garantie des salaires en cas d'insolvabilité de l'employeur* » illustre, en définitive, plusieurs enseignements pouvant intéressés les praticiens et les théoriciens du droit.

305.- Bilan de l'étude. L'heure est arrivée d'envisager bilan et perspectives. En premier lieu, la garantie de l'AGS est un mécanisme efficace qui a accentué la capacité de paiement des créances exceptionnelles des salariés. À l'opposé des privilèges, elle assure un véritable « ordre public salarial »³⁰⁹⁸ et garantit ainsi un droit au salaire. Toutefois, en dépit du fait que l'extension du champ de la garantie a été décriée comme étant trop favorable aux salariés³⁰⁹⁹, l'effet de cette prise en charge profite aujourd'hui davantage à l'entreprise. Dès lors que les conditions légales de son intervention sont remplies, le salarié est en effet certain de recouvrer sa créance. La capacité financière de l'institution de garantie étant pour l'instant stable,

³⁰⁹⁷ J.-E. RAY, *Droit du travail, droit vivant*, éd. 2010/2011.

³⁰⁹⁸ Cf., Pour la notion d'ordre public salarial, F. GAUDU, R. VATINET, *Traité des contrats, Les contrats de travail*, LGDJ, Paris, 2001, n° 222, p. 189.

³⁰⁹⁹ Cf., T. MÉTEYÉ, « L'évolution du champ d'intervention de l'AGS (De la sécurité juridique à l'insécurité juridique et économique) », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, pp. 67 et s.

l'efficacité du mécanisme est à relever. Cette efficacité est d'autant plus vraie que depuis la période délicate qu'avait vécue l'AGS entre 1998 et 2003, sous l'empire de l'application des anciens plafonds 4 et 13, les réserves de fonds ont été faites pour pallier toute crise économique qui réduirait la part des cotisations des employeurs. Il en a été ainsi lors de l'irruption de la crise économique et financière en 2008.

En second lieu, l'efficacité de la garantie des créances salariales est fragilisée par l'instabilité jurisprudentielle en la matière et l'automatisme de son intervention qui tend à déresponsabiliser l'employeur. En apportant la paix sociale dans l'entreprise en difficulté, elle permet à l'employeur de licencier rapidement. À la vérité, l'exigence temporelle de la mise en mouvement de cette garantie incite à la rupture du contrat de travail. En effet, l'article L. 3253-8, 2° du Code du travail prescrit que l'assurance couvre « les créances résultant de la rupture du contrat de travail intervenant pendant » des périodes de garantie déterminées. Cette fermeture de la rupture dans le délai de 15 jours suivant le jugement de liquidation³¹⁰⁰, par exemple, accélère la rupture car elle ne concède pas à l'employeur le temps nécessaire pour mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi sérieux ou informer et consulter les représentants des salariés. Pourtant, ces prescriptions du Code du travail ne disparaissent pas en dépit du placement sous procédure collective de l'entreprise.

De plus, la jurisprudence exige la garantie des créances qui résultent des licenciements irréguliers. Cette prise en charge contrarie l'objectif visé par les exigences procédurales du droit du licenciement pour motif économique. Elle n'incite pas au respect des conditions de licenciement et augmente injustement la charge financière de l'institution de garantie. Au total, l'institution de garantie ne doit pas jouer le rôle d'une assurance responsabilité civile de l'employeur car elle est une assurance sociale, ainsi destinée à la protection des créances alimentaires des salariés. Ce mécanisme est fondé sur une suppléativité qui ne doit pas diluer totalement la responsabilité de l'employeur. L'automatisme de l'intervention de l'AGS doit être écarté ou du moins tempérée. La réduction de cette automatisme est d'autant plus urgente, à considérer des *dimensions* auxquelles, prend le juge communautaire en exigeant des garanties complémentaires ou de substitution aux institutions de garantie d'autres d'États membres de l'Union européenne qui ne sont pas au départ des institutions compétentes. Là

³¹⁰⁰ C. trav., art. L. 3253-8, 2°, c).

encore, les principes de la directive relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur³¹⁰¹ sont galvaudés.

En dernier lieu, l'analyse de « *la garantie des salaires en cas d'insolvabilité de l'employeur* » enseigne que la créance du salarié a une dimension pluridisciplinaire. Elle est un univers où se *rencontre plusieurs droits* (elle est à la croisée de plusieurs branches du droit) et, chacun lui assigne des finalités particulières. Dans ce cadre, le droit du travail rentre en contact notamment avec le droit des entreprises en difficulté, le droit civil, le droit de la sécurité sociale ou le droit communautaire. Cette rencontre peut enrichir ou altérer mutuellement les branches du droit qui se croisent³¹⁰². Ainsi, les *objectifs commerciaux* fixés par le droit commercial et les *finalités sociales* du droit social s'interposent. Par conséquent, les tensions ne sont pas non plus à exclure entre « le Droit et l'Économie », même si comme le souligne le Professeur Jean-Emmanuel RAY, ces deux domaines « ont toujours cheminé de concert »³¹⁰³ avec une certaine « complicité »³¹⁰⁴ qui n'est plus à réfuter. Ainsi, l'équilibre entre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif devient-il une fin. Comment alors concilier les objectifs économiques et les objectifs sociaux ? L'étude montre qu'il existe des interpénétrations entre le droit du travail et celui des entreprises en difficulté. Dans cette optique, le *rôle protecteur* du droit du travail est parfois amoindri pour satisfaire les exigences commerciales, d'une part, et l'efficacité économique des procédures collectives est parfois affaiblie par le classement prioritaire que le droit du travail attribue aux créances salariales ou certaines obligations de procédure imposées aux licenciements économiques dans le cadre des procédures collectives, d'autre part³¹⁰⁵. Il existe une tension entre les *droits des salariés* et la *liberté d'entreprendre*.

³¹⁰¹ Aux termes de l'article 9 de la directive n° 2008/94/CE du Parlement européen et du Conseil, « lorsqu'une entreprise ayant des salariés sur le territoire d'au moins deux États membres se trouve en état d'insolvabilité au sens de l'article 2, paragraphe 1, l'institution compétente pour le paiement des créances impayées des travailleurs salariés est celle de l'État membre sur le territoire duquel ils exercent ou exerçaient habituellement leur activité » ; C. trav., art. L. 3253-18-1.

³¹⁰² Cf., Sur « L'altération réciproque entre le droit des sûretés et le droit des entreprises en difficulté », C. SAINT-ALARY-HOUIN, Rapport de synthèse du colloque « Sûretés et procédures collectives », *LPA* 2000, n° 188, p. 40.

³¹⁰³ J.-E. RAY, « Mutation Économique et droit du travail », in *Les transformations du droit du travail*, Études offertes à G. Lyon-Caen, éd., 1989, p. 11.

³¹⁰⁴ J.-E. RAY, Mutation Économique et droit du travail », préc. ; Cf., not., J. MILHAU, « La connaissance des salaires », *Dr. soc.* 1965, p. 41 ; G. CANIVET, « Économie, droit et justice », *Gaz. Pal.* 9-10 mars 2005, p. 715 ; A. MARTINON, « Le salaire », in *Les notions fondamentales du droit du travail*, éd. 2009, n° 252, p. 164 ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, éd., Montchrestien, 2010, p. 16 et s. ;

³¹⁰⁵ Cf., A. BOYER, « Un droit social contre-productif dans les entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.* 2010, n° 106-107, pp. 8-12

Mais, plus surprenant encore, il a été observé que certaines dispositions relatives à la garantie des salaires entraînent en contradiction avec le maintien de l'emploi. De fait, la limitation temporelle de la naissance de la créance salariale n'est pas toujours en cohérence avec les conditions de la régularité de la rupture. La précipitation des licenciements vise la sauvegarde de l'entreprise au détriment de l'accompagnement social et de la réintégration des salariés, alors que les finalités des procédures collectives sont cumulatives et non alternatives, même si certains tribunaux de commerce mettent en avant la sauvegarde de l'entreprise. Le caractère cumulatif des finalités de la procédure collective a encore récemment été réaffirmé par un auteur au cours d'une conférence sur « *l'attractivité des législations de droit des entreprises en difficulté* »³¹⁰⁶. Il ne s'agit pas cependant de faire le procès de la garantie des créances de salaires car elle a largement contribué à l'amélioration de la situation économique et financière des salariés dans les entreprises en difficulté. Son effet négatif sur l'emploi démontre sans doute l'effet d'une règle de droit qui ne correspond pas toujours au but recherché. La recherche d'une efficacité pleine et entière est déçue. Une partie tire ainsi toujours davantage de la loi que d'autres. Si l'entreprise en difficulté peut tirer quelques avantages par l'effet de l'application de la loi, il ne faut pas que le mécanisme tourne complètement à son profit car la garantie de l'AGS n'est pas établie pour elle, mais pour les salariés. Des efforts doivent en définitive être faits pour davantage de cohérence entre la mise en œuvre de la garantie des créances des salariés avec les autres prescriptions du Code du travail.

306.- Évolutions souhaitables. La garantie des salaires est un mécanisme intéressant, mais il doit évoluer. En effet, l'*interdisciplinarité* de la créance de salaire exige que les évolutions soient opérées dans la mise en mouvement de la garantie des créances salariales, sauf à prendre le risque de la disparition de ce mécanisme, qui serait une régression sociale insupportable pour les salariés. Plusieurs évolutions sont envisageables.

Premièrement, les finalités de la garantie du mécanisme de garantie des salaires doivent être redéfinies. L'AGS n'a plus, en effet, seulement comme finalité, la finalité sociale bénéfique aux salariés ; elle assure désormais aussi la sauvegarde de l'entreprise. Par conséquent, une mutation sémantique est nécessaire car la dénomination du régime de garantie des salaires est

³¹⁰⁶ D. TRICOT, in *Les législations de droit des entreprises en difficulté les plus attractives : Du point de vue des créanciers. Du point de vue des entreprises. Du point de vue des salariés*, conférence organisée par le Réseau Droit des Affaires de Nanterre, Nanterre, le 28 mars 2012.

réductrice. Elle ne rend pas compte de l'avantage tiré par l'entreprise dans la mise en œuvre du mécanisme de garantie.

Deuxièmement, l'extension du champ de la garantie aux créances qui ne sont pas liées à l'exécution du contrat de travail montre que le juge a outrepassé largement son pouvoir d'interprétation de la loi. Il ignore que la garantie des salaires est un mécanisme légal qui doit se limiter aux prescriptions du Code du travail. La prise en charge des créances résultant des licenciements irréguliers dans la procédure et dans le fond illustre parfaitement ce dépassement de pouvoir.

Troisièmement, certaines dispositions du Code du travail devraient être aménagées, sinon supprimées. Les conditions de régularité de licenciement qui exigent que la rupture intervienne dans les 15 jours qui suivent le jugement de liquidation judiciaire afin que le salarié ne soit pas privé de la garantie des salaires sont incohérentes avec l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi pertinent, d'informer et de consulter utilement les représentants du personnel.

Quatrièmement, le souhait le plus important qui doit être formulé est celui de la construction d'un droit social des entreprises en défaillance. Un tel droit permettrait sinon d'unifier, d'harmoniser les règles³¹⁰⁷ qui relèvent encore à ce jour de manière éparse notamment du droit du travail, du droit de la sécurité sociale, du droit civil et du droit des entreprises en difficulté.

Le droit social des entreprises en défaillance devrait avoir pour objectif d'assurer la protection efficiente des salariés et, à travers leur protection, l'efficacité économique³¹⁰⁸. Ces salariés resteront au service de l'employeur si les garanties de paiement leurs sont accordées lorsqu'il devient insolvable. Les salariés doivent davantage être placés au cœur de la mise en œuvre de la garantie de l'AGS. L'entreprise n'en étant pas un bénéficiaire légalement désigné, les avantages qu'elle tire de la mise en mouvement de celle-ci doivent présenter un caractère accessoire pour ne pas dénaturer le régime du mécanisme de protection. Toutefois, il faut dépasser la logique d'un mécanisme unifonctionnel pour lui attribuer une autre

³¹⁰⁷ Pour les détails sur l'uniformisation et l'harmonisation du droit, Cf., *supra*, n° 138 et s.

³¹⁰⁸ Pour les critiques sur un droit social inefficace, Cf., J. BARTHÉLÉMY, G. CETTE, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, p. 5.

fonction accessoire : celle de la sauvegarde de l'entreprise. Ce dépassement aurait d'autres avantages également, car l'explicitation de la diversité des fonctions de la garantie des salaires réduirait incontestablement le volume du contentieux relatif à la mise en mouvement de la garantie des salaires. Ce contentieux se réduirait encore davantage si les représentants des salariés étaient intégrés dans les organes d'administration du régime d'assurance des salaires.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux

ALBIGES (C.), DUMONT-LEFRAND (M.-P.), *Droit des sûretés*, 2^e éd., Dalloz, coll. « HyperCours », 2009.

ATIAS (C.), *Droit civil, Les biens*, 11^e éd., Litec, Coll. « Manuel », 2011.

BADEL (M.), *Droit de la sécurité sociale*, Ellipses, 2004.

BENABENT (A.), *Les obligations*, 12^e éd., Montchrestien, coll. Domat », 2010.

BERGEL, (J.-L.), BRUSCHI (M.), CIMAMONTI (S.), *Traité de droit civil, Les biens*, 2^e éd., LGDJ, 2010.

BORGETTO (M.), LAFORE (R.), *Droit de l'aide et de l'action sociale*, 8^e éd., Montchrestien, coll. « Domat Droit public », 2012.

BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M.-J.), *Droit des sûretés*, 2^e éd., Sirey, Coll. « Sirey Université », 2010.

CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, 9^e éd., Dalloz, coll. « Cours, 2010.

CABRILLAC (M.), MOULY (C.), CABRILLAC (S.), PÉTEL (P.), *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, coll. « Manuel », 2010.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les obligations*, t. 4, 22^e éd., PUF, coll. « Thémis », 2000

CARTOU (L.), CLERGERIE (J.-L.), GRUBER (A.), RAMBAUD (P.), *L'Union européenne*, 6^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2006.

CHAUCHARD (J.-P.), *Droit de la protection sociale*, 5^e éd., LGDJ, 2010.

COQUELET (M.-L.), *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, 4^e éd., Dalloz, coll. « HyperCours », 2011.

CORNU (G.), *Droit civil, Les biens*, 13^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2007

COUCHEZ (G.), *Voies d'exécution*, 10^e éd., Sirey, coll. « Université », 2010.

COUTURIER (G.), *Droit du travail. I Les relations individuelles de travail*, 3^e éd., PUF, 1996.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, 2^e éd., Litec, coll. « Manuel », 2010.

DUPEYROUX (J.-J.), BORGETTO (M.), LAFORE (R.), *Droit de la sécurité sociale*, 17^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2011.

DUQUESNE (F.), *Droit du travail*, 8^e éd., Lextenso, Paris, 2011.

DURAND (P.), *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Dalloz, 2005.

FABRE-MAGNAN (M.), *Les obligations, Responsabilité civile et quasi-contrats*, t. 2, 2^e éd., PUF, coll. « Thémis », 2010.

FAVENNEC-HERY (F.), VERKINDT (P.-Y.), *Droit du travail*, 3^e éd., LGDJ, 2011.

FAVOREU (L.) et alii, *Droit des libertés fondamentales*, 4^e éd., Dalloz 2007.

GAY (L.), MAZYYER (E.), NAZET-ALLOUCHE (D.) (dir.), *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruylant, 2006.

GUYON (Y.), *Droit des affaires, Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire, Faillite*, 9^e éd., Économica, 2003.

GUYON (Y.), *Droit des affaires, Droit commercial général et Sociétés*, Économica, 2003.

HILAIRE (J.), *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986.

ISAAC (G.), BLANQUET (M.), *Droit général de l'Union européenne*, 10^e éd., Sirey, Coll. « Sirey Université », 2012.

JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Litec, coll. « Manuel », 2011.

JEANTIN (M.), LE CANNU (P.), *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Dalloz, Paris, Coll. « Précis droit privé », 2007.

JULIEN (P.), TAORMINA (G.), *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 2^e éd., LGDJ, 2010.

KESSLER (F.), *Droit de la protection sociale*, 4^e éd., Dalloz « coll. Cours », 2012

LABORDE (J.-P.), *Droit de la protection sociale*, PUF, coll. « Thémis Droit public », 2005

LAMBERT-FAIVRE (Y.), LEVENEUR (L.), *Droit des assurances*, 13^e éd., Dalloz, 2011

LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, 4^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2011.

LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, 6^e éd., Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2011.

LOKIEC (P.), *Droit du travail, t. 1, Les relations individuelles de travail*, PUF, coll. « Thémis droit », 2011.

LYON-CAEN (A.), LOKIEC (P.) (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2005, coll. « Thèmes et commentaires ».

MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), *Droit civil, Les biens*, 4^e éd., Defrénois, 2010

MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Les obligations*, 5^e éd., Defrénois, 2011.

MALINVAUD (P.), *Introduction à l'étude du droit*, 13^e éd., Litec/Lexis Nexis, Coll. « Manuel », 2011.

MARCHAND (D.), MINÉ (M.), *Le droit du travail en pratique*, éd. d'Organisation/Eyrolles, 2008.

MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, 8^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2012.

MENJUCQ (M.), *Droit international et européen des sociétés*, 3^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2011.

MERLE (P.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 15^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2011.

NOURISSAT (C.), *Droit communautaire des affaires*, 3^e éd., Dalloz, 2010.

PÉLISSIER (J.), AUZERO (G.), DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012.

PÉROCHON (F.), BONHOMME (R.), *Entreprise en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, 9^e éd., LGDJ, Paris, 2010.

PESKINE (E.), WOLMARK (C.), *Droit du travail*, 7^e éd., Dalloz, coll. « HyperCours », 2012.

PÉTEL (P.), *Procédures collectives*, 7^e éd., Dalloz, coll. « Cours », 2011.

PICOD (Y.), *Droit des sûretés*, 2^e éd., PUF, 2011.

REBOUL-MAUPIN (N.), *Droit des biens*, 4^e éd., Dalloz, coll. « HyperCours », 2012.

REINHARD (Y.), THOMASSET-PIERRE (S.), NOURISSAT (C.), *Droit commercial : Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, 8^e éd., Litec, coll. « Manuel », 2012.

RENUCCI (J.-F.), *Droit européen des droits de l'homme*, 4^e éd., LGDJ, 2010.

RIVERO (J.), SAVATIER (J.), *Droit du travail*, 13^e éd., PUF, Paris, coll. « Thémis droit privé », 1993.

ROUSSEL GALLE (P.), *Réforme du droit des entreprises en difficulté. De la théorie à la pratique*, préf. Daniel Tricot, 2^e éd., Litec, 2007.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2011.

SAINT-JOURS (Y.), *Traité de sécurité sociale*, tome 1, *Le droit de la sécurité sociale*, LGDJ, 1984.

SIMLER (P.), DELEBECQUE (P.), *Les sûretés La publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012

SOINNE (B.), *Traité des procédures collectives*, 2^e éd., Litec, 1995.

SOUWEINE (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, 2^e éd., PU Grenoble, 2007.

SZRAMKIEWICZ (R.), *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, coll. « Domat », 1989.

TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, 9^e éd., Dalloz, 2012.

- TERRÉ (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009.
- TERRÉ (F.), SIMLER (P.), *Droit civil, Les biens*, 8^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2010.
- TEYSSIÉ (B.), *Droit du travail. Relations collectives*, 7^e éd., Litec, coll. « Manuel », 2011.
- VALLANSAN (J.), *Difficultés des entreprises. Commentaire article par article du livre VI du Code de commerce*, 5^e éd., Litec, coll. « Litecprofessionnels », 2009.
- VIDAL (D.), *Droit de l'entreprise en difficulté. Prévention, Conciliation, Sauvegarde ? Redressement, Liquidation*, 3^e éd., Gualino, Paris, 2010.
- VINEY (G.), JOURDAIN (P.), *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 3^e éd., LGDJ, 2006.
- VINEY (G.), *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, 3^e éd., LGDJ, 2008.
- VINEY (G.), JOURDAIN (P.), *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, 3^e éd., LGDJ, 2010.
- ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.), *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008.

II. Ouvrages spéciaux, monographies et thèses

- AFFICHARD (J.), LYON-CAEN (A.) (dir.), *Évaluer le droit du travail, problèmes et méthodes*, Dares, 2008.
- AICARDI (L.), *Restructurations et relations collectives de travail*, thèse, Toulouse I, 2001.
- ANDRÉ (C.), *L'obligation de sécurité dans l'entreprise*, Thèse Cergy, 2004.
- ARCELIN (L.), *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, préf. M.-D. Hagelsteen, Litec, coll. « Bibl. du droit de l'entreprise », t. 61, 2003.
- AUVERGNON (P.) (dir.), *Emploi et protection sociale : de nouvelles relations ?*, PU Bordeaux, 2009.
- BEC (C.), *Assistance et République. La recherche d'un nouveau contrat social sous la IIIe République*, Paris, éd. ouvrières / de l'Atelier, 1994.
- BECK (U.), *La société du risque, sur la voie d'une autre modernité*, Alto-Aubier, 2001.
- BELALANDE (F.), BUANNIC (L.), *Groupements d'employeurs, mode d'emploi : une forme d'emploi innovante pour les salariés et pour les entreprises*, éd., Eyrolles/Organisation, Paris, Coll. « Ressources humaines », vol. 1, 2006.
- BELLIVIER (F.), NOIVILLE (C.), *Contrats et vivant. Le droit de la circulation des ressources biologiques*, LGDJ, 2006.

BENLOLO-CARABO (M.), *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

BERLIOZ (P.), *La notion de bien*, LGDJ, 2007, t. 489, n° 1708

BERTHE (B.) (dir.), *Travailler dans un groupement d'employeurs*, Presses universitaires de Rennes (PUR), coll. « Économie et société », 2006.

BICHAT (J.-M.), *Les groupements d'employeurs : un outil pour la croissance et l'emploi ?*, Rapport du Conseil économique et social, 2002.

BLANCHARD (O.), TIROLE (J.), *Protection de l'emploi et procédures de licenciements*, La Doc. Fr., 2003, n° 44.

BONVIN (J.-M.), *L'organisation internationale du travail*, PUF, 1998.

BORGETTO (M.), *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, coll. « Bibl. droit public », tome 170, Paris, 1993.

BORGETTO (M.), *La devise « Liberté, Égalité, Fraternité »*, Que sais-je ?, PUF, 1997.

BOTTARO (I.), *La réparation des dommages causés par une personne privée*, Thèse Droit Paris II, 2004.

BOURINET (J.), NAZET-ALLOUCHE (D.) (dir.), *Union européenne et protection sociale*, La Doc. Fr., 2002

BOY (L.), GUILLAUMOND (R.), JEAMMAUD (A.) et alii, *Droit des faillites et restructuration du capital*, PU Grenoble, coll. « Critique du droit », 1982.

BOYER (A.), *Protection des salariés et sauvetage de l'entreprise : quête d'un équilibre*, préf. D. Porocchia, PUAM, coll. « Centre de droit économique », 2006.

CAHUC (P.), KRAMARZ (F.), *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, Rapport au ministre de l'Économie et au ministre de l'Emploi, du Travail et de la Solidarité, La Doc. fr. 2004.

CAMAJI (L.-E.), *La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales*, préf. d'A. Lyon-Caen, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibl. de Thèses », 2008.

CAMERLYNCK (G.-H.) (dir.), *Traité de droit du travail*, 2^e éd., Dalloz, t. 2, 1981.

CARTIER (M.), *Le travail et ses représentations, Introduction*, Éditions des archives contemporaines, 1984.

CASTEL (R.), *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Fayard, 1995.

CASTEL (R.), « *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé ?* », Éd. du Seuil, et La République des Idées, oct. 2003.

COZIAN (M.), *Le privilège du Trésor*, Litec, 1970.

DA ROCHA (S.), *Le rôle de l'AGS dans l'indemnisation des salariés*, sous la dir. Bernard Bossu, Mémoire Master 2, Droit du travail, Lille 2, 2004.

DARIUSH (T.), *La restructuration des groupes internationaux de sociétés : approche du droit français et communautaire*, sous la dir. de M.-J. Campana et A. Reygrobellet, Thèse Paris 10 Nanterre, 2008.

DOMINGO (G.), *Le régime de l'assurance garantie des créances salariales*, Thèse Droit privé, Univ. Robert Schumann, Strasbourg 3, 1982.

DONZELOT (J.), *L'invention du social, Essai sur le déclin des passions politiques*, éd., Seuil, 1994.

DUMONT (J.-P.), *Les systèmes de protection sociale en Europe*, Économica, 1998.

DUPOUY (C.), *Le droit des faillites en France avant le code de commerce*, Thèse, LGDJ, Paris, Coll. « Bibliothèque d'histoire du droit et droit romain », 1960.

EUZEBY (A.), *Les prélèvements obligatoires*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1992.

EWALD (F.), *Présentation : les accidents du travail*, Les Temps Modernes, 1976, n° 354.

EWALD (F.), *L'État providence*, Grasset, Paris, 1986.

FABRE (A.), *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », t. 52, 2010.

FIorentino (A.), *La rupture du contrat de travail en droit anglais. Droit comparé anglais et français*, préf. Daniel Berra, PUAM, 2008.

FLAUSS (J.-F.) (dir.), *Droits sociaux et droit européen. Bilan et perspectives de la protection normative*, Bruylant et Nemesis, 2002.

FRIOT (B.), *Puissances du salariat. Emploi et protection sociale à la française*, La Dispute, Paris, 1998.

GAUTIÉ (J.), *Coût du travail et emploi*, Coll. Repères, La découverte, 1998.

GAY (L.), *Les droits-créances constitutionnels*, Bruylant, 2007.

GILLES (A.-M.), *Le couple en droit social*, Économica, 1997.

GOMEL (B.), MEDA (D.), SERVERIN (E.), *L'emploi en ruptures*, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2009.

GORZ (A.), *Métamorphoses du travail, Quête de sens*, Galilée, Série Débats, 1988, p. 25.

GRÉVY (M.), *La sanction civile en droit du travail*, préf. G. Borenfreund, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », t. 36, 2002.

GUIOMARD (F.), *La justification des mesures de gestion du personnel, Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, Thèse Paris X Nanterre, 2000, sous la dir. A. Lyon-Caen.

HAEL (J.-P.), *Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 1981.

HANNOUN (C.), *Le droit et les groupes de sociétés*, perf. A. Lyon-Caen, LGDJ, 1991.

HASSENTEUFEL (P.), HENNION-MOREAU (S.) (dir.), *Concurrence et protection sociale en Europe*, PU Rennes, 2004.

HATZFELD (H.), *Du paupérisme à la sécurité sociale. 1850-1940*, Armand Colin, Paris, 1971, réédité PU Nancy, 2004.

HECQUARD-THERON (M.) (dir.), *Solidarité (s). Perspectives juridiques*, LGDJ, 2009, Actes de colloque n° 6, mars 2008, PU sc. soc. Toulouse.

HENNEBELLE (D.), *Essai sur la notion de salaire*, thèse, PU Aix-Marseille, 2001.

HOUASSI (H.), *Les incertitudes des restructurations d'entreprises sur la situation collective des salariés*, LGDJ, 2006.

HUGON (A.), *Créances salariales impayées : le rôle de l'AGS. Regard sur la loi de Sauvegarde des Entreprises du 26 juillet 2005*, préface de Thierry Météyé, L'harmattan, 2009

JAMIN (C.), *La notion d'action directe*, LGDJ 1991.

JANSSENS-PEYREGA (V.-A.), *L'influence du droit communautaire sur le droit interne des aides aux entreprises*, sous la dir. de J.-Cl. NEMERY, Thèse Rennes 2007.

KANGA (B.), *Entreprises en difficulté et droits des salariés : de l'illusion au désespoir*, sous la dir. J. Tillhet-Pretnar, Thèse Paris 13 Nord, 1993.

KESSLER (F.), *La notion de risque social*, *Encyclopédie de la protection sociale*, éd. Liaisons/Économica, 2000.

KONE-SILUE (A.), *La précarité et le droit social ivoirien*, Thèse Paris Ouest Nanterre La Défense, sous la dir. A. Lyon-Caen, 2011.

LABRUSSE (H.), *Le mot travail : un acheminement poétique, Analyse et réflexions sur le travail*, Collectif, Éditions Marketing, 1978.

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

LAFUMA (E.), *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », t. 46, 2008

LAMORIL (R.), *La garantie du paiement des salaires en cas de règlement ou de liquidation des biens de l'employeur (Commentaires de la Loi n° 73-1194 du 27 décembre 1973)*, Thèse Lille II, 1977.

LECLERC (P.), *La sécurité sociale. Son histoire à travers les textes*, tome II, 1870-1945, Paris, Association pour l'étude de l'Histoire de la Sécurité sociale, 1996.

LE CORRE (P.-M.), *Le créancier face au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*, t. 1, PUAM, 2000.

LEFRANC (G.), *Histoire du travail et des travailleurs*, Flammarion, 1975.

LEGEAIS (D.), *Sûretés et garanties de crédit*, 6^e éd., LGDJ, 2008.

LE NABASQUE (H.), *Le pouvoir dans l'entreprise : essai sur le droit de l'entreprise*, Thèse Rennes 1, 1986.

LE ROUGE (L.), *La reconnaissance d'un droit à la santé mentale au travail*, LGDJ, 2005.

LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Thèse Paris X Nanterre, sous la dir. A. Lyon-Caen, 2002.

LYON-CAEN (G.), *La prévoyance*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1994.

LYON-CAEN (G. et A.), *Droit social européen et international*, 8^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 1997.

LYON-CAEN (A.), URBAN (Q.), *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2006.

LYON-CAEN (A.), URBAN (Q.), (dir.), *Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007.

JEAMMAUD (A.), *Le licenciement*, Dalloz, 1993

JEAMMAUD (A.) (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. « Précis », 2005.

MACORIG-VENIER (F.), *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, Thèse dactyl. Toulouse, 1992.

MAILLARD (S.), *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, Thèse Nantes, PU Aix-Marseille, coll. « Centre de Droit social », 2008.

MALINVAUD (E.), *Les cotisations sociales à la charge des employeurs*, Coll. *Les rapports du CAE*, n° 9, La Doc. fr. 1998.

MARIÉ (R.), *Du processus de généralisation de la Sécurité sociale de 1945 à nos jours*, thèse, Nantes, 1997.

MARTIN (A.-C.), *L'imputation des risques entre contractants*, LGDJ, 2009

MARTIN-SERF (A.), *Les créanciers munis de sûretés dans les nouvelles procédures collectives de liquidation et de redressement des entreprises*, Thèse dactyl. Nancy, 1974.

MAVRIDIS (P.), *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne. Étude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, Ant. N. Sakkoulas Publishers, Athènes/Bruylant, Bruxelles, 2003.

MEHDI (R.), *Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire*, Thèse, Rennes, 1994.

MELOT (R.), *Les modes de règlement contractuels des litiges nés du contrat de travail*, Thèse en sociologie, 2002, École Normale Supérieure, Cachan.

MEUNIER-BOFFA (M.), *Droit social, Politique de l'emploi, Politique sociale*, 3^e éd., Litec, 2003.

MEYER (F.), *L'évaluation des risques professionnels*, PU Strasbourg, 1995.

MIBILEAU (R.), *L'évolution des modes de rémunérations dans l'entreprise*, thèse Nantes, 2004.

MIGNOT (M.), *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, préf. É. Loquin, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des Thèses », 2002.

MILLET (L.), *La protection juridique des victimes d'accidents de trajet*, LGDJ, 2002.

MONSÈRIÉ (M.-H.), *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires*, préf. C. Saint-Alary-Houin, Litec, 1994.

MOREAU (M.-A.), *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Dalloz, coll. « A droit ouvert », 2006.

