

BULLETIN JOLY SOCIÉTÉS

ACTUALITÉ DU DROIT DES SOCIÉTÉS

ÉCLAIRAGE

L'avenir des sociétés sportives (à propos du rapport Besson) → PAGE 110
Didier Poracchia

JURISPRUDENCE

Selon la Chambre commerciale l'usufruitier de droits sociaux aurait la qualité d'associé... → PAGE 116
Thierry Revet

Valeur probatoire de l'ordre de mouvement d'actions et rôle de la société émettrice → PAGE 128
Thibaut Massart

Retour sur l'action de concert : à propos de l'arrêt Gecina → PAGE 135
Hervé Le Nabasque

De la responsabilité personnelle des dirigeants d'une SA cotée
jugés trop généreux envers leur prédécesseur → PAGE 148
Philippe Merle

Cession de parts à prix d'expert autorisée par un juge-commissaire :
faculté restreinte de contester → PAGE 161
Jean-François Barbiéri

DOCTRINE

Premiers regards de la profession d'administrateur et mandataire judiciaire
sur la réforme du droit des entreprises en difficulté → PAGE 198
Philippe Froehlich

L'équivalence en droit financier → PAGE 204
Erik Le Dolley

PRATIQUE

Les nouvelles responsabilités des comités d'audit → PAGE 216
Philippe Merle



lextenso éditions

En outre, le juge-commissaire n'aurait aucune compétence pour désigner un estimateur sur le fondement de l'article 1843-4. Faut-il rappeler que ce texte réserve le pouvoir de désigner cet « expert » au seul « président du tribunal statuant en la forme des référés »⁶, même si, selon la troisième chambre civile, cette prérogative pourrait être étendue à la juridiction collégiale⁷, étant souligné que la juridiction ne saurait procéder elle-même à l'estimation des droits sociaux à transmettre, ni à la fixation de leur prix⁸ ?

3. Rien de tel, à l'inverse, pour la détermination du prix de cession dans la vente de gré à gré que pouvait ordonner - autrefois - ou que peut autoriser - dorénavant - le juge-commissaire, quelle que soit la nature du bien concerné : cette détermination du prix lui revient, ce qui n'interdit nullement au juge-commissaire de se faire assister d'un technicien pour apprécier le bien. Mais ce technicien est alors celui de

l'article 232 du Code de procédure civile, qui est là pour éclairer le juge de ses « lumières » (*sic*) et non pour le lier par ses appréciations ; en l'occurrence, d'ailleurs, le juge-commissaire avait choisi d'autoriser la cession à des candidats acquéreurs pour un prix conforme à l'évaluation avancée par le technicien auquel il avait recouru, ce qui supprimait tout grief de défaut d'objectivité.

Sous réserve que l'autorisation donnée par le juge-commissaire demeure dans la limite de ses attributions, qu'elle soit consentie au profit de l'auteur identifié d'une offre - ce qui était le cas en l'espèce⁹ - et qu'elle respecte, s'il y a lieu, les droits antérieurement constitués sur le bien concerné par la vente de gré à gré¹⁰, aucune autre voie de recours que la saisine du tribunal n'est ouverte, sauf au ministère public¹¹. Le constat, ici, de l'absence d'excès de pouvoir emportait donc la solution d'irrecevabilité.

Jean-François Barbiéri
Professeur au CDA (Toulouse-I)
et au CREOP (Université de Limoges)

- 6 En faveur d'une interprétation stricte de l'article 1843-4, dont les dispositions seraient d'ordre public : Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 2003 : *Bull. Joly Sociétés*, 2004, p. 286, § 51, note A. Couret ; *D.*, 2003, p. 3053, obs. A. Lienhard ; *Dr. sociétés*, 2004, comm. n° 95, obs. F. G. Trébulle ; *Rev. sociétés*, 2004, p. 93, note Y. Chartier ; *JCP E*, 2004, p. 661, obs. J.-J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; *Dr. et patr.*, mars 2004, p. 106, obs. D. Poracchia ; *RTD com.*, 2004, p. 116, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; Cass. com., 30 nov. 2004 (deux arrêts) : *Bull. Joly Sociétés*, 2005, p. 383 et 400, § 75 et 79, note H. Le Nabasque ; *D.*, 2005, p. 81, obs. A. Lienhard, et p. 2953, obs. J.-Cl. Hallouin et E. Lamazerolles ; *JCP E*, 2005, p. 139, note H. Hovasse ; *RTD com.*, 2005, p. 124, obs. M.-H. Monsérié-Bon
- 7 Considérant, avec bon sens, que la forme collégiale du tribunal ne saurait avoir moins de pouvoirs que son président statuant en la forme des référés : Cass. 3^e civ., 6 nov. 2002 : *Dr. sociétés*, 2003, comm. n° 65, obs. F.-X. Lucas ; *JCP E*, 2003, p. 13.
- 8 En ce sens que l'évaluation appartient au seul expert régulièrement désigné : Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 2003, préc.
- 9 L'ordonnance du juge-commissaire doit identifier le (ou les) bénéficiaire(s) d'une cession de gré à gré : Cass. com., 3 mai 2006 : *D.*, 2006, p. 1453, obs. A. Lienhard ; *JCP E*, 2006, n° 2331, spéc. n° 7, obs. M. Cabrillac.
- 10 Tel un engagement de préférence (Cass. com., 23 janv. 1996 : *Bull. Joly Sociétés*, 1996, p. 488, § 165, note J.-M. Calendini ; *D.*, 1996, p. 310, note F. Derrida ; Cass. com., 13 févr. 2007 : *D.*, 2007, p. 648, obs. A. Lienhard ; *JCP E*, 2007, n° 2548, chron. J.-P. Garçon ; *Act. proc. coll.*, 2007, comm. n° 51, obs. C. Regnaut-Moutier) ou, *a fortiori*, une promesse de vente (Cass. com., 7 mars 2006 : *D.*, 2006, p. 859, obs. A. Lienhard, et p. 2255, obs. F.-X. Lucas ; *Act. proc. coll.*, 2006, comm. n° 93, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; *RTD com.*, 2006, p. 669, obs. J.-L. Vallens).
- 11 V. déjà : Cass. com., 19 mars 1991 : *RJDA*, 1991/6, n° 543 ; *D.*, 1992, somm., p. 89, obs. F. Derrida.

