

4 L'évolution du champ d'intervention de l'AGS¹

(De la sécurité juridique à l'insécurité juridique et économique)

Thierry MÉTEYÉ,

directeur national de la délégation Unédic AGS

Introduction

1 - La multiplication des défaillances d'entreprises apparue avec le premier choc pétrolier et les grandes crises économiques qui ont suivi, a entraîné une prise de conscience tant des pouvoirs publics que des acteurs économiques, de la nécessité de mettre en place des mécanismes de protection des salariés, dans un contexte de progression du chômage de masse.

Ainsi a été créée l'AGS pour garantir aux salariés dont l'employeur est défaillant, le règlement des sommes dues en exécution du contrat de travail.

L'AGS n'est pas une compagnie d'assurance fonctionnant selon les règles de l'assurance privée, mais un régime de garantie avec un fondement légal. L'absence de paiement par l'employeur des cotisations dues à l'AGS, ne prive pas ses salariés du bénéfice de la garantie.

Les données statistiques traduisent la protection très avantageuse dont bénéficient les salariés français dans l'Union européenne. Ce constat ressort à la fois des créances garanties, des périodes garanties et des plafonds de garantie.

En effet des pays comme l'Allemagne, la Grande Bretagne ou l'Espagne, se limitent la plupart du temps aux arriérés de salaires (3 derniers mois) avec des plafonds beaucoup plus limités (l'Espagne ayant le plafond le plus élevé après la France : 26 915,10 €).

1. De la sécurité juridique : une volonté de protection du salarié dans un cadre légal défini

A. - Les principes d'intervention d'origine (loi du 27 décembre 1973)

1° Le champ d'application

2 - **Tout employeur** ayant la qualité de commerçant ou de personne morale de droit privé même non commerçante et occupant un ou plusieurs salariés est tenu d'assurer ses salariés contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail. Les entreprises de travail temporaire sont également soumises à cette obligation d'assurance mais avec un taux minoré.

Les salariés qui se trouvent dans un lien de subordination juridique à l'égard de leur employeur, quelle que soit la forme du contrat de travail passé, sont considérés comme susceptibles de bénéficier de la garantie AGS.

2° Les principales créances garanties par la loi

3 - Il s'agit :

- des rémunérations de toute nature dues aux salariés et apprentis ;
- des indemnités résultant de la rupture des contrats de travail ;
- de l'intéressement et de la participation, dès lors que les sommes sont exigibles ;
- des arrrages de préretraite ou de complément de retraite, échus ou à échoir.

3° Les dispositions initiales du Code du travail

4 - La rédaction de l'article L. 143-11-1 du Code du travail, issu de l'article 1^{er} de la loi du 27 décembre 1973 était la suivante :

Tout employeur... doit assurer (ses salariés) contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail à la date de la décision prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens.

Conformément à cette rédaction, la garantie des salaires dus et des indemnités de rupture se limitaient aux seules sommes exigibles à la date du jugement d'ouverture de la procédure collective.

À l'usage, cette disposition est apparue exagérément restrictive au motif que l'AGS ne pouvait prendre en charge les indemnités de rupture résultant des licenciements prononcés postérieurement au jugement d'ouverture. Pour résoudre cette difficulté, les syndicats ont eu la possibilité d'obtenir de l'AGS des décisions autorisant le maintien de la garantie au titre des indemnités de rupture pendant la durée nécessaire à la recherche de solutions de reprise et à la notification des licenciements des salariés non repris.

Cette démarche prétorienne était connue des praticiens sous la dénomination de délibération n° 4.

B. - L'élargissement législatif

1° Les nouveautés provenant de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, modifiée par la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 : priorité aux salariés et à l'emploi

a) Le champ d'application

5 - La loi de 1985 a élargi la liste des employeurs assujettis à la cotisation AGS aux artisans et une loi de 1988 a ensuite étendu cette obligation d'assujettissement aux agriculteurs (personnes physiques).

