



**HAL**  
open science

# L'assurance insolvabilité de l'employeur en France et en Italie

Henri Mekongo

► **To cite this version:**

| Henri Mekongo. L'assurance insolvabilité de l'employeur en France et en Italie. 2012. hal-00768953

**HAL Id: hal-00768953**

**<https://u-bourgogne.hal.science/hal-00768953>**

Preprint submitted on 26 Dec 2012

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## WORKING PAPER

**Titre:** L'assurance insolvabilité de l'employeur en France et en Italie.

**Discipline :** Droit social européen.

**Langue de rédaction:** Français

**Mots-clés:** assurance, insolvabilité, législation, créances couvertes.

**Résumé:** L'assurance insolvabilité de l'employeur garantit les travailleurs contre le risque de non-paiement des sommes dues en exécution du contrat de travail, suite à la défaillance de leur employeur.

La préoccupation centrale de ce travail est donc la présentation sous un angle critique de la discipline de cet instrument de tutelle des droits des travailleurs dans les législations italienne et française à la lumière du droit communautaire, en particulier eu égard aux différentes modalités de détermination des créances couvertes par l'assurance insolvabilité.

### **BIOGRAPHIE DE L'AUTEUR:**

- 2011 – 2012 Chercheur postdoctoral de la Fondation Maison des Sciences de l'Homme auprès du Centre de recherches et d'études en droit et science politique (Credespo), Université de Bourgogne ;
- 2010 – 2011 Attaché d'Enseignement et de Recherche(ATER) de Législation sociale européenne et droit de la prévoyance complémentaire, Université de Macerata, Italie ;
- 2008 Doctorat en législation sociale européenne, Université de Macerata, Italie ;
- Intérêts de recherche : droit européen des restructurations d'entreprise, la sécurité sociale des travailleurs migrants.

### **COORDONNEES DE L'AUTEUR :**

**Prénom:** Henri

**Nom :** Mekongo

**Tél :** 0683665263

**Adresse postale :** 10 Rue Félix Trutat

21000 Dijon

**Adresse mail :** [mekongoit@yahoo.fr](mailto:mekongoit@yahoo.fr)

## **Remerciements**

Ce travail a été réalisé grâce à la bourse de recherche postdoctorale accordée par la Fondation Maison des Sciences de l'Homme de Paris avec le soutien de l'Union européenne - Programme Action Marie Curie.

# L'ASSURANCE INSOLVABILITE DE L'EMPLOYEUR EN FRANCE ET EN ITALIE.

**Plan.** 1. Introduction 2. Cadre juridique de l'assurance insolvabilité 2.1. En France 2.2 La discipline communautaire 2.3 En Italie 3. La détermination des créances couvertes par la garantie 3.1 Sur le plan matériel 3.2 Sur le plan temporel 3.3 Les plafonds de garantie 4. Considérations finales.

## 1. INTRODUCTION

La crise pétrolière de 1973 marque la fin d'une époque dite des « trente glorieuses<sup>1</sup> ». Dès lors, les économies des pays européens entrent dans une période de crise économique, qui bien que d'intensité variable au cours de ces quarante dernières années, continue de conditionner la survie de bon nombre d'entreprises. Cette conjoncture économique a entraîné une recrudescence du nombre de « faillites » (au sens traditionnel du terme) d'entreprises et les statistiques plus récentes n'indiquent certes pas une inversion de la tendance<sup>2</sup>. On ne le dira jamais assez, les premières victimes de ces faillites sont les travailleurs dont les attentes en termes de rémunérations sont très souvent déçues.

---

<sup>1</sup> L'expression "**Trente Glorieuses**" désigne la période d'une trentaine d'années qui a suivi la **fin de la Seconde Guerre mondiale** en 1945, jusqu'au **premier choc pétrolier** de 1973. C'est, pour les pays industrialisés occidentaux, une période de **prospérité exceptionnelle**. Les "Trente Glorieuses" se caractérisent par une forte croissance économique, le plein emploi, l'accroissement rapide du pouvoir d'achat et l'essor de la consommation de masse. L'expression a été inventée par l'économiste français **Jean Fourastié** (1907-1990) dans son livre "*Les Trente Glorieuses, ou la révolution invisible de 1946 à 1975*".

<sup>2</sup> En Europe l'an dernier (2011), selon une étude publiée en début février 2012 par le groupe allemand Creditreform (spécialisé dans l'étude de la solvabilité des entreprises) au total 1,5 million de travailleurs européens ont vu leur employeur faire faillite, une hausse de 7%, selon les calculs de ce groupe. La pire année a été 2009, avec 2 millions d'emplois menacés. Ces menaces sur l'emploi reflètent la hausse du nombre de faillites. En 2011, 174.917 entreprises se sont retrouvées en cessation de paiement en Europe de l'Ouest (UE à 15 plus Norvège et Suède), un chiffre stable (+0,3%) mais qui reste à un niveau élevé depuis 2009. cf. <http://www.creditreform.de/analysen>.

Le salaire revêt pour le travailleur un caractère alimentaire<sup>3</sup> qui est d'autant plus accentué que son niveau est faible. Cette particularité de la créance salariale impose de façon plus générale une protection du salaire<sup>4</sup> et plus particulièrement exige un traitement plus favorable de la créance salariale en cas d'insolvabilité de l'employeur.

Jusqu'à l'introduction du système de l'assurance insolvabilité dans les législations Française et Italienne, la garantie du paiement des créances salariales en cas d'insolvabilité de l'employeur était assurée exclusivement par la technique de la sûreté réelle assortie de privilèges.

En France, les salariés bénéficient, en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire d'un privilège général des salaires et d'un superprivilège.

Le privilège général ou ordinaire des salaires<sup>5</sup> (art. L. 3253-1 Cod trav.; art. L.625-7, 2°, C. com.) porte sur les meubles de l'employeur-débiteur et, en cas d'insuffisance, sur les immeubles. Les créances couvertes sont les rémunérations des six derniers mois, précédant l'ouverture de la procédure collective. D'autres créances sont également privilégiées et sans limitation de durée comme l'indemnité de fin de contrat à durée déterminée, l'indemnité due en cas de rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée, l'indemnité de fin de mission en matière de travail temporaire, l'indemnité de préavis et les indemnités de congés payés. En outre, le privilège ordinaire couvre aussi les indemnités légales ou conventionnelles de licenciement. Toutefois l'efficacité de ce privilège reste limitée : il couvre les rétributions restées impayées des six derniers mois de travail effectif. A cela il faut ajouter son rang : il est classé en quatrième position après les frais de justice, les frais funéraires et de dernière maladie. Bien plus, étant un privilège général, il passe après l'administration fiscale et certains privilèges spéciaux<sup>6</sup>.

Le superprivilège des salaires dont il est question à l'article 3253-2 du Code du travail dispose le paiement des rémunérations de toute nature dues aux salariés

---

<sup>3</sup> Ce trait caractéristique du salaire est rappelé par divers auteurs. Voir, entre autres, Lyon-Caen P., 2007 : 89 ; Civiale G., 1993: 441.

<sup>4</sup> Le souci de protection du salaire était déjà pris en compte par divers textes internationaux comme la Déclaration Universelle des droits de l'Homme (art. 23, 2°), la Convention C95 sur la protection du salaire de l'Organisation Internationale du Travail.

<sup>5</sup> Morvan P., 2010 : 753 – 759.

<sup>6</sup> Jobert B., 2007: 100.

pour les soixante derniers jours de travail, déduction faite des acomptes déjà perçus, en dépit de l'existence de toute autre créance privilégiée. Ces créances superprivilégiées doivent être payées par l'administrateur sur ordonnance du juge-commissaire dans les dix jours du prononcé du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, s'il y a disponibilité de fonds. Bien plus, avant même d'établir le montant de ces créances, l'administrateur doit, avec l'autorisation du juge-commissaire et dans la mesure des fonds disponibles, verser immédiatement aux salariés, à titre provisionnel, une somme égale à un mois de salaire impayé sur la base du dernier bulletin de paie sans dépasser la limite de deux fois le plafond mensuel de la sécurité sociale.