Procédure d'insolvabilité. Présence économique stable. Critères.

Pour qu'une entreprise établie dans un État membre soit considérée comme ayant des activités sur le territoire d'un autre État membre, il n'est pas nécessaire que celle-ci dispose d'une succursale ou d'un établissement stable dans cet autre État. Il faut toutefois que cette entreprise dispose dans ce dernier État d'une présence économique stable, caractérisée par l'existence de moyens humains lui permettant d'y accomplir des activités.

CJCE, 4^e ch., 16 oct. 2008, n° C-310/07
Svenska Staten c/ Anders Holmqvist

LA COUR

1. La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 8 *bis* de la directive 80/987/CEE du Conseil, du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en

cas d'insolvabilité de l'employeur (*JO L* 283, p. 23), telle que modifiée par la directive 2002/74/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002 (*JO L* 270, p. 10, ci-après la « directive 80/987 »).

2. Cette demande a été présentée dans le cadre du litige opposant le Svenska staten, représenté par la Tillsynsmyndigheten i konkurser (Autorité de contrôle des procédures collectives, ci-après « l'Autorité »), à M. Holmqvist au sujet de l'octroi à ce dernier, à la suite de la faillite de son employeur, de la garantie de versement des salaires prévue par la législation suédoise.

[...]

Le litige au principal et les questions préjudicielles

8. M. Holmqvist était employé par la société par actions de droit suédois Jörgen Nilsson Åkeri och Spedition AB (ci-après « Jörgen Nilsson Åkeri och Spedition ») en qualité de chauffeur routier. Cette société, qui avait son unique établissement à Tjörnarp (Suède), ne disposait d'aucune succursale à l'étranger.

9. Le travail de M. Holmqvist consistait à effectuer des livraisons de marchandises de la Suède vers l'Italie et *vice versa*, en traversant l'Allemagne et l'Autriche. Le déchargement de ces marchandises en Italie était effectué par les personnels des différents clients réguliers ou occasionnels de Jörgen Nilsson Åkeri och Spedition, au moyen des équipements disponibles sur les lieux de livraison.

10. M. Holmqvist transportait également, d'Italie en Suède, des marchandises pour le compte de clients réguliers ou occasionnels. Les chargements correspondants étaient effectués par les personnels et au moyen des équipements disponibles sur place. M. Holmqvist surveillait ces opérations afin que soient respectées les règles relatives à la sécurité routière, mais le travail de chargement était effectué par d'autres personnes.

11. En Suède, les chargements et les déchargements de marchandises se déroulaient dans des conditions similaires.

12. Le 10 avril 2006, la juridiction de renvoi a constaté la faillite de Jörgen Nilsson Åkeri och Spedition.

13. Par décision du 27 juin 2006, l'administrateur judiciaire a admis M. Holmqvist au bénéfice de la garantie de versement des salaires, en application de la loi relative à la garantie salariale.

14. L'Autorité a demandé à la juridiction de renvoi de juger que M. Holmqvist n'avait pas droit au bénéfice de cette garantie dans le cadre de la procédure collective ouverte à l'encontre de Jörgen Nilsson Åkeri och Spedition.

15. L'Autorité a fait valoir devant cette juridiction que, étant donné que Jörgen Nilsson Åkeri och Spedition a exercé des activités dans des États membres autres que le Royaume de Suède et que M. Holmqvist a principalement exercé ses fonctions dans ces autres États, ce dernier ne pouvait bénéficier de ladite garantie. Elle soutient que la directive 80/987 n'exige pas qu'une entreprise dispose d'un lieu d'exploitation ou d'une succursale dans un autre État membre pour être

considérée comme y exerçant des activités et que, en l'espèce, tant Jörgen Nilsson Åkeri och Spedition que M. Holmqvist ont surtout exercé des activités en Allemagne, en Autriche et en Italie. Partant, ce dernier ne devait pas être admis au bénéfice de la garantie de versement des salaires prévue par la législation suédoise.