En plus des salariés au sens littéral, entrent désormais dans le champ :

- 1) les salariés expatriés ;

1. Actes du colloque de Toulouse du 10 septembre 2010 « Le périmètre du droit de la défaillance économique », colloque inaugural de l'Association des Juristes de la Défaillance Économique (AJDE).

2) les salariés détachés à l'étranger au sens de la Sécurité sociale ;

3) les travailleurs clandestins pour lesquels l'AGS garantit le montant d'une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire.

b) Les créances garanties

6 - La loi de 1985 a substantiellement augmenté les créances garanties par l'AGS, qui accompagne désormais le déroulement de la procédure collective pour intervenir selon les différentes périodes et à toutes les étapes importantes.

7 - **En cas de redressement judiciaire**, l'article L. 3253-8 du Code du travail mentionne que le régime de garantie couvre :

- les sommes dues aux salariés à la date du jugement d'ouverture de toute procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ainsi que les contributions dues par l'employeur dans le cadre des conventions de conversion (dispositif ayant précédé l'actuelle convention de reclassement personnalisé) ;
- les créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenant :

- pendant la période d'observation (six mois renouvelables) ;
- dans le mois suivant le jugement qui arrête le plan de continuation ou de cession ;
- dans les quinze jours suivant le jugement de liquidation ;
- pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation judiciaire.

8 - Ces dispositions législatives contribuent à installer l'AGS comme un partenaire nécessaire et indispensable du mandataire de justice pour la bonne gestion d'une procédure collective.

En 1989, le législateur ajoute la prise en charge par la garantie des créances résultant de la rupture du contrat de travail des salariés auxquels avait été proposée la convention de conversion, y compris les contributions dues par l'employeur, et les salaires dus pendant le délai de réponse du salarié.

Enfin, lorsque le tribunal prononce la **liquidation judiciaire**, sont garanties dans la limite d'un montant maximal correspondant à un mois et demi de travail, les sommes dues :

- au cours de la période d'observation ;
- au cours des quinze jours suivant le jugement de liquidation ;
- au cours du mois suivant le jugement de liquidation pour les représentants des salariés ;
- pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation.

9 - Et puis, s'apercevant que l'AGS peut servir à beaucoup de choses, le législateur, depuis la loi du 30 décembre 1996 dite de financement de la Sécurité sociale, inclut dans la garantie, les cotisations et contributions sociales et salariales, d'origine légale ou d'origine conventionnelle imposées par la loi. Cette charge financière représente en moyenne 10 % du montant des avances effectuées chaque année par l'AGS.

c) Mesures en faveur des salariés

10 - S'agissant du renforcement des droits des salariés, la loi de 1985 a dispensé le salarié de l'obligation de déclarer sa créance entre les mains du représentant des créanciers.

Elle a institué le représentant des salariés désigné par l'ensemble des salariés au moment de l'ouverture de la procédure collective. Le représentant des salariés a un droit de regard sur le relevé des créances salariales qui est établi par le mandataire judiciaire. En tant que salarié protégé, il bénéficie d'une protection renforcée et son licenciement doit être autorisé par l'inspection du travail.

Le salarié a la possibilité de saisir à tout moment le conseil de prud'hommes pour faire fixer ses créances au passif de la procé-

sure collective, et pour voir déclarer opposable à l'AGS la décision rendue.

2° La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, modifiée par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté : priorité à l'anticipation

a) L'instauration de la procédure de sauvegarde

11 - La loi de 2005 a créé une nouvelle procédure collective, dont la particularité est de s'adresser à des entreprises qui ne se trouvent pas en état de cessation des paiements, mais qui rencontrent des difficultés sérieuses pouvant la conduire à la cessation des paiements.

L'entreprise placée en procédure de sauvegarde mais considérée *in bonis*, il n'apparaissait pas évident de faire appel à la garantie de l'AGS, mais celle-ci a été aménagée pour tenir compte de cette spécificité.

b) Le champ d'application

12 - Nouvelle extension du champ pour y intégrer les personnes physiques exerçant une activité indépendante (essentiellement les professions libérales) à compter du 1^{er} janvier 2006.

c) La garantie AGS

13 - La loi n'a pas apporté de changement en ce qui concerne la garantie dans les redressements judiciaires et les liquidations judiciaires.