MORVAN (P.), *Restructurations en droit social*, 2^e éd., Litec, coll. « Litecprofessionnels », 2010.

NAZET-ALLOUCHE (D.), *Droit du travail et procédures collectives*, Thèse Montpellier, 1983.

NETTER (F.), *La sécurité sociale et ses principes*, Dalloz, 2005.

OUAISSI (H.), *Les incidences des restructurations d'entreprise sur la situation collective des salariés*, LGDJ, 2006.

PALIER (B.), *Gouverner la Sécurité sociale : les réformes du système français de protection sociale depuis 1945*, 2^e éd., PUF, coll. « Quadrige », 2005.

PALLANTZA (D.), *La créance de salaire*, Panthéon-Sorbonne Paris 1, 2011, sous la dir. Grégoire Loiseau.

PASQUIER (T.), *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, 2008.

PELLET (R.), *Les finances sociales : économie, droit et politique*, LGDJ, coll. « Systèmes Finances publiques », Paris, 2001.

PELLET (R.), *Leçons de droit social*, Dalloz, 2005.

PESKINE (E.), *Réseaux d'entreprise et droit du travail*, préf. A. Lyon-Caen, L.G.D.J, coll. « Bibl. De droit social », t. 45, 2008.

PETIT (F.), *Le concept français de sécurité sociale à la lumière du droit international et du droit communautaire*, thèse, Bordeaux IV, 2001.

PHILIP (L.) (dir.), *Les finances sociales, unité ou diversité*, Economica, 1995.

PICARD (M.), BESSON (A.), *Les assurances terrestres en droit français*, t. 1, 4^e éd., 1950.

PICHON (N.), *L'immunité civile de l'employeur, étude critique*, Thèse droit, Nantes, 2003.

PORTA (J.), *La réalisation du droit communautaire : essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Thèse Paris 10, sous la dir. A. Lyon-Caen, 2006.

PRÉTOT (X.), *Le droit social européen*, 2^e éd., PUF, Coll. « Que sais-je ? », 1993.

PRÉTOT (X.), *Les Grands arrêts du droit de la sécurité sociale*, n° 8, 2^e éd., Dalloz, 1998.

PRÉTOT (X.), *Protection sociale. Six ans de jurisprudence 1997-2002*, Litec, 2003.

PUIGELIER (C.), *Le pouvoir disciplinaire de l'employeur*, éd., Economica, Paris, coll. « Droit poche 2 », 1997.

PUTMAN (E.), *La formation des créances*, thèse, Aix-Marseille III, 1987.

RADÉ (C.), *Droit du travail et responsabilité civile*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 1997, préf. J. Hauser.

RADÉ (C.), *La responsabilité civile contractuelle. Les quasi-contrats*, PUG 2001.

RAIMON (M.), *Le règlement communautaire 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, 1^e éd., LGDJ, 2007.

RENET (T.), *La force de travail (Étude juridique)*, préf. F. Zenati, Litec, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », 1992.

REYMOND DE GENTILE-CAMPANA (M.-J.), *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, Sirey, coll. « Bibl. dr. com », t. 25.

RIOT (C.), *Le risque social*, éd., Université de Montpellier I, 2005.

RODIÈRE (P.), *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2008.

ROSE (H.), STRUILLLOU (Y.), *Droit du licenciement des salariés protégés*, 4^e éd., Economica, 2011.

ROULAND (M.), *La qualité de la créance*, thèse Paris X, 2007.

ROUSSEAU (F.), *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibl. des thèses », 2009.

RUELLAN (C.), GRAS (F.), *Les groupements d'employeurs*, Economica, Coll. « Droit poche », 1997.

SACHS (T.), *La raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, Thèse Paris-Ouest Nanterre-La-Défense, 2009, (dir.) Georges Borenfreund.

- SACHS-DURAND (C.), *Les seuils d'effectif en droit du travail*, LGDJ, 1985.
- SILUE (N.), *L'égalité entre l'homme et la femme en Afrique noire francophone : essai sur la condition juridique de la femme en droit social ivoirien*, Thèse Paris 10, sous la dir. A. Lyon-Caen et H. Bogler, 2008.
- SLIM (H.), *La responsabilité professionnelle des administrateurs et liquidateurs judiciaires*, Litec, 2002.
- SOUWEINE (C.), *Les créances résultant du contrat de travail dans le redressement et la liquidation judiciaires*, Thèse Droit, Grenoble II, 1992.
- SUPIOT (A.) (dir.), *Le travail en perspectives*, LGDJ, 1998.
- SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. « Quadrige », 2002.
- SUPIOT (A.), *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris Seuil, 2005.
- SWEENEY (M.), *L'égalité en droit social, au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, Thèse Paris Ouest Nanterre La Défense, sous la dir. A. Lyon-Caen, 2010.
- TEYSSIÉ (B.), *Le comité d'entreprise européen*, Économica, 1997.
- TEYSSIÉ (B.) (dir.), *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, éd. Panthéon-Assas/LGDJ, 1999.
- TEYSSIÉ (B.), *Droit européen du travail*, 3^e éd., 2006.
- VAN RAEPENBUSCH (S.), *La sécurité sociale des travailleurs européens. Principes directeurs et grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, De Boeck, Université, Bruxelles, 2001.
- VERDIER (J.-M.), *Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des Droits*, Rousseau et Cie, Paris, 1955.
- VIALA (Y.), *Le principe de l'égalité des créanciers dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, Thèse dactyl. Toulouse, 2001.
- WERRO (F.) (dir.), *La pluralité des responsables*, colloque du droit de la responsabilité civile, 2007, Univ. de Fribourg, Stämpfli Editions SA Berne, 2009.

III. Articles

- ADAM (P.), « Les rôles de l'administrateur judiciaire et du mandataire-liquidateur », *RJ com.* 1987, n° spéc, p. 107.

ADELE (P.-A.), FERKANE (Y.), LEROY (S.), « Une nouvelle assurance chômage ? », *RDT* 2009, p. 366.

AFFICHER (J.), LYON-CAEN (A.), VERNAC (S.), « De l'analyse économique à l'évaluation du droit du travail », *RDT* 2009, n° 11, p. 631.

ALBIOL (M.), RUSSEIL (M.), « Gestion d'un contrôle URSSAF et voies de résolution amiable des contentieux de sécurité sociale », *TPS*, n° 5, 2004, p. 5.

ALFANDARI (E.), « L'évolution de la notion de risque social. Les rapports entre l'économie et le social », *Rev. inter. droit économique*, De Boeck Université, 1997/1, p. 14.

ANTONMATTÉI (P.-H.), « La qualification de salaire », *Dr. soc.* 1997, p. 571.

ANTONMATTÉI (P.-H.), « Le concept de groupe en droit du travail », in *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 1999, p. 12.

ANTONMATTÉI (P.-H.), « Le motif économique de licenciement : les limites du contrôle judiciaire », *RJS* 2001, n° 4, p. 95.

ARSEGUEL (A.), « Les droits individuels des salariés en matière d'emploi et de créances », *Ann. Univ. Sc. soc. Toulouse*, t. XXXIV, 1986.

ARSEGUEL (A.), « Aspects sociaux de la loi du 10 juin 1994 », *LPA* 1994, n° 110, p. 31.

ARSEGUEL (A.), LAROQUE (P.), « Les salariés et la nouvelle procédure », *LPA*, 1985, n° 124, p. 4.

ARSEGUEL (A.), « Aspects généraux du contentieux prud'homal relatif aux créances salariales depuis la loi du 25 janvier 1985 », *Dr. soc.* 1987, p. 807.

ARSEGUEL (A.), REYNES (B.), « Rupture de la relation de travail et indemnisation du préjudice moral », *Gaz. Pal.* 1992, chron. p. 913.

ARSEGUEL (A.), ISOUX (P.), « La dérive de la notion de service organisé », *Dr. soc.* mars 1992.

ARSEGUEL (A.), ISOUX (P.), « Les vices de procédure dans le contrôle du recouvrement des cotisations sociales », *Dr. soc.* 1993, p. 85.

ARSEGUEL (A.), « Les procédures amiables et le paiement des cotisations sociales », *Rev. fr. comptabilité*, déc. 1993.

ARSEGUEL (A.), « L'impayé des créances salariales », in *L'entreprise face à l'impayé*, Montchrestien, 1994.

ARSEGUEL (A.), REYNÈS (B.), « L'AGS et la loi de modernisation sociale, de la solidarité à l'assurance ? », *D.* 2003, chron. 502.

ARSEGUEL (A.), « L'identification des risques et des personnes responsables dans les groupements d'employeurs », *Bull. soc. F. Lefebvre*, mars 2003.

ARSEGUEL (A.), « La détermination de la convention collective applicable dans un groupement d'employeurs multisectoriels », *Bull. soc. F. Lefebvre*, juin. 2004, p. 307.

ARSEGUEL (A.), METEYÉ (T.), « L'AGS, Le prix d'un progrès social. La loi du 25 janvier 1985 a vingt ans. Entre bilan et réforme », *Rev. Lamy dr. aff.* 2005, n° 80, suppl., 90.

ARSEGUEL (A.), MÉTEYÉ (T.), « Les aspects sociaux de la procédure de sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2008/2, p. 117.

AUBERT (F.), « La responsabilité civile professionnelle des mandataires de justice dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires », *Rapp. C. cass.* 2003, p. 14.

AUBERT-MONPEYSSSEN (T.), « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail », *Dr. soc.* 1997, 616.

AUBERT-MONPEYSSSEN (T.), « Principe « À travail égal, salaire égal » et politique de gestion des rémunérations », *Dr. soc.* 2005, n° 1, p. 18.

AUBIN (C.), « L'Europe sociale entre mythe et réalité », *Dr. soc.* 2007, p. 618.

AUZERO (G.), « La détermination des créances garanties par l'AGS en matière d'épargne salariale », *RDT* 2009, p. 358

AUZERO (G.), « Le législateur à nouveau au chevet de la gérance-mandat », *RDT* 2010, p. 642.

AUZERO (G.), FERRIER (N.), « Cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail », *Rép. trav.* 2010.

AUZERO (G.), « Le pouvoir de licencier », *Dr. soc.* 2010, p. 289.

AUZERO (G.), FERRIER (N.), « La délégation du pouvoir de licencier dans les SAS (et autres groupements personnifiés) », *RJS* 2011, p. 83.

BADEL (M.), « Le perfectionnement du dispositif de réparation du risque professionnel par le droit social. Commentaire de la loi du 9 avril 1898 », *Dr. soc.* 1998, n° 7/8, p. 644.

BADEL (M.), « La notion de risque professionnel : état des lieux à la lumière des évolutions récentes », *RDSS* 2004, p. 206.

BADEL (M.), « Suppression de l'assurance veuvage et réforme de la pension de réversion : quelle équivalence ? », *RDSS* 2004, p. 451.

BADEL (M.), « Souffrance au travail et risque professionnel », *RDSS* 2006, p. 918.

BADEL (M.), « Les partenaires sociaux ont engagé des négociations pour réformer le régime relatif aux risques professionnels : fin des négociations sur la réforme du régime AT/MP », *Sem. soc. Lamy* 2007, n° 1299, p. 9.

BAILLY (P.), « La contractualisation des plans de sauvegarde de l'emploi », *Gaz. Pal.* 2007, n° 22, p. 38

BAILLY (P.), « Les licenciements et les procédures collectives », *Gaz. Pal.* 2008, n° 4, p. 3

BANDIN (M.-C.), « Panorama de l'assurance contre les accidents du travail dans les pays de l'Union européenne », *Dr. soc.* 1998, p. 661.

BARBE (C.), MARQUETTE (V.), « Les procédures d'insolvabilité extracommunautaires. Articulation des dispositions du règlement 1346/2000 et du droit commun des États membres », *JDI* 2006, p. 511.

BARTHÉLÉMY (C.), « La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'État aux établissements publics: mythe ou réalité? », *RJEP* 2004, p. 423

BARTHÉLÉMY (J.), « Restructurations et protection sociale complémentaire », *Dr. soc.* 1989, p. 110.

BARTHÉLÉMY (J.), « Peut-on dissocier le droit du travail et le droit de la sécurité sociale ?, Contribution à la théorie des vases communicants », *Dr. soc.* 2007, p. 787

BARTHÉLÉMY (J.), « Droits du travail et de la sécurité sociale : une discipline, *Cah. du DRH* 2008, n° 148.

BASCOU (H.-G.), COURSIER (P.), « L'assiette des cotisations et les frais professionnels », *Dr. soc.* 1993, p. 542

BASCOU (H.-G.), « Les pouvoirs et obligations des inspecteurs du recouvrement lors de la phase de contrôle des cotisations URSSF », *Dr. soc.* 1996, p. 22.

BASCOU (H.-G.), RANC (J.-C.), « Les pouvoirs des agents de l'URSSAF dans la lutte contre le travail illégal », *Gaz. Pal.* 2001, n° 10-11, p. 2.

BASCOU (H.-G.), RANC (J.-C.), « URSSAF. À méthode illicite, redressement illicite », *Sem. soc. Lamy* 2001, n° 1049, p. 6.

BASCOU (H.-G.), RANC (J.-C.), « 35 heures : se préparer aux contrôles URSSAF », *Sem. soc. Lamy* 2002, n° 1076, p. 7.

BASCOU (H.-G.), RANC (J.-C.), « L'absence d'observations lors d'un contrôle URSSAF vaut accord tacite... », *Jurispr. soc. Lamy* 2002, n° 103, p. 4.

BASCOU (H.-G.), RANC (J.-C.), « La fin des redressements par voie de sondage », *Jurispr. soc. Lamy* 2002, n° 116, p. 4.

BAYLE (M.), « L'enchaînement des procédures de prévention et de traitement de la cessation des paiements », *LPA* 2008, n° 213, p. 3.

BAZI (S.), « La garantie et la fixation des créances salariales », *Dr. ouvr.* 1998, pp. 118-125.

BEAUJOLIN-BELLET (R.), « Restructurations: entre permanence et ruptures », in *Le Management. Fondements et Renouvellements*, coord. Par G. Schmidt, Éditions Sciences humaines, 2008, p. 292.

BECHAUX (S.), « Faute d'emploi, les chômeurs créent leur boîte », *Liais. soc. Magazine*, 2004, n° 53, p. 34.

BELORGEY (J.-M.), « Logique de l'assurance, logique de la solidarité », *Dr. soc.* 1995, p. 731.

BELORGEY (J.-M.), « À quoi servent les lois de financement de la sécurité sociale ? », *Dr. soc.* 1998, p. 807.

BELORGEY (J.-M.), « La Charte sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation : le Comité européen des droits sociaux », *RDSS* 2007, p. 226.

BENOIT (A.), « La solidarité en droit du travail », in *Les solidarités. Fondements et défis*, A. et C. Euzéby (dir.), Economica, 1996, p. 61.

BENTOLILA (D.), « Qualité d'employeur d'un agent public », *Collectivités Territoriales Intercommunalité*, 2005, n° 3, p. 21.

BERAUD (J.-M.), « Les groupements d'employeurs », in *Flexibilité du droit du travail, objectif ou réalité ?*, Paris, éd., législative et administrative, 1986, p. 67.

BERCUSSON (B.), OMARJEE (I.), « Qu'attendre de la promotion de la Charte des droits fondamentaux par le traité de Lisbonne ? », *RDT* 2008, p. 74.

BEZIAN (B.), « La garantie des créances salariales dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire : quelques décisions récentes », *Dr. soc.* 1991, n° 9/10, p. 679.

BLAISE (H.), « La situation juridique des salariés en cas de faillite de leur employeur », *Dr. soc.* 1968, p. 539.

BLAISE (H.), « Panorama de jurisprudence récente concernant l'AGS », *Dr. soc.* 1982, n° 3, p. 190.

BLAISE (H.), « La sauvegarde des intérêts des salariés dans les entreprises en difficulté, loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises », *Dr. soc.* 1986, p. 449.

BLAISE (H.), « L'extension jurisprudentielle de la garantie de l'AGS », *Dr. soc.* 1987, n° 7/8, p. 616.

BLAISE (H.), « Les créances garanties par l'AGS, une jurisprudence évolutive », *Dr. soc.* 1994, n° 9/10, p. 778.

BLANC (F.), « L'insaisissabilité des biens des EPIC, éléments pour une évolution », *RDP* 2009, p. 1553.

BLANCHET (D.), *Le vocabulaire de l'assurance a-t-il sa place dans la réflexion sur la protection sociale ?*, Note INSSE, mars 1994.

BLANCHET (D.), « Deux usages du concept d'assurance et deux usages du concept solidarité », *RFAS* 1995, n° 4, p. 33.

BLANCHET (D.), « Économie de la protection sociale : assurance, solidarité, gestion des risques », *Économie et statistique*, 1996, n° 291-292, p. 33.

BLANCHET (D.), BROUSSE (C.), OKBA (M.), « Retraite, préretraite, neutralité actuarielle et couverture du risque de chômage en fin de carrière », *Économie et Statistique*, n° 291-292, 1996, p. 203.

BLANCHET (D.), « La référence assurantielle en matière de protection sociale : apports et limites », *Économie et statistique*, 1996, n° 291-292, p. 33.

BLATMANN (M.), « L'obligation de sécurité de résultat de la Cour de cassation en 6 étapes », *Sem. soc. Lamy* 2007, n° 1295, p. 6.

BLOT (M.), « La garantie des créances salariales par l'AGS », *Les Chroniques Jurispr. soc. CERT*, Nancy II, n° 15, 1995, p. 12.

BLUMANN (C.), « Citoyenneté européenne et champ d'application personnel du droit communautaire », *Law and European affairs*, 2002-2004/1, p. 73.

BICHOT (J.), « Pour en finir avec les droits dérivés », *Dr. soc.* 1985, n° 1.

BICHOT (J.), « Sur divers modes de gestion de la retraite », *Dr. soc.* 1991, p. 271.

BIGOT (J.), « Problématique de la mise en liquidation d'une société d'assurance vie », *Rev. gén. dr. ass.*, 1998, n° 1998-1, p. 11.

BIGOT (J.), « Quel statut juridique pour les droits à pension ? », *Dr. soc.* 2000, p. 409.

BICHOT (J.), « Quel statut juridique pour les droits à pension ? », *Dr. soc.* 2003, p. 402.

BLOHOM-BRENNEUR (B.), « La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation », *D.* 2001, chron. p. 251.

BONGRAND (O.), « L'A.G.S. et les procédures collectives », *Cah. soc. bar. de Paris*, 1998, n° 102, pp. 209-211.

BONHOMME (R.), « Procédures collectives et exercice en société d'une activité libérale », *Rev. proc. coll.* 2010, p. 13.

BONNECHERE (M.), « La libre circulation des travailleurs dans l'Union européenne », *Dr. soc.* 1995, p. 319.

BONNECHERE (M.), « Droits sociaux fondamentaux : vers un droit commun pour l'Europe », *Sem. soc. Lamy*, n° 1187, 2004, p. 5 et n° 1188, p. 5.

BORENFREUND (G.), « Le droit du travail en mal de transparence ? », *Dr. soc.* 1996, p. 461.

BORGETTO (M.), « L'alinéa 5 du préambule », in G. Conac, X. Prétot, G. Teboul (dir.), *Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946*, Dalloz 2001, p. 127.

BORGETTO (M.), « La solidarité : le maître mot de la protection sociale ? Entre technique et principe », *Informations sociales*, n° 96, 2001, p. 124.

BORGETTO (M.), « La réforme des retraites : du bon...et du moins bon », *Dr. soc.* 2003, p. 925.

BORGETTO (M.), « L'idée de gratuité et la notion de solidarité sociale », in G. Koubi, G.J. Guglielmi (dir.), *La gratuité, une question de droit ?*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2003, p. 21.

BORGETTO (M.), « Universalité et droit de la protection sociale », in G. Koubi, O. Jouanjan (dir.), *Sujets et objets universels en droit*, PU Strasbourg, 2007, p. 13.

BORGETTO (M.), « Le Conseil constitutionnel, le principe d'égalité et les accords sociaux », in *Mélanges D. Lochak*, LGDJ, 2007, Coll. « Droit et société », n° 14, p. 239.

BORGETTO (M.), LAFORE (R.), « Article II-94, Sécurité sociale et aide sociale », in *L. Burgorgue-Larsen, A. Levade ; F. Picod* (dir.), *Traité établissant une constitution pour l'Europe...*, p. 443.

BOUBLI (B.), « À propos de la flexibilité de l'emploi : vers la fin du droit du travail ? », *Dr. soc.* 1985, p. 239.

BOUBLI (B.), « La détermination de l'employeur dans les groupes de sociétés », in B. TEYSSIÉ, *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 1999, p. 20.

BOUBLI (B.), « Réorganisation et restructuration dans le licenciement de compétitivité », *Jurispr. soc. Lamy* 2006, n° 195-1.

BOUBLI (B.), « Contrôle de compétitivité de l'entreprise », *RDT* 2008, p. 218.

BOUILLOUX (A.), « Les nouvelles garanties des cotisants face à un contrôle de l'URSSAF », *Dr. soc.* 1999, p. 896.

BOUILLOUX (A.), « Retour sur l'échantillonnage : quelques observations en marge relatives à la légalité de la méthode de l'échantillonnage », *Sem. soc. Lamy* 2007, n° 1322, 7.

BOUILLOUX (A.), « Les indemnités de rupture négociée et l'assiette des cotisations », *Sem. soc. Lamy* 2008, n° 1373, p. 6.

BOURGEOT (S.), BOTHUAN (T.), « La gestion du risque de santé par l'entreprise », *Bull. soc.* 2005, p. 215.

BOURGEOT (S.), BLAMANT (M.), « De l'obligation de sécurité de l'employeur au droit à la santé des salariés », *Dr. soc.* 2006, n° 6, p. 653.

BRIDENNE (I.), COUHIN (J.), « Perspectives financières du régime général à l'horizon 2050 », *Retraite et société*, 2006, n° 48, p. 82.

BRISSY (S.), « Licenciement pour motif économique. Absence du pouvoir de licencier = absence de cause réelle et sérieuse », *JCP S* 2012, n° 6, p. 38.

BRUN (A.), « Le privilège des salaires et le décret du 20 mai 1955 », *D.* 1961, chron. p. 193.

BRUN (A.), SEFFERT (M.-C.), « Faut-il modifier le rang du privilège des salaires ? », Rapport présenté le 8 avril 1967 à la Conférence des tribunaux de commerce de la IVème région judiciaire, *RTD com.* 1967, p. 27.

BRUNET (A.), « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », in *Études offertes à Roblot*, p. 471 et s.

BRUNETTI (C.), « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *RTD com.* 2000, p. 783.

BRUNHES (B.), « La flexibilité, modèles européens », *Dr. soc.* 1989, p. 251.

BUHL (J.-L.), « Les nouvelles mesures de financement et leur gestion », *Dr. soc.* 1996, p. 251.

BUY (M.), « La responsabilité civile de l'employeur », *Dr. et patr.* 2003, n° 118.

BYRE (A.), « Égalité de rémunérations et valeur du travail en droit anglais: une jurisprudence novatrice », *Dr. soc.* 1988, n° 12, pp. 815-819.

CABOTTE (J.-C.), « Les garanties du financement de l'entreprise: aspects internationaux », *LPA* 2005, n° 104, p. 13.

CABRILLAC (M.), « L'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 et ses difficultés d'application », *Banque* 1986, 115.

CABRILLAC (M.), « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », in *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida*, p. 31 et s.

CALOMILI (C.), « L'efficacité du superprivilège des salaires », *LPA* 2011, n° 30, pp. 20-25.

CAMERLYNCK (G.-H.), « La prescription de la créance de salaire, loi n° 71-586 du 6 juillet 1971 », *D.* 1971, chron. p. 237.

CAMPALA (M.-J.), « La situation des créanciers garantis », *RTD com.* 1987, n° spéc, t. 2, p. 77.

CARBONNIER (J.), « Renouveau du droit de propriété ? », *Dr. et patr.* 2001, n° 91.

CASADO (A.), « L'obligation de reclassement après la loi du 18 mai 2010 », *JCP S* 2011, n° 1-2, pp. 17-22.

CARSIN-CORRIGNAN (F.), CORRIGNAN-CARSIN (D.), « L'identification des titulaires du pouvoir de licencier au sein des SAS », *JCP G* 2011, n° 1, pp. 43-48.

CATALA (P.), « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.* 1996, n° 14, p. 195.

CERATI-GAUTHIER (A.), « Application de la loi de sauvegarde des entreprises aux professions libérales », *JCP E* 2008, p. 2436.

CESARO (J.-F.), « Protection sociale d'entreprise et assurance », *Dr. soc.* 2006, p. 165.

CHAGNY (Y.), « La situation des salariés de l'entreprise en difficulté », *RJS* 1999, n° 10, p. 743.

CHAGNY (Y.), « Quelques aspects de la garantie des créances résultant du licenciement pour motif économique par l'entreprise en difficulté », *Gaz. Pal.*, sept.-oct. 2002, p. 1372.

CHAGNY (Y.), « L'AGS doit-elle sa garantie en cas de procédure d'insolvabilité de l'employeur constaté judiciairement à l'étranger ? », *Dr. soc.* 2003, n° 9/10.

CHAGNY (Y.), « Quelques observations sur la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de garantie des créances salariales », *Sem. soc. Lamy* 2003, n° 1138, p. 32.

CHAGNY (Y.), « Indemnisation du chômage », *Sem soc. Lamy* 2003, n° 1138.

CHAMPEAUX (F.), « Les mesures sociales de la loi de modernisation de l'économie », *Sem. soc. Lamy* 2008, n° 1366, p. 5.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *RDT* 2007, p. 19.

CHARBIN (A.), « La situation des salariés dans l'entreprise en difficulté », *RJS* 1999, p. 743.

CHARBIN (A.), « Assurance garantie des salaires : plafond 13 ou plafond 4 », *JCP E* 1999, n° 47, p. 1856.

CHARBIN (A.), « La garantie de l'AGS, portée réelle de l'évolution jurisprudentielle », *TPS* 1999, chron. p. 5.

CHARBONNEAU (C.), « Présentation du décret du 24 juillet 2003 : le gouvernement réforme l'AGS », *Cah. soc. barr. Paris*, n° 153, p. 385.

CHARBONNEAU (C.), « Action en requalification du contrat à durée déterminée : une action de pure protection du salarié », *Cah. soc. Barr. Paris*, n° 147, p. 68.

CHARLES (H.), DERRIDA (F.), « Les contrats administratifs dans les procédures collectives », *D.* 1977, chron. n° IV, p. 29.

CHAUCHARD (J.-P.), « La Sécurité sociale et les droits de l'Homme (à propos du droit à la Sécurité sociale) », *Dr. soc.* 1997, p. 48.

CHAUCHARD (J.-P.), « De la définition du risque social », *TPS* juin 2000, chron. p. 4.

CHAUCHARD (J.-P.), MARIÉ (R.), « La couverture maladie universelle : résurgence de l'aide sociale ou mutation de la sécurité sociale ? », *RFAS* 2001, n° 4, p. 139.

CHAUCHARD (F.), LE BERRE (L.), « Cotisations sociales : réforme de l'évaluation des avantages en nature et des remboursements de frais professionnels », *JCP E* 2003, p. 552.

CHAUVY (Y.), « La portée constitutionnelle de la Sécurité sociale », *Dr. ouvr.* 1995, p. 425.

CHAUVY (Y.), « Les normes supérieures du droit de la Sécurité sociale », *RDP* 1996, p. 991.

CHERADAME (I.), SUAIN (A.), « La question du cumul mandat social et contrat de travail des dirigeants », *Option Finance* 2011, n° 1118, p. 36.

CHEVALEIR (J.-Y.), « Les conditions d'ouverture des nouvelles procédures collectives », in *Faillites*, Dalloz, 1970.

CLAMOUR (G.), « Du droit applicable aux actions économiques des personnes publiques », *Revue Lamy de la concurrence*, n° 9, 10/2006.

CLERGERIE (J.-L.), « La dimension sociale de l'Union européenne », *LPA* 2002, n° 173, 4.

CLERGERIE (J.-L.), KARATHANASI (C.), « La mobilité des patients et le remboursement des dépenses médicales dans l'Union européenne », *RDSS*, 2009, n° 3, p. 463.

COHEN (M.), « Le caractère superprivilegié en cas de faillite de l'indemnité de préavis, de l'indemnité de rupture abusive, de l'indemnité de congés payés », *Dr. ouvr.* 1957, p. 172.

COHEN (M.), « Le rôle des représentants du personnel dans les procédures relatives aux difficultés des entreprises », *Dr. ouvr.* 1985, p. 160.

COEURET (A.), « Rémunération des dirigeants sociaux : l'introduction partielle du critère de performance dans la loi », *Dr. soc.* 2008, p. 521.

COEURET (A.), DUQUESNE (F.), « Les licenciements dans la SAS : fin d'une controverse et ébauche d'une théorie du pouvoir délégué », *Dr. soc.* 2011, p. 382.

COHET-CORDEY (F.), « Valeur explicative de la théorie du patrimoine », *RTD civ.* 1996, p. 819.

CONCIALDI (P.), « Entre l'assistance et l'assurance : la solidarité », *Sociétés et Représentations*, CREDHESS, 1997, n° 5, p. 67.

CONCIALDI (P.), « Pour une économie politique de la protection sociale », *Revue de l'IREs*, 1999/2, n° 30, p. 177.

CONCIALDI (P.), « La protection sociale est une chose trop sérieuse... », *Informations sociales* 2001, n° 96, p. 64.

COPPIN HAUDRY DE JANVRY (S.), « Les accidents du travail, accidents de trajet et accidents de mission : réflexions autour d'un bilan contrasté », *Rapport d'activité de la Cour de cassation* 1995, p. 67.

COUDERT (P.), « L'application des procédures collectives aux entreprises publiques », *LPA* 1994, n° 110, p. 26.

COUDERT (P.), « Les sociétés d'économie mixte locales face à l'application des procédures collectives: une adaptation nécessaire », *LPA*, 21 oct. 1994, p. 9.

COEURET (A.), DONDERO (D.), « Le reclassement des salariés, le groupe de sociétés, et le FCPR (affaires Unichips, Sublistatic et SGD) », *JCP E* 2010, p. 1915.

COURSIER (P.), « Vent de liberté sur l'assujettissement au régime général de sécurité sociale », in *Mélanges Ch. Mouly*, 1998, vol. II, p. 77.

COURSIER (P.), « Assujettissement au régime général de la sécurité sociale », *TPS* 1999, 196 (Hors-série).

COURSIER (P.), « Réflexions sur le risque professionnel en matière d'accident de mission », *Jur. soc. Lamy* 2002, n° 94, p. 4.

COURSIER (P.), « Consécration jurisprudentielle de la notion d'accident de mission », *Jurispr. soc. Lamy* 2003, n° 133, p. 4.

COURSIER (P.), « La notion de travailleur salarié en droit social communautaire », *Dr. soc.* 2003, p. 305.

COUTROT (V.), « L'inefficacité des réductions des charges sociales », in C. Mills (dir.), *Protection sociale : quelle réforme ?*, 1999, p. 35.

COUTURIER (G.), « L'extinction des relations de travail dans les groupes de sociétés », in *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 1999, sous la dir. B. Teyssié, p. 91.

COUTURIER (G.), « Licenciement économique : choix de l'employeur et contrôle du juge », *Liaisons soc. Magazine*, févr. 2001, p. 58.

COUTURIER (G.), « Du plan social au plan de sauvegarde de l'emploi », *Dr. soc.* 2002, p. 280.

COUTURIER (G.), « L'impossibilité de réintégrer (Sur l'article 77-V de la loi de programmation sociale dite loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005) », *Dr. soc.* 2005, n° 4, p. 403.

COUTURIER (G.), « De quoi le salaire est-il la contrepartie ? », *Dr. soc.* 2011, n° 1, p. 10.