16. M. Holmqvist a soutenu devant la juridiction de renvoi, principalement, que Jörgen Nilsson Åkeri och Spedition a exercé ses activités exclusivement en Suède et, subsidiairement, que, à supposer même que cette société ait exercé ses activités dans plusieurs États membres, il doit être considéré comme ayant exercé habituellement son travail en Suède. Il a rappelé, tout d'abord, que Jörgen Nilsson Åkeri och Spedition était gérée et administrée depuis son unique bureau, situé à Tjörnarp, que le garage et l'atelier de celle-ci se trouvaient également au même endroit et que chaque mission débutait et se terminait en Suède. M. Holmqvist a, ensuite, fait valoir que, selon la jurisprudence de la Cour, l'existence d'un établissement ou d'une présence commerciale constitue le critère permettant de déterminer l'État où le travailleur doit demander le bénéfice de la garantie de versement des salaires (arrêts du 17 septembre 1997, *Mosbæk*, C-117/96 : *Rec.*, p. I-5017, ainsi que du 16 décembre 1999, *Everson et Barrass*, C-198/98 : *Rec.*, p. I-8903). M. Holmqvist a soutenu, enfin, que, l'article 8 bis de la directive 80/987 ayant un effet direct, il avait droit au bénéfice de cette garantie en Suède, indépendamment des dispositions de la loi relative à la garantie salariale.

17. Estimant que l'interprétation de l'article 8 bis de la directive 80/987 lui était nécessaire pour rendre son jugement, le *Lunds tingsrätt* a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

«1) L'article 8 bis de la directive 80/987 [...] signifie-t-il qu'il faut qu'une entreprise dispose d'une succursale ou d'un établissement stable dans un État membre pour qu'elle soit considérée comme ayant des activités sur son territoire ?

2) Dans la négative, quelles sont les conditions requises pour qu'une entreprise soit considérée comme ayant des activités dans plusieurs États membres ?

3) Si l'entreprise doit être considérée comme ayant des activités sur le territoire de plusieurs États membres et si un travailleur exerce son travail pour le compte de celle-ci dans plusieurs de ces États membres, selon quels critères le lieu où le travail est exercé habituellement est-il déterminé ?

4) L'article 8 bis de la directive 80/987 [...] a-t-il un effet direct ? »

Sur les questions préjudicielles

Sur les première et deuxième questions

18. Afin de donner une réponse utile à la juridiction de renvoi dans le cadre de ses première et deuxième questions, qu'il convient d'examiner conjointement,

il y a lieu de déterminer les conditions dans lesquelles une entreprise a, au sens de l'article 8 *bis* de la directive 80/987, des activités dans plusieurs États membres.

19. Selon l'article 8 *bis* de la directive 80/987, figurant à la section III *bis* de cette dernière, intitulée « Dispositions relatives aux situations transnationales », une entreprise se trouve dans une telle situation si elle a des « activités sur le territoire d'au moins deux États membres », mais ni cet article ni aucune autre disposition de cette directive ne définissent ces derniers termes.

20. Il convient de rappeler que le libellé initial de la directive 80/987 ne comportait pas de dispositions concernant les situations transnationales, l'article 8 *bis* ayant été introduit dans cette directive par la directive 2002/74.

21. Cette dernière directive, selon son septième considérant, a été adoptée, notamment, « [e]n vue d'assurer la sécurité juridique des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité des entreprises exerçant leurs activités dans plusieurs États membres et de consolider les droits des travailleurs dans le sens de la jurisprudence de la Cour [...] ».

22. D'une part, il convient de relever, ainsi que le fait le gouvernement néerlandais, que cet objectif ne saurait être réalisé que si la notion « d'activités sur le territoire d'au moins deux États membres » est interprétée de manière large.

23. En effet, une telle interprétation est nécessaire afin de garantir, en incluant le plus grand nombre de cas relevant de relations salariales à caractère transnational dans le champ d'application de l'article 8 *bis* de la directive 80/987, un minimum de protection des droits des travailleurs salariés victimes de l'insolvabilité de leur employeur et se trouvant dans une situation comportant des éléments d'extranéité.

24. D'autre part, comme le font observer M. Holmqvist ainsi que les gouvernements italien et du Royaume-Uni, ce septième considérant confirme que la jurisprudence antérieure à l'adoption de la directive 2002/74 continue de fournir des éléments pertinents quant à l'interprétation de certaines dispositions de la directive 80/987.

25. Toutefois, il y a lieu de relever que, compte tenu de l'objectif susmentionné, consistant, notamment, en la sauvegarde des droits des travailleurs faisant usage de leur liberté de circulation, et de la genèse du libellé dudit article 8 *bis* au cours de la procédure législative ayant abouti à l'adoption de la directive 2002/74, il convient, ainsi que l'a relevé M. l'Avocat général au point 35 de ses conclusions, de s'éloigner, aux fins de l'interprétation des termes « activités sur le territoire d'au moins deux États membres » figurant à cet article, de la notion « d'établissement » consacrée par la jurisprudence résultant des arrêts précités Mosbæk ainsi qu'Everson et Barrass.

26. S'agissant de cette procédure législative, il y a lieu de faire observer, ainsi qu'il ressort des observations écrites de la Commission des Communautés européennes, que, dans la proposition initiale de cette institution relative à la modification de la directive 80/987, figuraient les termes « entreprise ayant des établissements sur le territoire d'au moins deux États membres » et que cette proposition avait défini « l'établissement » comme « tout lieu d'opérations où l'employeur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ». Or, il convient de rappeler, d'une part, que, lors de l'examen de ladite proposition par le Conseil de l'Union européenne, la Commission a suggéré de remplacer, à l'article 8 *bis* de cette directive, le terme « établissements » par celui « activités », cette formulation ayant finalement été retenue, et, d'autre part, que la définition susmentionnée n'apparaît pas non plus dans la version définitive de la directive 2002/74. Ce changement de libellé dudit article 8 *bis* démontre la volonté du législateur communautaire d'élargir le champ d'application de cet article et de ne pas le limiter aux entreprises disposant de succursales ou d'établissements dans plusieurs États membres.