En ce qui concerne la procédure de sauvegarde, est exclue la garantie d'éventuelles sommes dues aux salariés à la date d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, l'entreprise étant *in bonis*.

À l'inverse, l'AGS garantit, sur la base du critère de subsidiarité renforcée, les créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenant pendant la période d'observation de la procédure de sauvegarde ou dans le mois suivant le jugement qui arrête le plan de sauvegarde.

La garantie s'applique également en faveur des créances résultant de la rupture du contrat de travail des salariés auxquels a été proposée la convention de reclassement personnalisée (CRP), y compris les contributions dues par l'employeur dans le cadre de cette convention.

L'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, article 167, applicable à compter du 15 février 2009 a prévu que la garantie AGS couvrirait les créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenant dans les quinze jours suivant la fin du maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation judiciaire.

C. - Les réformes conjoncturelles voulues par l'AGS

14 - Face aux difficultés rencontrées par l'AGS lors de la crise de 2003 qui avait provoqué un déficit de trésorerie avoisinant les 600 millions €, les pouvoirs publics ont dû se résoudre, sur demande des organisations d'employeurs, à modifier certaines modalités d'intervention, afin de limiter les charges du régime de garantie.

Deux réformes ont été importantes de ce point de vue :

- un décret du 24 juillet 2003 entré en vigueur le 29 juillet 2003 a modifié l'articulation des plafonds de garantie conduisant à la suppression du plafond 13 (montant au 1^{er} janvier 2003 : 126 464 €). Il en résulte l'instauration de trois plafonds, selon l'ancienneté du contrat de travail : plafonds 4-5 et 6 (Montant du plafond 6 en 2010 : 69 240 € – Montant du plafond

5 en 2010 : 57 700 € – Montant du plafond 4 en 2010 : 46 160 €) ;

– une loi du 4 mai 2004 (*C. trav.*, art. L. 3253-13) précise que l'AGS ne couvre pas les sommes visant à indemniser le préjudice causé par un licenciement pour motif économique, en application d'un accord d'entreprise, ou d'établissement ou de groupe conclu moins de 18 mois avant la date du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire.

Le législateur a ainsi voulu mettre fin à de véritables abus observés notamment lors de la procédure collective Air Lib où des majorations de l'indemnité de licenciement avaient été négociées dans la perspective du prochain dépôt de bilan avec l'assurance de leur prise en charge par l'AGS.

15 - Les faillites transnationales : la loi n° 2008-89 du 30 janvier 2008 a défini les dispositions applicables dans le cas où l'employeur est établi dans un autre État membre de la Communauté européenne et c'est la transposition de l'article 8 bis de la directive 2002/74 du 23 septembre 2002, relative à la protection des salariés en cas d'insolvabilité de leur employeur.

Les salariés travaillant dans un État membre de l'Union européenne pour le compte d'un employeur basé dans un autre État membre, bénéficient de l'institution de garantie du pays dans lequel ils exercent leur activité professionnelle (*L. n° 2008-89, 30 janv. 2008, sur les dispositions applicables dans le cas où l'employeur est établi dans un autre État membre, art. L. 3253-18-1 à L. 3253-18-9*). Nous sommes dans la droite ligne de l'arrêt CTIP du 2 juillet 2002 (faillite italienne) de la chambre sociale de la Cour de cassation².

2. À l'insécurité juridique et économique : l'évolution vers le tout indemnisable

16 - Dans la première partie, il a été question de la mise en place des contours législatifs du régime de garantie. L'analyse des modifications introduites par les textes successifs a permis de constater que l'extension du champ s'est faite par paliers et de manière progressive, pour établir un système de protection très favorable pour le salarié.

