

CHAPITRE V

LE TRAITEMENT PRÉFÉRENTIEL DES CRÉANCES CONSTITUÉES PAR LES SALAIRES DES TRAVAILLEURS EN CAS DE FAILLITE DE L'EMPLOYEUR

1. Protection des créances constituées par les salaires au moyen d'un privilège

298. L'article 11 de la convention incarne l'une des plus anciennes mesures de protection sociale, celle de la priorité reconnue aux créances salariales lors de la répartition des actifs de l'employeur en cas de faillite. Pour parer à une situation dans laquelle le salarié serait privé de son moyen d'existence en cas de faillite de son employeur, des dispositions doivent garantir le règlement immédiat et intégral des sommes dues au travailleur par l'employeur au titre des salaires. La convention énonce le principe largement reconnu selon lequel les créances des travailleurs constituées par leurs salaires et les autres sommes dues au titre de services fournis au cours d'une période ou à concurrence d'un montant prescrit par la législation nationale doivent être traitées en tant que dettes privilégiées en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de l'entreprise. Elle prescrit en outre que les salaires reconnus comme dettes privilégiées doivent être payés intégralement avant que les créanciers ordinaires ne puissent revendiquer leur quote-part. Elle laisse toutefois aux Etats qui l'ont ratifiée la possibilité de déterminer le degré de priorité où se placent les créances salariales parmi les dettes privilégiées et les limites dans lesquelles ces créances doivent être traitées de manière privilégiée¹. L'article 11 de la convention n° 95 a été en partie révisé par la convention (n° 173) sur la protection des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur

¹ En première discussion, devant la Conférence, un amendement proposé tendait à exclure les employés appartenant à la famille de l'employeur du bénéfice de la reconnaissance de statut de créance privilégiée de leur salaire, pour éviter des abus. Cet amendement n'a pas été adopté; voir CIT, 31^e session, 1948, *Compte rendu des travaux*, p. 484. En deuxième discussion, devant la Conférence, une autre proposition tendant à ce que les salaires aient une priorité absolue sur les autres créances privilégiées a finalement été retirée, du fait que l'on s'est rendu compte qu'il serait difficile d'accepter une telle règle de caractère général en raison de la complexité de la législation sur la faillite dans les différents pays; voir CIT, 32^e session, 1949, *Compte rendu des travaux*, p. 504. Une disposition similaire se retrouve à l'article 11 de la convention (n° 17) sur la réparation des accidents du travail, 1925, encore qu'il ne soit question, dans cet instrument, que du paiement de la réparation aux victimes des accidents du travail et à leurs ayants droit.

qui a été adoptée en 1992, en vue d'étendre dans deux directions la protection établie en 1949: premièrement, en instaurant des normes spécifiques en ce qui concerne la portée, les limites et le rang du privilège, aspects à peine effleurés dans la convention n° 95, et, deuxièmement, en introduisant de nouveaux concepts, comme celui de l'institution de garantie, conçue pour offrir une meilleure protection que le système traditionnel du privilège. La commission fera dans un premier temps un tour d'horizon des législations et pratiques nationales au regard du système de protection basé sur le privilège, tel qu'envisagé à l'article 11 de la convention, avant d'aborder les nouvelles normes prévues par la convention n° 173, notamment les institutions de garantie du salaire, et leur application dans la pratique.