COZIAN (M.), « Le charme des sociétés civiles immobilières : charme intact ou charme fané », *RJC* 2004, p. 64.

CROCQ (P.), « Privilège général des salariés. Détermination des six derniers mois de salaire. Refus de prendre en compte le travail effectué après l'ouverture d'une procédure collective », *RTD civ.* 1996, p. 206.

DAGOT (M.), « La notion de privilège », in *Mélanges Mouly*, Litec, 1998, t. 2, p. 335.

DAMMANN (R.), PODEUR (G.), « Les groupes de sociétés face aux procédures d'insolvabilité », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2007, n° 16, p. 65.

DAMMAN (D.), CAROLE-BRISSON (D.), « Procédure d'insolvabilité : portée du principe d'universalité », *D.* 2011, n° 7, p. 498.

DANIEL (C.), TUCHSZIER (C.), « Assurance, assistance, solidarité ; quels fondements pour la protection sociale des salariés ? », *Revue de l'IREES* 1999/2, n° 30, p. 9.

DARVERS-BORNOZ (P.), « Notions d'unité économique et sociale (UES) et de co-employeurs », *Dr. ouvr.* 2009, p. 309.

DAUGAREILH (I.), « Les prestations sociales non contributives et les étrangers non communautaires », *RDSS* 1997, p. 189.

DAUGAREILH (I.), « Droits des étrangers », *Inform. soc.* 1999, n° 78.

DAUGAREILH (I.), « La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et la protection sociale », *RDT eur.* 2001, p. 123.

DEDESSUS-LE-MOUSTIER (G.), « Les conditions de la reconnaissance de la qualité de co-employeur des membres d'une UES », *Dr. soc.* 2011, n° 11, p. 7.

DEFOSSEZ (A.), « Dumping social, acte III », *Journal du Marché Intérieur*, 7 avril 2008.

DE FREMONT (H.), « Les licenciements et les procédures collectives : un compromis acceptable ? », *Gaz. Pal.* 2009, n° 1, p. 11.

DE FOUCAULD (J.-B.), « Réflexions sur la réforme des retraites », *Dr. soc.* 2004, p. 396.

DEGUERGUE (M.), « Droits des malades et qualité du système de santé », *AJDA* 2002, 508.

DE KERVASDOUE (J.), « Le marché de la santé n'est pas un marché comme les autres », *Revue Risques* 1998, n° 33, p. 17.

DE LA RIVIERE (C.), « Unicité du patrimoine pro-personnalité et pluri-personnalité », *Dr. et patr.* 2010, n° 190, p. 63.

DELEBECQUE (P.), « Les sûretés dans les procédures collectives », *JCP N* 1986, I, p. 185.

DELEBECQUE (P.), « Analyse des privilèges », *J.-Cl. civil*, art. 2092 à 2113, Fasc. 1 et 2.

DEL SOL (M.), « Contentieux des cotisations d'accidents du travail », *Bull. soc. FL*, 2003, n° 10, p. 467.

DEL SOL (M.), « LFSS pour 2008: la lutte contre la fraude en matière sociale », *JCP S* 2008, 1057.

DELVOLVE (P.), « La faillite des entreprises publiques », *Annales Univ. sc. soc. Toulouse*, 1975, p. 205.

DELVOLVE (P.), « La faillite et la liquidation des entreprises : aspects de droit administratif », in *Journées de la Société de législation comparée*, 1984, p. 451.

DE PREVAL (M.-S.), LAGREVOL (G.), « Transaction et licenciement : une indispensable rigueur ? », *Lexbase Hebdo. éd. soc.*, 29 août 2002, n° 36.

DERRIDA (F.), « Le superprivilège des salariés dans les procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens », *D.* 1973, chron. p. 59.

DERRIDA (F.), « Vers la sécurité sociale des salaires ? Commentaires de la loi du 27 décembre 1973 tendant à assurer en cas de règlement judiciaire et de liquidation des biens, le paiement des créances résultant d'un contrat de travail », *D.* 1974, n° 1, chron. p. 119.

DERRIDA (F.), « L'AGS devant la Cour de cassation », *Dr. soc.* 1979, n° 1, p. 39.

DERRIDA (F.), « La financement de la période d'observation (art. 40) », *RTD com.* 1986, n° spéc. p. 61.

DERRIDA (F.), « Redressement et liquidation judiciaires: l'avis à tiers détenteur du Trésor face au superprivilège des salariés », *D.* 1996, n° 18, p. 256.

DERUE (A.), COURSIER (P.), « Contrôle URSSAF : un droit en construction », *Cah. du DRH Lamy* 2006, n° 118, p. 2.

DE SCHUTTER (O.), FRANCO (S.), « La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur : reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflits de lois dans l'Europe élargie », *Cah. dr. eur.* 2005, p. 603.

DESSAINT (J.), « Assurance-maternité et politique familiale », *Dr. soc.* 1948, p. 316.

DESURVIRE (D.), « Banqueroute et faillite. De l'Antiquité à la France contemporaine », *LPA* 1991, n° 104, p. 12.

DION-LOYE (S.), « L'impact en droit français de la directive du 23 septembre 2002 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur », *LPA* 2003, n° 248, p. 45.

DOCKÈS (E.), « Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? La liberté d'entreprendre dénaturée par la Cour de cassation », *Dr. soc.* 2005, n°1, p. 1.

DOMERGUE (J.-P.), « Le non-emploi », in J. Pélissier (dir.), *Le droit de l'emploi*, Dalloz, 1999, p. 861.

DONDERO (B.), « L'EIRL, ou l'entrepreneur fractionné. À propos de la loi du 15 juin 2010 », *JCP* 2010, p. 679.

D'ORNANO (P.-H.), « Le co-employeur », *JCP S* 2010, p. 553.

DRAI (L.), « Une appréciation moralisatrice et inadaptée », *RDT* 2011, p. 285.

DRIGUEZ (L.), RODRIGUES (S.), « Les services sociaux d'intérêt général et droit communautaire », *AJDA* 2008, p. 191.

DUBOUIS (L.), « La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire », *RFDA* 1996, p. 583.

DUBUISSON (E.), « Projet de loi relatif à l'EIRL – Comprendre la technique et les enjeux », *JCP N* 2010, p. 1115.

DUFOURCQ (N.), « Sécurité sociale : le mythe de l'assurance », *Dr. soc.* 1994, p. 291.

DUPEYROUX (J.-J.), « Quelques réflexions sur le droit à la sécurité sociale », *Dr. soc.* 1960, p. 288.

DUPEYROUX (J.-J.), « Le droit à la sécurité sociale dans les déclarations et pactes internationaux », *Dr. soc.* 1960, p. 365.

DUPEYROUX (J.-J.), « L'évolution des systèmes et la théorie générale de la sécurité sociale », *Dr. soc.* 1966, p. 111.

DUPEYROUX (J.-J.), « La notion d'accident du travail », *D.* 1968, p. 409.

DUPEYROUX (J.-J.), « Le déclin de la présomption d'imputabilité », *D.* 1971, p. 81.

DUPEYROUX (J.-J.), « La déstabilisation du droit du travail », *Dr. soc.* 1986, p. 823.

DUPEYROUX (J.-J.), « Les exigences de la solidarité. Observations sur la désignation d'une institution déterminée pour la gestion d'un régime complémentaire de prévoyance », *Dr. soc.* 1990, p. 741.

DUPEYROUX (J.-J.), « La notion de « régime » correspond à la mise en œuvre d'une solidarité entre les membres d'un groupe déterminé face à certains ... », *Dr. soc.* 1990, 741.

DUPEYROUX (J.-J.), « Libres propos sur les cotisations », *Dr. soc.* 1993, p. 509.

DUPEYROUX (J.-J.), PRETOT (X.), « Le droit de l'étranger à la protection sociale », *Dr. soc.* 1994, p. 69.

DUPEYROUX (J.-J.), « 1945-1995 : Quelle solidarité ? », *Dr. soc.* 1995, p. 713.

DUPEYROUX (J.-J.), « Travail et activité sociale », *Dr. soc.* 1995, p. 24.

DUPEYROUX (J.-J.), « L'article 11 de la loi Evin et la théorie générale des accords collectifs de prévoyance », *Dr. soc.* 1996, p. 163.

DUPEYROUX (J.-J.), « Un idéal en béton ? Commentaire de la loi du 9 avril 1898 », *Dr. soc.* 1998, n° 7/8, p. 631.

DUPUY-LOUP (N.), « La faute inexcusable de l'employeur au-delà du 28 février 2002 », *Resp. civ. et assurances* 2002, n° 9, p. 6.

DUQUESNE (F.), « Entrave à la liberté du travail et réparation du préjudice économique de l'employeur », *Dr. soc.* 2004, n°, 11.

DURAND (P.), « Rémunération du travail et socialisation du droit », *Dr. soc.* 1942, n° 3, 85.

DURAND (F.), URBAN (Q.), « Confusion d'activité, d'intérêts et de direction : un éclairage en demi-teinte », *Bull. Joly Sociétés* 2010, n° 12, p. 994.

DURLACH (E.), « Congé de mobilité et droit du licenciement économique », *RDT* 2007, p. 440.

ENDREO (G.), « Fait générateur des créances et échange économique », *RTD com.* 1984, p. 223.

ERGEC (R.), DELWAIDE (H.), « Les entreprises publiques peuvent-elles être déclarées en faillite ? », *Journal des tribunaux*, 1995, p. 713.

ETIENNE-MARTIN (E.), NANTERME (C.), « L'AGS organe de la procédure collective », *Act. proc. coll.* 2001, n° 3, p. 1.

ETIENNOT (E.), « L'action prud'homale et le contentieux de la créance salariale dans les entreprises en difficulté », *RJS* 1993, n° 4.

EUZEBY (A.), « Faut-il supprimer les charges sociales ? », *Cahiers français* 1999, n° 292, p. 80.

EUZEBY (A.), « L'allègement des cotisations sociales patronales: quels espoirs pour l'emploi ? », *Dr. soc.* 2000, p. 368.

EUZEBY (A.), « La protection sociale contre l'emploi ? », *Regards CNESSS* 2000, n° 18, 3.

EUZEBY (A.), « L'OIT a quatre-vingts ans : quatrième âge ou nouvelle jeunesse ? », *Dr. soc.* 2000, p. 61.

EWALD (F.), « La société assurantielle », *Risques*, n° 1, p. 5.

EWALD (F.), « Le mal du siècle », in *Histoire des accidents du travail (HAT), Sociologie et justice*, 1981, n° 17, p. 1.

EWALD (F.), « Formation de la notion des accidents du travail », *Sociologie et justice*, 1981, n° 1, p. 3.

FALLON (M.), SIMON (A.-C.), « La directive « services » : quelle contribution au marché intérieur ? », *JTDE* 2007, 33.

FASQUELLE (D.), « Les faillites des groupes de sociétés dans l'Union européenne : la difficile conciliation entre approches économique et juridique », *Bull. Joly sociétés* 2006, p. 151.

FAVENNEC-HERY (F.), « L'extinction de la relation de travail dans les groupes », *Dr. soc.* 2010, p. 762.

FAVORIO (T.), « L'avocat en difficulté (application de la loi de sauvegarde à l'avocat exerçant en nom) », *Bull. Joly Sociétés* 2006, n° 6, pp. 691-703.

FILLON (J.-C.), « Union européenne et sécurité sociale : Les nouveaux règlements de coordination », *RDT* 2009, n° 6, p. 403.

FIN-LANGER (L.), « Les risques subis par les salariés », in Actes du colloque Caen, 15 oct. 2010, *Loi de sauvegarde des entreprises-risques et responsabilités en droit des procédures collectives*, *Rev. proc. coll.* 2010, p. 93.

FREYRIA (C.), « La conception sociale du groupe d'entreprise », in *Écrits en l'honneur de J. Savatier*, PUF 1992, p. 201.

FREYSSINET (J.), « L'indemnisation du chômage en Europe. Entre l'activation des dépenses pour l'emploi et la garantie de minima sociaux », in *CAE, Pauvreté et exclusion*, 1998, p. 69.

FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le caractère collectif des procédures collectives », *RJ com.* 1996, n° 9/10, p. 293.

FRISON-ROCHE (M.-H.), « Le législateur des procédures collectives et ses échecs », in *Mélanges A. Honorat*, 2001, p. 109.

FROELICH (P.), « La réforme du statut des mandataires et administrateurs judiciaires », *Rev. Lamy dr. aff.* 2003, n° 57, p. 256.

FROUIN (J.-Y.), « Le plafonnement de la garantie de l'AGS (un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation) », *Dr. ouvr.* 1999, pp. 47-54.

FUENTES (C.), « La normalisation des risques au travail : l'invention du risque professionnel », in F. MEYER (dir.), *L'évaluation des risques professionnels*, 1995, p. 71.

GAILHBAUD (C.), « L'AGS dans la procédure de sauvegarde », *LPA* 2008, n° 239, p. 3.

GARABIOL-FURET (M.-D.), « Le salaire minimum européen : un projet réalisable ? », *Questions d'Europe* 2006, n° 43.

GAUDEMET (Y.), « L'entreprise publique à l'épreuve du droit public (domanialité publique, insaisissabilité, inarbitrabilité) », in *Mélanges R. Drago*, *Économica*, 1996, p. 259.

GAUDEMET (Y.), « Retour sur l'insolvabilité des biens des entreprises publiques », *RJEP* août-sept. 2007, p. 285.

GAUDU (F.), « La notion juridique d'emploi en droit privé », *Dr. soc.* 1987, p. 414.

GAUDU (F.), « Le contrôle de l'exécution du plan social », *Dr. soc.* 1994, p. 492.

GAUDU (F.), « Les notions d'emploi en droit », *Dr. soc.* 1996, p. 569.

GAUDU (F.), « Des illusions des juristes aux illusions scientifiques », in *A. Jeammaud* (Dir.), *Dalloz*, coll. *Thèmes et commentaires*, 2005.

GÉA (F.), « Le contrôle judiciaire des choix de gestion de l'employeur : le sens des limites et les limites du sens », *RDT* 2009, p. 584.

GÉA (F.), « Groupe de sociétés et responsabilité », *RDT* 2010, p. 230.

GLADEL (V.), « Le projet de loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *D.* 2010, p. 560.

GOUBEAUX (G.), « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens », in *Mélanges Roblot*, LGDJ, 1984, p. 199.

GUTMANN (D.), « Du matériel à l'immatériel en droit des biens », in F. TERRÉ (dir.), *Le droit et l'immatériel*, Dalloz, coll. « Archives de la Philosophie du droit », 1999, t. 43, p. 65.

GUYON (Y.), « Une faillite au début du XIXème siècle selon le roman de Balzac « César Birotteau » », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, 1974, Faculté de Droit d'Aix-Marseille, p. 377.

GUYON (Y.), « Les droits des salariés dans la liquidation collective des biens de l'entreprise », *Dr. soc.* 1974, p. 138.

GUYON (Y.), « La faillite en droit international », in *Mélanges G. Daublon*, 2001.

HAEL (J.-P.), « Le rôle des auxiliaires de justice », *LPA* 1991, n° 88, p. 13.

HALLER (M.-C.), « L'AGS ne dispose plus d'un droit autonome à faire requalifier un contrat à durée déterminée », *Jurisp. soc. Lamy* 2003, n° 115, p. 10.

HALLER (M.-C.), « AGS. Étendue de la garantie face à un accord transactionnel », *Sem. soc. Lamy* 2006, n° 1276 suppl.

HALLOUIN (J.-C.), « Le monopole de la représentation du président de la SAS », *D.* 2002, chron. p. 2922.

HAUSER (J.), « La notion de salaire et le droit privé », in *Mélanges Despax*, PU Toulouse, 2002, p. 373.

HAUTEFORT (M.), « Plafond 4, plafond 13 : le retour du balancier », *Jurisp. soc. Lamy* 1999, n° 28, p. 14.

HEAS (F.), « Conscience du danger et faute inexcusable de l'employeur en matière de risques professionnels », *TPS* 2003, n° 7, p. 4.

HENNION-MOREAU (S.), « Les prestations de services transnationales (art. 36 de la loi quinquennale du 20 décembre 1993) », *JCP E*, 1994, n° 312.

HENNION-MOREAU (S.), « Services sociaux et concurrence », *RDSS* 2006, p. 801.

HENNION-MOREAU (S.), « Portabilité des droits à pension complémentaire », *JCP E* 2007, n° 2530, p. 44.

HENNION-MOREAU (S.), « Les retraites professionnelles dans le système juridique de l'Union européenne », *RDSS* 2008, p. 5.

HENRY (M.), « L'étendue de la garantie d'assurance des créances de salaires et sa mise en œuvre rapide », *Dr. ouvr.* 1979, p. 477.

HENRY (M.), « Le fonds national de garantie des salaires, outil de restructuration du capital », *Dr. ouvr.* 1984, p. 416.

HENRY (M.), « Le sort des créances salariales », *Dr. ouvr.* 1985, p. 172.

HENRY (M.), « Les nouvelles règles de vérification et de paiement des créances salariales », *Dr. soc.* 1986, p. 681.

HENRY (L.-C.), « L'approche des sûretés réelles dans le droit de l'Union européenne des entreprises en difficulté », *LPA* 2011, n° 30, p. 3.

HERRETA (C.-M.), « Sur le statut des droits sociaux. La constitutionnalisation du social », *RUDH* 2004, n° 1-4, vol. 16, p. 32.

HERTZOG (R.), « Le prix du service public », *AJDA* 20 juin 1997, n° spécial, p. 56.

HONORAT (A.), « Privilèges des salaires », *Juris-Cl. com.*, fasc. H 50, n° 5.

HONORAT (A.), « La dissociation des lois applicables au contrat de travail et au mécanisme de garantie des salaires », *LPA* 1999, n° 117, p. 22.

HONORAT (A.), HENRY (C.), « La compétence jurisprudentielle en matière de procédures d'insolvabilité », in *Mélanges J.-P. Sortais*, Lausanne, 2003.

HOUIN (R.), « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », in *Liber amicorum baron Fredericq*, 1965.

IDOT (L.), « Marché européen des services : directive « Bolkestein » ou « Frankenstein » ? Le mythe de la loi d'origine... », *Europe* 2005, repère 3.

INACIO (E.), MAILLY (M.), « Étude de droit comparé du statut de syndic dans les 27 États membres de l'Union européenne », *LPA* 2009, n° 237, p. 13.

JACQUEMONT (A.), « Privilège des salariés et garantie de paiement », *J.-Cl. com.*, éd., 2007, n° 44.

JAULT-SESEKE (F.), « Le sort des salariés dans les procédures de faillites transfrontalières », in *L'effet international de la faillite*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2004, p. 151.

JAULT-SESEKE (F.), « Les salariés dans les procédures transfrontalières d'insolvabilité », *RDT* 2009, p. 333.

JAULT-SESEKE (F.), « Procédure communautaire d'insolvabilité : application concrète du principe d'universalité », *Bull. Joly Sociétés* 2010, n° 5, p. 493.

JAVILLIER (J.-C.), « Faut-il brûler le Code du travail ? », in *Colloque organisé par la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Montpellier*, le 25 avril 1986.

JEAMMAUD (A.), « La notion de licenciement pour motif économique », *Dr. soc.* 1981, p. 276.

JEAMMAUD (A.), « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, chron. p. 2007.

JEAMMAUD (A.), SERVERIN (E.), « Évaluer le droit », *D.* 1992, chron. p. 263.

JEAMMAUD (A.), « La renonciation du salarié », *Dr. ouvr.* 1997, p. 535.

JEAMMAUD (A.), LE FRIANT (M.), LYON-CAEN (A.), « L'ordonnancement des relations de travail », *D.* 1998, p. 359.

JEAMMAUD (A.), LE FRIANT (M.), « L'incertain droit à l'emploi », *Travail, Genre et Sociétés* 1999, n° 2, p. 29.

JEAMMAUD (A.), LE FRIANT (M.), « Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi », *Dr. soc.* 2001, p. 417.

JEAMMAUD (A.), « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. À propos de l'arrêt Labane », *Dr. soc.* 2001, p. 227.

JEAMMAUD (A.), « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. soc.* 2004, n° 7/8, p. 694.

JEAMMAUD (A.), « Le pouvoir de l'employeur », *Sem. soc. Lamy* 2008, suppl. n° 1340.

JEAMMAUD (A.) (dir.), « La « mise en cause » d'une convention ou d'un accord collectif... en question », *RDT* 2008, p. 10.

JEANTIN (M.), « Vérification des créances salariales », *J.-Cl. com.*, Fasc. 2600.

JEANTIN (M.), « Droit du travail et entreprises en difficulté. L'apport de la réforme du droit de la « faillite » », *Droit et économie*, juill. 1984, p. 9.

JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), « Le sort des garanties », in *L'effet international de la faillite : une réalité ?*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2004, p. 151.

JONIN (D.), KESSLER (F.), « La faute inexcusable, deux ans après les arrêts amiante », *Sem. soc. Lamy* 2004, n° 1159, p. 5.

KELLER (M.), « La réparation du préjudice né de la perte d'emploi », *Dr. ouvr.* 1996, 264.

KERBOURC'H (J.-Y.), « L'anticipation des restructurations à l'épreuve du droit du travail », *Travail et Emploi* 2007, n° 109, p. 33.

KERSCHEN (N.), « La doctrine du rapport Beveridge et le plan français de la sécurité sociale », *Dr. ouvr.* 1995, p. 415.

KERSCHEN (N.), « Vers une individualisation des droits sociaux: approche européenne et modèles nationaux », *Dr. soc.* 2003, p. 216.

KESSLER (F.), « Droit communautaire de la concurrence et régimes de base de protection sociale. À la recherche d'un fondement juridique cohérent », *JCP G* 1997, n° 3999.

KESSLER (F.), « Le traitement social des indemnités versées lors de restructurations », *Sem. soc. Lamy* 2003, n° 1121, p. 4.

KESSLER (F.), « Complément ou substitution à la sécurité sociale ? Essai sur l'indemnisation sociale comme technique de protection sociale », *Dr. soc.* 2006, p. 191.

KESSLER (F.), « L'Europe sociale oubliée : l'activité du Conseil de l'Europe dans le domaine de la protection sociale », *RDSS* 2007, p. 197.

KOLECK-DESAUTEL (S.), « La rupture amiable du contrat de travail et la transaction », *Lexbase Hebdo éd. soc.* 28 nov. 2002, n° 49.

LAFARGE (P.), SAINT-GENIEST (P.), « Le nouveau régime des procédures collectives et son incidence sur le droit du travail », *Gaz. Pal.* 1985, 2, doct. p. 567.

LAFARGE (P.), « Champ d'application et organisation financière de l'AGS », *Dr. soc.* 1986, n° 9/10, p. 673.

LAFORE (R.), « Les nouveaux modes de régulation juridique. L'exemple des politiques d'insertion », in P. AUVERGNON, P. MARTIN, P. ROZENBLATT, M. TALLARD (coord.), *L'État à l'épreuve du social*, Syllepse, 1998, p. 40.

LAFORE (R.), « La CMU : un nouvel îlot dans l'archipel de l'assurance maladie », *Dr. soc.* 2000, p. 21.

LAFORE (R.), « Le droit aux droits. Un nouveau discours », *Informations sociales* 2000, n° 81, p. 80.

LAFORE (R.), « La notion de « risque social » », *Regards (EN3S)* 2006, n° 26, p. 24.

LAFORE (R.), « Droit du travail et sécurité sociale : la recherche de la protection sociale », *Dr. soc.* 2009, n° 1076-1080, p. 11.

LAGARDE (X.), « Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », *Dr. soc.* 1998, p. 890.

LAGARDE (X.), « Prix et salaire », in *Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001.

LAGRAVE (M.), « Assurance et solidarité dans la Sécurité sociale », *Dr. soc.* 1996, p. 502.

LAIGRE (P.), « Les organismes de Sécurité sociale sont-ils des entreprises ? », *Dr. soc.* 1993, p. 488.

LAIGRE (P.), « L'intrusion du droit communautaire de la concurrence dans le champ de la protection sociale. À propos de l'arrêt Coreva, CJCE 16 nov. 1995 », *Dr. soc.* 1996, p. 82.

LAIGRE (P.), « Régimes de Sécurité sociale et entreprises d'assurance. À propos de l'arrêt Garcia, CJCE 26 mars 1996 », *Dr. soc.* 1996, p. 705.

LAIGRE (P.), « La retraite collective d'entreprise après la loi du 8 août 1994 », *Dr. soc.* 1995, p. 411.

LAMBERT-WIBER (S.), « Unité du patrimoine et responsabilité financière des époux communs en biens », *Defrénois* 1999, 1153; *Dr. et patr.* 2005, p. 63.

LANGLOIS (P.), « Le règlement des créances salariales dans le redressement judiciaire », *Dr. soc.* 1987, n° spéc.

LANGLOIS (P.), « Les créances salariales et la dynamique du redressement judiciaire », *Dr. soc.* 1987, p. 799.

LANGLOIS (P.), « Le sort des créances des salariés », *RTD com.* 1987, n° spéc, p. 11.

LANGLOIS (P.), « Les accords de prévoyance », in *Études offertes à J. Barthélémy*, 1994, p. 55.

LANGLOIS (P.), « Divorce du droit social et du droit du redressement judiciaire ? Perspectives du droit économique, dialogue avec Michel Jeantin », *D.* 1999, p. 419.

LANQUETIN (M.-T.), « Principe d'égalité entre hommes et femmes. Individualisation des droits en matière de protection sociale », in *Mélanges J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 409.

LARDY-PELISSIER (B.), « L'obligation de reclassement », *D.* 1998, chron. p. 399.

LAROQUE (M.), « Assurance accidents du travail, Mieux tarifer pour mieux prévenir », *Dr. soc.* 1987, p. 874.

LAROQUE (M.), « L'impact du droit communautaire sur les concepts de la protection sociale française », *Dr. soc.* 1997, p. 961.

LAROQUE (P.), « De l'assurance à la sécurité sociale, l'expérience française », *Rev. inter. trav.* 1948, vol. LVII, n° 6, p. 625.

LAROQUE (P.), « La sécurité sociale de 1944 à 1951 », *RFAS* 1971, p. 3.

LAVAL (M.), TORRE (P.), « Les SAS, une structure décisionnaire à risque », *Revue Décideurs Juridiques et Financiers* 2011, n° 131, p. 74.

LAVIALLE (C.), « L'ouverture minoritaire du capital de France Télécom au secteur privé, le domaine public et la propriété privée », *RFDA* 1996, p. 1124.

LAVIGNE (P.), « Risque social et charges sociales », *D.* 1948, chron. p. 89.

LEBOVICI (S.), « La déclaration d'insaisissabilité par l'entrepreneur individuel », *Dr. et patr.* 2010, p. 49

LE CANNU (P.), DONDERO (B.), « La preuve de la date d'une délégation de pouvoir », *RTD com.* 2011, n° 2, p. 370.

LECLERC (O.), PASQUIER (T.), « La dépendance économique en droit du travail: éclairages en droit français et en droit comparé », *RDT* 2010, p. 83.

LE CORRE (P.-M.), « 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *Gaz. Pal.*, 20-21 juill. 2007, p. 3.

LE CORRE (P.-M.), « Le créancier nanti sur compte-titres bénéficiaire d'un paiement provisionnel confronté au superprivilège des salariés », *Gaz. Pal.* 2009, n° 303-304, p. 27.

LE CORRE-BROLY (E.), « Droit de la concurrence et procédures collectives », *Cah. droit. entr.* 2000/3, p. 40.

LEGOUHY (M.-M.), MILET (L.), « La réparation du risque professionnel par la sécurité sociale », *RPDS* 2003, p. 95.

LEGOUHY (M.-M.), « L'assurance invalidité du régime général de la sécurité sociale », *RPDS* 2008, p. 161.

LEGOUHY (M.-M.), « L'accroissement des dépenses de santé à la charge des assurés sociaux », *RPDS* 2008, p. 199.

LEGRAND (M.-N.), « La défaillance des entreprises, le règlement 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité », *Rev. sociétés* 2001, p. 292.

LEGROS (F.), « Neutralité actuarielle et propriétés redistributives des systèmes de retraite », *Économie et statistique* 1996, n° 291-292, p. 173.

LEGUEVAQUES (C.), « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux », *Gaz. Pal.*, 4-6 août 2002, p. 2.

LEMIÈRE (S.), « La relation salariale des démonstrateurs (trices) dans les grands magasins », *Dr. ouvr.* 1997, p. 274.

LEMOINE (E.), « Les principes civilistes dans le droit du travail », *LPA* 2001, n° 119, p. 8.

LE NABASQUE (H.), « La représentation dans la SAS : le monopole de représentation par le président », *Rev. sociétés* 2002, p. 727.

LEPORT (A.), GUYOT (H.), « Polémiques autour du pouvoir de licenciement dans les SAS », *JCP S* 2010, 1006.

LE ROUGE (L.), « Reconnaissance des troubles psychologiques post-traumatiques », *Cah. soc. Barr. Paris* 2005, n° 176, p. 2.

LE ROUGE (L.), « Le renouvellement de la définition de l'accident du travail », *RDSS* 2007, p. 696.

LE ROUX-COCHERIL (R.), « La garantie du salaire par l'AGS », *Dr. soc.* 1978, n° 2, p. 118.

LEROY (P.), « La réparation des maladies professionnelles et des maladies à caractère professionnel est-elle satisfaisante ? », *Dr. ouvr.* janv. 1992.

LEROY (P.), « L'introduction du système mixte de reconnaissance des maladies professionnelles », *Dr. ouvr.* juin 1993.

LEROY (P.), « Les maladies professionnelles : de leur rattachement aux accidents du travail à leur autonomie juridique », *Dr. ouvr.* 1998, p. 215.

LEVY (J.-P.), « Destins du droit de propriété », *Rev. Droits* 1985, n° 1.

LHERNOULD (J.-P.), « Les avantages sociaux en droit communautaire », *Dr. soc.* 1997, p. 388.

LHERNOULD (J.-P.), « Minima sociaux et résidence sur le territoire français », *Dr. soc.* 1999, p. 366.

LHERNOULD (J.-P.), « Libre circulation des travailleurs, du nouveau concernant la condamnation des entraves non discriminatoires », *RJS* 1999, p. 549.

LHERNOULD (J.-P.), KESSLER (F.), « L'impact sur le droit de la protection sociale de la jurisprudence de la CJCE relative à la libre prestation des services », *Dr. soc.* 2002, p. 748.

LHERNOULD (J.-P.), « La loi du 2 août 2005 et le détachement transnational de travailleurs. Le plombier polonais est-il mort ? », *Dr. soc.* 2005, n° 12, p. 1191.

LHERNOULD (J.-P.), « Retraite et égalité entre les sexes, des difficultés d'application du droit européen par le juge national », *RJS* 2005, p. 331.

LHERNOULD (J.-P.), « Les chômeurs âgés dispensés de recherche d'emploi ne peuvent circuler librement dans l'Union européenne », *RJS* 10/06, p. 764.

LHERNOULD (J.-P.), « L'accès des inactifs aux prestations sociales depuis le règlement 883/04 », *RDSS* 2006, p. 653.

LHERNOULD (J.-P.), « Obligation de sécurité de résultat : des arrêts Amiante à l'arrêt Snecma, brève chronique jurisprudentielle d'un univers en expansion », *Jurispr. soc. Lamy* 2008, n° 239, p. 3.

LHERNOULD (J.-P.), « Les Européens et la CMU après la circulaire du 23 novembre 2007 », *Dr. soc.* 2008, p. 221.

LHERNOULD (J.-P.), « La coordination des régimes nationaux de sécurité sociale hors des règlements n° 1408/71 et n° 883/2004 : constat de faiblesse ou tremplin pour de nouvelles ambitions ? », *JCP S* 2009, n° 1449.

LHERNOULD (J.-P.), « Directive n° 2008/94/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur », *RDT* 2009, p. 163.