Manifestement ce n'est pas suffisant et au regard de l'évolution de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, nous ne pouvons que constater à travers quelques exemples développés dans cette seconde partie que le dispositif a été largement détourné de son objectif initial.

Est mis à mal le principe d'origine de solidarité et de justice sociale, évoqué à la mise en place du régime de garantie.

Désormais, tout est garanti, tout est gratuit, sauf pour l'AGS ! On assiste à une évolution de la jurisprudence très défavorable avec une orientation unilatérale en faveur du salarié.

A. - De l'exécution du contrat de travail à la relation avec le contrat de travail

17 - Depuis l'année 1999, la chambre sociale de la Cour de cassation a abandonné la définition initiale de créance résultant de l'exécution du contrat de travail telle qu'elle figure dans le Code du travail au profit d'une notion plus floue de créance rattachée au contrat de travail. Elle a écrit :

La protection de l'AGS étant accordée indépendamment de la qualification de salaire de la somme en cause, et le critère

2. Cass. soc., 2 juill. 2002, n° 99-46.140.

n'étant plus la nature salariale de la créance mais son rattachement au contrat de travail.

18 - La chambre sociale³ considère que la non déclaration aux organismes sociaux du salarié et le non-paiement des cotisations y afférentes par l'employeur est sanctionnée par l'octroi de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi, garantis par l'AGS.

À l'évidence, il ne s'agit pas d'une créance résultant du contrat de travail susceptible d'être garantie par l'AGS, mais au contraire, se rattachant à une action en responsabilité dirigée contre l'employeur.

Toutefois la Haute juridiction a retenu que les dommages-intérêts dus aux salariés à raison de l'inexécution par l'employeur d'une obligation résultant du contrat de travail sont garantis par l'AGS, dans les conditions prévues à l'article L. 143-11-1 du Code du travail (devenu *C. trav.*, art. L. 3253-6).

19 - L'absence de déclaration préalable à l'embauche par l'employeur est sanctionnée par le versement d'une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire à moins que l'application d'autres règles légales ou de stipulations conventionnelles, ne conduisent à une solution plus favorable.

Pour la Cour de cassation⁴, cette indemnité forfaitaire est une créance qui résulte du contrat de travail du salarié et elle est donc garantie par l'AGS qui considérerait que s'agissant d'une faute de l'employeur, elle ne résultait pas de l'exécution d'un contrat de travail.

20 - Les dommages-intérêts réparant le préjudice moral du salarié consécutif aux circonstances vexatoires ayant entouré le licenciement doivent être garantis par l'AGS au motif, selon la chambre sociale⁵, que cette rupture abusive du contrat de travail était en relation avec l'exécution du contrat, alors que pour l'AGS, les dommages-intérêts alloués constituaient la sanction d'une obligation civile qui ne se rattachait pas directement au contrat de travail et correspondait à une dette de responsabilité de l'employeur.

21 - Selon la chambre sociale⁶, les dommages-intérêts alloués en réparation du préjudice résultant du prêt illicite de main-d'œuvre, en tant que manquement à l'obligation de l'employeur d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, relèvent de la garantie de l'AGS.

22 - Parce que la cour d'appel a constaté que l'employeur avait adopté une attitude discriminatoire à l'égard de la salariée et lui avait imposé des contraintes de travail en raison de son refus de subir un harcèlement, la chambre sociale⁷ a considéré que les dommages-intérêts alloués étaient en relation avec l'exécution du contrat de travail et a décidé qu'ils devaient être garantis par l'AGS.

Alors que l'AGS avait soutenu que les dommages-intérêts pour harcèlement sexuel d'une salariée constituent une dette de responsabilité de l'employeur détachable du contrat de travail.

