

# Les créances salariales dans l'entreprise en difficulté

## *Les dérives subies par le régime de garantie (AGS) sous l'effet de l'interprétation de la jurisprudence sociale*

L'expression de la solidarité des entreprises par l'intervention opportune de l'AGS dans les procédures collectives a été mise à mal, ces dernières années, par une jurisprudence sociale exagérément favorable aux salariés notamment dans une interprétation plutôt compassionnelle des textes légaux et réglementaires applicables.

Par Thierry Méteyé

Directeur de l'AGS

116u1

L'existence de mécanismes de protection sociale efficaces est indispensable dans le contexte économique agité d'aujourd'hui. Ainsi l'AGS, régime de solidarité des employeurs, intervient au profit des salariés des entreprises en difficulté.

Au fil du temps, l'AGS s'est imposée comme un véritable acteur des procédures collectives, en instaurant un véritable partenariat avec les mandataires judiciaires. Ceux-ci reconnaissent le rôle majeur de l'AGS dans le traitement du volet social, qui évite des conflits sociaux sans doute beaucoup plus nombreux.

Au cours de toutes ces années, l'AGS a donc été un facteur de paix sociale en contribuant au maintien de l'emploi, et en facilitant lorsque c'est encore possible, la conclusion de solutions.

Ces dernières années, ce sont en moyenne plus de 2 milliards d'euros qui sont avancés par an au profit des salariés dans les procédures collectives.

L'AGS est cependant confrontée aux conséquences très pénalisantes de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation.

Il n'est pas choquant que les droits des salariés soient préservés. Toutefois, une partie des décisions rendues traduisent la recherche systématique de la garantie au profit de créances assez éloignées de la mission initiale de l'AGS.

Il n'est pas normal que les condamnations multiples et systématiques soient *in fine* supportées par l'AGS dans les procédures collectives, en raison de l'impécuniosité d'une très grande majorité de procédures.

La mise en perspective d'une série de jurisprudences de la chambre sociale de la Cour de cassation, apporte cette démonstration. Les décisions de justice étudiées donnent une interprétation souvent éloignée du champ de la garantie ou en contradiction avec la stricte application du Code de travail.

Comme l'écrit le professeur Roussel Galle dans la Revue des procédures collectives de juillet-août 2014 : « [...] plus que jamais l'AGS qui a fêté ses 40 ans [...] reste un acteur incontournable dans le domaine du droit des entreprises en difficulté, qu'il conviendrait toutefois de ne pas solliciter plus que de raison ! ».

L'accent doit également être mis sur l'urgence de la mise en place d'un véritable droit du licenciement spécifique aux procédures collectives, et prioritairement aux liquidations judiciaires.

La solidarité des employeurs ne peut pas tout permettre, sauf à prendre la responsabilité d'un grave déséquilibre des finances de l'AGS.

### I. La définition légale du champ de garantie de l'AGS à l'épreuve de la jurisprudence sociale

Une rédaction inchangée de l'article L. 3253-6 du Code du travail

Cet article de référence mentionne que « 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* [...] ».

Cette délimitation fixant la vocation initiale de l'AGS voulue par le législateur de 1973, n'a pas changé. Il s'agit de garantir aux salariés dont l'employeur est défaillant, le versement des seules créances dues en exécution du contrat de travail.

Il est parfois utile d'insister sur l'exception française à l'étranger. Les principaux Fonds de garantie au sein de l'Union européenne se limitent aux seuls arriérés de salaire et indemnités de rupture avec des plafonds bien inférieurs.

Une autre question se pose en ce qui concerne les contentieux d'origine salariale dans les procédures collectives : faut-il juger en droit ou en équité ?

## II. Illustration de cette dérive de la garantie de l'AGS à travers la jurisprudence de la chambre sociale

### La notion de créance née à l'occasion de la relation de travail

Une série d'arrêts rendus entre 1999 et 2004 retient la notion plus extensive de créance née à l'occasion de la relation de travail, ou de rattachement au contrat de travail, dont le professeur François-Xavier Lucas a dénoncé le « caractère brumeux » !

Cette approche a conduit à mettre à la charge de l'AGS toutes sortes de dommages-intérêts, qu'il s'agisse du défaut d'information sur le repos dominical, de l'absence d'affiliation d'un cadre à une caisse de retraite complémentaire, du harcèlement moral ou du harcèlement sexuel...