En Italie, la méthode de tutelle des créances salariales par les privilèges est consacrée par l'art. 2751-bis du code civil, lequel attribue un privilège général aux créances concernant les rémunérations, les indemnités dues à l'occasion de la cessation de la relation de travail<sup>7</sup>, les créances du travailleur pour les dommages liés au non versement des cotisations de prévoyance par l'employeur et celles provenant d'un licenciement illégitime. Bien que ce privilège soit classé au second rang (après les frais judiciaires), il porte cependant sur les meubles (art. 2777, Cod. Civ. Italien), ce qui contribue à limiter sa portée, considérant la valeur dérisoire qui est généralement reconnue aux biens meubles. Bien plus, cette garantie est encore affaiblie par le fait que concernant les immeubles du débiteur, les créances salariales occupent une position subsidiaire dans l'ordre des privilèges (art. 2776, Cod. Civil italien).

Les garanties contemplées dans les systèmes du privilège et du superprivilège réussissent à fournir au salarié une protection de ses droits économiques dans la mesure où la consistance du patrimoine du débiteur (l'employeur) est à la hauteur des créances salariales exigées. Face à l'insuffisance de ce patrimoine, comme c'est très souvent le cas, les droits préférentiels accordés aux créances salariales équivalent en réalité à une absence de tutelle car ils sont inadéquats face à la nécessité de garantir une entrée monétaire au salarié. Sur un tout autre plan, le caractère alimentaire du salaire situe le salarié sur un horizon temporel différent de celui de la procédure collective : celle-ci nécessite le plus souvent de délais

---

<sup>7</sup> Cf. Ghera E., 2006: 218 – 220.

d'exécution assez longs là où par contre le travailleur doit réaliser son crédit avec une certaine urgence.

Toutes ces objections, combinées à une amplification des conséquences sociales des faillites d'entreprise, ont porté à la mise en place du mécanisme de l'assurance insolvabilité<sup>8</sup>.

## 2. CADRE JURIDIQUE DE L'ASSURANCE INSOLVABILITE.

Comme il sera possible de constater par la suite, la législation française (2.1) en matière d'insolvabilité de l'employeur a été en quelque sorte une transposition « anticipée » de celle communautaire (2.2) et cette dernière a dicté les changements intervenus dans la législation italienne (2.3).

### 2.1 La législation Française de l'assurance insolvabilité.

Jusqu'en 1973, lorsqu'un employeur était insolvable, l'espérance du travailleur de pouvoir recouvrer ses dettes salariales reposait sur l'activation des garanties traditionnelles du droit privé que sont les privilèges et le superprivilège (v. §1). Le déclenchement de l'affaire LIP<sup>9</sup> et le contentieux social qui s'en est suivi vont être une occasion pour le parlement français de voter à l'unanimité la loi n° 73-1194 du 27-12-1973 instituant le régime d'assurance contre le risque de non-paiement des sommes dues en exécution du contrat de travail.

En application de cette loi, une association patronale, l'Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés (AGS), fut créée par les organisations nationales d'employeurs les plus représentatives (CNPFP - actuel MEDEF-, la CGPME<sup>10</sup> et la CNMCCA<sup>11</sup>). Fondée sur la solidarité des entreprises, elle mutualise entre tous les employeurs le risque de défaillance des

---

<sup>8</sup> Cette tutelle fait aussi l'objet de la Convention C173 (art. 9-art 13) et de la recommandation n. 180 de l'OIT, v. Documents de droit social, BIT, Genève, 1992/3, 1.

<sup>9</sup> A Besançon, le 17 avril 1973 la société LIP, qui fabrique des montres à quartz, dépose le bilan. C'est le début de l'affaire LIP qui deviendra un conflit social emblématique des années 70. Les salariés s'opposent à la fermeture de leur entreprise et attirent l'attention des médias et du public pendant des mois. Cette situation malheureuse va faire naître « une conséquence heureuse », Metin M., 2008 : 5.

<sup>10</sup> Confédération Générale des Petites et Moyennes Entreprises.

<sup>11</sup> Confédération nationale de la mutualité, de la coopération et du crédit agricole.

entreprises et ses conséquences sur le paiement des créances salariales. Le financement de cette association est assuré par une contribution obligatoire sous forme de cotisation, assise sur la masse salariale versée par les entreprises, dont le taux est fixé et révisé par le conseil d'administration de l'AGS. La réforme des procédures de redressement judiciaire et de liquidation par la loi du 25 janvier 1985, a nécessité un ajustement de la discipline de cette assurance, devenue un maillon essentiel de ces procédures. Avec la réforme du 1<sup>er</sup> septembre 1996, la gestion technique et financière de cette association a été confiée à un établissement de l'Unedic (Union nationale interprofessionnelle pour l'emploi dans l'industrie et le commerce) totalement dédié à l'exercice de ce mandat : la délégation Unedic AGS.

Privilège et superprivilège n'ont pas pour autant disparu car le régime ainsi mis en place ne doit intervenir que comme débiteur subsidiaire : la première garantie pour le travailleur reste le patrimoine de l'employeur sur lequel les actions exécutoires possibles doivent d'abord être tentées. Lorsque l'AGS paiera, elle devra par la suite tenter de récupérer les avances consenties auprès du débiteur principal en faisant valoir le privilège et le superprivilège en lieu et place du salarié<sup>12</sup>.

En dehors de l'AGS, les autres protagonistes de l'assurance insolvabilité sont les employeurs et naturellement les salariés.

En vertu de l'art 3253-6 (Code du travail), l'obligation de contribution à l'AGS incombe à tous les employeurs de droit privé tels que les commerçants, les artisans, les agriculteurs, les professions libérales, les personnes morales de droit privé, les entreprises de travail temporaire (soumises à un taux de cotisation adapté), les sociétés commerciales dont le capital est majoritairement détenu par l'Etat. D'une manière générale les employeurs concernés sont ceux qui demeurent exposés au risque d'ouverture d'une procédure collective. Ce critère permet d'exclure par exemple les personnes morales de droit public mais pas les employeurs de gens de maisons et les syndicats de copropriété qui toutefois ne sont pas assujettis et d'inclure en revanche toute personne morale de droit privé

---

<sup>12</sup> Pélissier J. – Supiot A. – Jeammaud A., 2008 : 997 – 998 ;

même si elle se retrouve à gérer un service public administratif à l'instar des organismes de sécurité sociale<sup>13</sup>.

Les salariés bénéficiaires de la garantie sont ceux des employeurs tenus de participer au financement de la garantie et en leur faveur opère le principe de l'automatisme des prestations en vigueur par exemple dans l'assurance chômage en vertu duquel le droit du salarié est garanti indépendamment du respect par l'employeur de la prescription légale d'affilier ses salariés ou de s'acquitter de ses obligations envers l'institution de garantie (art. L.3253-7 Cod. Trav.). Dans la catégorie des bénéficiaires, il faut recenser toutes les personnes engagées dans un lien de subordination juridique avec l'employeur, quelle qu'en soit la forme. Selon les dispositions de l'article 9, alinéa 1, de la Directive 2008/94/CE du Parlement Européen et du Conseil du 22/10/2008 relative à la protection des droits des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'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 ou exerçaient habituellement leur travail<sup>14</sup>. Le réflexe dans la discipline Française est que l'AgS doit compter parmi ses assurés les salariés d'entreprises d'un autre Etat membre exerçant en France<sup>15</sup> (art. 3253-18-1 Cod. Trav.).