L'HÔTE (V.), « L'application des procédures collectives aux sociétés d'économie mixte locales. De l'insolubilité du droit administratif dans le droit commercial », *AJDA* 2003, p. 2233.

LIBCHABER (R.), « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 298.

LIÉNHARD (A.), « Réforme du droit des entreprises en difficulté: présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *D.* 2009, n° 2, chron. p. 110.

LIÉHNARD (A.), « Pouvoir de licencier dans les SAS : la chambre mixte a tranché », *D.* 2010, n° 42, p. 2770.

LOKIEC (P.), ROBIN-OLIVIER (S.), « Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi », *RDT* 2006, p. 48.

LOKIEC (P.), « Du nécessaire dialogue entre le droit du travail et droit des sociétés », *RDT* 2008, p. 221.

LOKIEC (P.), LYON-CAEN (A.), « Contre la violation efficace du droit du licenciement. À propos de l'affaire de Vivéo », *Sem. soc. Lamy* 2012, n° 1550, p. 27.

LOCHAK (D.), « Notion de discrimination », *RJS* 1987, p. 778.

LOCHAK (D.), « Quand l'Administration fait de la résistance. Les prestations non contributives et les étrangers », in *Mélanges E. Alfandari*, Dalloz, 1999, p. 405.

LUCAS (F.-X.), « Réalité de la personnalité morale des SEL et des SCP », *Bull. Joly sociétés* 2010, p. 111.

LYON-CAEN (A.), « Le recours au contrat de travail à durée limitée », *Dr. soc.* 1983, p. 5.

LYON-CAEN (A.), « Introduction à la loi du 25 janvier 1985 », *Dr. ouvr.* 1985, p. 155.

LYON-CAEN (A.), « La situation des salariés et de leurs représentants dans la procédure de redressement judiciaire », *Dr. soc.* 1986, p. 647.

LYON-CAEN (A.), « De la mobilité des salariés à l'intérieur de la communauté européenne », *Dr. soc.* 1989, p. 467.

LYON-CAEN (A.), « La libre circulation des travailleurs dans la communauté européenne », *Dr. soc.* 1989, p. 526.

LYON-CAEN (A.), « Le droit, la mobilité et les relations de travail : quelques perspectives », *RMC* 1991, p. 108.

LYON-CAEN (A.), *Droit social et droit de la concurrence. Observations sur une rencontre*, in *Écrits en l'honneur de J. Savatier*, PUF, 1992, p. 331.

LYON-CAEN (A.), « Le contrôle par le juge des licenciements pour motif économique », *Dr. ouvr.* 1995, p. 281.

LYON-CAEN (A.), « Le financement public d'un plan social est-il condamné par le droit communautaire », *Dr. soc.* 1997, n° 2, p. 185.

LYON-CAEN (A.), « Note sur le pouvoir de direction et son contrôle », in *Mélanges dédiés au président Michel Despax*, PU Sciences sociales de Toulouse, 2002, n° 9, p. 103.

LYON-CAEN (A.), « Une révolution dans le droit des accidents du travail », *Dr. soc.* 2002, p. 445.

LYON-CAEN (A.), « Les évidences du droit du licenciement pour motif économique », *JCP E* 2003, n° 6, p. 2.

LYON-CAEN (A.), « Le travail dans le cadre de la prestation internationale de services, quelques observations », *Dr. soc.* 2005, p. 503.

LYON-CAEN (A.), « Juger la gestion », in A. Lyon-Caen et Q. Urban (dir.), *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz coll. « Thèmes et commentaires, Actes », 2006, p. 19.

LYON-CAEN (A.), « Le travail dans le cadre de la prestation internationale des services. Quelques observations » *Dr. soc.* 2005, p. 503

LYON-CAEN (A.), « À travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », *RDT*, 2006, n° 1, p. 16.

LYON-CAEN (A.), « Le contrôle judiciaire du motif économique et ses turbulences », *Dr. ouvr.* 2007, n° 705, p. 156.

LYON-CAEN (A.), « Justification du licenciement et gestion prévisionnelle des emplois », *RDT* 2007, n° 2, p. 105.

LYON-CAEN (A.), « L'harmonisation sociale européenne. Processus et modèle », *RDT* 2007, n° 10, p. 622.

LYON-CAEN (A.), « Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen », *RDT* 2007, n° 3, p. 208.

LYON-CAEN (A.), « Flexicurité en Europe. Éléments d'analyse », *RDT* 2008, n° 5, p. 344.

LYON-CAEN (A.), « Que peut-on attendre de l'interdiction de licencier pour améliorer la compétitivité des entreprises », *RDT* 2008, n° 4, p. 271.

LYON-CAEN (A.), « L'évaluation des salariés » *D.* 2009, n° 16, p. 1124.

LYON-CAEN (A.), « Le pouvoir entre droit du travail et droit des sociétés. À propos du licenciement dans une S.A.S (U) », *RDT* 2010, p. 496.

LYON-CAEN (A.), « Groupe et responsabilité », *RDT* 2010, n° 2, p. 69.

LYON-CAEN (A.), « Les nuances de l'emploi », *RDT* 2010, n° 9, p. 481.

LYON-CAEN (A.), « Contrat et/ou emploi : composition ou recomposition », *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1508, p. 189.

LYON-CAEN (A.), « La nullité d'une procédure de licenciement pour défaut de motif économique », *Dr. ouvr.* 2011, n° 758, p. 537.

LYON-CAEN (A.), « Direction intérimaire », *RDT* 2011, n° 4, éditorial, p. 213.

LYON-CAEN (A.), « Dialogue de juges », *RDT* 2012, n° 5, p. 253.

LYON-CAEN (G.), BONNETÊTE (M.), « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », *Dr. soc.* 1973, p. 493.

LYON-CAEN (G.), « Les travailleurs et les risques économiques », *D.* 1974, chron. p. 47.

LYON-CAEN (G.), « Quand cesse-t-on d'être salarié ? », *D.* 1977, 109.

LYON-CAEN (G.), « La flexibilité existe ; ce n'est pas l'objectif d'une nouvelle politique, c'est un acquis de l'Histoire, La bataille truquée de la flexibilité », *Dr. soc.* 1985, p. 810.

LYON-CAEN (G.), « Les victimes d'accidents du travail, victime aussi d'une discrimination », *Dr. soc.* 1990, p. 737.

LYON-CAEN (G.), « Critique d'une critique (sur le livre d'Alain Supiot, Critique du droit du travail) », *Dr. soc.* 1994, p. 663.

LYON-CAEN (G.), « Subsidiarité et droit social européen », *Dr. soc.* 1997, p. 382.

LYON-CAEN (G.), « Le droit du travail au futur antérieur », in *Études offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004.

LYON-CAEN (P.), « Le double plafond de l'AGS : mythe ou réalité ? », *Dr. soc.* 1999, n° 2, p. 152.

LYON-CAEN (P.), « L'introuvable plafond 13 », *Dr. ouvr.* 1999, n° 606, p. 54.

LYON-CAEN (P.), « Le droit propre de l'AGS, en matière de requalification de CDD, doit être remis en question ? », *Dr. soc.* 2003, n° 3, p. 293.

LYON-CAEN (P.), « Quelques aspects de la protection des intérêts financiers des salariés », in *Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, A. Lyon-Caen, Q. Urban (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 89.

MAGGI-GERMAIN (N.), « La dualité contentieuse tribunal de commerce – conseil de prud'hommes dans le règlement des défaillances d'entreprise », *LPA* 1998, n° 96, p. 3.

MALLET-BRICOUT (B.), « Fiducie et Propriété », in *Liber Amicorum Ch. Larroumet*, Economica, 2010, p. 297.

MARIÉ (R.), « La Couverture Maladie Universelle », *Dr. soc.* 2000, p. 7.

MARIÉ (R.), « Définition du motif d'accroissement temporaire d'activité dans les contrats à terme fixe », *JCP S* 2008, p. 1349.

MARMOZ (F.), « L'EIRL : nouvelle technique d'organisation de l'entreprise », *D.* 2010, p. 1570.

MARMOZ (F.), « Le pouvoir de licencier dans les SAS », *D.* 2011, n° 5, p. 344.

MARQUETTE (V.), WATTE (N.), « Le règlement communautaire du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité », *RDC* 2001, p. 565.

MARQUETTE (V.), WATTE (N.), « Vers l'harmonisation en Europe du droit de l'insolvabilité et des garanties », *Rev. dr. ULB* 2001, p. 7.

MARTIN (D.), « La sécurité contractuelle à l'épreuve du redressement judiciaire », *JCP N* 1986, p. 180.

MARTINON (A.), « Les relations collectives dans les groupes de société à caractère transnational », *Dr. soc.* 2010, p. 788.

MARTIN-SERF (A.), « L'évolution législative et les conflits », *Gaz. Pal.* 2008, n° 178, p. 9.

MARTIN (P.), « Flexibilité et sécurité : le droit social français en quête de nouveaux équilibres », in *Emploi et protection sociale : des nouvelles relations ?*, Ph. Auvergnon (dir.), PU Bordeaux, 2009, p. 206.

MARZO (C.), « Vers une citoyenneté européenne ? », *Dr. soc.* 2007, p. 218.

MASTRULLO (T.), « La conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire », *Rev. proc. coll.* 2008, n° 46, p. 41.

MASTRULLO (T.), « Procédures d'insolvabilité transfrontalières : universalité de la procédure principale et confiance mutuelle », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 3, p. 38.

MATH (A.), « Quel avenir pour les retraites par répartition en Europe ? », *Revue de l'IREES*, 2001, n° 36.

MAURY (F.), « La recherche de l'employeur : l'exemple de la délégation de pouvoir dans une SAS », *Dr. ouvr.* 2011, p. 455.

MAY (J.-C.), « La triple finalité de la loi sur le redressement et la liquidation judiciaires », *LPA* 1987, n° 141, p. 18.

MAZEAUD (A.), « Accords collectifs et restructurations », *Dr. soc.* 2008, p. 66.

MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges F. Terré*, 1999, p. 603.

MEKKI (M.), « Propos introductif sur le droit souple », in *Le droit souple*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, p. 1.

MENJUCQ (M.), « Coup d'arrêt à l'application extensive du règlement (CE) n° 1346/2000 aux groupes de sociétés », *JCP G* 2006, n° 23, p. 1128.

MERRIEN (F.-X.), « Les figures de l'État-providence. L'État-providence entre marché et service public », in S. Decretton (dir.), *Service public et lien social*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1999, p. 143.

MESTRE (J.), « La pluralité d'obligés accessoires », *RTD civ.* 1981, p. 1.

MESTRE (J.-L.), « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *D.* 1984, chron. p. 1.

MÉTEYÉ (T.), « Le nouveau régime de garantie des salaires », *Gaz Pal.* 1986, 1, doct. 299.

MÉTEYÉ (T.), ARSEGUEL (A.), « Salaires et accessoires, privilèges et garanties, régime de garantie des salaires », *Juris-Cl. Trav.* 1997, fasc. 26-30, p. 3, n° 1 et 3.

MÉTEYÉ (T.), « Les conditions d'intervention de l'AGS », *Dr. soc.* 1987, n° 12, p. 835.

MÉTEYÉ (T.), « Garantie AGS: jusqu'à où peut-on aller trop loin? », *Dr. soc.* 2002, n° 11, p. 972.

MÉTEYÉ (T.), « La loi de sauvegarde des entreprises : le point de vue de l'AGS », *LPA* 2006, n° 35, p. 48.

MÉTEYÉ (T.), « L'intervention de l'AGS dans les procédures de sauvegarde », *Gaz. Pal.* 14-18 juill. 2006, p. 3.

MÉTEYÉ (T.), « L'AGS au secours des entreprises en difficulté », *Cah. dr. entr.* 2007, Fasc. 2, p. 24.

MÉTEYÉ (T.), « La place de l'AGS dans les procédures collectives (Quelques questions posées à Th. Méteyé) », *Rev. proc. coll.* 2008, n° 3, p. 11.

MEYER (A.), MOPIN (M.), « Le marché communautaire de l'emploi », *Revue Problèmes politiques et sociaux* 1999, n° 698, pp. 2-67.

MEYER (F.), « La protection des travailleurs en France », *RDSS* 1995, p. 469.

MEYER (F.), « Un retour remarqué : la faute inexcusable du salarié en matière d'AT et de maladies professionnelles », *Dr. ouvr.* 2003, n° 658, p. 173.

MIGNOT (M.), « La notion de bien – contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006-4 (I), p. 1805.

MILANO (S.), « Parachever la réforme de l'AAH », *RDSS* 2008, p. 148.

MILET (L.), « L'accident du trajet une création inachevée », *Dr. ouvr.* 1995, p. 430.

MILLET (L.), « L'accident de trajet, risque de l'emploi », *Dr. soc.* 1996, p. 962.

MILET (L.), « Qu'est-ce qu'un accident du travail ? », *RPDS* 2001, n° 673, p. 151.

MILET (L.), « La faute inexcusable de l'employeur en cas d'accident du travail », *RPDS* 2003, n° 698, p. 181.

MILET (L.), « Les voies de la réparation intégrale des accidents du travail et des maladies professionnelles », *Dr. soc.* 2002, p. 840.

MILET (L.), « La prédominance de la présomption d'imputabilité dans la jurisprudence récente en matière d'accident du travail », *Dr. ouvr.* 2004, n° 672, p. 303.

MILET (L.), « Accident du travail : de l'accident survenu sous la subordination de l'employeur à l'accident survenu par le fait du travail », *Dr. soc.* 2007, p. 836.

MONSÉRIÉ (M.-H.), « Le sort des contrats de travail et des créances dans les entreprises en redressement ou en liquidation judiciaires », *JCP E* 1992, n° 198, p. 549.

MONTEILLET (I.), « Les arrêts « amiante » de la Cour de cassation du 28 février 2002 : un pas décisif vers l'indemnisation intégrale des victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles », *RJS* 2002, n° 5, p. 403.

MOPIN (M.), « Le marché commun de l'emploi », *Revue Problèmes politiques et sociaux* 1987, n° 570, p. 3.

MORAND (M.), « Plans sociaux et procédures collectives », *JCP E* 1997, I, 691, n° 13.

MOREAU (M.-A.), « Le détachement de travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne », *JDI* 1996, p. 889.

MOREAU (M.-A.), « Des rattachements territoriaux à la transnationalité des normes du travail », *Sem soc. Lamy* 2003, n° 1140.

MOREAU (M.-A.), « Les restructurations dans les groupes multinationaux », *Dr. soc.* 2010, p. 1052.

MORELLI (N.), « Propos commercialiste sur la « confusion d'intérêts, d'activité et de direction » », *JCP E* 2009, p. 2173.

MORIN (M.-L.), « Les frontières de l'entreprise et la responsabilité de l'emploi », *Dr. soc.* 2001, n° 5, p. 478.

MORIN (M.-L.), « Sous-traitance et co-activité », in *La subordination dans le travail*, J.-P. CHAUCHERD et A.-C. HARDY-DUBERNET, La doc. fr. 2003, p. 115.

MORVAN (P.), « Le « déblocage » de la faute inexcusable : l'obligation de sécurité dans le contrat de travail », *RJS* 2002, n° 6, p. 495.

MORVAN (P.), « Le droit social dans la réforme des entreprises en difficulté », *JCP E* 2005, I, p. 1511.

MORVAN (P.), « Cotisations sociales : le lien de subordination juridique appliqué aux particuliers chargés de l'exécution d'un service de transport scolaire », *JCP S* 2005, p. 14.

MORVAN (P.), « Les transferts d'entreprise et les régimes de protection sociale », *Dr. soc.* 2005, p. 772.

MORVAN (P.), « Protection sociale d'entreprise : droits acquis ou éventuels dans la tourmente des restructurations », *Dr. soc.* 2006, p. 279.

MORVAN (P.), « Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ? », *Dr. soc.* 2006, p. 707.

MORVAN (P.), « Difficultés économiques : licenciement ou cessation des paiements », *JCP S* 2006, p. 20.

MORVAN (P.), « *Securitas omnia corrumpit* ou le principe selon lequel il incombe à l'employeur de protéger la sécurité et la santé des travailleurs », *Dr. soc.* 2007, p. 674.

MORVAN (P.), « Le nouveau droit de la rémunération », *Dr. soc.* 2008, p. 643.

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

MORVAN (P.), « Groupe d'entreprises et rémunération du travail », *Dr. soc.* 2010, p. 748.

MOVAN (P.), « Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocomp). Entre employeur et co-employeur », *JCP S* 2010, p. 1407.

MORVAN (P.), « Nullité en droit du travail et délégation de pouvoirs dans la SAS », *JCP S* 2010, p. 1239.

MORVAN (P.), « Coemploi et licenciement économique dans les groupes de sociétés : des liaisons dangereuses », *JCP S* 2011, n° 6, p. 33.

MUNOZ PEREZ (B.), SERVERIN (E.), « Le sort des demandes prud'homales en 2004 », *Infostat justice*, avr. 2006, n° 87.

MZID (N.), « Le droit de la sécurité sociale confronté aux difficultés de l'emploi en Tunisie », in *Emploi et protection sociale : de nouvelles relations ?*, Ph. Auvergnon (dir.), PU Bordeaux, 2009, p. 361.

NACHIN (F.), « L'évolution du contrôle des cotisations par l'URSSAF », *Dr. soc.* 1993, p. 571.

NACHIN (D.), « Les URSSAF et la prévention des entreprises en difficultés », *Dr. soc.* 1994, p. 302.

NECTOUX (J.), « Du droit pour les caisses de provoquer la faillite de leurs débiteurs commerçants », *Gaz. Pal.* 1957, doct. p. 17.

OLIVIER (J.-M.), « L'affaire Flodor : suite et presque fin », *JCP S* 2010, n° 23, p. 13.

PAILLUSSEAU (J.), « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », in *Études offertes à R. HOUIN*, Dalloz, 1985.

PAILLUSSEAU (J.), alii, « La SAS, une nouvelle structure pour les PME et les personnes physiques », *JCP E* 2002, p. 458.

PANSIER (F.-J.), « Licenciement et responsabilité du mandataire-liquidateur », *Cah. soc. Barr. Paris* 2004, n° 160, p. 225.

PANSIER (F.-J.), « Du bon usage de la qualité de co-employeur », *Cah. soc. barr. Paris* 2011, n° 228, p. 75.

PARÈS (C.), « La cessation d'activité est-elle un moyen de détourner le droit du travail ? », *Sem. soc. Lamy* 2001, n° 1508, suppl. au n° 13.

PARÈS (C.), « Une immixtion nécessaire mais encore insuffisante », *RDT* 2011, p. 288.

PATAUT (E.), « Le licenciement dans les groupes internationaux des sociétés. Aspects de droit international privé et de droit de l'Union européenne », *RDT* 2011, n° 1, p.14 et s.

PEGLOW (K.), « La libre prestation de services dans la directive n° 2006/123/CE : Réflexion sur l'insertion de la directive dans le droit communautaire existant », *RTD eur.* 2008, n° 1, p. 67.

PÉLISSIER (J.), « Travail à durée limitée et droits des salariés », *Dr. soc.* 1985, p. 17.

PÉLISSIER (J.), « Le contrôle des plans sociaux », *RJS*, août-sept. 1994, p. 563.

PÉLISSIER (J.), « Réorganisation de l'entreprise et pouvoir du juge », *D.* 2001, p. 2001.

PÉLISSIER (J.), « La cause économique du licenciement dans la loi votée le 19 décembre 2001 en dernière lecture par l'Assemblée Nationale », *Dr. ouvr.* 2002, p. 145.

PELLET (R.), « Les clairs-obscur comptables et financiers de la réforme de la sécurité sociale (loi du 25 juill. 1994) », *Dr. soc.* 1995, p. 76.

PELLET (R.), « Le Conseil constitutionnel et l'équilibre financier de la sécurité sociale », *Dr. soc.* 1999, p. 21.

PELLET (R.), « L'entreprise et la fin du régime des accidents du travail et des maladies professionnelles », *Dr. soc.* 2006, p. 402.

PERDRIAU (A.), « La responsabilité civile des mandataires de justice », *JCP E* 1989, II, p. 15547.

PERDRIAU (A.), « Un liquidateur judiciaire ayant agi ès qualités peut être condamné à titre personnel aux dépens », *LPA* 2000, n° 163, p. 11.

PERDRIAU (A.), « Fonctions et statuts des mandataires-liquidateurs des entreprises », *Revue du Trésor* 2000, n° 5, p. 186.

PERIÈS (A.-L.), « Intervention de l'AGS : l'expansion accrue du régime de garantie sous l'influence de la jurisprudence », *JCP E* 2002, n° 2, p. 15.

PÉROCHON (F.), « Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005 », *Gaz. Pal.* 2005, n° 251, p. 57.

PERULLI (A.), « Rationalité et contrôle des pouvoirs de l'employeur », *RDT* 2006, p. 85.

PESKINE (E.), « Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie », *RDT* 2008, p. 371.

PESKINE (E.), « L'imputation en droit du travail. À propos de la responsabilité des sociétés mères en matière de licenciement pour motif économique », *RDT* 2012, p. 347.

PÉTEL (P.), « Le sort des contrats de travail et des créances de salaire dans l'entreprise en redressement ou liquidation judiciaire », *JCP E* 1992, n° 50, p. 557.

PÉTEL (P.), « L'AGS et la réforme des procédures collectives », *RJ com.* 2006, p. 174.

PÉTEL (P.), « Groupes de sociétés et plan de sauvegarde de l'emploi », *JCP E* 2007, 1423.

PEYRAMAURE (P.), « Redressement judiciaire. Le financement de la période d'observation (art. 40) », *Gaz. Pal.* 1986, 2, doct. p. 597.

PEYRAMAURE (P.), « Vers un droit de restructuration des entreprises en difficulté », *LPA* 2006, n° 35, p. 36.

PEZARD (A.), « La retraite par capitalisation », *LPA* 2000, n° 28, p. 4-13.

PIEDELIEVRE (A.), « Le cumul d'un mandat social et d'un contrat de louage de services », *JCP* 1968, I, p. 2205.

PIEDELIEVRE (S.), « Le matériel et l'immatériel, essai d'approche de la notion de bien », in *Mélanges M. de Juglart*, LGDJ, 1986, p. 57.

PIERÈS (A.-L.), « Intervention de l'AGS : l'expansion accrue du régime de garantie sous l'influence de la jurisprudence (1998-2001) », *Cah. dr. entr.*, 2002/2, p. 15.

PIGAGLIO (G.), « Les recours amiables devant l'URSSAF », *Dr. soc.* 1987, p. 550.

PIGNARRE (G.), « L'obligation de sécurité patronale entre incertitudes et nécessité », *RDT* 2006, n° 3, p. 150.

POCHARD (M.), « Sécurité de l'emploi et mutations industrielles », *Dr. soc.* 1974, pp. 1-19.

PORTA (J.), « Pouvoir et contrat », in *Droit du travail : relations individuelles de travail*, D. 2012, n° 14, études et commentaires, Panorama, n° 905 et s.

PREAT (D.), « La garantie de l'État à ses établissements publics: une aide incompatible avec le Marché commun ? », *LPA* 26 janv. 2000, p. 4.

PRÉTOT (X.), « L'État et la Sécurité sociale. Réflexions sur le service public », *Dr. soc.* 1981, p. 799.

PRÉTOT (X.), « Les travailleurs détachés et expatriés et la Sécurité sociale », *Dr. soc.* 1991, p. 868.

PRÉTOT (X.), « Les bases constitutionnelles du droit social », *Dr. soc.* 1991, p. 187.

PRÉTOT (X.), « Le droit à l'étranger à la protection sociale », *Dr. soc.* 1994, p. 69.

PRÉTOT (X.), « Prélèvements sociaux et prélèvements fiscaux », in L. Philip (dir.), *Les finances sociales. Unité et diversité ?*, Economica, 1995, p. 121 et s.

PRÉTOT (X.), « L'apurement de la dette et le rétablissement de l'équilibre financier de la sécurité sociale », *D.* 1996, p. 77.

PRÉTOT (X.), « La conformité de la Constitution de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 1998 », *Dr. soc.* 1998, p. 164.

PRÉTOT (X.), « Les pouvoirs de contrôle de l'RSSAF. À propos du décret n° 99-434 du 28 mai 1999 », *JCP G* 1999, p. 1973.

PRÉTOT (X.), « Alinéa 11 », in G. Conac, X. Prétot, G. Teboul (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2001, p. 272.

PRÉTOT (X.), « L'évolution des finances sociales. Quelques réflexions d'ordre économique, juridique et politique », *RFFP* 2004, n° 87, p. 129.

PRÉTOT (X.), « De la liberté d'entreprendre au droit à un emploi, ou les bases constitutionnelles du droit du licenciement », *Dr. soc.* 2005, n° spéc. 4, p. 371.

PRÉTOT (X.), « Le recouvrement des cotisations de sécurité sociale. Les prérogatives des organismes de recouvrement et le développement des garanties du redevable », in *Mélanges L. Philip, Économica*, 2005, p. 541.

PRIEUR (J.), « Les limites de l'EIRL », *Dr. et patr.* 2010, n° 191, p. 78.

PRISSO ESSAWE (S.-J.), « Les droits sociaux et l'égalité de traitement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1998, p. 721.

PUIG (P.), « La transaction: atouts et risques », *LPA* 2009, n° 241, p. 29.

PUTMAN (E.), « Rapport introductif », in *La date de naissance des créances*, colloque du CEDAG du 25 mars 2004, *LPA* 2004, n° 224, p. 3.

QUENTANT (G.-P.), « Un regard sur le contentieux prud'homal de l'AGS », *Sem. soc. Lamy* 2003, n° 1138, p. 27.

RACT-MADOUX (P.), « La CADES et la gestion de la dette sociale », in R. Pellet (dir.), *Finances publiques et redistribution sociale*, 2006, *Économica*, p. 351.

RADÉ (C.), « Seule l'hypothèse d'une fraude autorise l'AGS à contester le montant des créances garanties en exécution d'une transaction », *Lexbase Hebdo. éd. soc.*, n° 2000, 2006.

RADÉ (C.), « Faut-il reconnaître un principe général de responsabilité du fait d'autrui ?, Responsabilité civile et assurance », in *Études offertes à H. Goutel*, Litec, 2006, p. 375.

RADÉ (C.), « Restructurations et délocalisations », *Dr. soc.* 2006, p. 289.

RADÉ (C.), « De l'effectivité du principe « à travail égal, salaire égal » », *Dr. soc.* 2008, n° 5, p. 530.

RADÉ (C.), « Autorité et responsabilité au sein de l'entreprise », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2008, n° 51, suppl.

RAMACKERS (M.), « Le superprivilège des salariés, la subrogation de l'AGS et le redressement judiciaire : du mythe à la réalité ? », *D.* 1989, chron. p. 301.

RAOUL-DUVAL (I.), « De l'intérêt de la transaction à l'ère de la rupture conventionnelle », *Cah. du DRH* 2010, n° 163.

RAY (J.-E.), « L'égalité et la décision patronale », *Dr. soc.* 1990, p. 83.

RAY (J.-E.), « Juges judiciaires et gestion de l'entreprise », *Lias. soc. Magazine*, févr. 2006, p. 48.

REGNAULT-MOUTIER (C.), « Le traitement des difficultés des syndicats de copropriétaires », *Rev. proc. coll.* 2010, étude 12, p. 18.

RENAULT (M.-H.), « De la faillite à la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires », *LPA* 1998, n° 14, p. 5.

RENAULT (M.-H.), « La déconfiture du commerçant, du débiteur sanctionné au créancier victime », *RTD com.* 2000, p. 533.

RETIF (S.), « L'extension des procédures collectives aux professions libérales », *Dr. et patr.* 2006, n° 146.

RICOEUR (P.), « Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique », in *Le juste, Esprit*, p. 41.

RIVERO (J.), « Sécurité sociale et droits de l'homme », *RFAS* juill.-sept. 1985, p. 37.

ROBIN-OLIVIER (S.), « La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le Traité d'Amsterdam », *Dr. soc.* 1999, p. 609.

ROBIN-OLIVIER (S.), « Le nivellement par les droits sociaux nationaux », in *La mobilité internationale du salarié*, *Dr. soc.* 2005, p. 495.

ROBIN-OLIVIER (S.), PATAUT (E.), « Europe sociale ou Europe économique (à propos des affaires Viking et Laval) », *RDT* 2008, n° 2, p. 80.

RODIÈRE (P.), « Les droits sociaux fondamentaux à l'épreuve de la constitution européenne », *JCP G* 2005, I, 136.

RODIÈRE (P.), « Le juge et les appréciations économiques, opposition de deux approches », in *A. Jeammaud* (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires, 2005, p. 125.

RODIÈRE (P.), « Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice », *RTD eur.* 2006, p. 163.

RODIÈRE (P.), « Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective », *RTD eur.* 2008, n° 1, p. 47.

RODRIGUES (S.), « La proposition de directive relative dans le marché intérieur : Entre mythes et réalités », *Cah. dr. eur.* 2005, spéc. p. 27.

ROMAN (B.), « Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens », *Defrénois* 2009, p. 508.

ROSSI (P.), « La vérification des créances résultant d'un contrat de travail: les faux amis », *LPA* 2002, n° 138, p. 18.

ROUSSEL GALLE (P.), « L'ouverture des procédures », *D.* 2009, n° 32, p. 644.

ROUSSEL GALLE (P.), « L'association, survit à sa mise en liquidation judiciaire », *Rev. Sociétés* 2011, p. 191.

RUEFF (J.), « L'assurance-chômage, cause de chômage permanent », *Rev. éco. Pol.* 1934, p. 211.

RUELLAN (C.), « La responsabilité pénale des administrateurs provisoires et judiciaires, du fait de leur administration », *Dr. pénal* 2000, n° 25.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « La gestion de l'entreprise », *RTD com.* 1986, n° spéc, p. 37, in *Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, n° 11 et s.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « La situation des créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure », in *Ann. Univ. sc. Cass. soc. Toulouse*, t. 34, 1986, p. 208.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « L'efficacité des sûretés garantissant les créances salariales », *Dr. soc.* 1987, p. 842.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation », *Rev. proc. coll.* 1990, p. 1.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Les professions d'administrateurs et de mandataires judiciaires. Des professions à « haut risque » », in *Mélanges A. Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 193.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Les entreprises en difficulté dans l'Union européenne », *LPA* 20 nov. 2001, n° spécial.

SAINT-GENIEST (P.), « La récupération des avances par l'AGS », *Dr. soc.* 1987, n° 12, p. 383.

SAINT-JOURS (Y.), « L'accident de trajet, une création continue », *JCP* 1972, 2478.

SAINT-JOURS (Y.), « L'âge de la retraite ne constitue-t-il pas un principe fondamental du droit de la sécurité sociale ? », *RDSS* 1987, p. 136.

SAINT-JOURS (Y.), « Les lacunes de la législation des accidents du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 692.

SAINT-JOURS (Y.), « Normaliser l'indemnisation des victimes de maladies d'origine professionnelle », *JCP E* 1991, p. 208.

SAINT-JOURS (Y.), « La reconnaissance des maladies professionnelles depuis la loi du 27 janvier 1993 (une réforme en trompe-l'œil) », *D.* 1994, chron. p. 58.

SAINT-JOURS (Y.), « Les cancers professionnels : identification, réparation, prévention », *Dr. soc.* 1995, p. 520.

SAINT-JOURS (Y.), « La sécurité sociale : un service public jusqu'à preuve du contraire », *JCP G* 1996, n° 8, Actualités.

SAINT-JOURS (Y.), « L'enjeu de la rénovation de la législation des accidents du travail et des maladies professionnelles », *Dr. ouvr.* 1998, p. 215.

SAINT-JOURS (Y.), « L'amiante : de la prévention négligée aux conséquences induites », *Dr. ouvr.* 1999, p. 486.