L'arrêt du 17 juin 2009 de la chambre sociale de la Cour de cassation considérant que le paiement des cotisations sociales, salariales et patronales perçues par l'employeur dans le cadre d'un contrat retraite par capitalisation et non reversées à l'assureur, constitue une obligation résultant du contrat de travail, « est le point d'orgue » pour le professeur Christine Neau-Leduc dans l'article paru dans la Revue Droit social n° 7/8, juill.-août 2010 sous le titre « Cotisations sociales patronales et garantie de l'AGS : une assiette... sans fin ».

La liste est loin d'être exhaustive avec l'apparition récente des dommages-intérêts pour le préjudice d'anxiété des travailleurs de l'amiante.

### Situation des salariés adhérents au contrat de sécurisation professionnelle (CSP)

Dans un arrêt du 17 mars 2015 (Cass. soc., 17 mars 2015, n° 13-26941 : Sté HPM c/ Mme B. et a.), un salarié avait accepté au départ son adhésion au dispositif du CSP. L'AGS a donc dans un premier temps versé auprès de Pôle emploi le montant de la contribution financière due par l'employeur, en lieu et place du préavis. En cas de contestation (dans un délai d'un an) du caractère économique du licenciement, l'AGS doit alors garantir le montant du préavis, si le salarié obtient la requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Dans ce cadre, l'AGS paye deux fois le préavis, au titre de la contribution financière due par l'employeur et suite à la requalification de la rupture.

### La requalification du licenciement pour motif économique en liquidation judiciaire, en licenciement sans cause réelle et sérieuse

Il est de plus en plus fréquent d'assister à des demandes de requalification en raison de manquements imputables au mandataire judiciaire au titre d'un formalisme extrême. Or l'entreprise a définitivement cessé son activité et la mission du mandataire judiciaire consiste à licencier dans les délais légaux de la garantie de l'AGS.

On pourrait comprendre que certains licenciements soient considérés comme irréguliers, mais la requalification en licenciements sans cause réelle et sérieuse permet d'octroyer aux salariés demandeurs une indemnisation supplémentaire supportée par l'AGS.

### La recherche préalable des tentatives de reclassement et la saisine des commissions territoriales de l'emploi

Parmi les obligations imposées à l'employeur, il y a cette procédure artificielle et totalement inefficace de saisine des commissions territoriales de l'emploi, créées en 1968.

Pour le professeur Patrick Morvan, dans un commentaire paru dans la Semaine Juridique sociale du 2 juin 2009, n° 23, sous le titre évocateur de « L'obligation irréaliste de reclassement extérieur et les commissions paritaires de l'emploi fantômes », « Cette prétendue obligation est dépourvue d'objet puisque ces commissions sont en sommeil ou ont disparu ; au demeurant elles n'ont jamais eu vocation à intervenir dans le reclassement des salariés que de façon subsidiaire et facultative. »

Dans le dossier emblématique Moulinex qui a mobilisé toutes les aides existantes, le simple défaut de saisine de la commission territoriale de l'emploi s'est traduit par l'octroi de dommages-intérêts considérables pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, qui ont été supportés par l'AGS (Cass. soc., 10 févr. 2009, n° 08-40057).

Il faut préciser que dans l'un des départements concernés, cette commission territoriale prévue par un accord interprofessionnel de 1969 n'avait jamais été mise en place.

### Des décisions contradictoires selon que l'entreprise se trouve en procédure collective ou est *in bonis* : la qualification juridique des droits d'auteur

L'espèce concernait « un contrat d'artiste pour la réalisation d'œuvres musicales » accordant à deux artistes le bénéfice d'« un salaire d'enregistrement » et « d'avances sur redevance ». Les dispositions de l'article L. 3253-8 du Code du travail excluent la garantie des avances sur redevances par l'AGS, au motif qu'ils ne s'agissaient pas de sommes dues en exécution du contrat de travail. Un arrêt de la cour d'appel de Paris (3<sup>e</sup> ch., 31 janv. 1997) estime que les redevances dues aux artistes-interprètes qui autorisent l'exploitation de leurs prestations ne sont pas des salaires et ne peuvent pas bénéficier du superprivilège.

Dans son arrêt du 3 décembre 2008, la chambre sociale de la Cour de cassation en a cependant décidé autrement en retenant la garantie de l'AGS au motif que le critère de l'intervention de l'AGS n'est « pas la nature salariale de la créance mais son rattachement au contrat de travail » (Cass. soc., 3 déc. 2008, n° 07-42469).