27. En outre, ainsi que le rappelle le Gouvernement néerlandais, si la notion « d'activités » était interprétée de telle manière qu'elle exigerait une présence de l'entreprise par l'intermédiaire de succursales ou d'établissements, il en résulterait qu'un travailleur qui exerce son activité dans un État membre autre que celui où son employeur est établi, situation qui était à la base de l'arrêt Mosbæk, précité, ne pourrait bénéficier de la protection prévue à l'article 8 *bis* de la directive 80/987.

28. Dès lors, il convient de constater que l'article 8 *bis* de la directive 80/987 n'exige pas, pour qu'une entreprise établie dans un État membre soit considérée comme ayant des activités également sur le territoire d'un autre État membre, que celle-ci dispose d'une succursale ou d'un établissement stable dans ce dernier État.

29. Bien que cet article n'implique pas des conditions strictes de rattachement, mais vise un lien plus faible qu'une présence de l'entreprise par l'intermédiaire d'une succursale ou d'un établissement stable, il n'y a pas lieu pour autant de suivre le raisonnement du Gouvernement suédois selon lequel il suffirait qu'un travailleur effectue une forme quelconque de travail dans un autre État membre pour le compte de son employeur, et que ce travail résulte d'un besoin et d'une instruction de celui-ci, pour qu'une entreprise soit considérée comme ayant des activités sur le territoire de cet autre État membre.

30. En effet, ainsi que le soutient le gouvernement du Royaume-Uni, la notion « d'activités » figurant à l'article 8 *bis* de la directive 80/987 doit être entendue comme se référant à des éléments comportant un certain degré de permanence sur le territoire d'un État

membre. Cette permanence se traduit, ainsi que l'indique le gouvernement néerlandais, par l'emploi durable d'un travailleur ou de travailleurs sur ledit territoire.

31. La Commission estime que la présence d'une infrastructure physique dans un État membre autre que celui où l'entreprise a établi son siège social est également indispensable pour que cette dernière puisse être considérée comme disposant, dans cet État membre, d'une présence permanente, mais elle considère qu'un simple bureau suffit à cette fin.

32. Toutefois, eu égard aux différentes formes que peut prendre le travail transfrontalier et compte tenu des changements récents intervenus dans les conditions de travail et des progrès du secteur des télécommunications, il ne saurait être soutenu qu'une entreprise doit nécessairement disposer d'une infrastructure physique pour assurer une présence économique stable dans un État membre autre que celui où elle a établi son siège social. En effet, les différents aspects d'une relation de travail, notamment la communication des instructions au travailleur et la transmission des rapports de ce dernier à l'employeur, ainsi que le virement des rémunérations, sont désormais susceptibles d'être effectués à distance.

33. Ainsi, une entreprise peut employer un grand nombre de travailleurs dans un État membre autre que celui où se trouve son siège social et être capable d'y exercer une activité économique considérable, sans toutefois disposer d'une infrastructure physique ou d'un bureau sur le territoire de cet autre État membre.

34. Cependant, l'entreprise établie dans un État membre, pour être considérée comme ayant des activités sur le territoire d'un autre État membre, doit disposer dans ce dernier État d'une présence économique sta-

ble, caractérisée par l'existence de moyens humains lui permettant d'y accomplir des activités.

35. Dans le cas d'une entreprise de transport établie dans un État membre, la simple circonstance qu'un travailleur engagé par cette entreprise dans cet État effectue des livraisons de marchandises entre ledit État et un autre État membre en traversant d'autres États membres ne saurait permettre de conclure au respect du critère énoncé au point précédent du présent arrêt et ne suffit donc pas pour que ladite entreprise soit considérée, aux fins de l'article 8 *bis* de la directive 80/987, comme exerçant des activités ailleurs que dans l'État membre dans lequel elle est établie.

36. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre aux première et deuxième questions que l'article 8 *bis* de la directive 80/987 doit être interprété en ce sens que, pour qu'une entreprise établie dans un État membre soit considérée comme ayant des activités sur le territoire d'un autre État membre, il n'est pas nécessaire que celle-ci dispose d'une succursale ou d'un établissement stable dans cet autre État. Il faut toutefois que cette entreprise dispose dans ce dernier État d'une présence économique stable, caractérisée par l'existence de moyens humains lui permettant d'y accomplir des activités. Dans le cas d'une entreprise de transport établie dans un État membre, la simple circonstance qu'un travailleur engagé par celle-ci dans ledit État effectue des livraisons de marchandises entre ce dernier État et un autre État membre ne saurait permettre de conclure que ladite entreprise dispose d'une présence économique stable dans un autre État membre.

Sur les troisième et quatrième questions

37. Compte tenu des réponses apportées aux première et deuxième questions, il n'y a pas lieu de répondre aux troisième et quatrième questions.