## 2.2 La discipline communautaire de l'assurance insolvabilité de l'employeur.

La protection des créances salariales a suscité l'intérêt du législateur communautaire dès la fin des années '70 avec l'émanation de la directive 80/987/CEE du 20 octobre 1980<sup>16</sup>. Les motivations à la base de cette directive ont trait à la nécessité d'assurer un développement économique et social équilibré dans la Communauté et à celle de réduction des différences qui peuvent avoir une incidence directe sur le fonctionnement du marché commun<sup>17</sup>. Son objet plus précis est de permettre le paiement des créances salariales malgré la défaillance de

---

<sup>13</sup> Cass.soc., 12 janv. Et 1<sup>er</sup> juin 1978 : Dr. Soc. 1979, 30, à propos de l'ORGANIC, d'une CAF et d'une CPAM. – Cass. soc., 21 avril 1988 : Bull. civ. V. n. 245, URSSAF.

<sup>14</sup> CJCE, 16 oct. 2008, aff. C-310/07, Svenska staten contro Anders Holmqvist, Rec.2008, I-7871.

<sup>15</sup> Cass. soc. 20 janv. 1998, Dr. Soc. 1998, 298, obs. R. Vatinet ; 2 juillet 2002, Dr. Soc. 2002, 1004, obs. C. Radé. Lorsque l'entreprise a son siège hors de l'Union européenne, la garantie est due si le jugement de faillite a fait l'objet d'une décision d'exequatur (Cass. soc. 3 juin 2003, Dr. Soc. 2003, 846, rapp. Y.Chagny, RJS 8-9/03, n°1020).

<sup>16</sup> JO L 283 du 28.10.1980 : 23–27.

<sup>17</sup> Considérants 1 et 2 de la directive 80/987/CEE.

l'employeur, grâce à la création d'une institution de garantie financée par les entreprises et indépendante de celles-ci<sup>18</sup>. En effet, cette directive intervient dans un contexte européen où les épisodes de faillites d'entreprises ne cessent de croître<sup>19</sup> et leur impact social devient grandissant. Par ailleurs on observe dans les États membres, d'un côté des différences législatives et de l'autre l'inadéquation des instruments traditionnels du droit privé que sont le privilège et le superprivilège quant à la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur. De l'avis du législateur communautaire, toutes ces motivations sont suffisantes pour adopter la directive n. 80/987/CEE qui fixe des prescriptions minimales applicables à l'ensemble des États membres afin de garantir le paiement des créances salariales malgré la défaillance de l'employeur<sup>20</sup>.

Cette directive a été modifiée d'abord en 1987 (cf. directive n. 87/164/CEE du 02 mars 1987<sup>21</sup>), pour l'adapter suite à l'adhésion de l'Espagne (Traité d'adhésion du 11 juin 1985) et ensuite en 2002 (directive n. 2002/74/CEE du 23 septembre 2002<sup>22</sup>) principalement pour discipliner les situations d'insolvabilité transnationale. En 2008, toute la discipline a été recodifiée par la directive n. 2008/94/CE<sup>23</sup> qui a abrogé toutes les directives précédentes et constitue dès lors le texte législatif communautaire de référence en matière de protection des droits des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur.

La directive 2008/94/CE met à la charge des employeurs l'obligation du financement du régime de l'assurance insolvabilité à moins que celui-ci soit entièrement financé par l'État (art. 5, lettre b). Elle ne définit pas les catégories d'employeurs soumis à cette obligation, tout comme elle ne précise pas la notion de travailleur salarié (contrairement, par exemple, au droit de la mobilité des travailleurs dans l'Union européenne) ni celle de rémunération, réservant cette faculté aux dispositions législatives, règlementaires et administratives des États membres. Cette faculté reconnue aux États membres par la directive de spécifier le

---

<sup>18</sup> Rodière P., 2008 : 499.

<sup>19</sup> Par exemple en RFA (République Fédérale d'Allemagne, l'Allemagne de l'Ouest avant la réunification des deux Républiques allemandes) le nombre de réquisitions de faillites est passé de 3943 en 1970 à 9744 en 1977, cf. Statistisches Jahrbuch, 1978, 129, cf. Leitao A.R. 1981 : 539 qui cite L. Dalles, in La protection des droits des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur, éd. Centre d'études juridiques européennes, Genève, 1980, 3.

<sup>20</sup> □ Hennion S. – Le Barbier Le Bris M. – Del Sol M., 2010 : 454.

<sup>21</sup> JO L 66 du 11 mars 1987.

<sup>22</sup> JO L 270/10 du 08 octobre 2002.

<sup>23</sup> JO L 283/36 du 28.10.2008.

contenu des termes importants tels que travailleur, employeur, rémunération, droits acquis ou en cours d'acquisition est certainement de nature à générer une tutelle différenciée des droits des travailleurs au sein des pays membres<sup>24</sup>, eu égard au fait que les droits reconnus aux travailleurs dans chaque Etat membre dépendront des définitions attribuées aux termes travailleur, employeur, rémunération dans chaque législation nationale. Concernant la nécessité de doter le mécanisme de l'assurance insolvabilité des moyens financiers nécessaires lui permettant de remplir sa mission, de la lecture du texte de la directive on ne décèle de façon explicite ni une exclusion des travailleurs à la participation au financement de cette protection ni une obligation de l'Etat membre de contribuer au financement de l'assurance insolvabilité. Ces choix du législateur communautaire appellent de notre part quelques réflexions. En premier lieu il convient de s'interroger sur la participation des travailleurs au financement de la garantie de son droit à la rétribution. Une telle suggestion pourrait être assimilée à une provocation. Mais dans un contexte comme celui actuel où on ne cesse de stigmatiser le coût du travail élevé et donc la nécessité de le réduire pour rendre les entreprises compétitives, une telle solution peut être explorée<sup>25</sup>. Il est naturel que le risque d'entreprise repose sur l'entrepreneur, mais n'est-il pas raisonnable de penser à un partage d'une portion de ce risque entre les entreprises et les travailleurs pour justement encourager l'essor de l'esprit d'entreprise ? D'autre part, dans une optique de solidarité, tous les travailleurs pourraient participer au financement de l'assurance insolvabilité (ne serait-ce qu'avec une contribution symbolique) pour se montrer justement solidaires envers ceux de leurs collègues qui non seulement perdent leur emploi et mais sont en plus dans la nécessité de devoir recouvrer leurs créances salariales. En deuxième lieu, la directive évoque la possibilité de l'Etat de concourir ou de financer totalement l'assurance insolvabilité. Mais l'ossature législative actuelle (du moins en France et en Italie) montre que le financement de cette assurance a été garanti et continue de l'être par les employeurs<sup>26</sup>. Il est indéniable que l'assurance insolvabilité de l'employeur participe au maintien de la cohésion sociale. Compte tenu de cette vertu, le rôle de l'Etat par rapport au financement de cette garantie ne saurait continuer à être celui

---

<sup>24</sup> Arrigo G., 2001: 123.

<sup>25</sup> D'avis contraire, Metin D., 2011 : 3, pour qui « les travailleurs n'ont pas vocation à assumer les risques engendrés par la volonté de ceux qui les emploient ».

<sup>26</sup> En Italie, art. 2, Loi n. 297/1982 ; en France, art. L.3253, alinéa 18, Code du travail.

de spectateur : malgré les mesures d'austérité mises en œuvre actuellement par les gouvernements français et italien, qui témoignent justement des difficultés budgétaires auxquelles sont confrontés ces Etats, il serait souhaitable d'envisager tout de même une participation de l'Etat au financement d'une garantie vitale pour les travailleurs. En définitive, la multiplication des sources de financement permettrait de doter les organismes de garantie de moyens supplémentaires pour le plus grand bénéfice des travailleurs.