À l'inverse dans un arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2009, la chambre sociale de la Cour de cassation, suite au pourvoi d'un employeur *in bonis*, a cassé l'arrêt de cour d'appel aux motifs que « les redevances et les avances sur redevances ne pouvaient être prises en considération dans l'évaluation des rémunérations qu'aurait perçues M. X jusqu'au terme du contrat à durée déterminée » (Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 2009, n° 07-45681 : Bull. civ. V, n° 170).

On peut raisonnablement s'interroger sur les différences de position opérées par la chambre sociale selon que l'AGS est ou non partie à l'instance.

### Exclusion des créances de cotisations sociales pour fixer le plafond de garantie de l'AGS

Si l'on se reporte au texte définissant le plafond (ancien article L. 143-11-8, devenu l'article L. 3253-17 du Code du travail), il vise un montant

défini par décret « toutes créances du salarié confondues ». Pour la chambre sociale, les cotisations sont des créances des organismes sociaux et il ne s'agit pas des créances du salarié. En conséquence, elles ne doivent pas être comptabilisées pour le calcul du plafond (Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-11948).

Dans le commentaire qu'il a publié dans le JCP édition entreprise (2014, 1637), le professeur Philippe Pétel considère que : « ce raisonnement serait convaincant si le texte définissant le plafond avait envisagé la question. Or il n'en est rien car il a été rédigé bien avant que la loi de financement de la sécurité sociale pour 1997 ne procède à l'extension de la garantie aux cotisations sociales (C. trav., art. L. 3253-8, *in fine*) ».

En conclusion, le professeur Pétel en déduit justement que « le raisonnement adopté par cet arrêt apparaît pour ce qu'il est : non pas l'application rigoureuse des textes mais une interprétation hasardeuse qui masque une surenchère de plus aux dépens de la collectivité ».

En complément, dans l'article qu'ils ont consacré à l'arrêt du 2 juillet 2014 dans le JCP édition entreprise 2015, 1011, sous le titre « Quand un plafond prend l'eau », à propos des plafonds de garantie de l'AGS, Philippe Roussel Galle et David Jacotot mettent en garde : « Malheureusement, on a parfois l'impression que cette recherche d'équilibre n'est pas toujours partagée et l'arrêt précité nous semble en constituer un nouvel exemple, l'AGS étant souvent appréhendée, dans les esprits des uns ou des autres, comme une assurance, ce qui n'est évidemment pas le cas. Or à l'oublier et à faire primer les droits des salariés, on risque à terme de les fragiliser en remettant en cause l'équilibre de l'AGS sauf à envisager une baisse des plafonds, si on peut encore parler de plafond (!) ce qui ne serait pas de leur intérêt, ou une augmentation des cotisations versées à l'AGS ce qui serait à tout le moins paradoxal dans le contexte actuel ».

#### Les répercussions des contentieux Amiante pour l'AGS

La construction jurisprudentielle a procédé en plusieurs étapes :

- Dans les arrêts fondateurs du 11 mai 2010, la chambre sociale de la Cour de cassation a considéré que l'adhésion au dispositif ACAATA vise uniquement à compenser le préjudice lié à la diminution d'espérance de vie des anciens salariés.

- Par la suite, dans les arrêts ZF Masson (Cass. soc., 11 mai 2010, n° 08-44952), le principe de la réparation du préjudice dit d'anxiété est acté, avec la précision selon laquelle les salariés ayant adhéré au dispositif ACAATA, se trouvaient par le fait de l'employeur dans une situation d'inquiétude permanente (Cass. soc., 11 mai 2010, n° 09-42241 : Bull. civ. V, n° 106).

- Puis, dans un arrêt du 2 juillet 2014 relatif au dossier Électricité Navale, la Cour a définitivement confirmé sa position, en précisant par dérogation au droit commun de l'indemnisation que les bénéficiaires de l'ACAATA n'ont à démontrer ni la réalité, ni l'étendue de leur préjudice, ni le lien existant avec le fait fautif à l'origine du dommage (Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-10644).

Il s'ensuit que l'indemnisation du préjudice d'anxiété est donc inhérente à la seule exposition au risque, sans autres conditions posées que celle de l'inscription de l'employeur sur la liste ACAATA et naturellement que le salarié ait travaillé au cours des périodes couvertes par l'arrêt d'admission.

- La Cour de cassation exclut toutefois toute automaticité en matière de réparation du préjudice subi, s'agissant de salariés ne relevant pas du dispositif ACAATA (Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-26175).