B. - Les interprétations de la Cour de cassation en ce qui concerne les obligations du mandataire de justice en matière de recherche de mesures de reclassement

23 - La sévérité de la chambre sociale se mesure à sa jurisprudence sur la question du reclassement qui se traduit par une requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

3. Cass. soc., 30 nov. 1999, n° 97-42.729.

4. Cass. soc., 12 févr. 2003, n° 01-40.722.

5. Cass. soc., 29 janv. 2003, n° 00-42.630.

6. Cass. soc., 9 nov. 2004, n° 02-45.048.

7. Cass. soc., 15 déc. 2004, n° 02-46.973.

Par exemple, sur la portée du jugement qui adopte un plan de cession et autorise le licenciement d'un certain nombre de salariés.

Selon la Cour de cassation, cette décision a l'autorité de la chose jugée sur la cause économique du licenciement.

En revanche, elle n'a pas l'autorité de la chose jugée sur l'organisation de la procédure de licenciement, l'obligation de reclassement. C'est ce qu'a confirmé l'arrêt du 20 mars 2001 de la chambre sociale de la Cour de cassation qui affirme que « l'autorité du jugement (...) n'est attachée (...) qu'à l'existence d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification du contrat de travail consécutive à des difficultés économiques, à une mutation technologique ou une réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise et ne saurait s'étendre à la question de la situation individuelle des salariés au regard de l'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur ».

L'obligation de reclassement est ainsi partie intégrante du débat devant le juge du fond lorsqu'il est saisi d'une contestation ayant trait au caractère réel et sérieux du licenciement pour motif économique nonobstant le fait que le demandeur au procès n'ait pas soulevé le moyen.

24 - Ces prises de position expliquent la multiplication devant les juges du fond des instances introduites par les salariés pour contester l'insuffisance des recherches des mesures de reclassement.

Quels que soient les efforts faits par les mandataires de justice, ou l'existence de dispositifs légaux existants (CRP, CTP), la Chambre sociale apprécie dans l'abstrait au nom d'un formalisme surréaliste, les actions du mandataire, pour requalifier les licenciements économiques en licenciements sans cause réelle et sérieuse... avec des dommages-intérêts garantis par l'AGS.

Exemples de dossiers comportant des enjeux financiers très élevés : Moulinex (23 millions €) – KCP Myrys (3,8 millions €) – Klarius (5 millions €) – Chalon Photochimie (5,3 millions €).

C. - Primes ou indemnités extra ou supra légales

25 - Parmi les réclamations présentées de plus en plus systématiquement par les salariés licenciés pour motif économique dans une procédure collective, une place doit être accordée aux primes ou indemnités extra ou supra légales.

Ces sommes sont censées réparer un préjudice que les indemnités conventionnelles ou légales ne suffisent plus à réparer.

On peut citer à titre d'exemple le dossier *Proma France* dans lequel un accord d'entreprise avait été conclu entre l'employeur et les délégations syndicales représentatives, moins de 18 mois avant le prononcé du redressement judiciaire.

Cet accord prévoyait le versement d'une indemnité de licenciement supra légale d'un montant de 32 000 € par salarié en l'absence de plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) et de 22 000 € si un PSE était mis en place. Ce qui fut fait.

Face aux actions de blocage intentées par les salariés, des négociations ont été engagées entre les parties. L'AGS qui a été interrogée sur l'application de cet accord, a confirmé son refus de prise en charge de cette prime extra légale en application des dispositions de l'article L. 3253-13 du Code du travail. Par ailleurs, il a été rappelé aux parties, les dispositions légales imposant le remboursement prioritaire de la créance superprivilégiée de l'AGS.

Compte tenu de l'intransigeance des salariés, un contentieux prud'homal est engagé avec un enjeu financier de 1 800 000 € correspondant à une prime de 22 000 € par salarié.

26 - Sur cette question de l'opposabilité à l'AGS des accords conférant des avantages sociaux lors de licenciements économiques (toujours l'article L. 3253-13 du Code du travail), il faut

citer l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 30 septembre 2009⁸ qui a statué sur l'opposabilité d'un accord collectif conférant une indemnité de reclassement, accord conclu postérieurement à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.