Les travailleurs salariés sont les bénéficiaires de la garantie et la directive renvoie aussi aux droits nationaux quant à la définition de la catégorie de travailleur salarié, sans qu'il y ait toutefois la possibilité pour un État membre d'exclure certaines catégories de travailleurs (les travailleurs à temps partiel au sens de la directive 97/81/CE, les travailleurs ayant un contrat à durée déterminée au sens de la directive 1999/70/CE, les travailleurs ayant une relation intérimaire au sens de l'art. 1, point 2 de la directive 91/383/CEE) ou de subordonner l'application de la directive à une durée minimale du contrat de travail ou de la relation de travail.

Les règles de financement, d'organisation et de fonctionnement des institutions de garantie sont déterminées selon les législations nationales dans le respect des principes fixés par l'art. 5 de la directive 2008/94/CE. Selon ces principes, en premier lieu le patrimoine de ces institutions doit être indépendant de celui des employeurs et être constitué de façon qu'il ne puisse faire l'objet de saisie au cours d'une procédure collective ; en deuxième lieu les employeurs ont l'obligation de financer le régime de l'assurance insolvabilité sauf si ce financement est assuré par l'État et enfin il doit être prévu l'obligation pour ces institutions de payer les sommes dues indépendamment du respect par les employeurs de leurs devoirs vis-à-vis de l'institution de garantie. Ces principes ont pour but de prévenir l'introduction dans les législations nationales de critères ou modalités qui empêcheraient aux organismes de garantie de remplir effectivement leurs fonctions<sup>27</sup>.

### 2.3 Evolution de la discipline de l'assurance insolvabilité en Italie

Le respect par le législateur italien des obligations communautaires dérivant de la directive 80/987/CEE s'est effectué par étapes et ceci sous l'impulsion de diverses

---

<sup>27</sup> Arrigo G., cit., 128.

sentences de la CJCE<sup>28</sup> condamnant l'Etat italien. La transposition de cette directive commence par la loi n. 297 du 29 mai 1982 qui prévoit en son article 2 l'institution d'un fonds de garantie auprès de l'INPS<sup>29</sup> financé par les contributions des employeurs et destiné à garantir le paiement du Traitement de fin de rapport<sup>30</sup> (TFR) en cas d'insolvabilité de l'employeur. Il ne s'agit là donc que d'une garantie couvrant seulement une créance salariale différée (le TFR) dont le montant dépend de l'ancienneté du travailleur<sup>31</sup>. En revanche, la discipline de l'assurance insolvabilité telle que énoncée par la loi n. 297/1982 se révèle lacuneuse quant à la tutelle des créances salariales relatives aux trois derniers mois de la relation de travail, qui constituent par ailleurs le noyau essentiel des exigences de la directive 80/987/CEE. Dans une première censure<sup>32</sup> de la législation italienne en matière d'assurance insolvabilité de l'employeur, le juge communautaire va affirmer, entre autres griefs, que la tutelle apprêtée par le législateur italien, laissant de côté les rétributions diverses du TFR, ne respecte pas les indications de la directive qui imposent « le paiement des droits relatifs aux trois derniers mois ». La persistance de l'inertie de l'Etat italien face aux critiques contenues dans la sentence du 02 février 1989 va offrir l'occasion au juge communautaire dans un arrêt (historique) du 19 novembre 1991 (sentence Francovich<sup>33</sup>) d'affirmer par la suite le principe de la responsabilité pour faute

---

<sup>28</sup> Voir, entre autres, CJCE, sentence 2 février 1989, affaire n. 22/1987, Commission / Italie (Rec.1989, p.143); Arrêt 19/11/1991, affaires jointes, c-6/90 et c-9/90, Francovich et Bonifaci c/ République Italienne, Rec. 1991, I-5357.

<sup>29</sup> *Istituto Nazionale della Previdenza Sociale* (littéralement Institut national de prévoyance sociale)

<sup>30</sup> Le Traitement de fin de rapport (Tfr), règlementé par l'art. 2120 Code civil italien, est une somme que l'employeur doit payer au travailleur chaque fois qu'il y a cessation du contrat de travail. Son montant s'obtient en additionnant pour chaque année, une part égale à la rétribution annuelle divisée par 13.5 et à laquelle il faut ajouter la réévaluation de la part de l'année précédente. Le droit au Tfr se perfectionne exclusivement au moment de la cessation du contrat de travail, puisque les parts annuelles ne sont que de pures réserves comptables. Le droit au tfr se prescrit en cinq ans (art. 2948, Cod. Civ) à compter de la date de cessation du contrat de travail. Quand le droit au Tfr découle d'une sentence de condamnation passée en jugement, il se prescrit en dix ans (art. 2953 Cod. Civ.).

<sup>31</sup> Dans le sens que le législateur italien a introduit à travers cette disposition une tutelle non prévue par la directive et plus favorable aux travailleurs au sens de l'art. 9 de la directive 80/987 Cee, Ghera E., 2006 : 220.

<sup>32</sup> CJCE, sentence 2 février 1989, affaire n. 22/1987, Rec.1989, p.143.

<sup>33</sup> Arrêt 19/11/1991, affaires jointes, c-6/90 et c-9/90, Francovich et Bonifaci c/ République Italienne, Rec. 1991, p. I-5357, note de R. Foglia, Massimario di Giurisprudenza del Lavoro (MGL), Milan, 1991, 649.

d'un Etat membre (l'Italie) pour les dommages causés aux particuliers pour non transposition d'une directive qui leur soit applicable<sup>34</sup> (art.189 TCE).

C'est dans ce contexte que l'Italie adopte en 1992 le décret législatif n. 80/1992<sup>35</sup> pour pallier aux insuffisances de sa législation en matière d'assurance insolvabilité de l'employeur stigmatisées notamment dans les deux sentences de la CJCE à peine évoquées.

Ce décret confirme le Fonds de garantie créé en 1982 (art. 2, loi du 29 mai 1982) dans son rôle d'organisme habilité à intervenir pour assurer le paiement des créances salariales (en plus de celles relatives au TFR). En particulier, les alinéas 1 et 2 de l'art. 1 précisent le champ d'application subjectif de la garantie : tout travailleur ou ses ayant-droits peut bénéficier du paiement de ses créances salariales, sur demande, lorsque son employeur fait l'objet d'une procédure de faillite, de concordat préventif, de liquidation forcée administrative ou bien d'une procédure d'administration extraordinaire (alinéa 1)<sup>36</sup>. Cette tutelle est étendue aux travailleurs dont les employeurs ne sont pas soumis aux procédures collectives susmentionnées pourvu que les garanties patrimoniales de ces employeurs se soient révélées entièrement ou partiellement insuffisantes<sup>37</sup> suite aux actions d'exécution forcée que les travailleurs doivent nécessairement d'abord tenter et en apporter la preuve (alinéa 2). L'article 2 par contre redimensionne la portée de la garantie en introduisant un plafond de paiement égal à trois le montant du traitement net d'intégration salariale (alinéa 2) et en prévoyant l'interdiction de cumul (en fonction des montants) du paiement effectué par le fonds de garantie avec d'autres bénéfiques comme la CIG<sup>38</sup>, l'indemnité de mobilité (alinéa 4).

---

<sup>34</sup>Cette responsabilité est subordonnée à trois conditions : que le résultat prescrit comporte l'attribution de droits au profit des particuliers, que le contenu de ces droits puisse être identifié sur la base des dispositions de la directive et qu'un lien de causalité soit établi entre la violation de l'obligation qui incombe à l'Etat et le dommage subi par la personne lésée (point 40), Hennion S. – Le Barbier Le Bris M. – Del Sol M., 2010 : 455.

<sup>35</sup> Pour un premier commentaire de ce décret, Vallebona A., 1993: 72 – 89.