1.1. Origine et évolution du principe de protection privilégiée des créances des travailleurs

299. Il est largement reconnu que les créances constituées par les salaires des travailleurs justifient une protection particulière, du fait que l'insolvabilité d'une entreprise et, en conséquence, la suspension de ses paiements font peser une menace directe sur la subsistance des travailleurs et de leur famille. De plus, considérant qu'en règle générale les salariés ne perçoivent pas de part sur les bénéfices de l'entreprise, ils ne doivent pas non plus être lésés lorsque celle-ci enregistre des pertes. Le traitement préférentiel de la créance constituée par le salaire est de loin la méthode la plus classique et la plus largement acceptée de protection des créances liées aux services rendus en cas de faillite de l'employeur ou de liquidation judiciaire de l'entreprise. Le principe du privilège a trouvé son expression pour la première fois dans les codes civils au XIX^e siècle, avec le Code Napoléon, le but étant initialement, de protéger les salaires des domestiques. Cette protection a été progressivement étendue à d'autres catégories de salariés, si bien que le principe a été progressivement reconnu par la législation commerciale et par la législation du travail. En *France*, par exemple, le privilège reconnu aux domestiques a été étendu en 1838 aux salariés et aux apprentis pour les salaires échus couvrant une période allant jusqu'à six mois. Toutefois, les créances salariales ne venaient qu'en quatrième position parmi les créances privilégiées, après les frais de justice, si bien que leur protection était le plus souvent illusoire. Grâce à une nouvelle législation, adoptée en 1935, le montant des créances privilégiées indispensables à la subsistance des travailleurs doit être payé immédiatement, ce qui lui vaut l'appellation de «superprivilège».

300. Le système du privilège consiste à payer intégralement sur les actifs disponibles rentrant dans la masse certaines créances qui jouissent d'une priorité ou d'un «privilège» par rapport aux créances ordinaires, non privilégiées. Les créances salariales ne sont naturellement pas les seules créances à être reconnues comme privilégiées. La législation de la plupart des pays accorde aussi un privilège à diverses autres créances, telles que les frais de justice occasionnés par la procédure de faillite, les sommes dues à l'Etat et aux institutions de sécurité

sociale (arriérés d'impôts ou de cotisations obligatoires d'assurance), les créances personnelles du débiteur (par exemple les frais funéraires ou médicaux) et les créances alimentaires des membres de la famille du débiteur. Au privilège s'ajoute un aspect non moins important, qui est celui de l'ordre de priorité – ou rang – qui peut être conféré à ces créances par rapport aux autres dettes privilégiées. Les créanciers occupant un rang plus favorable doivent être satisfaits intégralement avant que ceux qui occupent un rang moins favorable ne puissent recouvrer ne serait-ce qu'une fraction de leurs créances ce qui, dans la plupart des cas, implique qu'un privilège n'est pas suffisant en soi pour garantir le recouvrement de la dette et que, à moins de bénéficier d'un rang de priorité suffisamment élevé, une créance salariale a peu de chances d'être honorée.

301. Même s'il est très largement accepté, le système du privilège varie considérablement d'un pays à l'autre quant aux modalités de son application. Les règles et pratiques régissant le traitement préférentiel diffèrent d'un pays à l'autre principalement du point de vue de la portée de la protection, à savoir des catégories de travailleurs protégées, de la nature des créances couvertes, du rang de priorité accordé aux créances salariales par rapport aux autres dettes privilégiées, de la période de référence couverte par le privilège ou des autres limitations posées à la protection privilégiée, et, enfin, des avoirs de l'entreprise en faillite sur lesquels les créances privilégiées peuvent s'exercer. La commission examine succinctement ci-après chacun de ces quatre aspects.

1.2. Portée du privilège

1.2.1. Catégories de travailleurs considérées comme créanciers privilégiés

302. A travers la protection des créances des travailleurs, la législation de tous les pays veut, au premier chef, protéger le salaire des personnes bénéficiant d'un contrat formel d'emploi ou ayant une relation d'emploi avec un employeur insolvable. Cependant, les règles et pratiques diffèrent à l'égard des personnes dont la relation d'emploi relève du travail à domicile, de l'apprentissage ou de la sous-traitance. En *Uruguay*², le traitement préférentiel n'est accordé apparemment qu'aux catégories suivantes: conseillers juridiques, médecins, avocats, salariés, travailleurs manuels et gens de maison. Au *Venezuela*³, la législation protège apparemment d'une manière différente les créances des gens de maison et les créances des autres travailleurs, ne conférant aux premières qu'un rang de priorité inférieur et ne les faisant porter que sur une période de service plus limitée. A l'inverse, à *Maurice*⁴, par exemple, les apprentis ont rang de créanciers privilégiés exactement de la même manière que les travailleurs

² (14), art. 11; (15), art. 2369, 4); (16), art. 1732, 4).

³ (1), art. 158 et 275; (2), art. 101; (3), art. 1870.