La cour d'appel avait conclu à l'opposabilité de l'accord à l'AGS aux motifs que l'indemnité de reclassement constituait une indemnité de rupture. D'une façon surprenante, la Haute juridiction a considéré que l'avantage octroyé par l'accord collectif bénéficiait de la garantie de l'AGS aux motifs que l'accord collectif avait été conclu postérieurement à l'ouverture du redressement judiciaire, sans tenir compte de la capacité financière de l'entreprise à exécuter l'accord.

Il y a bien dénaturation de l'esprit de la loi du 4 mai 2004.

D. - Jugements assortis de l'exécution provisoire

27 - Une autre difficulté se pose pour l'AGS lorsque des jugements de première instance, rendus par les conseils de prud'hommes sont assortis de l'exécution provisoire.

Le cas s'est posé récemment dans le dossier *Ardennes Forge* avec un enjeu financier de 900 000 €, représentant pour 47 salariés, des dommages-intérêts compris entre 12 000 et 24 000 €.

Sur une demande de défense à exécution provisoire présentée par l'AGS, une ordonnance a été rendue le 11 juin 2010 par le premier Président de la cour d'appel de Reims pour rejeter purement et simplement notre requête, estimant qu'il n'y avait pas péril pour l'AGS, et que les salariés, ayant un domicile fixe, pourraient assurer le remboursement en cas de besoin.

Dans cette région à travers cette jurisprudence locale, l'AGS a plusieurs millions d'euros d'indu à récupérer auprès des salariés d'entreprises en procédure collective au titre de dommages-intérêts, réduits par cette même cour d'appel.

E. - Le Compte Épargne Temps

28 - Par un arrêt du 7 avril 2010, la chambre sociale de la Cour de cassation⁹ a rejeté le pourvoi de l'AGS dans une affaire en liquidation judiciaire.

Dans un premier temps, un jugement avait accueilli favorablement la demande de neuf salariés repris par un cessionnaire, en fixant le montant de la liquidation du compte épargne temps au passif de la société cédée et en disant que l'AGS était tenue à garantie.

En réponse l'AGS a fait valoir que le compte épargne temps ne peut être liquidé à défaut de rupture du contrat de travail.

Pour la Haute juridiction, la modification juridique était intervenue dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire et donc le conseil de prud'hommes a exactement décidé qu'à défaut de clauses conventionnelles, le régime de la rupture du contrat devait être appliqué.

F. - Les contentieux « Amiante »

29 - Nous assistons à une multiplication des contentieux de la part de salariés ayant opté dans un premier temps pour le dispositif de l'ACAATA (Allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante).

Pour la plupart, il s'agit de travailleurs de chantiers navals (Normed – CMR – Somotrans) qui revendiquent à la fois un **préjudice économique** au titre de différentiel entre leur salaire et le montant de l'allocation représentant 65 % du salaire de base, et un **préjudice d'anxiété** pour le risque de développer à

8. Cass. soc., 30 sept. 2009, n° 08-42.076.

9. Cass. soc., 7 avr. 2010, n° 09-40.015.

tout moment une maladie liée au risque amiante. Il est invoqué la faute inexcusable de l'employeur¹⁰.

Il est tout à fait discutable d'aborder la question de l'exposition au risque amiante avec les connaissances actuelles de ses effets nocifs sur la santé des personnes exposées.

Dans les années 1978 à 1996, les risques n'étaient pas clairement identifiés et les employeurs n'étaient pas soumis à une réglementation particulière pour protéger la santé de leurs salariés.

Le risque financier est très important par la crainte d'une multiplication des contentieux de ce type dans des procédures collectives en cours ou clôturées.

G. - Situation des artistes interprètes

30 - La position de la Cour de cassation à l'égard des artistes interprètes mérite d'être évoquée car elle renforce l'insécurité juridique et économique, et la paranoïa que ressent l'AGS.

Dans un arrêt du 3 décembre 2008 (n° 07-42.469), la Cour de cassation¹¹ a inclus l'avance sur redevance dans le calcul de l'indemnité pour rupture anticipée du contrat de travail d'un salarié d'une entreprise en procédure collective, rejetant le pourvoi de l'AGS.