PAR CES MOTIFS

La Cour (quatrième chambre) dit pour droit :

L'article 8 *bis* de la directive 80/987/CEE du Conseil, du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, telle que modifiée par la directive 2002/74/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002, doit être interprété en ce sens que, pour qu'une entreprise établie dans un État membre soit considérée comme ayant des activités sur le territoire d'un autre État membre, il n'est pas nécessaire que celle-ci dispose d'une succursale ou d'un

établissement stable dans cet autre État. Il faut toutefois que cette entreprise dispose dans ce dernier État d'une présence économique stable, caractérisée par l'existence de moyens humains lui permettant d'y accomplir des activités. Dans le cas d'une entreprise de transport établie dans un État membre, la simple circonstance qu'un travailleur engagé par celle-ci dans ledit État effectue des livraisons de marchandises entre ce dernier État et un autre État membre ne saurait permettre de conclure que ladite entreprise dispose d'une présence économique stable dans un autre État membre.

Note – Précision sur l'institution de garantie du paiement des salaires compétente dans le cadre des procédures d'insolvabilité intra-communautaires.

Du fait de la globalisation de l'économie et de l'internationalisation des entreprises, les salariés peuvent être amenés à travailler dans un État autre que celui où se trouve le centre des intérêts principaux de leur employeur¹. Il existe une très grande diversité de situations. Un salarié peut exercer ses activités dans le cadre d'une succursale, d'un établissement ou d'un simple bureau de représentation ou d'agence à l'étranger. Il se peut aussi qu'il ne dispose d'aucune structure d'accueil, lorsqu'il travaille, par exemple, en qualité de VRP. Enfin, comme dans la présente affaire, un salarié peut travailler dans plusieurs États.

En cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre de l'employeur, se pose dès lors la question de la détermination de l'institution de garantie compétente pour assurer le versement des salaires et indemnités restant dus.

Les enjeux de cette question sont de taille. En effet, l'étendue des droits des salariés est déterminée non pas par le droit applicable à la procédure d'insolvabilité mais par celui régissant l'institution de garantie compétente². Or, il existe une grande diversité de régimes en Europe. Et la directive 80/987/CEE du 20 octobre 1980, telle que révisée par la directive 2002/74/CE du 23 septembre 2002, n'a harmonisé qu'*a minima* les régimes d'indemnisation.

Cette situation est source d'insécurité juridique. Un salarié peut être tenté d'exercer un *Forum shopping* en choisissant l'organisme le plus généreux. Il existe aussi le risque de conflit de compétence négatif lorsqu'aucune institution ne se déclare compétente. Une définition claire des critères de rattachement est nécessaire, mais la directive de 1980 était muette à cet égard.

La CJCE a donc comblé cette lacune juridique. Dans l'arrêt « Mosbaek » du 17 septembre 1997³, elle s'est prononcée en faveur de la compétence de l'institution de l'État sur le territoire duquel soit la procédure d'insolvabilité a été ouverte, soit la fermeture de l'entreprise ou de l'établissement a été constatée. Dans l'arrêt « Everson » du 16 décembre 1999⁴, elle a dégagé le critère additionnel du lieu d'activité des travailleurs lorsqu'un employeur a des établissements dans différents États membres⁵.

Cette jurisprudence a été précisée par la directive de 2002. L'article 8 *bis* alinéa 1 dispose désormais que « lorsqu'une entreprise ayant des activités sur le terri-

toire d'au moins deux États membres se trouve en état d'insolvabilité [...], l'institution compétente pour le paiement des créances impayées des travailleurs est celle de l'État membre sur le territoire duquel ils exercent ou exerçaient habituellement leur travail. »

Cette nouvelle rédaction consacre-t-elle le critère unique du lieu de l'exercice habituel du travail⁶, ou est-il toujours nécessaire que l'employeur dispose dans l'État concerné d'un établissement, quelle que soit sa nature juridique⁷? C'est tout l'intérêt de l'arrêt « Svenska staten » qui confirme le caractère prépondérant du critère du lieu habituel du travail, tout en maintenant comme critère complémentaire la présence économique stable de l'employeur.

Le cas d'espèce concerne un chauffeur routier, salarié d'une société suédoise, qui effectuait des livraisons entre la Suède et l'Italie, *via* l'Allemagne et l'Autriche. L'entreprise avait son centre d'activité en Suède et ne possédait ailleurs aucune forme de représentation commerciale. La faillite de la société ayant été déclarée, s'est posée la question de l'institution de garantie compétente. Des questions préjudicielles ont été soumises à la Cour, notamment : 1) « L'article 8 *bis* de la directive 80/987 [...] signifie-t-il qu'il faut qu'une entreprise dispose d'une succursale ou d'un établissement stable dans un État membre pour qu'elle soit considérée comme ayant des activités sur son territoire? » et 2) « Dans la négative, quelles sont les conditions requises pour qu'une entreprise soit considérée comme ayant des activités dans plusieurs États membres? ».

Suivant les conclusions de l'avocat général Colomer, la CJCE a dit pour droit que : « pour qu'une entreprise établie dans un État membre soit considérée comme ayant des activités sur le territoire d'un autre État membre, il n'est pas nécessaire que celle-ci dispose d'une succursale ou d'un établissement stable dans cet autre État. Il faut toutefois que cette entreprise dispose dans ce dernier État d'une présence économique stable, caractérisée par l'existence de moyens humains lui permettant d'y accomplir des activités ».

À la lumière de l'arrêt « Svenska staten », il convient d'abord d'analyser les critères de rattachement pour déterminer l'institution de garantie compétente en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité transfrontalière (I) pour étudier ensuite le droit matériel français issu de la transposition de la directive de 2002 (II).