SAINT-JOURS (Y.), « La réhabilitation de la présomption d'imputabilité spécifique aux risques professionnels », *D.* 2003, p. 2975.

SAINT-JOURS (Y.), « L'assurance maladie resituée dans une logique libérale », *D.* 2004, n° 39, p. 2795.

SAINT-JOURS (Y.), « L'influence du risque professionnel sur l'évolution de la responsabilité civile », *Dr. soc.* 2007, n° 709, p. 367.

SAINT-JOURS (Y.), « De l'obligation contractuelle de sécurité de résultat de l'employeur », *D.* 2007, n° 43, p. 3024.

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

SALGADO (M.-B.), « Des nouvelles dispositions applicables aux entreprises en difficulté issues de l'ordonnance du 18 déc. 2008 », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2009, n° 35, Act.

SALY (P.), « Capitalisation et répartition, jalons historiques », *Retraite et société*, 6/94.

SARAMITO (F.), « Le contrat de travail à durée déterminée », *Dr. ouvr.* 1966, 227.

SARAMITO (F.), « Les garanties affectées au paiement des indemnités de rupture du contrat de travail en cas de faillite ou de règlement judiciaire de l'employeur », *Dr. ouvr.* 1970, 384.

SARAMITO (F.), « L'assurance insolvabilité des employeurs en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens », *Dr. ouvr.* 1975, p. 433.

SARAMITO (F.), « Les instances prud'homales en cours au jour du jugement déclaratif de règlement judiciaire ou de liquidation des biens », *Dr. ouvr.* 1976, p. 252.

SARAMITO (F.), « Vers un déclin du contrat de travail à durée déterminée », *Dr. ouvr.* 1982, p. 403.

SARAMITO (F.), « Le plafonnement de la garantie de l'AGS », *Dr. ouvr.* 1995, n° 565, 497.

SARAMITO (F.), « AGS et garantie des créances établies après l'ouverture de la procédure collective », *Dr. ouvr.* 2002, p. 383.

SARAMITO (F.), « L'abaissement du montant maximum de la garantie due par l'AGS », *Dr. ouvr.* 2003, p. 1.

SARGOS (P.), « Le droit au maintien des prestations et des garanties dans l'assurance de prévoyance collective », *JCP G* 2001, n° 47, I-363, p. 2135.

SARGOS (P.), « L'évolution du concept de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité », *JCP G* 2003, I, 104, p. 121.

SARGOS (P.), « L'émancipation de l'obligation de sécurité de résultat et l'exigence d'effectivité du droit », *JCP S* 2006, p. 151.

SAVARY (O.), DUBUISSON (E.), « Proposition pour un statut de l'entrepreneur individuel : le concept de pro-personnalité face aux conceptions voisines », *Dr. et patr.* 2009, p. 39.

SAVATIER (J.), « L'épilogue de l'affaire Lip. L'accord de Dôle du 29 janvier 1974 », *Dr. soc.* 1974, p. 233.

SAVATIER (J.), « La nature juridique de l'indemnité de licenciement », *Dr. soc.* 1989, 125.

SAVATIER (J.), « L'indemnité et état de santé du travailleur », *Dr. soc.* 1991, p. 109.

SAVATIER (J.), « L'obligation en matière d'énonciation des motifs du licenciement et sa sanction », *Dr. soc.* 1991, p. 99.

SAVATIER (J.), « Conditions d'application de la prescription quinquennale en matière de salaires », *Dr. soc.* 1992, p. 882.

SAVATIER (J.), « Entre bénévolat et salariat : le statut des volontaires pour le développement », *Dr. soc.* 2000, p. 146.

SAVATIER (J.), « La distinction du contrat de travail et des services bénévoles fournis dans le cadre d'une association », *Dr. soc.* 2002, p. 494.

SAVATIER (J.), « La violation d'un engagement sur le maintien d'un volume d'emploi pris lors de la consultation du comité d'entreprise sur le projet de restructuration », *Dr. soc.* 2004, n° 2, p. 166.

SAVATIER (J.), « Vie communautaire et contrat de travail », *Dr. soc.* 2010, p. 623.

SCHMIDT (D.), « Le financement de l'entreprise pendant la période d'observation », *Rev. jurispr. Cass. com.* n° spéc. févr. 1987, p. 19.

SCHMITT (M.), « La protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur », in *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale*, *RJS* 6/11, p. 442.

SCHOLER (P.), « Régime social du gérant de droit, associé égalitaire dans une SARL », *Bull. Joly sociétés* 2007, n° 4, p. 489.

SCHOUKENS (P.), PIETERS (D.), « L'accès des travailleurs migrants irréguliers à la protection sociale », *RDSS* 2005, p. 529.

SERIAUX (A.), « Notion de patrimoine », *RTD civ.* 1994, 801.

SERVAIS (J.-M.), « Normes de travail internationales et cultures nationales », *RDT* 2007, p. 125.

SERVERIN (E.), « L'opposabilité à l'AGS d'une transaction homologuée après médiation judiciaire », *RDT* 2006, p. 120.

SERVERIN (E.), « L'évolution du contentieux du travail, des mots aux chiffres », *RDT* 2006, p. 46.

SERVERIN (E.), GRUMBACH (T.), « La saga judiciaire Flodor. L'action délictuelle, une nouvelle étape dans le dossier Unichips-Flodor, TGI Péronne, RG n° 07/856, 18 août 2009 », *RDT* 2009, n° 12, p. 693.

SILHOL (B.), « Droit à l'emploi : brèves réflexions sur la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel », *RDT* 2007, p. 390.

SIMON (D.), « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Paris, Pédone, 2000, p. 207.

SPORTOUCH (J.-M.), « Les licenciements en cas de redressement ou de liquidation judiciaire », *Dr. soc.* 1992, p. 787.

SOINNE (B.), « Problématique de la nouvelle loi sur le redressement et la liquidation judiciaires », *Gaz. Pal.* 1985, doct. p. 400.

SOINNE (B.), « Le remboursement de l'AGS et le redressement judiciaire : du mythe à la réalité? », *D.* 1989, chron. p. 301.

SOINNE (B.), « À propos de la notion de fonds disponibles », *Rev. proc. coll.* 2001, p. 159.

SOINNE (B.), « L'AGS est-elle en faillite ? », *Rev. proc. coll.* 2003, n° 4, p. 291.

SOINNE (B.), « Les dispositions nouvelles relatives au statut des mandataires de justice (accès et exercice des professions, tarification et exécution de certaines tâches par des tiers) », *Rev. proc. coll.* 2005/1, p. 1.

SORTAIS (J.-P.), « La situation des créanciers titulaires de sûretés et de privilèges dans les procédures collectives », *RTD com.* 1976, p. 269.

STERDYNIAK (H.), « Mieux financer la sécurité sociale ? Un bilan des réformes récentes », *Dr. soc.* 1997, p. 792.

STRICKLER (Y.), « Droit des biens : évitons la dispersion », *D.* 2007, p. 1149.

SUPIOT (A.), « Délégation, normalisation et droit du travail », *Dr. soc.* 1984, p. 896.

SUPIOT (A.), « Déclin de la conciliation prud'homale », *Dr. soc.* 1985, p. 225.

SUPIOT (A.), « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RTD com.* 1985, p. 622.

SUPIOT (A.), « Déréglementation ou autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.* 1989, p. 195.

SUPIOT (A.), « L'avenir d'un vieux couple : travail et Sécurité sociale », *Dr. soc.* 1995, 823.

SUPIOT (A.), « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000, p. 131.

SUPIOT (A.), « Le statut des travailleurs migrants extracommunautaires en droit français », p. 51, in *Programma Socrates, Lavatore extracomunitario ed integrazione europa*, 2007, Éd. Cacucci

TAQUET (F.), « Les majorations de retard en matière de cotisations de sécurité sociale : état des lieux et réflexions », *Gaz. Pal.*, 21-23 nov. 1999, p. 19.

TAQUET (F.), « Les nouvelles règles relatives aux plafonds AGS », *Rev. proc. coll.* 2003, p. 289.

TAQUET (F.), « L'opposabilité des décisions de justice à l'AGS », *Sem. soc. Lamy*, 6 oct. 2003, suppl. n° 1138.

TAQUET (F.), « Le nouveau champ d'application de l'AGS. Art. 177 de la loi n° 2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises », *Rev. proc. coll.* 2005, p. 295.

TAQUET (F.), « Le décret du 11 avril 2007 ou le renforcement des pouvoirs des URSSAF », *Sem. soc. Lamy* 2007, n° 1305, p. 2.

TAQUET (F.), « Aperçu rapide des modifications en matière sociale résultant de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2009/1, p. 96

TAQUET (F.), BOUKRIM (O.), « Les conditions de la rupture du contrat de travail résultant de l'acceptation par le salarié d'une convention de reclassement personnalisé », *JCP E et A* 2009, n° 31-34, p. 44.

TAURAN (T.), « Loi 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites : réforme historique ou début de réforme », *TPS* 2003, n° 11, p. 3.

TAURAN (T.), « L'assujettissement au régime général de sécurité sociale et le critère de lien de subordination : évolutions récentes », *Dr. soc.* 2009, p. 195.

TEISSONNIERE (J.-P.), « Le salarié contaminé (à propos de l'amiante en particulier) », in colloque SAF sur *Le mal être au travail*, *Lamy social*, 22 févr. 2000, n° 18/2000, p. 3.

TEISSONNIERE (J.-P.), TOPALOFF (S.), « L'affaire de l'amiante », *Sem. soc. Lamy* (suppl.), 2002, n° 1082.

TERNEYRE (P.), « Procédures collectives et marchés publics », *Cah. dr. de l'entr.* 1992, n° 4, p. 31.

TERRÉ (F.), « Droit de la faillite ou faillite du droit », *RJ com.* 1991, p. 1.

TEYSSIÉ (B.), « Les groupements d'employeurs », *Dr. soc.* 1986, p. 85.

TEYSSIÉ (B.), « Groupements d'employeurs, association intermédiaires et association de services aux personnes », *Jurisclass. Trav.*, fasc. 3-40.

THIVEAUD (M.-J.), « La lente construction des systèmes de retraite en France de 1750 à 1945 », *Revue d'économie financière* 1997, 151.

THUILLIER (V.-G.), « Le droit du travail face à l'entreprise en difficulté », *Bull. soc. F. Lefebvre*, 8-9/1993, p. 413.

THIEBERGE (C.), « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité civile (vers l'élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) », *RTD civ.* 1999, p. 561.

THIEBERGE (C.), « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.* 2004, chron. p. 577.

THIEFFRY (P.), « Les services sociaux d'intérêt général sont-ils des entreprises ? », *AJDA* 2007, p. 1331.

TILLHET-PRETNAR (J.), « L'assurance garantie des salaires : un régime qui a trouvé son équilibre », *Dr. soc.* 1981, p. 150.

TILLHET-PRETNAR (J.), « Un aspect nouveau du droit du salaire : l'assurance des salaires », in *Etudes offertes à G.-H. Camerlynck*.

TISSANDIER (H.), « De nouveaux éclaircissements sur les sommes garanties par l'AGS », *D.* 2001, p. 826.

TOULLIER (A.), « Les tergiversations du droit de la protection sociale face à la polygamie », *Dr. soc.* 2007, p. 324.

TOURNAFOND (O.), « De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du Code civil », *D.* 2002, p. 2883.

TOURREIL (J.-E.), « La requalification par le juge d'un CDD en CDI, à la demande de l'AGS, diminue le passif de l'entreprise », *Jurisp. soc. Lamy* 1999, n° 43, p. 9.

TOURREIL (J.-E.), « Le licenciement notifié plus d'un mois après l'adoption du plan de cession est irrégulier mais reste valable sur le fond », *Jurispr. soc. Lamy* 2005, n° 176.

TRICOT (D.) (dir.), « Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse des intérêts contraires », *Gaz. Pal.* 2008, n° 178, p. 99.

TRICOT (D.), « Le dirigeant de société et ses délégués », *Journ. Sociétés*, mars 2010, p. 11.

TRICOIT (J.-P.), « Ruptures amiables du contrat de travail », *Rev. de l'arbitrage*, 2010, n° 2010-1, p. 172.

TRICOIT (J.-P.), « Rémunération, Garantie des créances salariales en Polynésie française », *JCP S* 2011, n° 27, p. 25.

TROMMER VOLF (J.), « Les fonds danois de garantie de salaires », *Rev. d'insolvabilité Europe*, juillet 2006.

VACARIE (I.), « Groupes de sociétés », *Dr. soc.* 1975, 23.

VACARIE (I.), « La mobilité du personnel dans les groupes de sociétés », *Dr. soc.* 1989, p. 462.

VACARIE (I.), « Travail subordonné, travail indépendant : question de frontières », in *Les frontières du salariat*, Actes du colloque du 26 et 27 oct. 1996, Université de Cergy-Pontoise, *Revue d'Ile-de-France ; Revue trimestrielle des barreaux; D.* 1996, p. 103.

VACHET (G.), « Les frais de repas au regard de la sécurité sociale », *JCP* 1986, 19734.

VACHET (G.), « Les avantages en nature au regard de l'assiette des cotisations de sécurité sociale », *RJS* 1996, p. 646.

VACHET (G.), « Le trajet au regard du droit social », *Jurisp. soc. Lamy* 2004, n° 146, p. 4.

VACHET (G.), « Chronique sur un assassinat programmé : la jurisprudence sur la faute inexcusable », *Sem. soc. Lamy* 2007, n° 1289, p. 7.

VACHET (G.), « Vers un renouveau des catégories de risques professionnels », *JCP S* 2008, 47.9.

VALLANSAN (J.), « L'évolution des personnes assujetties à la procédure collective : 1985-2005, la loi du 25 janvier 1985 a 20 ans ! Entre bilan et réforme », *Lamy dr. aff.*, 2005, n° 80.

VALLENS (J.-L.), « Vers un droit matériel en matière de faillite ? », *LPA* 12 déc. 2003, 47.

VALLENS (J.-L.), « Bicentenaire du code de commerce : le droit des faillites de 1807 à aujourd'hui », *D.* 2007, p. 669.

VALLENS (J.-L.), « Procédures d'insolvabilité : la procédure ne produit d'effet en France qu'à partir de son prononcé », *D.* 2010, p. 1262.

VAN LINT (R.), « L'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail, quelques réflexions relatives à l'article 119 du traité CEE et à l'article 14 de l'arrêté royal belge n° 40 du 24 octobre 1967 », *Cah. Dr. eur.* 1969, p. 375.

VATINET (R.), « Les droits des salariés face aux difficultés économiques des entreprises : un exemple d'interprétation du droit commercial et du droit du travail », *JCP E* 1985, II, n° 14546, p. 461.

VATINET (R.), « En marge des affaires amiantes : l'obligation de sécurité du salarié », *Dr. soc.* 2002, n° 5, p. 533.

VATINET (R.), « Garantie de l'AGS et sort du contrat de travail en cas de procédure collective », *Dr. soc.* 2003, n° 3, p. 288.

VATINET (R.), « L'entreprise en difficulté et ses salariés », *Sem. soc. Lamy* 2003, n° 1140, suppl., p. 28.

VATINET (R.), « Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP S* 2005, n° 15, p. 9.

VATINET (R.), « Le volet social de la loi de sauvegarde des entreprises précisé par son décret d'application », *JCP S* 2006, n° 11, p. 9.

VATINET (R.), « LFSS pour 2008 : institution d'une contribution patronale et salariale sur les stock-options et les attributions d'actions gratuites », *JCP S* 2008, p. 1056.

VATINET (R.), « LFSS pour 2009: dispositions relatives aux charges et contributions sociales », *JCP S* 2009, n° 1035.

VAURET (A.), « Indépendance technique et subordination juridique », *LPA*, 17 juin 1992.

VERICEL (M.), « La plan de sauvegarde de l'emploi, acte normatif original », *Dr. soc.* 2005, p. 876.

VERICEL (M.), « Droits et devoirs des demandeurs d'emploi, Loi n° 2008-758 du 1^{er} août 2008, JO du 2 août », *RDT* 2009, p. 101.

VERKINDT (P.-Y.), « Les exonérations de charges sociales : un outil pour la politique de la ville », *RDSS* 1997, p. 596.

VERKINDT (P.-Y.), « La protection sociale des vendeurs à domicile : une contribution du droit de la sécurité sociale à la distinction des travailleurs indépendants et des salariés », *RDSS* 2002, p. 66.

VERKINDT (P.-Y.), « Groupements d'employeurs et travail à temps partagé après la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises », *Dr. soc.* 2005, p. 1133.

VERKINDT (P.-Y.), « Les obligations de sécurité du chef d'entreprise : aspects de droit civil », *Sem. soc. Lamy* 2006, n° 1286 suppl., p. 25.

VERKINDT (P.-Y.), « Preuve du lien de causalité entre le travail et l'accident ou la maladie professionnelle », *RDSS* 2008, p. 1170.

VERKINDT (P.-Y.), « Une illustration du lien entre le droit de la sécurité sociale et droit du travail: les présomptions de faute inexcusable et impératif de prévention », *RDSS* 2008, p. 1140.

VERNAC (S.), « Le droit du licenciement dans la procédure de sauvegarde », in *Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, A. Lyon-Caen, Q. Urban (dir.), Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires, 2007, p. 125.

VERNAC (S.), « Les statuts de la SAS en droit du travail », *Dr. ouvr.* 2010, p. 181.

VERSCHUEREN (H.), « Les prestations spéciales à caractère non contributif et le règlement communautaire 1408/71 », *Dr. soc.* 1995, p. 921.

VERSCHUEREN (H.), « L'affaire Herbosch Kiere: une occasion manquée dans la lutte contre le dumping social transfrontalier et la fraude sociale », *Revue belge de sécurité sociale*, 3^e trimestre 2006, p. 405.

VERSCHUEREN (H.), « Le droit des pensions d'invalidité et de vieillesse dans le règlement 883/2004 », *RDSS* 2010, p. 38.

VEZIN-DAVID (R.), « Faut-il remplacer les droits dérivés à protection sociale par des droits autonomes ? », *RDSS* 2003, p. 1.

VOLOVTCH (P.), « Faut-il cibler la protection sociale sur « ceux-qui-en-ont réellement besoin » ? », *Dr. soc.* 1995, p. 739.

WAQUET (P.), « Les plans sociaux », *RJS*, mai 1996, p. 303.

WAQUET (P.), « Le juge et l'entreprise », *Dr. soc.* 1996, p. 474.

WAQUET (P.), « Quelques réflexions sur l'arrêt SAT en particulier et sur le licenciement économique en général », *RJS* juill. 2001, p. 567.

WAQUET (P.), « Emploi et profit », *RJS* 5/06, p. 351.

WILDERSPIN (M.), « Que reste-il du principe du pays d'origine ? Le regard des internationalistes », Colloque CRUE, Paris I, Cour de cassation, *Europe* 2007, spéc. n° 16.

WILLMANN (C.), « Les zones franches urbaines : entre politique de la ville et politique de l'emploi », *RDSS* 2005, p. 136.

WILLMANN (C.), « Fusion ANPE-UNEDIC et nouveaux droits et devoirs du demandeur d'emploi. Deux lois pour une même logique », *JCP S* 2008, n° 1475.

WOLMARK (C.) (dir.), « Cessation d'activité : l'immixtion du juge est-elle excessive ? », *RDT* 2011, n° 5, p. 285.

YOLKA (P.), « Les entreprises publiques et l'assurance de garantie des salaires : solution de continuité ou continuité des solutions ? », *RDP* 2005, n° 4, p. 967.

ZARKA (A.), « Le Conseil d'État, le traité CE et légalité des rémunérations entre hommes et femmes, à propos de l'arrêt d'Amato du 29 décembre 2004 », *Dr. soc.* 2006, p. 82.

ZENATI-CASTAING (F.), « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.* 2006, p. 445.

IV. Notes et observations de jurisprudence

ALBIOL (J.-M.), GALLON (C.), note ss Cass. soc. 26 janv. 2011, *JCP S* 2011, n° 19, p. 21.

ANCEL (M.-E.), note ss Cass. com. 27 avr. 2011, *Dr. et patr.* 2011, n° 209, p. 90.

ANTONMATTÉI (P.-H.), obs. ss CJCE, 16 déc. 1992, Katsikas, aff. C-132/91 et C-139/91, *JCP E* 1993, n° 266, p. 370.

ARSEGUEL (A.), ISOUX (P.), note ss Cass. soc. 19 mars 1992, *Dr. soc.* 1993, p. 85.

ASQUINAZI-BAILLEUX (D.), note ss Cass. civ. 2^e, 6 mars 2008, *JCP S* 2008, n° 25, p. 35.

ASQUINAZI-BAILLEUX (D.), note ss Cass. civ. 2^e, 10 juill. 2008, *JCP S* 2008, n° 41, 37.

ASQUINAZI-BAILLEUX (D.), note ss Cass. civ. 2^e, 28 oct. 2008, *JCP S* 2009, p. 1059.

ASQUINAZI-BAILLEUX (D.), note ss Cass. civ. 2^e, 11 juin 2009, *JCP S* 2009, p. 1469.

ASQUINAZI-BAILLEUX (D.), note ss Cass. civ. 2^e, 8 oct. 2009, *JCP S* 2009, p. 1600.

AUBONNET (F.), note ss Cass. soc. 18 janv. 2011, *JCP E* 2011, p. 1291.

AUVERGNON (P.), note Cass. soc. 28 janv. 2004, *Bull. Joly Sociétés* 2004, n° 5, p. 703.

AUZERO (G.), obs. ss Cass. soc. 7 févr. 2007, *RDT* 2007, p. 235.

AUZERO (G.), obs. ss Cass. soc. 9 mai 2007, *RDT* 2007, p. 452.

AUZERO (G.), obs. ss Cass. soc. 26 nov. 2008, *RDT* 2009, p. 97.

AUZERO (G.), note ss TGI Peronne, 18 août 2009, *Sem. soc. Lamy* 2009, n° 1416, p. 10.

AUZERO (G.), obs. ss Cass. soc. 23 sept. 2009, *RDT* 2009, p. 647.

AUZERO (G.), obs. ss Cass. soc. 10 nov. 2009, *Lexbase Hebdo. éd. soc.* n° 373.

AUZERO (G.), note ss Cass. soc. 10 févr. 2010, *Bull. Joly Sociétés* 2010, n° 6, p. 528.

AUZERO (G.), note ss Cass. soc. 6 juill. 2010, *Lexbase Hebdo-Edition Sociale* n 404.

AUZERO (G.), note ss Cass. soc. 22 juin 2011, *RDT* 2011, n° 11, p. 634.

AUZERO (G.), note ss Cass. soc. 6 juill. 2011, *Bull. Joly Sociétés* 2011, n° 12, p. 1025.

AUZERO (G.), obs. ss Cass. soc. 7 déc. 2011, *RDT* 2012, p. 94.

BAILLY (P.), note ss Cass. soc. 9 juill. 1996, *D.* 1997, jur. p. 522.

BAILLY (P.), note ss Cass. soc. 18 janv. 2011, *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1476, p. 6.

BAILLY (P.), Cass. soc. 5 juill. 2011, *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1504, p. 6.

BARBIÈRI (J.-F.), note ss Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, *Rev. sociétés* 2007, p. 620.

BARTHÉLÉMY (J.), note sous Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 2009, *Dr. soc.* 2009, n° 12, p. 1195.

BARTHÉLÉMY (J.), note ss Cass. civ. 2^e, 7 oct. 2011, *Dr. soc.* 2011, n° 2, p. 218.

BÉAL (S.), note ss Cass. com. 13 juill. 2010, *JCP E* 2010, n° 44-45, p. 51.

BÉRAUD (C.-M.), obs. ss Cass. ass. plén. 4 mars 1983, *D.* 1984, IR, p. 164.

BÉRAUD (C.-M.), note ss Cass. soc. 25 nov. 2003, *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 422.

BERNARD (J.), obs. ss Cass. soc. 14 mai 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 855.

BERNARD (S.), GRUMBACH (T.), obs. ss Cass. soc. 19 avr. 2007, *RDT* 2008, p. 254

BERTRAND (I.), note ss Cass. soc. 20 janv. 2010, *D.* 2010, n° 7, p. 377.

BEYNEIX (I.), note ss Cass. soc. 10 mars 2009, *JCP E* 2009, p. 1549.

BLAISE (H.), note ss Cass. soc. 25 févr. 1981, 2 esp., *Dr. soc.* 1982, p. 185.

BLAISE (H.), obs. ss Cass. soc. 13 mai 1981, *Dr. soc.* 1992, p. 193.

BLAISE (H.), note ss Cass. soc. 8 nov. 1989, *JCP E* 1990, II, p. 15766.

BLAISE (H.), note ss Cass. soc. 11 oct. 1990, *JCP* 1991, II, p. 21700.

BLAISE (H.), obs. ss Cass. soc. 12 avr. 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 603.

BOUBLI (B.), note ss Cass. soc. 5 févr. 2000, *Gaz. Pal.* 2000, somm. p. 11, n° 36.

BOULMIER (D.), note ss Cass. soc. 9 mai 2001, *JCP E* 2001, n° 45, p. 1777.

BOULMIER (D.), note ss Cass. soc. 29 juin 2011, *JCP S* 2011, n° 39, p. 33.

BOULOC (B.), note ss Cass. civ. 3^e, 6 févr. 1969, *D.* 1969, p. 434.

BOULOC (B.), note ss Cass. crim. 9 mai 1973, *D.* 1974, p. 271.

BOURRU (O.), MENJUCQ (M.), note ss Cass. com. 19 avr. 2005, *JCP G* 2005, II, 10088.

BOUSEZ (F.), note ss Cass. soc. 18 oct. 2007, *JCP S* 2008, n° 8, p. 21.

BOUSEZ (F.), obs. ss Cass. soc. 26 nov. 2008, *JCP S* 2009, p. 1161.

BOUSEZ (F.), obs. ss Cass. soc. 13 janv. 2009, *JCP S* 2009, p. 1159.

BOUSEZ (F.), obs. ss Cass. soc. 4 févr. 2009, *JCP S* 2009, p. 1336.

BOSSU (B.), note ss Cass. soc. 20 sept. 2006, *PBRI*, *JCP S* 2006, p. 1949.

BOSSU (B.), note ss Cass. soc., 3 mai 2007, *JCP S* 2007, n° 38, p. 35.

BOSSU (B.), note ss Cass. soc. 14 nov. 2007, *JCP S* 2008, p. 1078.

BOYER (A.), note ss Cass. soc. 17 juin 2009, *Gaz. Pal.* 2010, n° 106-107, p. 8.

BRISSY (S.), note ss Cass. soc. 11 janv. 2007, *JCP S* 2007, p. 1205.

BRISSY (S.), note ss Cass. soc. 23 sept. 2008, *JCP S* 2008, p. 1612.

BRISSY (S.), note ss Cass. soc. 28 sept. 2010, *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 1518.

BRUNET (R.), note ss Cass. soc. 16 oct. 1975, *JCP* 1975, II, p. 18499.

BUGADA (A.), note ss Cass. soc. 19 juill. 2001, *JCP* 2002, II, p. 10098.

BUGADA (A.), note ss Cass. civ. 2e, 9 nov. 2006, *JCP S* 2007, p. 1274.

CABRILLAC (M.), note ss Cass. com. 27 oct. 1964, *D.* 1965, p. 129.

CABRILLAC (M.), obs. ss Cass. com. 9 janv. 1986, *JCP* 1996, I, 3935, n° 19.

CABRILLAC (M.), obs. ss Cass. com. 27 juin 1989, *JCP E* 1990, 15668, n° 15.

CABRILLAC (M.), obs. ss Cass. com. 5 mars 1996, *JCP E* 1996, I, p. 584.

CABRILLAC (M.), PÉTEL (P.), obs. ss Cass. com. 12 oct. 1998, *JCP E* 1998, 2069.

CABRILLAC (M.), obs. ss Cass. com. 13 oct. 1998, *JCP E* 1998, chron. 2067, n° 13.

CABRILLAC (M.), note ss Cass. com. 8 juin 1999, *JCP G* 1990, II, n° 15829.

CABRILLAC (M.), obs. ss Cass. com. 19 déc. 2000, *JCP E* 2001, chron. 756, n° 17.

CABRILLAC (M.), obs. ss Cass. com. 2 oct. 2001, *JCP E* 2002, 175, n° 16.

CABRILLAC (M.), Cass. com. 5 nov. 2003, *JCP E* 2004, p. 861.

CABRILLAC (M.), obs. ss Cass. com. 24 mars 2004, *JCP E* 2004, 1292, n° 2.

CABRILLAC (M.), obs. ss Cass. com. 20 sept. 2005, *JCP E* 2006, n° 1066, p. 76.

CABRILLAC (M.), note ss Cass. com. 21 sept. 2010, *JCP E* 2011, n° 3, p. 50.

CANEDO-PARIS (M.), note ss CE, ass. 8 févr. 2007, *LPA* 2007, n° 157, p. 11.

CASSON (P.), DELUMEAU (M.), note ss Cass. civ. 2^e, 7 févr. 2008, n° 06-15.006.

CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (F.), WICKER (G.), obs. ss Cass. com. 15 mars 2005, *JCP E* 2005, 1046, n° 2.

CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (F.), WICKER (G.), obs. ss Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, *JCP E* 2007, 1877, n° 10.

CAVALLINI (J.), note ss CJCE, 11 sept. 2007, aff. C-287/05, *JCP S* 2007, p. 1750.

CESARO (J.-F.), obs. ss Cass. crim. 30 janv. 1996, *JCP E* 1997, I, p. 645, n° 7.

CESARO (J.-F.), note ss Cass. soc. 3 mai 2006, *JCP S* 2006, n° 25, 1496, pp. 30-31.

CESARO (J.-F.), note ss Cass. soc. 24 oct. 2006, *JCP E* 2007, n° 39, p. 38.

CESARO (J.-F.), note ss Cass. soc. 15 nov. 2006, *JCP S* 2007, n° 4, 1035, p. 24.

CHANGY (Y.), obs. ss Cass. soc. 14 nov. 2008, *RDT* 2008, p. 103.

CHAMPEAUX (F.), note ss TASS Melun, 11 mai 2012, *Sem. soc. Lamy* 2012, n° 1540, 13.

CHAPUT (Y.), obs. CA Douai, 4 mai 1993, *Rev. dr. sociétés* 1993, p. 8.

CHAPUT (Y.), obs. ss Cass. com. 24 oct. 1995, *Dr. sociétés* 1995, n° 238.

CHAPUT (Y.), obs. ss Cass. crim. 30 janv. 1996, *Dr. sociétés* 1996, n° 130.

CHARBONNEAU (C.), note ss Cass. soc. 25 janv. 2005, *Cah. soc. barr. Paris*, 1^{er} avr. 2005, n° 169, p. 171.

CHAUMETTE (P.), note ss Cass. soc. 29 sept. 2010, *Dr. soc.* 2011, n° 2, p. 209.

CORIGNAN-CARSIN (D.), note ss Cass. soc. 9 févr. 1994, *JCP G* 1994, II, p. 22329.

COEURET (A.), note ss Cass. soc. 22 juin 1993, *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 1237.

COEURET (A.), note ss Cass. com., 23 janv. 2001, *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 481.

COEURET (A.), note ss CA Versailles, 2 avr. 2002, *JCP E* 2002, n° 41, p. 1627.

COEURET (A.), note ss Cass. civ. 2^e, 4 juin 2009, *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 39.

COEURET (A.), DONDERO (B.), note ss Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, *JCP E* 2010, 2049.

COEURET (A.), note sous Cass. crim. 23 nov. 2010, *JCP S* 2011, n° 4, pp. 251-256.

COEURET (A.), note ss Cass. soc. 18 janv. 2011, *Rev. sociétés* 2011, p. 154.

COEURET (A.), note ss Cass. soc. 1^{er} févr. 2011, *Rev. sociétés* 2011, p. 154.