<sup>36</sup> Galantino L., 2009: 652.

<sup>37</sup> Cinelli M., 2003: 334.

<sup>38</sup> Cassa integrazione guadagni (CIG), littéralement c'est la Caisse d'intégration des gains. C'est un amortisseur social prévu en Italie en faveur des travailleurs dont le contrat est suspendu ou qui travaille avec un horaire réduit. L'institut a été introduit pour la première fois avec le décret législatif, n. 869 du 12/08/1947 du chef de l'Etat provisoire, qui contenait des dispositions sur les subventions salariales, puis ratifié avec des modifications par la loi 21 mai 1951, n. 498. Enfin, la loi n. 223 de 1991 a modifié certains paramètres limitant le temps de l'octroi de la CIG afin de prévenir d'éventuels abus.

Le décret législatif n. 80/1992 a été modifié en 2005 par le décret législatif n. 186/2005 qui a transposé en droit italien la directive communautaire n. 74/2002 modifiant la directive n. 80/987. L'innovation majeure apportée par le décret législatif n. 185/2005 est la discipline des situations d'insolvabilité transnationale qui se vérifient lorsqu'un travailleur qui a habituellement exercé son activité en Italie dépend d'une entreprise ayant des activités dans au moins deux États membres et constituée selon le droit d'un autre État membre où elle est soumise à une procédure collective.

Dans ce cadre législatif pivotant autour du décret législatif n. 80/1992, l'INPS en charge du Fonds de garantie a prédisposé une normative secondaire sous formes de circulaires et sont intervenues diverses décisions jurisprudentielles qui ont toutes pour dessein d'aller au-là de la teneur littérale des normes pour favoriser une plus ample tutelle des droits des travailleurs. La détermination des créances couvertes par la garantie nous offre le cadre nécessaire pour approfondir l'étude des circulaires prises par l'INPS et illustrer le caractère progressiste dans le sens d'une meilleure tutelle des droits des travailleurs de certaines décisions jurisprudentielles aussi bien en France qu'en Italie.

### **3. LA DETERMINATION DES CREANCES COUVERTES PAR LA GARANTIE.**

#### 3.1 Sur le plan matériel

##### 3.1.1 En France

Le législateur français pose le principe selon lequel l'AGS garantit aux salariés « les créances résultant du contrat de travail » (C. com., art. L.625-9) ou encore les « sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail » (C. trav. art. L.3253-6). Cette expression recouvre à l'évidence les salaires<sup>39</sup> et accessoires versés en rémunération du travail, ainsi que les indemnités dues en cas de rupture du contrat de travail (par licenciement ou conclusion d'une convention de conversion)<sup>40</sup>. Il s'agit d'un concept assez large qui a trouvé une spécification ultérieure à travers l'inclusion prévue par le législateur d'autres éléments sous

---

<sup>39</sup> Cass. Soc., 6 mai 1997 : RJS 8-9/1997, n°984. – Cass. Soc., 14 déc. 1999 : RJS 1/2000, n°45 : la contrepartie pécuniaire d'une obligation de non-concurrence est un salaire.

<sup>40</sup> Morvan P., 2010 : 769.

l'impulsion d'une production jurisprudentielle intense<sup>41</sup> visant à garantir une plus grande tutelle aux intérêts des travailleurs.

Parmi ces éléments inclus par le législateur et dont l'AGS doit garantir le paiement on peut citer les sommes dues au titre de l'intéressement et de la participation des salariés, « lorsqu'elles revêtent la forme d'un droit de créance sur l'entreprise » (C. trav., art. L. 3523-10) ; les arrérages de préretraite dus à un salarié ou à un ancien salarié en application d'un accord ou d'une convention collectif<sup>42</sup>, à condition que ce dernier ait été conclu au moins six mois avant l'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement et que le départ en préretraite intervienne à cinquante-cinq ans au plus tôt (C. trav., art. L.3253-11 et art. D.3253-3).

### 3.1.2 En Italie

En Italie, le décret législatif n. 80/1992 se limite à prescrire que les créances couvertes par le fonds de garantie soient celles relatives aux trois derniers mois de la relation de travail. La spécification des créances garanties *rationae materiae* par le fonds de garantie est assurée par la normative secondaire, et en l'occurrence la circulaire de l'INPS n. 74 du 15/07/2008 telle que modifiée par celle du 04/03/2010. Elle stipule notamment que « peuvent être mises à la charge du fonds de garantie seulement les créances salariales (différentes du TFR) relatives au dernier trimestre et ayant nature de rétribution au sens propre, les fractions du 13<sup>ème</sup> mois et d'autres mensualités additionnelles, ainsi que les sommes dues par l'employeur au titre de prestations de maladie et de maternité. Doivent être par contre exclues l'indemnité de préavis, l'indemnité pour congés non pris et celle de maladie à la charge de l'INPS que l'employeur aurait dû anticiper. Cette énonciation semble assez limitée, circonstance qui confie à la jurisprudence la mission de préciser à l'occasion la typologie de créances couvertes par le fonds de garantie.

---

<sup>41</sup> Cet interventionnisme débordant de la jurisprudence a été qualifié de libéralisme ruineux pour l'AGS, v. Morvan P., cit. 771. À notre avis, il est un fait que l'AGS s'est souvent retrouvée confrontée à des déséquilibres financiers. Doit-on en attribuer la responsabilité à l'activité de la jurisprudence jugée trop libérale dès lors que celle-ci est vouée essentiellement à une meilleure tutelle des droits économiques des travailleurs ? Il nous semble que l'objectif doit être plutôt de doter l'AGS de moyens supplémentaires en recherchant d'autres sources de financement.

<sup>42</sup> Cass. Soc., 30 sept. 2004: Bull. civ. V, n° 242.

Concernant l'intervalle temporel pris comme référence par le législateur (trois derniers mois de la relation de travail, alinéa 1, art. 2, décret législatif n. 80/1992) il a donné lieu à un contraste jurisprudentiel : une première interprétation a privilégié le respect de la teneur littérale du texte en limitant l'application de la disposition aux seuls cas où les rétributions non perçues et objet de la tutelle du fonds de garantie étaient dues dans les trois mois précédant la cessation du contrat de travail, en excluant donc toutes les situations, toujours en rapport à cette période, où rien n'était dû et l'insolvabilité avait trait à un autre trimestre<sup>43</sup>. Une autre orientation de la jurisprudence a par contre donné la priorité à une interprétation téléologique de la disposition de quo par rapport à celle littérale, afin de garantir la tutelle effective des droits du travailleur. Selon cette position, la couverture du fonds de garantie est donc admise pour les trois derniers mois de la relation de travail, indépendamment du fait que ces derniers mois coïncident avec les trois derniers mois du rapport de travail. En conséquence, l'assurance insolvabilité doit couvrir aussi les cas où ces trois derniers mois n'ont pas été rémunérés par exemple pour une permission non rémunérée ou pour une suspension en vertu d'un accord individuel ou syndical. Selon de cette interprétation, il doit être retenu que, toutes les fois où le contrat de travail est resté suspendu, sans obligation de payer la rétribution, antérieurement à la date indiquée à l'art. 2, alinéa 1, du déc. lég. n. 80/1992, la tutelle concerne les trois mensualités précédant la période de suspension, dans la limite des douze mois, considérant la circonstance que la garantie de la perception effective de la rétribution renvoie aux dernières mensualités de la relation de travail prise dans son effectivité et donc en excluant les périodes de suspension. En d'autres termes, là où les trois derniers mois de la relation de travail coïncident avec une période où le travailleur n'a pas droit à la rétribution, cette période même doit être « neutralisée », de façon que la garantie puisse couvrir les périodes précédant le dernier trimestre de la relation de travail<sup>44</sup>. La jurisprudence plus récente semble opter pour cette dernière interprétation, la retenant plus conforme à celle de la CJCE<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Cass. n. 12081/2003; Cass. n. 15789/2004.