1 V. l'art. 3 du règl. CE 1346-2000 en date du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité intra-communautaires. S'agissant des groupes de sociétés, l'article 3 (1) prévoit pour les personnes morales une présomption simple en faveur du lieu du siège statutaire.

2 Dir. 2002/74/CE, 23 sept. 2002, art. 8, al. 2.

3 Aff. C-117/96 : *Rec.*, p. 5017.

4 Aff. C-198/98 : *Rec.*, p. I-8903.

5 Cons. n° 22.

6 V. rapport Y. Chagny, « L'AGS doit-elle sa garantie en cas de procédure d'insolvabilité de l'employeur constatée judiciairement à l'étranger? » : *Dr. soc.*, 2003, 9/10, p. 837, spéc. p. 840 ; F. Jault-Seseke, « Le sort des salariés », in « L'effet international de la faillite : une réalité? » : *D.*, 2004, p. 151, spéc. p. 157 ; P. Lyon-Caen, « Faillite ouverte à l'étranger. Un salarié travaillant en France peut-il obtenir la garantie de l'AGS? » : *R/S*, 2003, p. 658.

7 En ce sens Cass. soc., 26 avr. 2006, n° 03-47334.

I - La détermination de l'institution de garantie compétente

A - Une procédure d'insolvabilité au sens de l'article 2 de la directive

Une institution de garantie ne doit intervenir, pour palier la carence d'un employeur, qu'en cas de procédure d'insolvabilité. Compte tenu de la diversité de législations, la directive définit la notion de « procédure d'insolvabilité », et reprend, dans sa rédaction de 2002, les deux principaux critères dégagés par l'article 1, alinéa 1, du règlement (CE) 1346/2000. Il doit s'agir d'une procédure entraînant, d'une part, le dessaisissement total ou partiel de l'employeur, et, d'autre part, la désignation d'un syndic.

L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est donc la condition d'intervention des institutions de garantie. Mais la question s'est posée de savoir si le lieu de cette ouverture pouvait être le critère unique de rattachement pour déterminer l'institution compétente. Ce critère a l'avantage d'être simple, assurant une grande sécurité juridique. Et les modalités d'indemnisation, le rang des créances salariales et un éventuel recours subrogatoire de l'organisme d'assurance sont soumis à la même loi, la *lex concursus*⁸. La CJCE avait retenu ce critère dans son arrêt « Mosbaek ». L'employée d'une société britannique qui travaillait habituellement dans divers États membres avait tenté, en vain, de se faire indemniser au Danemark, alors que la procédure d'insolvabilité avait été ouverte en Angleterre. La Cour de cassation a repris cette solution dans un arrêt du 20 janvier 1998⁹, écartant toute possibilité de « *forum shopping* »¹⁰.

Mais ce critère unique du lieu d'ouverture de la procédure présentait des inconvénients. Le salarié peut être obligé de faire valoir ses droits dans un État différent de celui où il exerce habituellement ses activités. De plus, comme l'a montré l'application libérale du règlement CE 1346/2000 par certaines juridictions, il est parfaitement concevable qu'une procédure principale soit ouverte à l'égard d'une société dans un État autre que celui où elle exerce ses activités sans qu'une procédure secondaire soit ouverte dans l'État

du lieu d'exercice des activités¹¹. Ainsi, ne fallait-il pas plutôt se référer au critère du lieu du travail du salarié ?

B - L'introduction d'un nouveau critère : le lieu d'activité habituelle du salarié

Sensible à ces arguments, la CJCE a précisé sa jurisprudence dans l'affaire « Everson ». En l'espèce, les salariés de la succursale anglaise de Bell, société de droit irlandais en liquidation judiciaire, s'étaient heurtés au refus d'indemnisation des salaires par les autorités anglaises en application de la jurisprudence « Mosbaek ». La CJCE a fait droit à leur demande, estimant désormais que « lorsque [...] l'employeur dispose de plusieurs établissements dans différents États membres, il convient, afin de déterminer l'institution de garantie compétente, de se référer, à titre de critère additionnel, et compte tenu de la finalité sociale de la directive, au lieu d'activité des travailleurs »¹².

La Cour de cassation a suivi cette jurisprudence dans l'affaire « CTIP »¹³. Et dans un arrêt remarqué du 3 juin 2003, elle a transposé cette solution dans le cadre d'une faillite transfrontalière relevant du droit international privé de droit commun¹⁴.

C - Le remplacement de la notion « d'établissement » par celle « d'activités »

La directive de 2002 consacre la jurisprudence de la CJCE. Mais le législateur communautaire a remplacé le concept « d'établissement » par la notion « d'activités ». En effet, l'article 8 *bis*, alinéa 1^{er}, commence par les termes : « lorsqu'une entreprise ayant des activités sur le territoire d'au moins deux États membres se trouve en état d'insolvabilité », et le texte désigne comme institution de garantie compétente « celle de l'État membre sur le territoire duquel ils exercent ou exerçaient habituellement leur travail ».

Comment faut-il comprendre la référence aux activités transfrontalières de l'employeur ? S'agit-il d'une simple qualification du caractère transfrontalier d'une procédure d'insolvabilité ? Dans cette lecture, la notion « du lieu habituel de l'exercice du travail » devient le critère légal unique de détermination de

8 Cf. Règl. (CE) 1346/2000, art. 4 et Dir. 2002, art. 8 *bis*, al. 2.

9 *Dr. soc.*, 1998, p. 298, obs. R. Vatinet ; *JCP G*, 1998, II, n° 10086, note E. Kerckhove ; *LPA*, 8 juin 1998, p. 17, obs. J.-L. Vallens.