COEURET (A.), note ss Cass. soc. 18 déc. 2011, *Rev. sociétés* 2011, p. 154.

COLONNA (J.), note ss Cass. soc., 17 oct. 2000, *JCP G* 2001, II, p. 1017.

COURSIER (P.), obs. ss Cass. soc. 20 janv. 1998, *JCP E* 1998, p. 1041.

COURSIER (P.), note ss Cass. soc. 29 juin 2004, *Gaz. Pal.* 2005, n° 54, p. 30.

COURSIER (P.), note ss CJCE, 8 septembre 2005, aff. C-191/03, *JCP S* 2006, 1097.

COURSIER (P.), obs. ss Cass. civ. 2^e, 12 juill. 2006, *Dr. soc.* 2006, p. 1071.

COURSIER (P.), note ss Cass. civ. 2^e, 20 mars 2008, *Gaz. Pal.* 2008, n° 227, p. 18.

COURSIER (P.), note ss CEDH, 8 oct. 2008, *JCP S* 2010, 1164.

COURSIER (P.), obs. ss CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-208/07, *JCP S* 2009, n° 1459.

COUTURIER (G.), note ss Cass. soc. 17 mai 1995, *SA Éverite, D.* 1995, p. 436.

COUTURIER (G.), note ss Cass. soc. 28 janv. 1998, *Bull. civ.* V, n° 40.

COUTURIER (G.), LYON-CAEN (G.), PÉLISSIER (J.), SUPIOT (A.), RADÉ (C.), note ss Cass. soc. 29 févr. 2000, *Dr. soc.* 2000, n° 5, p. 562.

COUTURIER (G.), note ss Cass. soc. 10 juill. 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 1127.

COUTURIER (G.), obs. ss Cass. soc. 11 déc. 2001, *Dr. soc.* 2002, p. 222.

COUTURIER (G.), note ss Cass. soc. 25 juin 2003, SARL Technoram, *Dr. soc.* 2003, 817.

COUTURIER (G.), obs. ss Cass. soc. 5 avril 2005, *Dr. soc.* 2005, p. 701.

COUTURIER (G.), obs. ss Cass. soc. 3 mai 2007, *Dr. soc.* 2007, n° 7/8, p. 900.

COUTURIER (G.), note ss Cass. soc. 5 mars 2008, *Dr. soc.* 2008, p. 617.

COUTURIER (G.), obs. ss Cass. soc. 13 janv. 2010, *Dr. soc.* 2010, p. 474.

COUTURIER (G.), obs. ss Cass. soc. 18 janv. 2011, Jungheinrich, *Dr. soc.* 2011, p. 379.

CROCQ (P.), obs. ss Cass. com. 9 mai 1995, *RTD civ.* 1996, p. 441.

CROCQ (P.), obs. Cass. com. 5 déc. 1995, *RTD civ.* 1996, p. 433.

CROCQ (P.), obs. ss Cass. civ. 3^e, 23 mai 1995, B. 131, *RTD civ.* 1995, p. 206.

CROCQ (P.), obs. ss Cass. com. 5 mars 1996, *RTD civ.* 1996, p. 443.

CROCQ (P.), obs. ss Cass. com. 4 juill. 2000 et 9 janv. 2001, *RTD civ.* 2001, p. 399.

CROCQ (P.), obs. ss Cass. com. 5 févr. 2002, *RTD civ.* 2002, p. 337.

CROCQ (P.), obs. ss Cass. civ. 1^{re}, 5 mai 2002, *RTD civ.* 2002, p. 339.

DAMMANN (R.), ROBINET (M.), note ss CJCE, 16 oct. 2008, aff. C-310/07, *Bull. Joly Sociétés* 2009, n° 2, p. 163.

DAMMANN (R.), ROBINET (M.), note ss CJCE 4^e ch., 16 oct. 2009, aff. C-310/07, *Bull. Joly Sociétés* 2009, n° 2, p. 163.

DARVERS-BORNOZ (P.), note ss Cass. soc. 28 janv. 2009, *Dr. ouvr.* 2009, n° 732, p. 309.

DARVERS-BORNOZ (P.), note ss Cass. soc. 18 janv. 2011, *Dr. ouvr.* 2011, n° 753, p. 273.

DEDESSUS-LE-MOUSTIER (G.), note ss Cass. soc. 30 nov. 2011, *JCP G* 2012, n° 5, 201.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), obs. ss Cass. com. 15 mars 1988, *Rev. dr. bancaire* 1988, p. 103.

DELAPORTE (V.), obs ss Cass. com. 1^{er} févr. 1977, *JCP* 1978, II, p. 18873.

DELEBECQUE (P.), obs. ss Cass. civ. 1^{re}, 4 janv. 1995, *Defrénois* 1995, p. 747.

DELEBECQUE (P.), SIMLER (P.), obs. ss Cass. com. 19 déc. 2000, *JCP E* 2001, chron. P. 1860, n° 20.

DELEBECQUE (P.), note ss Cass. com. 6 févr. 2001, *Bull. Joly Sociétés* 2001.

DELEBECQUE (P.), obs ss Cass. Com. 5 févr. 2002, *JCP E* 2002, n° 19, p. 1424.

DERRIDA (F.), note ss CA Aix-en-Provence, 3 avr. 1973, *D.* 1973, jurispr. p. 566.

DERRIDA (F.), note ss Cass. soc. 29 avr. 1975, *D.* 1975, p. 678.

DERRIDA (F.), note ss Cass. com. 7 janv. 1976, *D.* 1976, p. 277.

DERRIDA (F.), note ss Cass. soc. 12 janv. 1978, *Dr. soc.* 1979, p. 30.

DERRIDA (F.), note ss Cass. soc. 12 janv. 1978, *Dr. soc.* 1979, p. 30.

DERRIDA (F.), note ss Cass. soc. 1^{er} juin 1978, *Dr. soc.* 1979, p. 32.

DERRIDA (F.), obs. ss CA Rennes, 10 févr. 1983, *D.* 1984, IR, 1, 10^e espèce.

DERRIDA (F.), obs. ss Cass. com. 11 mai 1984, *D.* 1985, IR, 1, 17^e espèce.

DERRIDA (F.), obs. ss Cass. com. 12 déc. 1984, *D.* 1985, IR, 255, 3^e espèce.

DERRIDA (F.), CA Douai, 14 juin 1985, *D.* 1985, p. 43.

DERRIDA (F.), obs. ss CA Grenoble, 19 janv. 1989, *D.* 1991, somm. p. 109.

DERRIDA (F.), obs. ss Cass. soc. 2 mars 1989, *D.* 1991, somm. p. 108.

DERRIDA (F.), obs. ss Cass. soc. 21 mars 1989, *D.* 1991, somm. 108.

DERRIDA (F.), obs. ss Cass. soc. 3 avr. 1991, *D.* 1994, somm. p. 44.

DERRIDA (F.), obs. ss Cass. soc. 1^{er} juin 1994, *Dr. soc.* 1994, n° 9/10, p. 814.

DERRIDA (F.), note ss Cass. com. 24 oct. 1995, *D.* 1996, p. 155.

DERRIDA (F.), obs. ss Cass. soc. 27 oct. 1998, *D.* 2001, somm. p. 114.

DERRIDA (F.), obs. Ss Cass. soc. 12 janv. 1999, *Cah. D. aff.* 2000, somm. p. 117.

DERRIDA (F.), obs. ss Cass. soc. 10 mai 1999, *D.* 2000, somm. p. 6.

DERRIDA (F.), Cass. soc. 27 oct. 1998, *D.* 2001, somm. p. 114.

DERRIDA (F.), obs. ss Cass. soc. 5 oct. 1999, *D.* 2000, somm. p. 6.

DERRIDA (F.), obs. ss Cass. soc. 14 déc. 1999, *D.* 2001, somm. p. 121.

DERRIDA (F.), obs. ss Cass. soc. 26 janv. 2000, *Cah. D. aff.* 2000, somm. p. 119.

DERRIDA (F.), obs. ss Cass. soc. 29 févr. 2000, *D.* 2001, somm. p. 117.

DERRIDA (F.), obs. ss Cass. soc. 28 mars 2000, *D.* 2001, somm. p. 119.

DERRIDA (F.), note ss Cass. com. 2 oct. 2001, *D.* 2002, p. 800.

DOCKÈS (E.), note ss Cass. soc. 13 juill. 2004, *Dr. ouvr.* 2005, p. 1.

DOCKÈS (E.), obs. ss Cass. soc. 9 mai 2007, *D.* 2007, pan. p. 3039.

D'OMANO (P.-H.), note ss Cass. soc. 1er févr. 2011, *JCP S* 2011, n° 9, p. 41.

DRAI (L.), note ss Cass. soc. 25 oct. 2007, *JCP S* 2008, n° 1, p. 34.

DRAI (L.), note ss Cass. soc. 30 sept. 2009, *JCP S* 2009, p. 1530.

DRIGUEZ (L.), obs. ss CJCE, 3 avr. 2008, Chuck, aff. C-33/06, *Europe* 2008, n° 192.

DRIGUEZ (L.), obs. ss CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-208/07, *Europe* 2009, n° 264.

DRIGUEZ (L.), note ss CJUE, 20 oct. 2011, aff. C-225/10, *Europe* 2011, n° 12, p. 23.

DUMONT (F.), note ss Cass. soc. 26 sept. 2007, *JCP S* 2007, p. 1855.

DUMONT (F.), note ss Cass. soc. 14 nov. 2007, Sté Bull SA, *JCP S* 2008, p. 1081.

DUMONT (F.), note ss Cass. soc. 28 janv. 2009, *JCP S* 2009, n° 16-17, p. 32.

DUMONT (F.), note ss Cass. soc. 14 oct. 2009, *JCP S* 2009, p. 1559.

DUPEYROUX (J.-J.), note ss Cass. civ. 2^e, 13 janv. 1960, *D.* 1961, p. 269.

DUPEYROUX (J.-J.), note Cass. civ. 30 oct. 1963, *D.* 1964, p. 261.

DUPEYROUX (J.-J.), note ss Cass. Ass. plén. 30 janv. 1970, *D.* 1970, p. 221.

DUPEYROUX (J.-J.), obs. ss CE, 19 févr. 1988, *Dr. soc.* 1988, p. 500.

DUPEYROUX (J.-J.), note ss Cons. const. 13 août 1993, *Dr. soc.* 1994, p. 74.

DUPEYROUX (J.-J.), note ss Cass. soc. 13 nov. 1996, *Dr. soc.* 1996, 1067.

DUPRAT (P.), comm. ss Cass. soc. 13 févr. 2008, *Gaz. Pal.* 2008, n° 118, pp. 37-38.

DUPRAT (P.), GAILHBAUD (C.), note ss Cass. soc. 17 juin 2009, *Gaz. Pal.* 2009, n° 305-307, p. 31.

DUQUESNE (F.), note ss Cass. crim. 15 mai 2007 et 6 nov. 2007, *Dr. soc.* 2008, n° 4, 449.

DUQUESNE (F.), note ss Cass. soc. 30 sept. 2010, *JCP E* 2010, p. 1997.

DURAND (F.), URBAN (Q.), note ss Cass. soc. 28 sept. 2010, *Bull. Joly Sociétés* 2010, n° 12, p. 994.

DUREUIL (B.), obs. ss CA Paris, 24 nov. 1987, *Rev. proc. coll.* 1988, p. 299, n° 10.

DUREUIL (B.), obs. ss Cass. com. 9 avr. 1991, *Rev. proc. coll.* 1991, p. 469.

DUREUIL (B.), obs. ss Cass. com. 8 janv. 1991, *Rev. proc. coll.* 1991-4, p. 483.

DUREUIL (B.), obs. ss Cass. com. 28 févr. 1995, *Rev. proc. coll.* 1995, 291.

ETIENNE-MARTIN (E.), NANTERME (C.), note ss T. com. Lyon, 28 déc. 2000, *Act. proc. coll.* 2001, n° 8, n° 102.

EVERAERT-DUMONT (D.), note ss Cass. soc. 7 avr. 2010, *JCP S* 2010, p. 1286.

FABRE (A.), note ss Cass. ass. plén. 27 mai 2003, *D.* 2004, p. 382.

FADEUIHE (P.), Chron. ss Cass. soc. 9 mars 2004, *Sem. soc. Lamy* 2004, n° 1189, p. 6.

FAVENNEC-HÉRY (F.), note ss Cass. soc. 12 janv. 1999, *IBM, Dr. soc.* 1999, p. 297.

FAVENNEC-HÉRY (F.), obs. ss Cass. soc. 19 oct. 2004, *Dr. soc.* 2005, p. 106.

FAVENNEC-HÉRY (F.), note ss Cass. soc. 19 janv. 2005 (2 arrêts), *Dr. soc.* 2005, 474.

FERRIER (N.), obs. ss Cass. soc. 2 mars 2011, *RDT* 2011, p. 307.

FIN-LANGER (L.), obs. ss Cass. soc. 24 oct. 2006, *Act. proc. coll.* 2007-1, n° 6.

FIN-LANGER (L.), obs. ss Cass. soc. 19 mars 2008, *Rev. proc. coll.* 2008, n° 10, p. 4.

FIN-LANGER (L.), obs. ss Cass. soc. 23 sept. 2009, *Act. proc. coll.* 2009-17, n° 257.

FIN-LANGER (L.), obs. sous Cass. soc. 15 juin 2010, *Act. proc. coll.* 2010, n° 219.

FIN-LANGER (L.), note ss Cass. soc. 21 sept. 2011, *Act. proc. coll.* 2011, n° 16, p. 6.

FROUIN (J.-Y.), note ss Cass. soc. 11 janv. 2006, *JCP S* 2006, p. 119.

FROUIN (J.-Y.), note ss Cass. soc. 3 mai 2007, *JCP S* 2008, p. 1289.

FROUIN (J.-Y.), chron. ss Cass. soc. 9 mai 2007, *RDT* 2007, 150.

FROUIN (J.-Y.), note ss Cass. soc. 13 nov. 2008, *RDT* 2009, p. 37.

FROUIN (J.-Y.), note ss Cass. soc. 4 mars 2009, *RDT* 2010, p. 306.

FROUIN (J.-Y.), note ss Cass. soc. 3 nov. 2010, *JCP S* 2011, 1006.

GAILHBAUD (C.), note ss Cass. soc. 24 mars 2010, *Gaz. Pal.* 2 et 3 juill. 2010, p. 36.

GAILHBAUD (C.), note Cass. soc. 3 mai 2011, *Gaz. Pal.* 2011, n° 189-190, p. 33.

GALLOIS-CROCHET (D.), note ss Cass. civ. 2^e, 24 sept. 2009, *Dr. sociétés* 2010, p. 25.

GARDAIR-RÉROLLE (N.), note ss Cass. soc. 29 juin 2011, *Juris. soc. Lamy* 2011, n° 307, p. 29.

GAUDU (F.), Cass. soc. 18 nov. 1998, *Dr. soc.* 1999, p. 99.

GAURIAU (B.), obs. ss Cass. soc. 18 janv. 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 734.

GAURIAU (B.), note ss Cass. soc. 10 mai 2001, *Dr. soc.* 2001, n° 11, p. 921.

GAURIAU (B.), obs. ss Cass. soc. 30 avr. 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 831.

GAUTIER (P.-Y.), note ss Cass. com. 24 mars 1998, *RTD civ.* 1998, p. 932.

GAUTIER (P.-Y.), note ss Cass. com. 12 oct. 2004, *RTD com.* 2005, p. 417.

GÉA (F.), note ss Cass. soc. 31 mars 2009, *Sem. soc. Lamy* 2009, n° 1420, p. 2.

GÉA (F.), note ss Cass. soc. 14 oct. 2009, *Sem. Soc. Lamy* 2009, n° 1418.

GÉA (F.), note ss Cass. soc. 18 janv. 2011, *RDT* 2011, p. 168.

GENEVOIS (B.), note ss CE, ass. 23 mars 1984, *AJDA* 1984, p. 394.

GENEVOIS (B.), note ss Cons. const. 13 août 1993, *RFD adm.* 1993, p. 871.

GORRIAS (S.), obs. ss Cass. com. 23 juin 2004, *Rev. proc. coll.* 2005, p. 130.

GORRIAS (S.), obs. ss Cass. civ. 1re, 14 juin 2005, *Gaz. Pal.* 2005/3, n° 2, p. 20.

GORRIAS (S.), note ss Cass. com. 3 juill. 2007, *Gaz. Pal.* 2007/4, p. 36.

GORRIAS (S.), note sous Cass. com. 16 sept. 2008, *Gaz. Pal.*, 2008, n° 313, p. 44.

GUYON (A.), obs. ss Cass. soc. 5 mars 2008, *Dr. ouvr.* 2008, p. 305.

GUYON (Y.), obs. ss Cass. com. 25 juin 1991, *Rev. proc. coll.* 1992-2, p. 67.

GUYON (Y.), note ss Cass. com. 5 avr. 1995, *Rev. Sociétés* 1994, p. 318.

HALLER (M.-C.), note ss Cass. soc. 23 mai 2002, *Jurispr. soc. Lamy* 2002, n° 106, p. 19.

HALLER (M.-C.), note ss Cass. soc. 25 janv. 2006, *Sem. soc. Lamy* 2006, n° 1252.

HALLOUIN (.), obs. ss CA Versailles, 2 avr. 2002, *D.* 2002, somm. p. 3266.

HAMON (L.), note ss Cons. const. 20 déc. 1960, *S.* 1962, p. 63.

HANNOUN (C.), note ss Cass. com. 26 févr. 2008, *Bull. Joly Sociétés* 2008, n° 7, p. 602.

HÉAS (F.), note ss Cass. soc. 28 mai 2008, *RDT* 2008, p. 529.

HÉMARD (J.), BOULOC (B.), obs. ss Cass. com. 11 mai 1984, *RTD com.* 1985, p. 560.

HENRIOT (P.), note ss Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, *Sem. soc. Lamy* 2010, n° 1469.

HENRY (L.-C.), obs. ss Cass. soc. 16 juin 2010, *Gaz. Pal.* 2010, p. 27.

HENRY (L.-C.), note ss Cass. com. 1^{er} févr. 2011, *Gaz. Pal.* 2011, n° 91-92, p. 23.

HENRY (L.-C.), note ss Cass. com. 17 mai 2011, *Gaz. Pal.* 2011, n° 280-281, p. 22.

HENRY (L.-C.), note ss Cass. com. 15 juin 2011, *Gaz. Pal.* 2011, n° 280-281, p. 23.

HONORAT (A.), obs. ss CA Limoges, 2 juill. 1974, *D.* 1975, p. 131.

HONORAT (A.), note ss Cass. com. 7 janv. 1976, *Rev. sociétés* 1976, p. 126.

HONORAT (A.), obs. ss TGI Strasbourg, 28 févr. 1977, *D.* 1977, IR, p. 297.

HONORAT (A.), obs. ss Cass. soc. 7 févr. 1979, *D.* 1979, IR, p. 367.

HONORAT (A.), obs. ss CA Rennes, 2 déc. 1981, *D.* 1982, IR, p. 104.

HONORAT (A.), obs. ss Cass. soc. 25 avr. 1984, *D.* 1984, IR, 397.

HONORAT (A.), obs. ss Cass. soc. 21 nov. 1989, *D.* 1990, somm. p. 217.

HONORAT (A.), obs. ss Cass. soc. 6 mars 1990, *D.* 1990, somm. p. 218.

HONORAT (A.), obs. ss Cass. soc. 10 juill. 1991, *D.* 1992, somm. p. 386.

HONORAT (A.), obs. ss Cass. soc. 12 févr. 1992, *D.* 1993, somm. p. 75.

HONORAT (A.), obs. ss Cass. soc. 2 juin 1992, *D.* 1993, Somm. p. 75.

HONORAT (A.), obs. ss Cass. soc. 10 avr. 1991, *D.* 1993, somm. 75.

HONORAT (A.), note ss Cass. com. 17 nov. 1992, *RJ com.* 1993, n° 1364, p. 123.

HONORAT (A.), note ss Cass. soc. 22 juin 1993, *D.* 1994, somm. p. 80.

HONORAT (A.), obs. ss Cass. com. 14 juin 1994, *D.* 1995, somm. p. 26.

HONORAT (A.), obs. ss Cass. com. 12 juill. 1994, *D.* 1995, somm. p. 24.

HONORAT (A.), obs. ss Cass. soc. 21 févr. 1995, *D.* 1995, somm. 305.

HONORAT (A.), obs. ss Cass. soc. 12 avr. 1995, *D.* 1995, somm. p. 307.

HONORAT (A.), obs. ss Cass. com. 31 mars 1998, *D.* 1998, Somm. 327.

HOUIN (R.), note ss Cass. com. 17 janv. 1956, *D.* 1956, p. 265.

HOUIN (R.), note ss Cass. com. 27 oct. 1964, *RTD com.* 1965, p. 179.

HOVASSE (H.), note ss Cass. com. 26 mai 1997, *Deffrénois* 1998, p. 1292.

IDOT (L.), obs. ss CJCE, 22 nov. 1995, aff. C-443/93, *Rec.* p. I-4033; *Europe* 1996, n° 25.

IDOT (L.), obs. ss CJCE, 28 avr. 1998, Kohl, aff. C-158/96, *Europe* 1998, n° 191.

IDOT (L.), note ss TPICE, 13 juin 2000, EPAC, *Europe*, août-sept. 2000, comm. n° 268.

IDOT (L.), obs. ss CJCE, 22 mai 2003, aff. C-355/00, *Europe* 2003, comm. n° 250.

IDOT (L.), obs. ss CJCE, 6 juill. 2006, aff. C-154/05, *Rec.* p. I-6249; *Europe* 2006, n° 278.

IDOT (L.), obs. ss CJCE, 21 févr. 2006, Hosse, aff. C-286/03, *Europe* 2006, n° 117.

IDOT (L.), obs. ss CJCE, 9 nov. 2006, aff. C-205/05, *Europe* 2007, n° 11.

IDOT (L.), obs. ss CJCE, 16 janv. 2007, aff. C-265/05, *Rec.* p. I-347 ; *Europe* 2007, n° 95.

IDOT (L.), obs. ss CJCE, 11 sept. 2007, Hendrix, aff. C-287/05, *Europe* 2007, n° 303.

IDOT (L.), obs. ss CJCE, 18 oct. 2007, aff. C-299/05, *Rec.* p. I-8695 ; *Europe* 2007, n° 342.

INES (B.), obs. ss Cass. soc. 7 juill. 2008, *D.* 2008, AJ, p. 2083.

INES (B.), obs. ss Cass. soc. 30 sept. 2010, *D.* 2010, Actu. p. 2371.

INES (B.), obs. ss Cass. soc. 30 mars 2011, *D.* 2011, p. 1087.

JACOTOT (D), obs. ss Cass. soc. 9 avr. 2008, *RDT* 2008, n° 7, p. 448.

JACOTOT (D), obs. ss Cass. soc., 10 mars 2009, *Act. proc. coll.* 2009, n° 136.

JACOTOT (D), note ss Cass. soc. 11 avr. 2012, *Act. proc. coll.* 2012, n° 10, p.1.

JAULT-SESEKE (F.), note ss Cass. soc. 19 juin 2007, *RDT* 2007, p. 543.

JAULT-SESEKE (F.), note ss Cass. soc. 12 nov. 2002, *RCDIP* 2003, p. 446.

JEAMMAUD (A.), LE FRIANT (M.), note ss Cass. soc. 28 avril 1988, *Dr. ouvr.* 1988, 253.

JEAMMAUD (A.), LE FRIANT (M.), chron. ss Cass. ass. plén. 8 déc. 2000, *Dr. soc.* 2001, p. 417.

JEAMMAUD (A.), note ss Cass. soc. 19 déc. 2000, *Dr. soc.* 2001, p. 227.

JEAMMAUD (A.), obs. ss Cass. soc. 26 janv. 2005, *Dr. soc.* 2005, p. 567.

JEAMMAUD (A.), note ss Cass. ass. plén. 3 juin 2009, *Sem. soc. Lamy* 2009, n° 1403, p. 14.

JEANSEN (E.), note ss CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-44/08, *JCP S* 2009, p. 1493.

JEANSEN (E.), note ss CJUE, 14 oct. 2010, aff. C-16/09, *JCP S* 2011, n° 4, p. 46.

JEANSEN (E.), note ss CJUE, 10 mars 2011, Defossez, *JCP S* 2011, p. 1275.

JEANTIN (M.), note ss Cass. com. 3 avr. 1990, *D.* 1990, jurispr. p. 385.

JÈZE (G.), note ss CE, ass. 14 janv. 1938, *RDP* 1938, p. 87.

JÈZE (G.), note ss CE, ass. 21 janv. 1944, *RDP* 1945, p. 366.

KARIQUILLO (J.-P.), note ss Cass. soc. 5 juin 1986, *D.* 1986, jurispr. p. 558.

KELLER (F.), note ss CJCE, 21 févr. 2006, Hosse, *RJS* 8-9/06, p. 666.

KELLER (F.), obs. ss CJCE, 9 nov. 2006, aff. C-205/05, *RJS* 2007, p. 127.

KELLER (F.), obs. ss CJCE, 20 mai 2008, Bosmann, aff. C-352/06, *RJS* 2008, p. 770.

KERCKHOVE (E.), obs. ss Cass. soc. 21 nov. 1989, *Rev. proc. coll.* 1990, p. 295.

KERCKHOVE (E.), note ss Cass. soc. 7 nov. 1990, *Rev. proc. coll.* 1992, n° 9, p. 196.

KERCKHOVE (E.), obs. ss CA Paris, 5 févr. 1991, *Rev. proc. coll.* 1992-2, n° 7.

KERCKHOVE (E.), obs. ss Cass. soc. 25 mai 1993, *Rev. proc. coll.* 1994, p. 59, n° 6.

KESSLER (F.), obs. ss CJCE, 5 mars 1998, *RDSS* 1999, p. 623.

KESSLER (F.), obs. ss CJCE, 24 sept. 1998, Stinco et Panfilo, aff. C-132/96, *RDSS* 1999, p. 622.

KESSLER (F.), note ss CJCE, 8 mars 2001, Jauch, aff. C-215/99, *Dr. soc.* 2001, p. 751.

KESSLER (F.), obs. ss CJCE, 31 mai 2001, Leclère, *Dr. soc.* 2001, p. 903.

KESSLER (F.), obs. ss CJCE, 21 févr. 2002, Rydergard, aff. C-215/00, *RJS* 2002, p. 508.

KESSLER (F.), obs. CJCE, 21 févr. 2006, Hosse, aff. C-286/03, *RJS* 2006, p. 666.

KESSLER (F.), obs. ss CJCE, 16 janv. 2007, aff. C-265/05, *Rec.* p. I-347; *RJS* 2007, p. 305.

KESSLER (F.), note ss CJCE, 11 sept. 2007, aff. C-287/05, *RDSS* 2007, p. 1016.

KESSLER (F.), note ss CJCE, 3 avr. 2008, *Dr. soc.* 2008, p. 886.

KOBINA GABA (H.), note sous Cass. soc. 3 nov. 2011, *JCP S* 2012, n° 15, p. 13.

KOLECK-DESAUTEL (S.), note ss Cass. soc., 12 nov. 2002, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 28 nov. 2002, n° 49.

LAHALLE (T.), note ss Cass. soc. 6 juin 2007, *JCP S* 2007, p. 1761.

LAHALLE (T.), note ss Cass. soc. 3 févr. 2009, *JCP S* 2009, n° 21-22, p. 1229.

LAHALLE (T.), note ss Cass. soc. 28 sept. 2010, *JCP S* 2010, n° 47, p. 23.

LAHALLE (T.), note ss Cass. soc. 12 janv. 2011, *JCP S* 2011, n° 19, p. 18.

LANGLOIS (P.), obs. ss Cass. soc. 13 mai 1980, *D.* 1981, IR, p. 125.

LANGLOIS (P.), obs. ss T. com. Versailles, 17 nov. 1986, *Rev. proc. coll.* 1987, n° 3, p. 33.

LARDY-PÉLISSIER (B.), obs. ss Cass. soc. 4 juill. 2006, *RDT* 2006, p. 239.

LARDY-PÉLISSIER (B.), note ss Cass. soc. 26 sept. 2006, *D.* 2005, pan. p. 2503

LARDY-PELISSIER (B.), note ss Cass. soc. 16 déc. 2008, *RDT* 2009, p. 228.

LAROQUE (P.), note ss CE, ass. 14 janv. 1938, *S.* 1938, III, p. 25.

LAUDE (.), obs. ss Cass. com. 13 oct. 1998, *RTD com.* 1999, 189.

LEBEL (C.), note ss Cass. com. 19 avr. 2005, *Gaz. Pal.* 2005, p. 3.

LEBEL (C.), note ss Cass com 16 janv. 2007, *Rev. proc. coll.* 2007, p. 124.

LE CANNU (P.), note ss CA Versailles, 5^e ch. sect. B, 12 mai 1995, *Bull. Joly Sociétés* 1995, n° 9, p. 772.

LE CANNU (P.), note ss Cass. com. 2 avr. 1996, *Bull. Joly Sociétés* 1996, n° 6, p. 510.

LE CANNU (P.), DONDERO (B.), note ss Cass. soc. 5 mai 2011, *RTD com.* 2011, n° 2, p. 370.

LE COHU (P.), note ss Cass. soc. 23 oct. 2007, *Gaz. Pal.* 2010, n° 162-163, p. 19.

LE CORRE (P.-M.), obs. ss CA Paris, 3^e ch. B, 16 févr. 2006, *RTD com.* 2006/3, p. 660.

LE CORRE (P.-M.), obs. ss Cass. com. 26 sept. 2006, *D.* 2007, pan., p. 47.

LE CORRE (P.-M.), obs. ss Cass. com. 3 mai 2011, *D.* 2011, p. 2069.

LECOURT (A.), note ss Cass. com. 29 sept. 2009, *Souliers c. Sté BNP Paribas*, *Rev. Sociétés* 2010, n° 5-6, pp. 314-319.

LE CORRE (P.-M.), obs. ss Cass. com. 28 sept. 2004, *D.* 2005, pan. p. 296.

LE CORRE (P.-M.), obs. ss Cass. com. 24 janv. 2006, *Act. proc. coll.* 2007, n° 57.

LEFRANC-HAMONIAUX (C.), note ss Cass. soc. 31 mai 2011, *JCP G* 2011, n° 25, 1205.

LE GALL (J.-P.), obs. ss Trib. com. Pointe-à-Pitre, 20 févr. 1981, *JCP G* 1981, II, p. 19598.

LE GALL (J.-P.), obs. ss TGI, Le Puy, 21 nov. 1986, *JCP E* 1987, II, n° 14994.

LEGEAIS (D.), obs. ss Cass. com. 31 mars 2004, *RTD com.* 2004, p. 582.

LEGROS (J.-P.), note ss Cass. com. 8 janv. 2002, *Dr. sociétés* 2002, n° 110.

LEGROS (J.-P.), note ss Cass. com. 28 mai 2002, *Dr. sociétés* 2003, p. 23.

LEGROS (J.-P.), obs. ss Cass. com. 6 déc. 2005, *Rev. dr. sociétés* 2006, n° 38.

LEGROS (J.-P.), note Cass. com. 27 mai 2008, *LPA* 2008, n° 214, p. 9.

LEGROS (J.-P.), obs. ss CA Paris 3^e ch. sect. B, 18 sept. 2008, *Dr. sociétés* 2008, p. 251.

LEVASSEUR (G.), note ss Cass. soc. 31 mai 1956, *Brinon*, *D.* 1958, I, jurispr. p. 21.

LHERNOULD (J.-P.), obs. ss CJCE, 9 juill. 1980, aff. C-807/79, *RDSS* 1998, p. 616.

LHERNOULD (J.-P.), note ss CJCE, 27 nov. 1997, Meinto, *Dr. ouvr.* 1998, p. 502.