<sup>44</sup> Cass. 26.08.2005, n. 17357/2005, in Guida al lavoro 2005, n. 43, 35.

<sup>45</sup> CJCE, 15.05.2003, affaire n. 160/01, in Guida al lavoro, 2003, n. 28, 12.

## 3.2 Sur le plan temporel

### 3.2.1 En Italie

Le critère temporel fixé par l'art. 2, alinéa 1 du décret législatif n. 80/1992 autorise le Fonds de garantie à payer seulement les créances salariales relatives aux trois derniers mois de la relation de travail. Mais cela ne suffit pas : ces trois derniers mois doivent en outre être inclus dans une période de douze mois précédant la procédure collective. La détermination du dies a quo (expression qui littéralement signifie: "le jour à partir duquel") à partir duquel effectuer le décompte pour déterminer les douze mois dans lesquels doivent être compris les trois derniers mois du contrat de travail devient donc fondamentale pour distinguer les créances couvertes par le fonds de garantie de celles qui bien qu'ayant la nature requise n'appartiennent cependant pas à l'intervalle temporel pertinent fixé par le législateur. Cette détermination a été modulée par le législateur en fonction de la situation du travailleur au regard de la procédure collective envisagée<sup>46</sup> :

- i. Le contrat de travail du travailleur a cessé avant l'ouverture de la procédure collective.

La détermination du dies a quo se fera en fonction du type de procédure dont fait l'objet l'employeur. S'il s'agit d'une procédure de faillite, la date dont il faut partir pour déterminer les douze mois dans lesquels doivent être compris les trois derniers mois du contrat de travail est celle du dépôt au tribunal du premier recours qui a causé la déclaration de faillite, indépendamment de la personne qui a proposé ce recours. En cas de liquidation forcée administrative, le dies a quo est la date du recours au tribunal pour la déclaration d'insolvabilité (art. 195, Loi sur la faillite, L.F.), ou la date du décret de liquidation (si elle est précédente) émis par l'autorité administrative qui exerce la vigilance sur cette entreprise. Si la procédure collective en cours est le concordat préventif, le dies a quo est la date du dépôt du recours pour l'ouverture de la procédure (art. 161, L.F.). Lorsqu'il s'agit d'une administration extraordinaire, le dies a quo est la date du dépôt au tribunal du recours pour la déclaration d'insolvabilité (art. 3 décret législatif 270/99) ou la date de présentation au Ministère des activités productives de la demande pour l'admission à la procédure s'il s'agit d'entreprises de grande

---

<sup>46</sup> Circulaire de l'INPS 15.07.2008, n. 74.

dimension (art. 2 Loi n. 39/2004). Par ailleurs, lorsque le travailleur a saisi la justice pour obtenir le paiement de ses créances avant les dates indiquées aux points précédents, le dies a quo à partir duquel calculer les douze mois dans lesquels les trois derniers mois du contrat doivent retomber est la date du dépôt au tribunal de ce recours. Cette possibilité d'anticiper le dies a quo est toutefois réservée au seul travailleur ayant saisi la justice avant l'ouverture de la procédure collective, sans que les autres puissent s'en avantager. A ce sujet la circulaire de l'INPS n.74 du 15/07/2008 (point 4.1.1, lettre a) précise que la demande de réalisation d'une tentative de conciliation aux sens de l'art. 410 Code Procédure Civile (CPC)., étant une phase précontentieuse, ne peut équivaloir à une initiative judiciaire, de sorte qu'un travailleur ne saurait invoquer cette demande de conciliation comme un motif valide pour anticiper le dies a quo.

i. Lorsque le travailleur a entrepris une procédure d'exécution individuelle sur le patrimoine de l'employeur, le dies a quo est la date du dépôt au tribunal du recours pour la tutelle de ses créances salariales.

ii. Pour les travailleurs qui ont effectivement continué la relation de travail après l'ouverture de la procédure collective, le dies a quo sera la date de la décision de mise en liquidation, de cessation de l'exploitation provisoire, de retrait de l'autorisation de continuation de l'exploitation provisoire. Si la cessation de la relation de travail intervient durant la poursuite de l'activité de l'entreprise, le décompte des douze mois se fera à partir de la date de licenciement ou de démission du travailleur.

Concernant le délai de douze mois (art. alinéa 1, décret législatif 80/1992), la teneur littérale du texte a donné lieu à des difficultés d'interprétation : par exemple, considérant la durée de la procédure pour la déclaration de la faillite, lorsque la relation de travail finit avant les douze mois précédant la déclaration de faillite, en appliquant à la lettre le texte en question, le travailleur ne pourrait vanter aucun droit auprès du fonds de garantie pour le paiement de ses créances salariales. Fort heureusement pour les travailleurs, lorsque la question fut soulevée auprès de la Cour Justice des Communautés Européennes (CJCE) celle-ci clarifia que, en vertu de la directive n. 80/987 CEE, l'insolvabilité de l'employeur se détermine au moment de l'ouverture de la procédure pour la déclaration de la faillite, et non au moment successif où cette faillite est déclarée, bien qu'il soit nécessaire d'attendre cette déclaration de faillite pour formuler la demande de

paiement à l'endroit du fonds de garantie<sup>47</sup>. A la lumière de cette sentence de la Cour de Luxembourg, la Cour de cassation italienne a retenu que la couverture du Fonds de garantie pour le paiement des créances salariales soit étendue à toutes les situations où ces créances sont nées dans les douze mois précédant l'ouverture de la procédure pour la déclaration de faillite, et non dans les douze mois précédant la sentence qui déclare la faillite de l'employeur<sup>48</sup>.

Sur un tout autre versant, le législateur s'est aussi préoccupé du sort des créances salariales restées sans tutelle du fait de la transposition tardive par l'Etat italien de la directive n. 80/987 CEE. Sur la base du principe de responsabilité étatique établi par la sentence Francovich, le décret législatif n. 80/1992 (art. 2, alinéa 7) a reconnu aux travailleurs titulaires de ces créances un droit au dédommagement<sup>49</sup> en réparation du préjudice qu'ils avaient subi. L'organisme tenu à verser cette indemnité de dédommagement est l'Institut national de prévoyance italien (INPS), à travers le fonds de garantie<sup>50</sup> institué aux sens de l'article 2 de la loi du 29 mai 1982.

### 3.2.2 En France

En vertu de l'article L.3253-8 du Code du travail, la garantie du paiement des salaires couvre trois catégories de créances nées au cours de phases distinctes et successives de la procédure collective, chacune de ces fenêtres de garantie étant subsidiaire par rapport à la précédente<sup>51</sup>.

Concernant les créances antérieures, c'est-à-dire les sommes dues aux salariés à la date du jugement d'ouverture de la procédure collective à l'instar des indemnités de préavis, de congés payés, des indemnités de licenciement et les dommages-intérêts alloués pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, elles sont couvertes par la garantie AGS lorsqu'il s'agit d'une procédure de redressement judiciaire. En revanche, la garantie AGS ne couvre pas les créances antérieures

---

<sup>47</sup> CJCE, 10.07.1997, affaire n. 373/1995, Maso e.a. / INPS et Repubblica italiana, Rec.1997, I-4051.

<sup>48</sup> Cass. 09.02.1999, n. 1106/1999, in Guida al lavoro, n. 24, 30.

<sup>49</sup> L'exercice de ce droit au dédommagement a été limité à un délai d'un an, retenu par ailleurs légitime par la CJCE, 10.07.1997, n. 261/95, in MGL., 1997, 827.

<sup>50</sup> Cour cost. 16.07.1993, n. 285, in RGL., 1993, II, 405; 31.12.1993, n. 512, in RIDL, 1994, II, 277; Cass. 19.01.1996, n. 401, in MGL, 1996, 192.