10 J.-L. Vallens préc.

11 V. par ex les affaires Emtec, Eurotunnel et Belvédère, R. Dammann et G. Podeur, « Procédures d'insolvabilité : l'interprétation jurisprudentielle souple du règlement » : *D.*, 2008, p. 2738.

12 Cons. n° 22.

13 Cass. soc., 2 juill. 2002 : *Bull. civ.*, V, n° 228 ; *RJS*, 2002, n° 1128 ; *JCP G*, 2003, II n° 10026, note M. Menjucq.

14 Cass. soc., 3 juin 2003 : *Bull. civ.*, V, n° 183 ; *JCP E*, 2004, p. 155 (1^{er} arrêt) note F. Melin ; *Dr. soc.*, 2003 p. 837 avec le rapp. Y. Chagny ; *RJS*, 2003, p. 658 concl. P. Lyon-Caen. On peut justifier la transposition des critères de la directive de 2002 en DIP de droit commun car la condition de l'existence d'une procédure d'insolvabilité est remplie dès que l'ouverture d'une faillite étrangère est reconnue par son *exequatur* en France. Une telle reconnaissance est automatique dans le cadre du Règl. (CE) 1346/2000 (cf. art. 16).

l'institution de garantie compétente. Dans une deuxième lecture, la notion « d'entreprise ayant des activités sur le territoire d'au moins deux États membres » serait un critère additionnel, mais plus large, à celui « d'établissement » résultant de la jurisprudence « Everson » pour déterminer l'institution de garantie compétente.

L'arrêt commenté semble valider cette deuxième interprétation et s'inscrit ainsi dans la continuité de la jurisprudence antérieure. Certes, il n'est plus nécessaire que l'employeur soit doté d'une succursale ou d'un établissement, mais il doit disposer d'une « présence économique stable, caractérisée par l'existence de moyens humains qui lui permettent d'y accomplir des activités ».

Cette définition de « présence économique stable » est néanmoins proche de celle « d'établissement » de l'article 2 h) du règlement (CE) 1346/2000, défini comme « tout lieu d'opération où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ».

Ainsi, pour que l'institution de garantie de l'État sur le territoire duquel le salarié exerce habituellement ses activités soit compétente, il faut que l'employeur y dispose d'une structure stable. Ce critère complémentaire permet de diminuer, ou d'éviter comme dans le cas d'espèce, le risque de conflit négatif de compétence, et d'accroître la protection juridique du salarié (les autorités suédoises avaient en effet dénié leur compétence sans désigner un État de rattachement précis).

Se pose dès lors la question de l'impact de cette jurisprudence sur le droit matériel français. En effet, la loi du 30 janvier 2008 de transposition de la directive de 2002 a retenu le seul critère du lieu d'exécution du contrat de travail.

II - La transposition de la directive par la loi du 30 janvier 2008

A - Le critère unique du lieu habituel du travail retenu par la loi de transposition

La loi de transposition du 30 janvier 2008 ne reprend pas le début de l'article 8 *bis* alinéa 1 de la directive qui fait référence aux activités d'une entreprise sur le territoire d'au moins deux États membres¹⁵. Elle se

borne à transposer, pour déterminer la compétence de l'AGS, le critère du lieu habituel du travail du salarié.

Mais la Cour de cassation a toujours posé comme condition d'intervention de l'AGS l'existence d'un établissement en France, quelle que soit sa nature juridique. Et cette position est conforme à celle de l'AGS qui, à juste titre, est soucieuse de conditionner son intervention à l'existence d'un établissement en France, où sont versées les cotisations patronales¹⁶. Cette interprétation n'est pas contredite par l'article 5 de la directive selon lequel « l'obligation de paiement des financements existe indépendamment de l'exécution des obligations de contribuer au financement ». Cette disposition vise uniquement à protéger le salarié en cas de retard de l'employeur dans le paiement de ses cotisations, l'AGS ne pouvant soulever une telle exception pour refuser d'intervenir.

B - La coordination avec la *lex concursus*

Lors de la transposition de la directive, le législateur s'est efforcé de préciser les modalités d'intervention de l'AGS dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité étrangère. Plusieurs cas de figures peuvent se présenter.

Si la procédure d'insolvabilité est soumise au droit français, l'intervention de l'AGS ne pose pas de difficulté. Son interlocuteur principal, le mandataire judiciaire, lui adresse à bonne date un relevé des créances devant faire l'objet d'une avance. Ensuite, le mandataire répartit les sommes entre les salariés bénéficiaires. Enfin, l'AGS, subrogée dans les privilèges des salariés, tente de recouvrer tout ou partie des sommes avancées.

La solution est similaire lorsque l'employeur soumis à une procédure dans un État tiers dispose d'un établissement en France et qu'une procédure secondaire est ouverte en application de l'article 3 du règlement (CE) 1346/2000, l'AGS retrouvant son environnement juridique habituel. On voit ici l'importance de l'arrêt commenté. S'il existe en France une « présence économique stable » au sens de l'arrêt commenté, il sera vraisemblablement possible de solliciter l'ouverture d'une procédure secondaire¹⁷.