LHERNOULD (J.-P.), obs. ss CJCE, 28 avr. 1998, Kohl, aff. C-158/96, *RDSS* 1998, p. 616.

LHERNOULD (J.-P.), note ss CJCE, 8 juin 1999, aff. C-337/97; *Dr. soc.* 1999, p. 938.

LHERNOULD (J.-P.), obs. ss CJCE, 8 mars 2001, Jauch, aff. C-215/99, *RJS* 2001, p. 387.

LHERNOULD (J.-P.), obs. ss CJCE, 6 mars 2003, Ninni-Orasche, *RDSS* 2004, p. 73.

LHERNOULD (J.-P.), obs. ss CJCE 29 avr. 2004, Skalka, aff. C-160/02, *RJS* 2004, p. 598.

LHERNOULD (J.-P.), note ss CJCE, 8 juill. 2004, *RDSS* 2005, p. 61.

LHERNOULD (J.-P.), obs. ss CJCE, 16 mai 2006, aff. C-372/04, *Dr. soc.* 2006, p. 945.

LHERNOULD (J.-P.), note ss CJCE, 11 sept. 2007, aff. C-287/05, *RJS* 12/07, p. 1000.

LHERNOULD (J.-P.), obs. ss CJCE, 18 oct. 2007, aff. C-299/05, *RJS* 2008, p. 105.

LHERNOULD (J.-P.), obs. ss CJCE, 21 févr. 2008, Klöpel, aff. C-507/06, *RJS* 2008, p. 508.

LIÉNHARD (A.), obs. ss Cass. com. 15 févr. 2000, *D.* 2000, *AJ*, p. 127.

LIÉNHARD (A.), obs. ss Cass. com. 20 juin 2000, *D.* 2000, p. 338.

LIÉNHARD (A.), obs. ss Cass. com. 2 oct. 2001, *D.* 2001, p. 3118.

LIÉNHARD (A.), obs. ss Cass. com., 6 mars 2001, *D.* 2001, *AJ*, 1099.

LIÉNHARD (A.), obs. ss Cass. com. 8 janv. 2002, *D.* 2002, p. 573.

LIÉNHARD (A.), obs. ss Cass. soc. 10 juill. 2002, *D.* 2002, p. 2678.

LIÉNHARD (A.), obs. ss Cass. com. 13 mai 2003, *D.* 2003, *AJ*, p. 1761.

LIÉNHARD (A.), obs. ss Cass. com. 5 nov. 2003, *D.* 2003, *AJ*, p. 2965.

LIÉNHARD (A.), obs. ss Cass. com. 19 nov. 2003, *D.* 2003, *AJ*, p. 3049.

LIÉNHARD (A.), obs. ss Cass. com. 28 sept. 2004, *D.* 2004, *AJ*, p. 2716.

LIÉNHARD (A.), note ss Cass. com. 19 avr. 2005, *D.* 2005, p. 1225.

LIÉNHARD (A.), obs. ss Cass. com. 20 sept. 2005, *D.* 2005, *AJ*, p. 2445.

LIÉNHARD (A.), obs. ss Cass. com. 4 avr. 2006, n° 05-12.248, *D.* 2006, *AJ*, p. 1167.

LIÉNHARD (A.), obs. ss Cass. civ. 2^e, 11 mai 2006, *D.* 2006, p. 1530.

LIÉNHARD (A.), obs. ss Cass. com. 14 févr. 2006, *D.* 2006, *AJ*, p. 916.

LIÉNHARD (A.), obs. ss Cass. soc. 24 oct. 2006, *D.* 2006, act. jur. p. 2790.

LIÉNHARD (A.), obs. ss Cass. ch. mixte, 7 juill. 2006, *D.* 2006, *AJ*, p. 1954.

LIÉNHARD (A.), obs. CA Paris, 3^e ch. sect. B, 18 sept. 2008, *D.* 2008, p. 2666.

LIÉNHARD (A.), note ss Cass. soc. 10 mars 2009, *D.* 2009, *AJ*, p. 807.

LIÉNHARD (A.), obs. ss Cass. com. 12 janv. 2010, *D.* 2010, p. 203.

LIÉNHARD (A.), obs. ss Cass. com. 21 sept. 2010, *D.* 2010, act. 2223.

LOISEAU (G.), Cass. com. 9 mai 1995, *D.* 1996, 322.

LUCAS (F.-X.), obs. ss Cass. com. 19 févr. 2002, *RD banc. et fin.* 2002/3, n° 99, p. 133.

LUCAS (F.-X.), obs. ss Cass. com. 9 juill. 2002, *Rev. dr. bancaire* 2002, n° 233.

LUCAS (F.-X.), obs. ss Cass. com. 15 oct. 2002, *RD bancaire et fin.* 2003, p. 30.

LUCAS (F.-X.), obs. ss Cass. com. 26 nov. 2002, *RD banc. et fin.* 2003, n° 77, p. 102.

LUCAS (F.-X.), note ss CA Versailles, 2 avr. 2002, *Dr. sociétés* 2002, n° 221.

LUCAS (F.-X.), note ss Cass. com. 7 janv. 2003, *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 405.

LUCAS (F.-X.), obs. ss Cass. com. 4 avr. 2006, *RDBF* mai 2006, p. 26.

LUCAS (F.-X.), obs. ss Cass. soc. 26 juin 2007, *D.* 2008, p. 570.

LUCAS (F.-X.), note ss Cass. com. 7 juill. 2009, n° 08-13849, *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 48.

LYON-CAEN (A.), obs. ss Cass. soc. 3 mars 1988, *D.* 1988, somm. p. 317.

LYON-CAEN (A.), obs. ss Cass. soc. 5 mai 1988, *D.* 1988, somm. p. 322.

LYON-CAEN (A.), obs. ss Cass. soc. 25 févr. 1992, Expovit, *D.* 1992, somm. p. 294.

LYON-CAEN (A.), note ss Cass. soc. 29 octobre 1996, Ponsolle, *Dr. soc.* 1996, p. 1013.

LYON-CAEN (A.), note ss Cass. soc. 13 févr. 1997, *La Samaritaine*, *D.* 1997, p. 171.

LYON-CAEN (G.), obs. ss Cass. civ. 29 nov. 1956, *Dr. soc.* 1966, p. 249.

LYON-CAEN (G.), note ss Cass. soc. 2 déc. 1964, *D.* 1965, p. 112.

LYON-CAEN (G.), note ss Cass. civ. 23 févr. 1966, *D.* 1966, p. 672.

LYON-CAEN (G.), note ss CJCE, 5 déc. 1967, aff. C-19/67, *RTDeur.* 1968, p. 150.

LYON-CAEN (G.), obs. ss CJCE, 22 juin 1972, aff. C-1/72, *Dr. soc.* 1973, p. 58

LYON-CAEN (G.), note ss Cass. soc. 25 oct. 1972, *D.* 1973, p. 218.

LYON-CAEN (P.) obs. ss Cass. soc. 3 avr. 2002, *Dr. soc.* 2002, p. 532 (3 esp.).

MACORIG-VENIER (F.), obs. ss Cass. com. 17 oct. 2000, *Rev. proc. coll.* 2001, p. 246.

MACORIG-VENIER (F.), obs. ss Cass. com. 25 janv. 2001, *Rev. proc. coll.* 2001, p. 247.

MALEVILLE (M.-H.), note Cass. soc. 25 févr. 1981, *Rev. sociétés* 1991, 593.

MALEVILLE (M.-H.), note ss Cass. soc. 17 avr. 1991, *Rev. Sociétés* 1991.

MANSUY (F.), note ss CA Paris 22^e ch. sect. A, 10 avr. 1996, *Bull. Joly Sociétés* 1996, 689.

MARCHI (J.-P.), note ss Cass. soc. 7 juillet 1986, *Gaz. Pal.* 1986, II, p. 563.

MARCHI (J.-P.), note ss T. com. Paris, 14 janv. 1988, *GazL Pal.* 1989, I, p. 354.

MARLY (.), note ss Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 2003, *D.* 2003, p. 2655.

MARNIOL (M.), note ss CJCE, 9 février 1999, aff. C- 167/97, *D.* 2000, p. 182.

MARTINON (A.), note ss Cass. soc. 20 juin 2007, *JCP S* 2007, n° 46, p. 22.

MARTINON (A.), note ss Cass. soc. 16 sept. 2009, *JCP S* 2009, n° 46, p. 26.

MARTINON (A.), note ss Cass. soc. 12 juill. 2010, *JCP S* 2011, n° 1, p. 42.

MARTINON (A.), note ss Cass. soc. 13 juill. 2010, *JCP S* 2010, n° 51, p. 27.

MARTIN-SERF (A.), obs. ss Cass. com. 14 juin 1994, *RTD com.* 1995, p. 482.

MARTIN-SERF (A.), obs. ss Cass. com. 12 oct. 1998, *RTD com.* 1999, p. 979.

MARTIN-SERF (A.), obs. ss Cass. com. 13 oct. 1998, *RTD com.* 1999, p. 970.

MARTIN-SERF (A.), obs. ss Cass. com. 15 févr. 2000, *RTD com.* 2001, p. 517.

MARTIN-SERF (A.), obs. ss Cass. com. 23 janv. 2001, *RTD com.* 2001, p. 518.

MARTIN-SERF (A.), obs. ss Cass. com. 15 févr. 2000, *RTD com.* 2001, p. 517.

MARTIN-SERF (A.), obs. ss Cass. soc. 8 janv. 2002, *RTD com.* 2003, p. 568.

MARTIN-SERF (A.), obs. ss Cass. com. 5 févr. 2002, *RTD com.* 2002, p. 542.

MARTIN-SERF (A.), obs. ss Cass. soc. 25 juin 2002, *RTD com.* 2003, p. 568.

MARTIN-SERF (A.), obs. ss Cass. civ. 1re, 3 juin 2003, *RTD com.* 2004, p. 814.

MARTIN-SERF (A.), obs. ss Cass. com. 5 nov. 2003, *RTD com.* 2004, p. 600.

MARTIN-SERF (A.), obs. ss Cass. com. 31 mars 2004, *Rev. proc. coll.* 2005.

MAVRIDIS (P.), obs. ss CJCE, 22 nov. 1995, aff. C-443/93, *CDE* 1998, p. 191.

MAVRIDIS (P.), obs. ss CJCE, 9 juill. 1980, aff. C-807/79, *RMUE* 1998, p. 145.

MASTRULLO (T.), note ss Cass. soc. 7 juill. 2009, *Rev. proc. coll.* 2009, n° 6, p. 28.

MASTRULLO (T.), note ss Cass. com. 15 févr. 2011, *Act. proc. coll.*, 2011, n° 8, p. 1.

MASTRULLO (T.), obs. ss Cass. soc. 9 juill. 2011, *Rev. proc. coll.* 2011, n° 6, p. 148.

MAZEAUD (A.), obs. ss Cass. soc. 9 nov. 1995, *Bull. civ.* V, n° 295 ; *Dr. soc.* 1996, p. 106.

MÉLIN (F.), note ss Cass. com. 3 juin 2003, *JCP E* 2004, p. 155.

MÉLIN (F.), obs. ss Cass. soc. 16 janv. 2008, *Act. proc. coll.* 2008, n° 6, p. 1.

MÉLIN (F.), note ss CJUE, 10 févr. 2011, aff. C-30/10, *Bull. Joly Sociétés*, 2011, n° 5, 431.

MENJUCQ (M.), note ss Cass. soc. 2 oct. 2001, *Rev. Lamy dr. aff.*, nov. 2001, p. 7.

MENJUCQ (M.), note ss Cass. soc. 2 juill. 2002, *JCP* 2003, II, 10026.

MENJUCQ (M.), note ss CA Colmar, Ch. soc., Section A, 9 juin 2011, *Rev. proc. coll.* 2011, n° 6, p. 43.

MENJUCQ (M.), note ss Cass. civ. 1re, 26 oct. 2011, *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 1, p. 70.

MESTRE (J.), DELEBECQUE (P.), obs. ss T. com. Nancy, 22 mai 1986, *Rev. proc. coll.* 1986, n° 4, p. 59.

MESTRE (J.), obs. ss Cass. com. 28 mai 1991, *RTD civ.* 1992, p. 103.

MÉTEYÉ (T.), note ss Cass. soc. 14 févr. 2007, *Rev. proc. coll.* 2008, n° 3, p. 11.

MÉTEYÉ (T.), note ss Cass. soc. 3 déc. 2008, *Rev. Lamy Dr. aff.*, 2009, n° 39, p. 96.

MEYREL (.), note ss Cass. Réq. 23 fév. 1891, *D.* 1891, I, 337, *S.* 1892, I, p. 73.

MODERNE (F.), note ss CE, 1^{er} mars 1974, *Dr. soc.* 1975, p. 89.

MONDOLONI (.), note ss Cass. com., 25 juin 1996, *JCP* 1997, II, 22867.

MORAND (M.), note ss Cass. soc. 2 févr. 2006, *JCP S* 2006, p. 1137.

MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), note ss Cass. com. 21 juin 2011, *RJ com.* 2012, n° 1, p. 49.

MONTÉGUDET (G.), obs. ss Cass. com. 6 juill. 1999, *Rev. Lamy dr. aff.* 1999, n° 21, n° 1332.

MOREAU (M.-A.), obs. ss Cass. soc. 3 mars 1988, *JDI* (Clunet) 1989, p. 78.

MOREAU (M.-A.), obs. ss CJCE, 24 sept. 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 1055.

MOREAU (M.-A.), note ss Cass. soc. 2 oct. 2001, *Dr. soc.* 2002, p. 118.

MORELLI (N.), note ss Cass. soc. 22 juin 2011, *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 906.

MORELLI (N.), note ss Cass. soc., 28 sept. 2011, *Metaleurop*, *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 1, p. 59.

MORELLI (N.), note ss CA Nimes, 13 déc. 2011, *SAS Fayat*, *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 4, p. 337.

MORVAN (P.), obs. ss Cass. soc. 27 oct. 1998, *JCP* 1999, I, n° 20, p. 183.

MORVAN (P.), Cass. soc. 20 janv. 2002, *JCP E* 2002, I, n° 3, p. 1764.

MORVAN (P.), note ss Cass. soc. 19 avr. 2005, *JCP S* 2005, p. 1010.

MORVAN (P.), note ss Cass. soc. 20 avr. 2005, *JCP S* 2005, p. 1009.

MORVAN (P.), note ss Cass. soc. 29 juin 2005, *JCP S* 2005, n° 16, p. 28.

MORVAN (P.), note ss Cass. soc. 7 déc. 2005, *JCP S* 2006, p. 1159.

MORVAN (P.), note ss Cass. soc. 10 janv. 2006, *JCP S* 2006, n° 23, p. 21.

MORVAN (P.), note ss Cass. soc. 25 janv. 2006, *JCP S* 2006, p. 1446.

MORVAN (P.), note ss Cass. soc. 28 janv. 2006, *JCP S* 2006, p. 1446.

MORVAN (P.), note ss Cass. soc. 15 févr. 2006, *JCP E* 2006, p. 1735.

MORVAN (P.), note ss Cass. soc. 22 févr. 2006, *JCP S* 2006, n° 23, 1441, p. 21.

MORVAN (P.), note ss Cass. soc. 20 juin 2006, *JCP S* 2006, n° 47, p. 20.

MORVAN (P.), note ss Cass. soc. 30 sept. 2009, *JCP S* 2009, n° 1506.

MORVAN (P.), note ss Cass. soc. 18 janv. 2011, *JCP S* 2011, p. 1065.

MORVAN (P.), note ss Cass. soc. 1er février 2011 », *JCP S* 2011, n° 9, p. 3.

MORVAN (P.), note ss Cass. soc. 30 nov. 2011, *JCP S* 2012, n° 6, p. 24.

MOULY (J.), obs. ss Cass. soc. 9 janv. 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 441.

MOULY (J.), obs. ss Cass. soc. 26 mars 2002, *Dr. soc.* 2002, p. 784.

MOULY (J.), note ss Cass. soc. 12 juill. 2005, *D.* 2006, p. 344.

MUIR-WATT (H.), note ss Cass. soc. 29 mai 1991, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 468.

NEAU-LE-DUC (C.), obs. ss Cass. soc. 18 janv. 2011, *RDC* 2011-3, p. 935.

NICOD (B.), note ss Cass. civ. 1^{re} ch., 21 déc. 1987, *JCP G* 1989, II, n° 21183.

NOURRU (.), MENJUCQ (M.), note sous Cass. com. 19 avr. 2005, *JCP* 2005, II, 10088.

OBELLIANE (S.), obs. ss Cass. com., 16 janv. 2007, n° 04-14.592, *Bull. civ. IV*, n° 3, *Rev. proc. coll.* 2008, n° 7, p. 41.

PANSIER (F.-P.), Comm. ss Cass. soc. 7 avr. 2004, *Cah. soc. Barr. Paris* 2004, n° 162, 315.

PANSIER (F.-J.), note ss Cass. soc. 10 mars 2009, *Cah. soc. Barr. Paris*, 2009, n° 212, 168.

PANSIER (F.-J.), note ss Cass. soc. 21 sept. 2011, *Cah. soc. Barr. Paris*, 2011, n° 235, 292.

PANSIER (F.-J.), note ss Cass. soc., 12 oct. 2011, *Cah. soc. Barr. Paris*, 2011, n° 236, 320.

PÉLISSIER (A.), note ss Cass. com. 15 févr. 2011, *Rev. géni. du Droit des Assurances* 2011, n° 3, p. 864.

PÉLISSIER (J.), note ss Cass. soc. 18 déc. 1975, *D.* 1976, p. 210.

PÉLISSIER (J.), note ss Cass. soc. 25 juin 2003, SARL Techno ram, *D.* 2003, jurispr. 2396.

PÉLISSIER (J.), obs. ss Cass. soc. 26 janv. 2005, *D.* 2005, pan. 2499.

PÉLISSIER (J.), obs. ss Cass. soc. 14 oct. 2009, *RDT* 2009, 712.

PÉRINET-MARQUET (H.), obs. ss Cass. com. 19 déc. 2000, *Defrénois* 2001, p. 868.

PÉROCHON (F.), note ss Cass. com. 15 mars 1988, *D.* 1988, p. 330.

PÉROCHON (F.), note ss Cass. com. 20 juin 1989, *D.* 1989, p. 432

PÉROCHON (F.), obs. ss Cass. com. 20 oct. 1992, *D.* 1993, somm. p. 288.

PÉROCHON (F.), obs. ss Cass. com. 14 févr. 1995, *D.* 1996, somm. p. 218.

PÉROCHON (F.), obs. ss Cass. com. 11 juill. 1995, *D.* 1996, somm. p. 211.

PÉROCHON (F.), obs. ss Cass. com. 5 mars 1996, *D.* 1996, somm. p. 222.

PERRIN (L.), obs. ss Cass. soc. 2 mars 2011, *D.* 2011, p. 823.

PESCHAUD (H.), note ss Cass. soc. 2 mars 2010, *LPA* 2010, n° 113, p. 16.

PESKINE (E.), obs. ss Cass. soc. 14 oct. 2009, *D.* 2010, pan. P. 672

PÉTEL (P.), obs. ss Cass. soc. 21 mars 1989, *JCP E* 1989, p. 15599.

PÉTEL (P.), obs. ss Cass. soc. 18 oct. 1989, *JCP E* 1990, p. 15768.

PÉTEL (P.), obs. ss Cass. soc. 21 nov. 1989, *JCP E* 1990, p. 15832.

PÉTEL (P.), obs. ss Cass. com. 30 mars 1993, *JCP E* 1993, I, 277, n° 14.

PÉTEL (P.), obs. ss Cass. com. 28 févr. 1995, *JCP G* 1996, I, 3935, n° 13.

PÉTEL (P.), obs. ss Cass. com. 11 juill. 1995, *JCP E* 1995, I, p. 513.

PÉTEL (P.), obs. ss Cass. com. 6 mars 2001, *JCP E* 2001, p. 1472.

PÉTEL (P.), obs. ss Cass. soc. 23 nov. 2004, *JCP E* 2005, n° 17, p. 711.

PÉTEL (P.), obs. ss Cass. soc. 26 juin 2007, *JCP G* 2009, I, 110, n° 14.

PÉTEL (P.), note ss Cass. com. 3 févr. 2009, *RJS* 2009, n° 14, p. 28.

PETIT (F.), note sous Cass. soc. 5 déc. 1963, *Dr. soc.* 2006, p. 1136.

PIAU (D.), note ss Cass. soc. 3 mai 2012, Sté Vive France, *Gaz. Pal.* 2012, n° 137-138, p. 7.

PIC (P.), note ss Cass. civ. 6 juill. 1931, *DP* 1931, 1, p. 131.

PICCA (G.), note ss Cass. soc., 16 déc. 1987, *Dr. soc.* 1988, p. 489.

PICOD (F.), obs. ss CJCE, 30 avr. 1996, aff. C-308/93, *RAE* 1996, p. 167.

PIEDELIEVRE (S.), obs. ss Cass. com. 5 déc. 1995, *D.* 1996, somm. P. 389.

PIEDELIEVRE (S.), obs. ss Cass. com. 5 févr. 2002, *Act. proc. coll.* 2002, n° 100.

PIEDELIEVRE (S.), note ss Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 2002, *JCP N* 2002, p. 1737.

PIEDELIEVRE (S.), note ss Cass. com. 28 sept. 2004, *Deffrénois* 2005, p. 517.

PIGNARRE (G.), note ss Cass. soc. 3 mai 2006, *RDT* 2006, p. 108.

POROCCHIA (D.), obs. ss Cass. com. 16 janv. 2001, *Dr. et patr.* 2001, p. 107.

PORTA (J.), obs ss Cass. soc. 3 nov. 2010, *D.* 2011, pan. p. 1246.

POULIQUEN (E.), note ss Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 2011, *Rev. Lamy dr. civ.* 2011, n° 86, p. 50.

POUYAUD (D.), note ss CE, sect., 30 juill. 2003, *RFDA* 2004, p. 156.

PRÉTOT (X.), obs. ss CE, 14 mars 1986, *D.* 1987, somm. p. 169.

PRÉTOT (X.), note ss Cons. const. 23 janv. 1987, *Dr. soc.* 1987, p. 345.

PRÉTOT (X.), obs. ss Cass. soc. 21 avr. 1988, *D.* 1989, somm. p. 240.

PRÉTOT (X.), note ss Cons. const. 13 août 1993, *Dr. soc.* 1994, p. 69.

PRÉTOT (X.), obs. ss Cass. soc. 9 avr. 1998, *D.* 1998, somm. p. 384.

PRÉTOT (X.), obs. ss CJCE, 15 févr. 2000, aff. C-169/98, *Dr. soc.* 2000, p. 529.

PRÉTOT (X.), obs. ss Cass. soc. 15 nov. 2001, *Dr. soc.* 2002, p. 129.

PRÉTOT (X.), LYON-CAEN (A.), comm. ss Cons. const. 12 janv. 2002, *Dr. soc.* 2002, 44.

PRÉTOT (X.), obs. ss Cass. civ. 2^e, 14 oct. 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 1141.

PRÉTOT (X.), note ss Cass. civ. 2^e, 25 févr. 2004, *D.* 2004, p. 2612.

PRÉTOT (X.), obs. ss Cass. soc. 11 oct. 2005, *Dr. soc.* 2006, p. 113.

QUÉTANT (G.-P.), obs. ss Cass. soc. 4 déc. 2002, *Sem. soc. Lamy* 2003, n° 1138, p. 26.

RADÉ (C.), obs. ss Cass. soc. 11 janv. 2000, *Dr. ouvr.* 2000, p. 252.

RADÉ (C.), obs. ss Cass. soc. 29 févr. 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 560.

RADÉ (C.), obs. ss Cass. soc. 18 juill. 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 1021.

RADÉ (C.), obs. ss Cass. soc. 27 févr. 2001, *RJS* 5/01, n° 562.

RADÉ (C.), note ss Cass. soc. 3 avr. 2001, *Dr. soc.* 2001, n° 6, p. 672.

RADÉ (C.), obs. ss Cass. soc. 3 juill. 2001, 2 esp., *Dr. soc.* 2001, p. 1006.

RADÉ (C.), note ss Cass. soc. 4 déc. 2002, *Lebas Hebdo –éd. soc.* 19 déc. 2002, n° 52.

RADÉ (C.), note ss Cass. soc. 7 sept. 2004, *Lebas Hebdo. éd. soc.*, 23 sept. 2004, n° 135.

RADÉ (C.), obs. ss CA Lyon, 6e ch., 7 sept. 2004, *Dr. soc.* 2004, p. 1033.

RADÉ (C.), obs. ss Cass. soc. 19 avr. 2005, *Dr. soc.* 2005, p. 935.

RADÉ (C.), note ss Cass. soc. 1^{er} déc. 2005, *Dr. soc.* 2005, n° 2, p. 224.

RADÉ (C.), note ss Cass. soc. 25 janv. 2006, *Lebas Hebdo – éd. soc.* 2 févr. 2006, n° 200.

RADÉ (C.), note ss Cass. soc. 24 oct. 2006, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 9 nov. 2006, n° 235.

RADÉ (C.), note ss Cass. soc. 6 juin 2007, *Dr. soc.* 2007, n° 9/10, p. 984.

RADÉ (C.), note ss Cass. soc. 21 janv. 2009, *Dr. soc.* 2009, n° 4, p. 405.

RADÉ (C.), note ss Cass. soc. 20 février 2008, *Dr. soc.*, 2008, n° 5, p. 530.

RADÉ (C.), note ss Cass. soc., 30 mars 2010, *Lebas Hebdo éd. soc.*, 2010, n° 391.

RADÉ (C.), Cass. soc. 30 avr. 2009, *Dr. soc.* 2009, n° 9-10, p. 1006.

RADÉ (C.), note ss Cass. soc. 17 mars 2010 et 24 mars 2010, *Dr. soc.* 2010, n° 5, p. 583.

RAMACKERS (M.), note ss Cass. com. 6 juill. 1993, *D.* 1993, p. 530.

RAY (J.-E.), note ss Cass. soc. 26 sept. 1990, *Dr. soc.* 1991, p. 60.

REGNAUT-MOUTIER (C.), obs. ss Cass. soc. 25 juin 2002, *Act. proc. coll.* 2002, n° 181.

REGNAUT-MOUTIER (C.), obs. ss Cass. com. 21 févr. 2006, *Act. proc. coll.* 7 avr. 2006.

REGNAUT-MOUTIER (C.), note ss Cass. com. 3 juill. 2007, *Act. proc. coll.* 2007/14, n° 170.

REGNAUT-MOUTIER (C.), obs. ss Cass. com. 21 sept. 2010, *Act. proc. coll.* 2010, n° 18257.

RIGAUX (A.), SIMON (D.), obs. ss CJCE, 5 mars 1977, aff. C-102/76, *Europe*, 1999, n° 23.

RODIÈRE (P.), obs. ss CJCE, 15 janv. 1986, Pine I, aff. C-41/84, p. 1; *RTDE* 1989, p. 297.

RODIÈRE (P.), note ss Cass. Ass. plén., 10 juill. 1992, *JCP G* 1993, II, 22063.

ROUSSEL-GALLE (P.), obs. ss Cass. com. 18 févr. 2003, *Rev. proc. coll.* 2004, n° 7, 233.

ROUSSEL GALLE (P.), note ss Cass. soc. 6 juill. 2011, *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1, p. 36.

ROY-LOUSTAUNAU (C.), note ss Cass. soc. 12 avr. 1992, *D.* 1995, jurispr., p. 461.

ROY-LOUSTAUNAU (C.), note ss Cass. soc. 22 juin 1993, *D.* 1993, p. 592.

ROY-LOUSTAUNAU (C.), obs. ss Cass. soc. 4 mai 1999, *D.* 1999, p. 1096.

ROY-LOUSTAUNAU (C.), note ss Cass. soc. 23 oct. 2001, *Dr. soc.* 2002, n° 6, p. 658.

ROY-LOUSTAUNAU (C.), obs. ss Cass. soc. 30 nov. 2004, *Dr. soc.* 2005, p. 212.

ROY-LOUSTAUNAU (C.), obs. ss Cass. soc. 1^{er} févr. 2005, *Dr. soc.* 2005, p. 682.

ROY-LOUSTAUNAU (C.), obs. ss Cass. soc. 26 janv. 2005, *Dr. soc.* 2005, p. 573.

ROY-LOUSTAUNAU (C.), obs. ss Cass. soc. 11 oct. 2006, *Dr. soc.* 2007, p. 642.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), obs. ss Cass. com. 22 mars 1988, *Gaz. Pal.* 1989, p. 20.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), obs. ss Cass. soc. 26 mai 1988, *Rev. proc. coll.* 1989, n° 2, p. 154.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), obs. ss Cass. soc. 17 oct. 1989, *Rev. proc. coll.* 1990-3, 226.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), note ss Cass. civ. 1re, 14 nov. 1989, *Rev. proc. coll.* 1990, n°3, p. 226.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), note ss Trib. com. Rouen, 24 juin 1988, *D.* 1991, p. 490.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), obs. ss CA Besançon, 22 mars 1989, *Rev. proc. coll.* 1991, n° 2, p. 208.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), obs. ss Cass. com. 3 avr. 1990, *Rev. proc. coll.* 1990, p. 232.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), obs. ss CA Toulouse, 8 nov. 1990, *Rev. proc. coll.* 1991, n° 1, p. 209.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), obs. ss Cass. com. 5 févr. 2002, *Rev. proc. coll.* 2003, p. 133.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), obs. ss Cass. com. 7 déc. 2004, *Act. proc. coll.* 2005, p. 1.

SAINT-ALARY-HOUIN, note ss Cass. com. 19 avr. 2005, *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 690.

SAINT-JOURS (Y.), obs. ss Cass. soc. 26 janv. 1972, *Dr. soc.* 1972, p. 471.

SAINT-JOURS (Y.), note ss Cass. Ass. plén., 18 juin 1980, *JCP* 1981, II, p. 19642.

SAINT-JOURS (Y.), note ss Cass. soc. 8 oct. 1987, *Raquin, D.* 1988, juripr. p. 57.

SAINT-JOURS (Y.), note ss CE, 19 févr. 1988, *D.* 1988, p. 550, (1^{ère} esp.).

SAINT-JOURS (Y.), note ss Cass. soc. 20 oct. 1994 et 10 nov. 1994, *RJS* 12/94, n° 1435.

SAINT-JOURS (Y.), Cass. soc. 16 mars 1995, *JCP* 1995, II, p. 696.

SAINT-JOURS (Y.), note ss Cass. soc. 16 mars 1995, *JCP* 1995, II, n° 22466.

SAINT-JOURS (Y.), note ss Cass. soc. 14 mai 1998, *D.* 1998, p. 533.

SAVATIER (J.), obs. ss Cass. soc. 24 mars 1969, *Dr. soc.* 1969, p. 512.

SAVATIER (J.), note ss Cass. soc. 9 juin 1988, *Dr. soc.* 1989, p. 124.

SAVATIER (J.), note ss Cass. soc. 23 juin 1988, *Dr. soc.* 1989, p. 131.

SAVATIER (J.), obs. ss Cass. soc. 9 juin 1992, *Dr. soc.* 1993, p. 84.

SAVATIER (J.), obs. ss Cass. soc. 19 juill. 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 935.

SAVATIER (J.), note ss Cass. crim. 27 févr. 1996, *Dr. soc.* 1996, n° 6, p. 593.

SAVATIER (J.), obs. ss Cass. soc. 10 janv. 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 553.

SAVATIER (J.), obs. ss Cass. soc. 16 janv. 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 413.

SAVATIER (J.), note ss Cass. soc. 29 janv. 2002, *Dr. soc.* 2009, n° 1, p. 73.

SAVATIER (J.), obs. ss Cass. soc. 4 mars 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 543.