- Hormis cette question de l'automaticité de la réparation du préjudice, une forme de forfaitisation a également été observée dans les contentieux de masse, au mépris de la règle d'individualisation du préjudice, malgré les demandes constantes de l'AGS sur ce point.

- La Cour de cassation a cependant admis que les salariés ne pouvaient pas cumuler les dommages et intérêts pour préjudice d'anxiété avec le préjudice au titre du bouleversement des conditions d'existence.

- Enfin, dans plusieurs arrêts du 25 septembre 2013, il a été jugé par la Cour de cassation « que les dommages et intérêts dus à raison de l'inexécution par l'employeur d'une obligation découlant du contrat de travail sont garantis par l'AGS dans les conditions prévues par l'article L. 3253-6 du Code du travail » (Cass. soc., 25 sept. 2013, n° 11-20948 et n° 12-12883 : Bull. civ. V, n° 212).

La question reste posée : est-ce le rôle de l'AGS de garantir le paiement de ce type de créances relevant d'une question de santé publique et dont l'indemnisation est prévue par des organismes comme le FIVA ?

#### La jurisprudence découlant de l'intervention de l'AGS dans les faillites transnationales

Dans une affaire SOCIEL, la Cour de cassation dans son arrêt du 4 décembre 2012 a rejeté le pourvoi de l'AGS, portant sur la question de l'institution de garantie compétente (Cass. soc., 4 déc. 2012, n° 11-22166 : Bull. civ. V, n° 317).

Pour la Cour de cassation, la compétence de l'AGS doit être retenue dès lors que le salarié aura :

- fait valoir que la législation française est plus favorable, en invoquant par exemple l'article L. 3253-6 du Code du travail qui fixe l'obligation pour un employeur d'assurer ses salariés contre le risque de non-paiement de leurs créances dues en exécution de leur contrat de travail pour tous les salariés y compris détachés et expatriés, ainsi qu'*a fortiori* depuis l'arrêt *Sociel*, les travailleurs transfrontaliers ;

- fait valoir les dispositions de l'alinéa 1 du nouvel article 9 de la Directive de 2002 sur le principe de la garantie la plus favorable (devenu article 11 de la Directive de 2008).

La garantie de l'AGS sera donc systématiquement reconnue comme « plus favorable » pour les salariés.

Pour le professeur Laurence Caroline Henry, (Bulletin Joly Entreprises en difficulté novembre – déc. 2014), « la décision rendue par la chambre sociale du 4 décembre 2012 confirme toutes les inquiétudes par son interprétation créatrice du droit européen et français. La Cour de cassation soucieuse d'assurer une protection extensive aux salariés n'hésite pas à remplacer un législateur français comme européen le trouvant sans doute timoré ».

De son côté, le professeur François-Xavier Lucas apporte ce commentaire sans appel (L'Essentiel n° 11, déc. 2011, Droit des entreprises en difficulté) : « L'AGS a beau être bonne fille et habituée à toutes les audaces de magistrats tentés de trouver dans ses poches profondes de quoi panser les plaies des estropiés de la crise économique, il y a péril en la demeure. »

Cet arrêt est la porte ouverte au forum shopping social européen avec toutes les conséquences négatives pour l'AGS.

### **Le renversement de la charge de la preuve dans le traitement des cas de fraude avérés**

Les charges supportées par l'AGS se retrouvent également dans les contentieux liés à des cas de fraude. La position de la chambre sociale de la Cour de cassation a pour résultat de faire peser sur l'AGS la charge de l'administration de la preuve, ce qui complique fortement le suivi de ces affaires par l'AGS.

### **Conclusion**

- L'AGS est un formidable outil, à l'écoute des entreprises, pour sauvegarder les droits des salariés confrontés à la défaillance de leur employeur.

- La protection offerte aux salariés par l'AGS est unique en Europe et peu de pays sont prêts à supporter la charge financière que représente le financement de l'AGS.

- Il est temps de sortir du cadre purement indemnitaire aujourd'hui mis en place par une jurisprudence compassionnelle au mépris du droit et des textes.

- Il est urgent de réfléchir à un droit du travail adapté aux enjeux du XXI<sup>e</sup> siècle afin de favoriser l'attractivité de la France, en veillant à offrir un système de protection sociale de haut niveau, mais compatible avec le coût financier qu'il engendre.

- Avec les nombreux intervenants du domaine des entreprises en difficulté et les professeurs qui le réclament, l'AGS souhaite que les pouvoirs publics acceptent d'élaborer un droit du travail spécifique répondant aux caractéristiques des entreprises en procédure collective.