Enfin, il reste à envisager les hypothèses plus problématiques dans lesquelles une procédure secondaire ne peut être ouverte en France. La procédure d'insolvabilité est alors soumise à un droit étranger, et les règles d'indemnisation des salariés par l'AGS sont celles du droit français. La loi de transposition a défini des règles de procédure calquées sur le modèle traditionnel de fonctionnement de l'AGS, mais certaines adaptations ont été nécessaires. Ainsi, l'AGS paye sur la base du

15 V. C. trav., art. L. 3253-18-1 et L. 3253-18-2 (ex art. L. 143-11-10).

16 V. T. Météyé « L'harmonisation : voie et degré de convergence entre les droits nationaux, européens et internationaux. La réglementation européenne sur l'insolvabilité et l'AGS » : *LPA* 2006, n° 209, p. 27.

17 L'AGS ne pourra la solliciter qu'une fois devenue créancière (locale) par voie de subrogation.

relevé de créances établi par le mandataire étranger (C. trav., art. 3253-18-4 et s.). Si le droit étranger ne prévoit pas la nomination d'un mandataire, l'AGS peut directement verser ses avances aux salariés travaillant en France (art. 3253-18-8). Enfin, un délai de distance a été prévu. Ainsi, l'AGS prend en charge les créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenant dans le délai de trois mois à compter du prononcé de la décision étrangère équivalente à une décision de liquidation ou à celle arrêtant un plan de redressement¹⁸. Le législateur s'efforce ainsi de transposer, avec des adaptations, le régime français dans l'ordre international.

Plus précisément, il convient de s'interroger sur les modalités d'intervention de l'AGS lorsque la procédure étrangère est assimilable à une procédure de sauvegarde, procédure qui semble être couverte par la directive. À l'occasion de l'introduction de la sauvegarde en droit français, l'intervention de l'AGS avait fait débat. Elle avait été finalement limitée afin d'éviter tout détournement de procédure. On peut alors se poser la question de l'étendue de la protection d'un salarié travaillant en France et qui fait l'objet d'un licenciement dans le cadre d'une procédure assimilable à une procédure de sauvegarde à l'étranger. Il apparaît logique que ce dernier ne puisse pas revendiquer un traitement plus favorable que celui dont il aurait bénéficié si son employeur avait fait l'objet d'une procédure de sauvegarde en France, solution qui résulte bien de l'article 8, alinéa 2, de la directive.

C - L'intervention de l'AGS dans le cadre de procédures d'insolvabilité ouvertes en France à l'encontre de sociétés ayant leur siège statutaire dans un autre État membre

L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'égard d'une société ayant son siège statutaire dans un autre État membre n'est plus un cas d'école¹⁹. Quel sera alors le rôle dévolu à l'AGS ?

Le seul critère de l'État d'ouverture de la procédure n'étant plus pertinent, l'AGS ne doit indemniser que les salariés travaillant habituellement en France, à

condition que l'employeur étranger y dispose d'une présence économique stable au sens de l'arrêt « Svenska staten ».

En pratique, il se peut donc qu'une procédure ouverte en France soit de nature « extraterritoriale », pour reprendre une expression de Michel Menjucq²⁰. Cela concerne une filiale étrangère dont le centre des intérêts principaux se trouve en France mais qui n'y dispose d'aucun actif ni activité puisque ses salariés travaillent exclusivement dans l'État de son siège statutaire. Dans ce cas, l'AGS n'est pas compétente en application du critère de l'arrêt commenté. Cet exemple démontre que le critère exclusif du lieu de la procédure de l'arrêt « Mosbaek » aurait conduit à un résultat inéquitable et très désavantageux pour l'AGS.

Par conséquent, il ne fait aucun doute que les salariés d'un employeur ayant son siège statutaire dans un État membre et qui fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans un État tiers (par exemple la France), peuvent solliciter l'intervention de l'institution de garantie de l'État membre où les salariés travaillent habituellement, à condition qu'il y existe une présence économique stable au sens de l'arrêt.

Conclusion

Cette analyse traduit l'ancrage du principe de territorialité de la faillite internationale dans l'évolution des règles régissant l'intervention de toute institution de garantie. Ce principe de territorialité explique d'ailleurs le caractère prépondérant du critère du lieu d'exécution du contrat de travail.

L'arrêt « Svenska staten » constitue à cet égard une position équilibrée. Le principal critère pour déterminer la compétence des institutions de garantie est le lieu du travail habituel des salariés. Ce critère est complété par l'exigence d'une présence économique stable de l'employeur, caractérisée par l'existence de moyens humains lui permettant d'y accomplir des activités.

Le critère unique du lieu de travail peut conduire à une impasse lorsque le salarié travaille dans plusieurs États. Il pourrait également s'avérer inéquitable puisque seule l'exigence d'une structure de l'employeur rattachée à l'État d'accueil est de nature à assurer un partage équilibré entre la charge de financement et le bénéfice des indemnités.

Reinhard Dammann
Avocat au Barreau de Paris, Clifford Chance
Chargé de cours à Sciences Po

Mylène Robinet
Avocat au Barreau de Paris, Clifford Chance

18 Au lieu d'un mois dans le cadre d'un jugement qui arrête le plan de redressement ou de cession, et au lieu de quinze jours dans le cadre d'un jugement de liquidation, selon le droit commun français.

19 V. pour un aperçu de la jurisprudence récente R. Dammann, G. Podeur, *op. cit.* : D., 2008, p. 2738.

20 *JCPG*, 2005, II, n° 10116, note M. Menjucq.