<sup>51</sup> Morvan. P., 2010 : 781.

telles que les salaires échus et les indemnités de rupture dues avant l'ouverture d'une procédure de sauvegarde<sup>52</sup>.

Une autre catégorie de créances est garantie en vertu de l'article L.3253-8, 2° : il s'agit des créances de rupture qualifiées ainsi du fait qu'elles naissent à l'occasion de la rupture des contrats de travail intervenant soit pendant la période d'observation, soit dans le mois suivant le jugement qui arrête le plan de sauvegarde, de redressement ou de cession, soit encore dans les quinze jours suivant le jugement de liquidation ou enfin pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation judiciaire et (depuis Ord. n° 2008-1345 du 18/12/2008) dans les quinze jours suivant la fin de ce maintien de l'activité.

En suivant toujours le critère temporel et en présence d'un jugement qui prononce la liquidation judiciaire, l'AGS garantit enfin dans la limite d'un certain plafond (v. infra, § 3.3), au titre de l'article L.3253-8, 4° du Code du travail, les sommes dues au cours de la période d'observation, au cours des quinze jours suivant le jugement de liquidation et pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation<sup>53</sup> et (depuis Ord. n° 2008-1345, 18/12/2008) dans les quinze jours suivant la fin de ce maintien de l'activité.

### 3.3 Les plafonds de garantie.

#### 3.3.1 En Italie

Les prestations assurées par le Fonds de garantie au titre du paiement des créances salariales sont plafonnées à une somme égale à trois fois le montant maximal mensuel du traitement extraordinaire d'intégration salariale net des retenues de contributions sociales (art. 2, alinéa 2, d.lg. n.80/1992)<sup>54</sup>. Concernant le système de calcul de ce plafond, la CJCE a eu à se prononcer sur la méthode retenue par l'INPS et en cette occasion<sup>55</sup> elle a clarifié que les États membres ne peuvent pas limiter l'obligation de paiement des organismes de garantie à une somme qui couvre les besoins primaires des travailleurs intéressés et de laquelle

---

<sup>52</sup> Cass. Soc. 28 sept. 2010: JCP S 2000, 1496, note T. Lahalle.

<sup>53</sup> Cass. Soc. 17 juin 2009 : RJS 10/2009, n°803.

<sup>54</sup> Circulaire de l'INPS 15.07.2008, n. 74.

<sup>55</sup> CJCE, Sentence 04.03.2004, Barsotti e.a, affaires réunies C-19/01, C-50/01, C-84/01 : Rec. 2004, I-12447.

on retrancherait les paiements effectués par l'employeur au travailleur pendant la période couverte par la garantie. Conformément à cette orientation de la CJCE, la Cour de Cassation italienne a affirmé que les sommes perçues pour la période des trois derniers mois du contrat de travail doivent être déduites du montant total des créances du travailleur et non du plafond<sup>56</sup>. En d'autres termes, la créance du travailleur envers le fonds de garantie se détermine calculant le revenu relatif aux trois derniers mois et en y déduisant les rétributions perçues : si la somme perçue est inférieure au plafond, elle doit être payée intégralement par le fonds ; si cette somme est supérieure, elle doit être réduite dans la limite du plafond.

L'alinéa 2 de l'article 2 du décret législatif n. 80/1992 prévoyait en outre une interdiction de cumuler le paiement du fonds de garantie, jusqu'à concurrence des montants, avec : a) le traitement extraordinaire d'intégration salariale perçu dans l'intervalle des douze mois ; b) les rétributions payées au travailleur pendant les trois derniers mois ; c) l'indemnité de mobilité reconnue au travailleur aux sens de la loi n. 223 du 23 juillet 1991, dans les trois derniers mois de la relation de travail. Ces interdictions de cumul sont à considérer aujourd'hui comme dépassées. En effet le point b) susmentionné a été abrogé par le décret législatif n. 186 du 19/08/2005 qui transposait la directive n. 2002/74/CEE. Concernant le point c) qui prévoyait le non cumul du paiement du fonds de garantie avec l'indemnité de mobilité perçue dans les trois derniers mois successifs à la résolution du contrat de travail, la CJCE a jugé la législation italienne non-conforme au droit communautaire dans la partie où elle prévoit l'interdiction de cumuler les prestations du fonds de garantie avec l'indemnité de mobilité prévue par la loi n. 223 du 23 juillet 1991, laquelle a pour fonction de subvenir aux besoins du travailleur licencié dans les trois mois successifs à la cessation du contrat de travail<sup>57</sup>. Par rapport à l'interdiction de cumuler le paiement du Fonds de garantie avec le traitement extraordinaire d'intégration salariale, la circulaire de l'INPS n. 58 du 09.03.1999 avait déjà précisé que cette interdiction de cumul était limitée aux seules périodes coïncidant avec les trois derniers mois du contrat de travail. Compte tenu de la notion communautaire de rapport de travail élaborée

---

<sup>56</sup> Cass. 19.08.2004, n. 16268, in Guida al lavoro, 2004, n. 46, 50.

<sup>57</sup> CJCE, sentence 10.07.1997, affaire C-373/95, Maso c/INPS.

par la CJCE<sup>58</sup>, selon laquelle il ne saurait exister de rapport de travail incompatible avec la couverture du Fonds de garantie dans les périodes où il n'y a pas de droits à la rétribution, il est aussi à retenir non plus applicable cette interdiction de cumul du point c). Enfin reste maintenue la prévision selon laquelle le fonds de garantie peut fournir la prestation prévue à l'art. 1, alinéa 1 du décret législatif n. 80/1992 même en présence du traitement CIGS, accordé au sens de l'art. 3 de la loi n. 223 du 23.07.1991.

### 3.3.2 En France

La garantie de l'AGS couvre les créances salariales des travailleurs dans le respect d'une limite générale dépendant de l'ancienneté du travailleur et de limites spécifiques établies en fonction de la nature de la créance à indemniser.

S'agissant de la limite générale, l'article D.3253-5 du Code du travail prend déjà soin de fixer le montant maximum de la garantie de l'AGS à six fois le plafond mensuel retenu pour le calcul des contributions au régime d'assurance chômage (environ 70000 euros). Cette somme est ramenée à cinq fois ce plafond (environ 60000 euros) lorsque le contrat de travail générant la créance a été conclu moins de deux ans et six mois au moins avant la date du jugement d'ouverture de la procédure collective, et à quatre fois ce plafond si le contrat de travail a une ancienneté inférieure à six mois à la date du jugement d'ouverture de la procédure collective.

Quant aux plafonds spécifiques, il faut en distinguer deux : celui du superprivilège du salaire (art. L.3253-2, Cod. trav.) qui fixe l'indemnisation des créances superprivilégiées par l'AGS à deux fois le plafond mensuel de la sécurité sociale, et ce pour chacun des deux mois couverts par le superprivilège (art. D.3253-1) ; et un plafond de paiement des sommes dues en cas de liquidation judiciaire (art. L.3253-8, 4°, Cod. trav.) égal au plus petit des deux montants suivants : trois fois le plafond mensuel de la sécurité sociale pour un mois et demi de salaire ou deux fois ce plafond pour un mois de salaire (art. D.3253-2, Cod. Trav.).

D'une manière générale, le montant maximum de la garantie de l'AGS inclut les avances faites au salarié indépendamment des récupérations obtenues par

---

<sup>58</sup> CJCE, sentence 15.05.2003, affaire C-160/01, *Mau c/Bundesanstalt für Arbeit*, Rec.2003, I-4791.

l'organisme de garantie en vertu de la subrogation de ce dernier dans les droits du salarié<sup>59</sup>.