Par contre dans un arrêt du 1^{er} juillet 2009, la chambre sociale de la Cour de cassation a été confrontée à la situation d'un artiste interprète titulaire d'un CDD et ayant fait l'objet d'un licenciement pour faute grave.

L'employeur *in bonis* avait reproché à la cour d'appel de l'avoir condamné au versement de dommages-intérêts pour rupture abusive et d'avoir pris en compte pour leur fixation, des redevances que le salarié aurait pu escompter, les dites sommes ne faisant pas référence au salaire.

La Cour de cassation a cassé l'arrêt rendu par la cour d'appel aux motifs que « les redevances et les avances sur redevances ne pouvaient être prises en considération dans l'évaluation du montant des rémunérations qu'aurait perçues M. X jusqu'au terme du contrat à durée déterminée ».

Au vu de ces arrêts, on pourrait s'interroger sur les différences de position opérées par la Chambre sociale de la Cour de cassation selon que l'AGS est ou non partie à l'instance.

Conclusion

31 - À l'évidence, l'AGS ne résiste pas à la tentation de se poser en victime des effets d'une jurisprudence sociale exagérément généreuse au profit des salariés dont les actions en justice dimi-

nuerait considérablement s'il ne s'agissait que de sommes réellement dues en exécution du contrat de travail.

La conception initiale du régime de garantie voulue par le législateur a été largement modifiée au fil du temps dans le sens d'un élargissement continu.

L'AGS est soumise aux interprétations de la jurisprudence sociale, qui tend plus à lui faire supporter *in fine* et en réparation des injustices ou fatalités de la vie économique, une compensation pécuniaire de la perte de son emploi par le salarié des entreprises en procédure collective.

32 - Cette évolution à deux conséquences :

- la première : les salariés préfèrent percevoir des dommages-intérêts importants en contestant la procédure de licenciement économique et en actionnant l'AGS, au détriment de leur motivation dans la recherche d'emploi ;

- et la seconde : la multiplication de ces contentieux collectifs accueillis et encouragés par des décisions de justice pourrait à terme menacer l'équilibre financier du système de garantie et remettre en cause son fonctionnement et le plafond de son intervention.

Il serait préjudiciable que la perspective d'une intervention de l'AGS devienne un prétexte pour accroître la nature et le montant des sommes allouées aux salariés demandeurs.

Cette évolution irait à l'encontre de l'objectif initial qui était de sauvegarder l'emploi.

33 - Face à ce foisonnement de jurisprudence défavorable, relire l'éditorial rédigé par le professeur François-Xavier Lucas sous le titre « L'AGS et le droit martyrisés par la chambre sociale »¹², semble tout à fait approprié.

Le professeur concluait ainsi son article : « À l'heure où les estropiés de la compétition économique se pressent déjà pour tendre leur sébile et où l'AGS va devoir jouer un rôle décisif dans le traitement d'une crise dont chacun mesure la gravité, il est navrant que le remarquable dispositif de garantie, offert par la loi aux salariés, soit saboté par une jurisprudence *contra legem* qui menace l'équilibre de l'AGS en l'obligeant à prendre en charge des sommes que la loi ne permet nullement de lui faire supporter ».

Depuis de longues années, professeurs, magistrats, avocats, mandataires de justice et AGS, plaident auprès du législateur pour l'instauration d'un droit social spécifique aux procédures collectives.

C'est toujours en vain, en vertu d'un principe politique bien connu : « payer pour ne pas réformer ».

Alors l'AGS paye !

Mots-Clés : AGS - Garantie - Champ d'application
Créances salariales - Notion - Garantie de l'AGS
Salariés - Garantie de l'AGS

10. V. comm. publiés in RJS 16 juin 2010, n° 279.

11. Cass. soc., 3 déc. 2008, n° 07-42.469.

12. Bull. Joly Sociétés mars 2009.