SAVATIER (J.), note ss Cass. soc. 30 sept. 2004, *Dr. soc.* 2004, p. 1149.

SAVATIER (J.), obs ss Cass. soc. 12 juill. 2005, *Dr. soc.* 2005, p. 1035.

SAVATIER (J.), obs. ss Cass. soc. 19 nov. 2005, *Dr. soc.* 2005, p. 475.

SAVATIER (J.), obs. ss Cass. soc. 13 déc. 2007, *Dr. soc.* 2007, p. 242.

SAVATIER (J.), obs. ss Cass. soc. 14 nov. 2008, *Dr. ouvr.* 2008, p. 129.

SCHOLER (P.), note ss Cass. com. 24 oct. 1995, *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 158.

SEDIVY (G.), obs. ss CJCE, 9 oct. 1974, BIASON, aff. C-24/74, *Dr. soc.* 1980, p. 563.

SERRET (J.-J.), note ss Cass. soc. 20 oct. 1994, *JCP E* 1995, II, 726, 2e esp.

SERRET (J.-J.), note ss Cass. soc. 9 juill. 1996, *JCP E* 1996, II, p. 862.

SERRET (J.-J.), note ss Cass. soc. 6 mai 1997, *JCP E* 1997, Jurispr. p. 471.

SERRET (J.-J.), note ss Cass. soc. 21 févr. 1996, *JCP E* 1996, II, p. 862.

SERRET (J.-J.), note ss Cass. soc. 27 oct. 1998, *JCP E* 1998, Jurispr. p. 774.

SERVERIN (E.), GRUMBACH (T.), note ss TGI Péronne, 18 août 2009 », *RDT* 2009, n° 12, p. 693.

SIMLER (P.), DELEBECQUE (P.), obs. ss Cass. com. 5 déc. 1995, *JCP* 1996, I, 3942, n° 10.

SOINNE (B.), obs. ss Cass. soc. 19 mars 1986, *Rev. proc. coll.* 1989, n° 5, p. 575.

SOINNE (B.), obs. ss Cass. soc. 18 déc. 1986, *Rev. proc. coll.* 1989-4, n° 8.

SOINNE (B.), obs. ss CA Paris, 23 févr. 1988, *Rev. proc. coll.* 1989-4, n° 5, p. 576.

SOINNE (B.), obs. ss Cass. com. 20 oct. 1992, *Rev. proc. coll.* 1992, p. 425.

SOINNE (B.), obs. ss Cass. com. 28 févr. 1995, *LPA* 1996, n° 26, p. 19.

SOINNE (B.), obs. ss Cass. com. 16 mars 1996, *Rev. proc. coll.* 1997, p. 204.

SOINNE (B.), Cass. civ. 1^{re}, 10 juin 1997, *Rev. proc. coll.* 1998, p. 199.

SOINNE (B.), obs. ss Cass. com. 15 févr. 2000, *Rev. proc. coll.* 2001, p. 21.

SOINNE (B.), obs. ss TGI Béthune, 11 avr. 2003, *Metaleurop, Act. proc. coll.* 2003, n° 95.

SOINNE (B.), note ss Cass. com. 31 mars 2009, *Rev. proc. coll.* 2009, n° 3, p. 44.

SOINNE (B.), note ss TGI Saint-Quentin, 19 févr. 2009, *Rev. proc. coll.* 2009, n° 3, p. 45.

SOUWEINE (C.), note ss Cass. soc. 1^{er} juin. 1994, *D.* 1995, p. 76.

SOUWEINE (C.), note ss Cass. soc. 15 déc. 1998, *D.* 1999, Jurisp. p. 205.

STAES (O.), obs. ss Cass. com. 18 févr. 2003, *Rev. proc. coll.* 2003, p. 312.

STAES (O.), obs. ss Cass. com., 12 déc. 2001, *Rev. proc. coll.* 2002, p. 270.

STAES (O.), obs. ss Cass. com. 8 déc. 2002, *Rev. proc. coll.* 2002, p. 268.

SUAREZ (A.), obs. ss CJCE, 17 déc. 1987, aff. C-147/87, *Rec.* p. 5511.

TAORMINA (G.), obs sous Cass. civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, *D.* 2003, somm. p. 1468.

TAQUET (F.), note ss Cass. soc. 5 févr. 1992, *JCP E* 1992, II, p. 308.

TAQUET (F.), obs. ss Cass. soc. 1^{er} déc. 1993, *Rev. proc. coll.* 1995, p. 243.

TAQUET (F.), note ss Cass. soc. 17 mai 1995, *Rev. proc. coll.* 1996, n° 2, p. 272.

TAQUET (F.), obs. ss Cass. soc. 8 janv. 1997, *Rev. proc. coll.* 1997, p. 355.

TAQUET (F.), obs. ss Cass. soc. 12 juin 1997, *Rev. proc. coll.* 1997, p. 473.

TAQUET (F.), obs. ss Cass. soc. 1^{er} déc. 1999, *Rev. proc. coll.* 2000-3, n° 16, p. 107.

TAQUET (F.), obs. ss Cass. soc. 14 déc. 1999, *Rev. proc. coll.* 2000, n° 8, p. 63.

TAQUET (F.), obs. ss Cass. soc. 12 janv. 2000, *Rev. proc. coll.* 2000-3, n° 4, p. 102.

TAQUET (F.), note ss Cass. soc. 29 févr. 2000, *Gaz. Pal.* 10-11 janv. 2001, p. 24.

TAQUET (F.), obs. ss Cass. soc. 26 juin 2000, *Rev. proc. coll.* 2000-3, p.106, n° 13.

TAQUET (F.), obs. ss Cass. soc. 13 févr. 2001, *Rev. proc. coll.* 2001, n° 9, p. 258.

TAQUET (F.), obs. ss Cass. soc. 29 mai 2002, *Rev. proc. coll.* 2002, n° 9, p. 291.

TAQUET (F.), obs. ss Cass. soc. 14 mai 2003, *Rev. proc. coll.* 2003, n° 5, p. 340.

TAQUET (F.), obs. ss Cass. soc. 10 déc. 2003, *Rev. proc. coll.* 2004, n° 27, p. 253.

TAQUET (F.), obs. ss Cass. soc., 20 janv. 2004, *Rev. proc. coll.* 2004, p. 133.

TAQUET (F.), obs. ss Cass. soc. 23 mars 2004, *Rev. proc. coll.* 2004, p. 253, n° 28.

TAQUET (F.), obs. ss Cass. soc. 12 octobre 2004, *Rev. proc. coll.* 2005, p. 49.

TAQUET (F.), obs. ss Cass. soc. 23 févr. 2005, *Rev. proc. coll.* 2005/2, n° 9, p. 146.

TAQUET (F.), obs. ss Cass. soc. 1^{er} mars 2006, *Rev. proc. coll.* 2006/3, n° 20, p. 286.

TAQUET (F.), note ss Cass. soc. 16 déc. 2008, *Rev. proc. coll.* 2009, n° 2, p. 24.

TAQUET (F.), note ss Cass. soc. 27 janv. 2009, *Rev. proc. coll.* mars-avril 2009, p. 26.

TAQUET (F.), note ss Cass. soc. 27 mai 2009, *Rev. proc. coll.* 2009, p. 58.

TAQUET (T.), note sous Cass. soc. 7 juill. 2009, *Rev. proc. coll.* 2009, n° 5, p. 59.

TAQUET (F.), note sous CA Lyon, ch. soc. C, 25 août 2009, *Rev. proc. coll.* 2011, n° 2, 67.

TAQUET (F.), note ss Cass. soc. 23 sept. 2009, *Rev. proc. coll.* 2010, n° 1, p. 44.

TAQUET (F.), note ss Cass. soc. 30 sept. 2009, *Rev. proc. coll.* 2010, n° 1, p. 48.

TAQUET (F.), note ss Cass. soc. 10 févr. 2010, *Rev. proc. coll.* 2010/3, comm. p. 107.

TAQUET (F.), note ss Cass. soc. 21 sept. 2011, *Rev. proc. coll.* 2011, n° 6, p. 72.

TAQUET (F.), note sous Cass. soc. 15 déc. 2010, *Jurispr. soc. Lamy* 2011, n° 293, p. 27.

TAURAN (T.), note ss Cass. civ. 12 juill. 2006, *JCP S* 2006, n° 39, p. 34.

TAURAN (T.), obs. ss Cass. civ. 2^e, 13 déc. 2007, *RJS* 2/08, n° 222, *JCP S* 2008, 1140.

TAURAN (T.), note ss Cass. civ. 2^e, 5 juin 2008, *JCP S* 2008, n° 40, p. 42.

TAURAN (T.), note ss Cass. civ. 2^e, 22 oct. 2009, *JCP S* 2009, p. 1035.

TAURAN (T.), note ss Cass. civ., 14 janv. 2010, *JCP S* 2010, n° 7, p. 44.

TERRENOIRE (C.), BÉAL (S.), note ss Cass. soc. 28 sept. 2011, *JCP E* 2012, n° 5, p. 47.
 TISSANDIER (H.), chron. ss CJCE, 17 janv. 2008, aff. C-246/06, *RJS* 6/08, p. 505.
 TISSANDIER (H.), obs. ss Cass. soc. 18 nov. 2009, *Liais. soc. Europe* 2010, n° 250, p. 6.
 TISSANDIER (H.), note ss CJUE, 21 oct. 2010, aff. C-242/09, *RDT* 2011, p. 35.
 TISSANDIER (H.), note ss CJUE, 17 nov. 2011, *RJS* 2012, n° 2, p. 87.
 TRICOIT (J.-P.), note ss Cass. soc., 11 févr. 2009, *Rev. de l'arbitrage*, 2010-1, p. 172.
 TRICOIT (J.-P.), note ss Cass. soc. 5 janv. 2011, *JCP S* 2011, n° 27, p. 25.

VACHET (G.), note ss Cass. soc. 23 mai 1991, *RDSS* 1991, p. 615.
 VACHET (G.), note ss Cass. soc. 19 mars 2002, *JCP E* 1992, p. 181.
 VACHET (G.), note ss Cass. soc. 31 oct. 2002, Clabaut, *JCP E et A* 2003, I, p. 903.
 VACHET (G.), note ss Cass. civ. 2^e, 2 mai 2007, *JCP S* 2007, p. 25.
 VACHET (G.), note ss Cass. civ. 2e, 12 juin 2007, *JCP S* 2007, p. 3934.
 VACHET (G.), note ss Cass. soc. 20 janv. 2010, *RJS* 4/10, n° 303 ; *JCP S* 2010, 1137.
 VACHET (G.), note ss Cass. civ. 10 févr. 2011, *JCP E* 2011, n° 40, p. 44.
 VALLANSAN (J.), obs. ss Cass. com. 6 mars 2001, *Act. proc. coll.* 2001, n° 91.
 VALLANSAN (J.), obs. ss Cass. soc. 13 juin 2001, *Act. proc. coll.* 2001/15, n° 93.
 VALLANSAN (J.), note ss Cass. soc. 26 juin 2007, *JCP G* 2007, II, p. 10447.
 VALLANSAN (J.), note ss Cass. civ. 3^e, 7 oct. 2009, *JCP E* 2009, n° 51-52, p. 29.
 VALLENS (J.-L.), note ss Cass. soc. 20 janv. 1998, *LPA* 8 juin 1998, p. 17.
 VALLENS (J.-L.), obs. ss Cass. com. 6 mars 2001, *RTD com.* 2001, p. 524.
 VALLENS (J.-L.), obs. ss Cass. com. 18 févr. 2003, *RTD com.* 2003, n° 15, p. 383.
 VALLENS (J.-L.), obs. ss Cass. soc. 24 nov. 2004, *RTD com.* 2005, p. 174.
 VALLENS (J.-L.), obs. ss Cass. com. 30 janv. 2007, *RTD com.* 2007/2, n° 12, p. 457.
 VATINET (R.), obs. ss Cass. soc. 6 mai 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 751.
 VATINET (R.), obs. ss Cass. soc. 14 oct. 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 1106.
 VATINET (R.) obs. ss Cass. soc. 20 janv. 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 298.
 VATINET (R.), obs. ss Cass. soc. 23 mai 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 910.
 VATINET (R.), note ss Cass. soc. 4 déc. 2002, *Dr. soc.* 2003, n° 3, p. 287.
 VAUVILLÉ (.), obs. ss Cass. civ. 1re, 3 juin 2003, *JCP N* 2005, p. 1199.
 VÉLOT (F.), note ss Cass. soc. 20 nov. 2007, *Sem. soc. Lamy* 2008, n° 1367, p. 10.
 VÉLOT (F.), note ss note ss Cass. com. 1^{er} mars 2011, *Bull. Joly Sociétés* 2011, n° 5, p. 391.
 VERKINDT (P.-Y.), note ss Cass. soc. 6 févr. 2003, *RDSS* 2003, p. 429.
 VERKINDT (P.-Y.), obs. ss Cass. civ. 2e, 21 juin 2005 et 5 juill. 2005, *RDSS* 2005, p. 880.

VERKINDT (P.-Y.), note ss Cass. soc. 22 mars 2006, *JCP S* 2006, p. 1518.

VERKINDT (P.-Y.), note ss Cass. soc. 4 mars 2009, *JCP S* 2009, n° 18, pp. 33-35.

VIANDIER, (A.), CAUSSAIN (J.-J.), obs. ss Cass. com. 18 janv. 1994, *JCP E* 1994, II, 363, n° 10.

VIGNEAU (C.), obs. ss Cass. soc. 23 sept. 2008, *RDT* 2008, n° 12, p. 735.

WAQUET (P.), obs. ss Cass. soc. 10 juin 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 895.

WAQUET (P.), obs. ss Cass. soc. 25 juin 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 1024.

WAQUET (P.), obs. ss Cass. soc. 14 févr. 2007, *RDT* 2007, p. 242.

WAQUET (P.), obs. ss Cass. ass. plén. 7 juin 2006, *RDT* 2006, p. 241.

WAQUET (P.), obs. ss Cass. soc. 12 juin 2007, *RDT* 2007, chron. p. 522.

WAQUET (P.), note ss Cass. soc. 7 nov. 2007, *RDT* 2008, n° 1, p. 36.

WAUQUIER (.), note ss Cass. soc. 10 juill. 2002, *Dr. ouvr.* 2002, p. 535.

WILLMANN (C.), obs. ss CJCE, 18 juill. 2006, *JCP S* 2006, n° 1803.

WILLMANN (C.), obs. Cass. soc. 26 sept. 2006, *JCP S* 2007, p. 1454.

WILLMANN (C.), note ss Cass. soc. 11 mars 2008, *JCP E* 2008, p. 39.

WILLMANN (C.), note ss Cass. soc. 11 mars 2009, *RDSS*, 2009, n° 4, p. 731.

WYATT (D.), obs. ss CJCE, 23 nov. 1976, aff. C-40/76, *Rec.* p. 1669; *ELR* 1977, p. 125.

WYATT (D.), obs. ss CJCE, 29 nov. 1977, aff. C-35/77, *Rec.* p. 2249 ; *ELR* 1978, p. 392.

WYATT (D.), obs. ss CJCE, 1er déc. 1977, aff. C-66/77, *Rec.* p. 23/11; *ERL*, 1978, p. 398.

Index alphabétique

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

- A -

- Accident,
- de trajet, 154
 - du travail, 154, 155
- Actif
- évaluation de l', 25
 - protection, 28, 29
 - reconstitution, 30
- Actif disponible, 270, 271
- Actions
- arrêt des poursuites, 28
 - arrêt des actions, 28
 - en obligation aux dettes sociales, 34, 35, 36
 - en exécution fondée sur la confusion des patrimoines, 37, 38
 - en nullité de la période suspecte, 31
 - en nullité du contrat de travail, 32
 - interdiction des paiements, 29
- Affiliation, v., *Assujettissement*
- AGS
- avances de fonds, 92,93,94
 - déclaration des créances, 80
 - mécanisme de garantie des salaires, 9
- périodes de garantie, 188, 189, 200, 201, 202
 - récupération des avances, 101, 102, 103
 - subrogation, 97, 98, 99,100
- Ancienneté
- indemnité de licenciement, 252, 253,254
- Antériorité,
- fait générateur de la créance, 189
- Assujettissement
- obligation de cotisation, 127, 128, 129, 130, 131
 - spécificité des cotisations sociales, 132, 133,134
- Assurance des salaires, v. *AGS*
- bénéficiaires, 165, 166
 - créances garanties, 176, 178, 179, 180, 183, 210, 211, 213
 - Employeurs assujettis, 125, 127, 128, 129, 130
 - Montant de la garantie, v. *Plafonnement*
- Assurance sociales
- Bénéficiaires, 153, 154, 155, 167, 168
 - Employeurs assujettis, 132

- B / C -

Bénéficiaire des privilèges

- Statut requis, 41, 42, 43, 44

Biens

- propriété, 27
- utilité, 26

Cause réelle et sérieuse, 257

- contrôle de la cause, 258, 259
- sanctions, 260, 261

Cessation des paiements, 170

Cession

- d'activité, 156, 157, 158, 159
- des contrats, 157

Co-employeur, 279, 280

Confusion des patrimoines, 38

Contentieux de la garantie des salaires

- action du salarié, 84, 85, 86
- action des tiers, 91
- défense de l'AGS, 87, 88, 89, 90

Contrat de travail

- critères, 2
- rupture, 213, 215, 216, 218, 220

Contrat de travail à durée déterminée

- indemnisation, 223
- intangibilité, 221, 222
- motifs de rupture anticipée, 222

Coordination des systèmes de sécurité sociale, 144, 147, 148, 149

Cotisations

- Cotisations de l'AGS, 127
- Cotisations sociales, 132

Couverture maladie universelle, 168

Créances alimentaires, 6

Créances antérieures, 189

Créances postérieures, 199, 200, 201

Créances salariales, 2

- D -

Délégation de pouvoirs, 247, 248, 249

- E -

Effectifs

- licenciement collectif, 230

Employeur

- Pouvoir, 244, 245
- Responsabilité, 246, 247, 252

Extension de la procédure collective, 37, 38, 39

- F -

Faute de l'employeur, 256, 257, 260, 263

- G -

Garantie,

- sécurité économique, 151, 152, 153
- influence sur le licenciement économique, 228

Garantie collectives, 4

Garantie des salaires

- autonome, 63
- dynamique de la, 15
- Fondements, 55, 56, 57
- indépendante, 66, 67
- nature de la, 14, 17
- raisons de la, 6, 58
- remède à l'insolvabilité, 64
- subsidiarité, 65, 269, 270, 271, 273

Garanties sociales, 4

Groupe de sociétés, 289

- H -

Harmonisation, 138, 139, 140, 141, et s.

- I -

Indemnité,

- ancienneté, 254
- défaut de cause réelle et sérieuse, 257, 258, 261
- de licenciement, 252, 253
- limitation de pouvoir, 256
- montant, 253, 261, 267

Institution de garantie compétente,

- anciens critères de détermination, 139, 140
- nouveau critère de détermination, 141, 142

- J -

Juge-commissaire, 231

- L -

Licenciement pour motif économique

- causes, 217
- collectif, 230
- contrôle de la cause, 258, 259
- individuel, 229
- liquidation judiciaire, 235
- plan de sauvegarde de l'emploi, 263, 264

- M -

Maintien des contrats de travail, 234

Mandataire judiciaire, 235, 297

Mesures conservatoires, 28, 29, 30, 31, 32

- N -

Nullité du licenciement, 267

Nullités de la période suspecte, 31, 32

- O -

Obligation d'adaptation, 264

Obligation de sécurité, 154, 155

- P -

Paiement

- action en, 77
- certitude de, 79
- délais de, 93
- priorité de, 72
- responsable de, 239, 240
- sur l'immeuble, 74, 75
- sur le meuble, 73

Passif, v. *Actif*

Patrimoine

- actif, 24, 25
- réapprovisionnement, 33

Plafonnement, 104, 112

Pouvoir

- délégation, 247
- représentation, 247
- de licencier dans la SAS, 249
- responsabilité, 241, 242, 245
- titulaire, 242, 246

- Prise d'acte
- ambivalence de la notion, 218
 - effets, 219

Privilèges

- assiette des, 21, 23
- classement, 59
- inefficacité, 8, 60
- limites, 20
- traitement préférentiel, 22

Propriété

- des biens affectés à la garantie, 27

Postériorité

- conditions de la, 199, 200, 201
- effets de la, 204, 205, 206, 207

- Q / R -

Reclassement, 264

Reconstitution de l'actif, 30

Récupération des fonds avancés, 97, 98, 99

Relevé des créances salariales, 80, 81, 82

Requalification du contrat à durée déterminée, 90

Responsabilité

- du co-employeur, 279, 280, 282, 283
- de l'employeur, 242
- des mandataires de justice, 293
- de la société mère, 287, 288, 291
- de substitution, 269
- solidaire, 282, 283

Risque,

- de non-paiement des salaires, 170
- social, 171

Rupture,

- auteur, 214
- célérité de, 224, 225
- délais de rupture, 225
- notion, 213
- inobservation de délais, 226, 227
- types de, 211, 215

- S -

Salaires

- accessoires de, 180
- garantie des, 9
- privilèges des, 7

Sociétés

- civiles, 35
- commerciales, 36

Solidarité

- nationale, 136
- patronale, 137
- principe fondamental, 135

Subrogation de l'AGS, 98, 99

Subsidiarité, 270

Superprivilège des salariés, 7

Sûretés, 3

- T -

Transfert d'entreprise, *V. Cession d'activité*

Travail, 2

- U -

Universalité de la sécurité sociale

- fondements, 167
- limites, 168

- **V / Z** -

Vérification des créances

- contentieux, 83

- rôle du mandataire judiciaire, 81

Table des matières

Introduction.....	1
I. La notion de garantie.....	8
II. L'émergence de la garantie des salaires.....	11
A. Les raisons de la garantie des salaires.....	12
B. Une garantie supplétive des privilèges.....	16
1. L'identification des privilèges de salaires.....	16
2. L'inefficacité des privilèges de salaires.....	18
C. La naissance d'un mécanisme collectif original de paiement des salaires ..	18
III. La méthode de recherche.....	25
Première partie : La nature de la garantie.....	33
Titre 1 : Les rapports de la garantie de l'AGS et des privilèges de salaires.....	36
Chapitre 1 : Les caractéristiques des mécanismes de garantie des salaires.....	38
Section 1 : Les privilèges des salariés.....	39
§ 1 : L'assiette des privilèges des salariés.....	41
A. L'assemblage de l'actif du débiteur.....	42
1. L'identification des biens affectés à la protection des créances salariales.....	43
2. La protection de l'actif du débiteur.....	46
B. Un enrichissement du patrimoine.....	55
1. Un enrichissement par l'élargissement de l'obligation de paiement des dettes sociales aux associés.....	57
2. Un enrichissement par l'extension des procédures collectives.....	62
§ 2 : La qualité du bénéficiaire des droits de préférence.....	67
A. Le statut de salarié.....	67
B. Les particularités du privilège général et du superprivilège de salaires.....	77
Section 2 : La garantie de l'AGS : un mécanisme collectif original de paiement des salaires.....	85
§ 1 : La mutualisation du paiement des créances salariales.....	87
A. Les fondements de la garantie collective des salaires.....	87
1. Les fondements législatifs et réglementaires.....	87

2. Le rôle prépondérant de la jurisprudence de la Cour de cassation.....	90
B. Les justifications de la mutualisation de la prise en charge du risque d'insolvabilité.....	92
§ 2 : L'accentuation de la capacité de paiement des salaires.....	96
A. Une garantie autonome du patrimoine de l'employeur.....	96
B. Une garantie indépendante de l'obligation de cotiser.....	99
Conclusion du chapitre 1.....	104
Chapitre 2 : La complémentarité des mécanismes de garantie.....	105
Section 1 : Un objectif commun de paiement rapide des créances salariales.....	106
§ 1 : Le paiement préférentiel des créances salariales.....	107
A. L'exercice du droit de préférence.....	107
1. La primauté des créances salariales.....	107
2. L'action en paiement du salarié.....	111
B. Les délais de paiement.....	111
§ 2 : La certitude du paiement des salaires par l'AGS.....	114
A. La mise en mouvement de la garantie	114
B. Le contentieux de la mise en mouvement de la garantie.....	119
1. L'action du salarié.....	121
2. La défense de l'AGS.....	126
3. L'action des tiers.....	137
C. Le paiement des avances par l'AGS.....	140
1. Les délais de versement des avances.....	141
2. L'obligation de reverser les avances aux salariés.....	143
D. Le remboursement des sommes avancées.....	146
1. La subrogation mesurée de l'AGS.....	147
2. Les limites du taux de récupération des sommes avancées.....	150
Section 2 : La conception matérielle de la garantie.....	153
§ 1 : La limitation du montant des privilèges de salaires.....	154
A. Le montant des créances salariales privilégiées.....	155
1. La coexistence des montants.....	155
2. Le point de départ du délai de calcul du montant.....	157
B. Le montant des créances bénéficiant du superprivilège.....	160
§ 2 : Le plafonnement de la garantie de l'AGS.....	165

A. La jurisprudence ancienne de la Cour de cassation.....	166
B. L'analyse du nouveau régime de plafonnement.....	175
Conclusion du chapitre 2.....	183
Conclusion du titre 1.....	184
Titre 2 : Les rapports de la garantie de l'AGS et de la sécurité sociale.....	186
Chapitre 1 : La connexité des natures juridiques.....	188
Section 1 : Des assurances obligatoires.....	189
§ 1 : Un assujettissement légal impératif.....	190
A. L'obligation de cotiser à l'AGS.....	190
B. L'originalité de l'obligation de cotiser à la sécurité sociale.....	197
§ 2. L'empreinte de la solidarité.....	202
Section 2 : L'eupéanisation des techniques.....	208
§ 1 : L'obligation communautaire de garantir les salaires.....	209
A. La détermination de l'institution de garantie compétente.....	210
1. Les anciens critères de détermination de l'institution compétence.....	210
2. Le nouveau critère de détermination de l'institution compétente.....	213
B. Le droit à la garantie complémentaire ou de substitution.....	217
§ 2 : Les insuffisances de la coordination des mécanismes de garantie des salaires et des régimes de sécurité sociale.....	223
A. Les limites de l'harmonisation des mécanismes garantie des salaires.....	224
B. Les contradictions de la mise en œuvre des mécanismes.....	230
Conclusion du chapitre 1.....	237
Chapitre 2 : Une connexité limitée entre les régimes juridiques.....	240
Section 1 : La convergence des finalités.....	240
§ 1 : La garantie de la sécurité économique.....	242
A. La mise en œuvre des assurances sociales	242
B. Le régime de la réparation des risques professionnels.....	250
§ 2 : Les menaces sur la garantie de la sécurité économique.....	260
A. L'incidence de la cession d'activité sur la garantie.....	260
1. La cession d'activité et la garantie de l'AGS.....	260
2. La cession d'entreprise et la protection sociale.....	262
B. L'incidence de la rupture du contrat de travail sur la garantie.....	266
Section 2 : Les limites de la connexité entre les régimes.....	272

§ 1 : La distinction du cercle des bénéficiaires.....	273
A. Le cercle des bénéficiaires de la garantie des salaires.....	273
B. Le cercle des bénéficiaires de la sécurité sociale.....	276
1. L'application du principe de l'universalité de la sécurité sociale..	277
2. Une application limitée du principe d'universalité.....	279
§ 2 : La distinction des risques couverts.....	282
A. La distinction qualitative.....	283
B. La distinction quantitative.....	286
Conclusion du chapitre 2.....	289
Conclusion du titre 2.....	290
Conclusion de la première partie.....	291
Seconde partie : La dynamique de la garantie.....	292
Titre 1 : L'objet de la garantie.....	297
Chapitre 1 : Une conception étendue de l'objet de la garantie.....	300
Section 1 : La nature des créances garanties.....	301
§ 1 : L'exigence de rattachement de la créance à l'exécution du contrat de travail....	302
A. Le détachement de la créance à la qualification de salaire.....	302
B. La garantie des accessoires du salaire.....	304
§ 2 : Un rattachement souple de la créance.....	308
A. La diversité des créances garanties.....	309
B. La critique de l'extension de l'objet de la garantie.....	322
Section 2 : Une délimitation temporelle de la garantie.....	327
§ 1 : L'antériorité.....	329
A. La centralité de la garantie des créances antérieures.....	329
1. La définition de la créance antérieure.....	329
2. La délimitation temporelle des créances antérieures et le droit européen.....	335
B. La garantie de l'AGS : un mécanisme procédural.....	336
1. Au regard de la loi du 25 janvier 1985.....	337
2. Au regard de la loi du 26 juillet 2005.....	339
§ 2 : La postériorité.....	341
A. La consécration de la garantie des créances postérieures.....	342
B. La nature des créances postérieures et le traitement préférentiel.....	344

1. La qualification de créance postérieure.....	345
2. Le traitement préférentiel des créances postérieures.....	350
Conclusion du chapitre 1.....	359
Chapitre 2 : La garantie dans ses rapports avec la rupture du contrat de travail.....	362
Section 1 : Une incitation à la rupture du contrat de travail.....	363
§ 1 : Les types de ruptures.....	365
A. Le licenciement pour motif économique.....	365
B. La prise d'acte de la rupture du contrat par le salarié.....	369
C. La rupture anticipée du contrat à durée déterminée.....	373
1. L'intangibilité du contrat à durée déterminée.....	374
2. L'indemnisation de la rupture anticipée du contrat.....	375
§ 2 : La célérité des ruptures.....	377
A. L'origine de l'urgence de la rupture.....	378
B. Les sanctions de l'inobservation de l'exigence temporelle.....	384
Section 2 : L'influence de la garantie sur le licenciement pour motif économique.....	387
§ 1 : L'exigence de la régularité des procédures de licenciement dans le processus d'intervention de l'AGS.....	390
A. Les conditions communes de la régularité des procédures.....	391
B. L'AGS et les licenciements des entreprises en cessation des paiements...	398
1. Les licenciements soumis à la décision du juge.....	399
2. L'AGS et les licenciements de la liquidation judiciaire.....	407
§ 2 : Les éventuels effets de la garantie des créances résultant des licenciements irréguliers dans la procédure.....	410
Conclusion du chapitre 2.....	417
Conclusion du titre 1.....	419
Titre 2 : La charge de l'indemnisation des salariés.....	421
Chapitre 1 : À la recherche du responsable de l'indemnisation.....	426
Section 1 : La responsabilité principale de l'employeur.....	427
§1 : Les sources de la responsabilité.....	428
A. Le pouvoir de l'employeur.....	428
B. L'exercice des pouvoirs de l'employeur.....	436
§ 2 : L'étendue de la responsabilité.....	445
A. Le paiement de l'indemnité de licenciement.....	447

B. Le paiement des indemnités liées aux irrégularités.....	452
1. L'indemnisation du défaut de la cause réelle et sérieuse.....	453
2. L'indemnisation des mesures de maintien de l'emploi.....	463
a. L'identification des mesures.....	464
b. La sanction du défaut de reclassement.....	470
Section 2 : La substitution du débiteur principal.....	477
§ 1 : L'AGS, responsable de substitution.....	477
§ 2 : Une substitution limitée.....	483
Conclusion du chapitre 1.....	493
Chapitre 2 : Les responsabilités alternatives.....	494
Section 1 : La responsabilité des personnes assimilées à l'employeur.....	495
§ 1 : La responsabilité d'indemniser du co-employeur.....	496
§ 2 : L'imputation de la responsabilité à la société mère.....	506
Section 2 : La responsabilité civile des mandataires de justice.....	516
§ 1 : Le pouvoir des mandataires de justice.....	517
§ 2 : La charge d'indemniser les salariés.....	521
Conclusion du chapitre 2.....	532
Conclusion du titre 2.....	533
Conclusion de la seconde partie.....	535
Conclusion générale.....	538
Bibliographie.....	548
Index alphabétique.....	624
Table des matières.....	629