#### 4. CONSIDÉRATIONS FINALES

L'introduction du mécanisme de l'assurance insolvabilité dans le répertoire des instruments de tutelle des créances salariales a représenté certainement une avancée importante du droit de la protection sociale. Il s'agit néanmoins d'un chantier ouvert, l'évidence empirique montrant des aspects critiques susceptibles d'amélioration, eu égard au caractère vital de cette protection pour les travailleurs. Un premier aspect critique de l'assurance insolvabilité a trait aux plafonds de garantie qu'on retrouve soit dans la législation italienne que celle française<sup>60</sup>. Ces plafonds constituent une limite injuste aux droits du salarié<sup>61</sup> : l'assurance insolvabilité devrait mettre le travailleur dans les conditions de subvenir à ses besoins comme s'il était encore rémunéré par son employeur. Certes, les plafonnements de la garantie trouvent leur fondement dans le droit communautaire. Mais selon l'article 4 de la directive 2008/94/CE du 22.10.2008, les plafonds susceptibles d'être introduits par les pays membres « ne doivent pas être inférieurs à un seuil socialement compatible avec l'objectif de la directive », l'objectif de la directive étant celui de fournir un minimum de protection aux travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur (3<sup>e</sup> Considérant). Il nous semble donc que les différents législateurs, en fixant des plafonds jugés bas<sup>62</sup> et pour cela contestables, aient donné à l'expression « minimum de protection » une interprétation littérale, là il faudrait au contraire privilégier une interprétation téléologique. Il s'agit par ailleurs d'une expression assez vague<sup>63</sup> et sujette à débat. Une interprétation téléologique de cette expression est donc à privilégier par les législateurs pour garantir au travailleur un minimum de protection au moins équivalent à ce qu'il aurait perçu de son employeur sans tenir compte de

---

<sup>59</sup> Cass. Soc. 09.04.2008: Bull. civ., V, n. 82.

<sup>60</sup> En France, le décret n°2003-683 du 24.07.2003 (JO 27 juill. 2003, p. 12757) a considérablement abaissé le plafond de la garantie institué par le législateur. V. Taquet F., 2003 : 289.

<sup>61</sup> Metin D., 2011 : 3.

<sup>62</sup> Confédération européenne des syndicats (CES) qui juge les plafonds assez bas et les périodes de garantie relativement brèves, Commission Européenne, 2011 : 8.

<sup>63</sup> Commission Européenne, 2011 : 8.

tout le préjudice qu'il subit en termes d'attente, de procédures administratives à effectuer.

Un autre aspect critique de la garantie des salaires sont les sources de financement (v. supra § 2.2) : la seule connue aujourd'hui est la contribution des employeurs. Sans vouloir nous ériger en défenseur des intérêts des patrons, il est tout de même raisonnable de se demander si ces derniers continueront seuls à assurer le financement de cette tutelle, auquel cas il est peu probable d'obtenir par exemple une révision dans un sens plus favorable aux travailleurs des plafonds. Il nous sied de suggérer l'implication de l'État et de la collectivité des travailleurs dans le financement du mécanisme de l'assurance insolvabilité.

Par ailleurs d'autres circonstances contribuent à diminuer l'efficacité d'une garantie essentielle pour les travailleurs. On peut signaler à cet égard la longueur des procédures administratives pour le travailleur. Ceci est particulièrement vrai dans le cas de l'Italie. En effet pour arriver au paiement de ses créances salariales, le travailleur doit entreprendre une action d'évaluation des biens du débiteur, une tentative d'exécution, presque toujours une instance de faillite, une recherche de biens immobiliers et autres documents, avec des temps et des coûts imprévisibles<sup>64</sup>.

En France lorsque le travailleur réussit finalement à obtenir le paiement de ses créances, ces sommes sont ponctionnées par divers prélèvements à l'instar des frais de procédure, les droits de Pôle emploi et de l'administration fiscale, toutes circonstances qui contribuent à atténuer les vertus protectrices de l'assurance insolvabilité de l'employeur. Mais en même temps ces jugements portés sur le mécanisme de l'assurance insolvabilité peuvent représenter des indications pour les différents législateurs dans le sens d'une amélioration de l'efficacité d'un instrument de tutelle des droits des travailleurs.

---

<sup>64</sup> Casadio G., 2011: 751.

## Références bibliographiques en langue Française

- Blanpain Roger – Javillier Jean Claude (1995), *Droit du travail communautaire*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, 301 – 307 ;
- Commission Européenne (2011), *Relation de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la transposition et l'application de certaines dispositions de la directive 2008/94/CE relative à la tutelle des travailleurs subordonnés en cas d'insolvabilité de l'employeur*, Bruxelles, COM (2011), 84, définitif, 8 ;
- Guéry Gabriel (1999), *Restructurations d'entreprises en Europe. Dimension sociale*, Paris, De Boeck Université, 267- 312 ;
- Hennion Sylvie – Le Barbier Le Bris Muriel – Del Sol Marion (2010), *Droit social européen et international*, Paris, PUF, 454 – 462 ;
- Jobert Benoît (2007), *La qualité de la protection du salarié*, dans Lyon-Caen Antoine et Urban Quentin (sous la direction de), *Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, Paris, Editions Dalloz, 99 -107 ;
- Leitao Augusto Rogério (1981), *L'insolvabilité des employeurs et les droits des travailleurs*, Cahiers de Droit Européen, 539 – 556 ;
- Lyon-Caen Gérard et Lyon-Caen Antoine (1993), *Droit social international et européen*, Paris, Editions Dalloz, 308 – 310 ;
- Lyon-Caen Pierre (2007), *Quelques aspects de la protection des intérêts financiers des salariés*, dans Lyon-Caen Antoine et Urban Quentin (sous la direction de), *Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, Editions Dalloz, Paris, 89 – 98 ;
- Metin David (2011), *L'insolvabilité de l'employeur, fatal obstacle à la réparation intégrale*, Le Droit Ouvrier, n. 753, 3 ;
- Metin Metin (2008), *L'association pour la Gestion du régime d'assurance des salariés (A.G.S). Acteur économique et social*, Mémoire de Master II Droit des affaires, Université de Bourgogne, Faculté de droit et de science politique ;
- Morvan Patrick (2010), *Restructurations en droit social*, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, LexisNexis, Litec, 751-790 ;
- Pélissier Jean – Supiot Alain – Jeammaud Antoine (2008), *Droit du travail*, Paris, Dalloz, Coll. « Précis », 935 – 938, 997 – 1008 ;
- Rodière Pierre (2008), *Droit social de l'Union Européenne*, Paris, LGDJ, 499 – 505.

- Taquet François (2003), *Les nouvelles règles relatives aux plafonds AGS*, Revue des procédures collectives, n° 4, 289.

#### Références bibliographiques en langue Italienne

- Arrigo Gianni (2001), *Il Diritto del lavoro dell'unione europea*, Milan, Giuffrè Editeur, 122 – 152;
- Casadio Gianni (2010), *Fondo di garanzia Inps e fallimento : un percorso a ostacoli*, Il lavoro nella giurisprudenza, n. 8, 751 – 757;
- Cinelli Maurizio (2003), *Diritto della previdenza sociale*, Turin, G. Giappichelli Editeur, 329 – 340;
- Civile Giuseppe (1993), *Insolvenza dell'imprenditore e tutela dei crediti di lavoro*, Rivista Giuridica del Lavoro e della previdenza sociale, I, 441 – 469;
- Galantino Luisa (2009), *Diritto del lavoro*, Turin, G. Giappichelli Editeur, 652
- Ghera Edoardo (2006), *Diritto del lavoro*, Bari, Cacucci Editeur, 2006, 218 – 220;
- Vallebona Antonio (1993), *La garanzia dei crediti di lavoro e della posizione previdenziale in caso di insolvenza del datore di lavoro*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro (RIDL), 72 – 89.