⁴ (3), art. 2148 et 2152.

ordinaires. Dans presque tous les pays, les fonctionnaires et autres employés d'entreprises publiques ne bénéficient pas de la protection assurée par la législation du travail aux créances salariales des autres travailleurs, parce que l'on part du principe que la faillite ou l'insolvabilité de l'employeur pour ces catégories de travailleurs serait tout simplement inconcevable⁵.

303. Dans certains pays, le traitement préférentiel des créances salariales s'étend à tous les travailleurs sans distinction. Ainsi, la législation de l'Algérie⁶ confère un privilège de premier rang aux créances salariales sans considération de leur nature, ni de la validité ou de la forme de la relation d'emploi.

304. Dans d'autres pays, la législation exclut certains salariés du bénéfice de cette protection à raison de leur responsabilité éventuelle dans l'insolvabilité de l'entreprise. Ainsi, il n'est pas conféré de privilège aux créances des cadres ou d'autres personnes dont l'influence est telle qu'il peut être considéré qu'ils ont contribué à conduire l'entreprise dans une mauvaise passe. On considère que les personnes qui sont responsables de la faillite d'une entreprise ne devraient pas, au motif de leur ancien statut de salarié de cette entreprise, pouvoir bénéficier du mécanisme légal conçu pour protéger les victimes non intentionnelles de cette faillite. En Norvège⁷, les catégories de personnes suivantes ne peuvent prétendre au statut de créancier privilégié: 1) les salariés ayant exercé – ou ayant été en mesure d'exercer – un pouvoir effectif dans l'entreprise endettée parce qu'ils y occupaient un poste de direction; 2) les salariés détenant une part du capital de l'entreprise d'au moins 20 pour cent; 3) les salariés ayant siégé au conseil d'administration; 4) les salariés étroitement liés ou apparentés (parent proche, parent direct, concubin, fiancé, etc.) au directeur ou à des personnes ayant une participation d'au moins 20 pour cent au capital de l'entreprise.

305. Dans d'autres cas, si aucun créancier n'est exclu de la protection privilégiée des créances salariales à raison du poste de responsabilité occupé dans l'entreprise en faillite ou de son lien de parenté avec l'employeur en faillite, un tel créancier bénéficie cependant d'un rang de priorité inférieur dans le cadre du partage des actifs. Par exemple, en Nouvelle-Zélande⁸, le salaire dû au

⁵ Par exemple, le gouvernement espagnol a indiqué, à l'occasion de la ratification de la convention n° 173, qui porte révision de l'article 11 de la convention, que les employés du secteur public ont été exclus du champ d'application de la législation relative à la protection des créances des travailleurs par un privilège.

⁶ (1), art. 89.

⁷ (2), art. 9-3. De même, à *Saint-Vincent-et-les Grenadines* (3), art. 457, 1) b), la loi exclut le salaire du directeur du bénéfice du traitement préférentiel accordé par ailleurs aux salaires des autres salariés en cas de liquidation judiciaire de l'entreprise. Aux États-Unis, la législation de certains États dispose expressément qu'aucun cadre, directeur ou directeur général de société, aucun membre d'une association ou partenaire d'une société en nom collectif n'est admis à bénéficier d'un traitement préférentiel en cas de dette salariale; voir par exemple, Utah (52), art. 34.26.1.

⁸ (2), art. 104, 1) g).

conjoint du failli, dans le cas où celui-ci a été employé dans l'entreprise en faillite, n'occupe que le septième rang de priorité et vient ainsi après les frais de justice, les créances salariales des travailleurs (à savoir: quatre mois de salaire ou, au plus, 6 000 dollars), les impôts ainsi que toute somme correspondant à des salaires n'ayant pas rang de créance privilégiée (soit les créances salariales au-delà du quatrième mois ou de 6 000 dollars). En Australie⁹, la législation sur la faillite des sociétés, tout en reconnaissant le même statut prioritaire à certains «salariés exclus», c'est-à-dire ceux qui ont eu qualité de directeur dans l'entreprise en faillite au cours des douze derniers mois précédant la mise en liquidation, leurs conjoints et leurs parents, restreint cependant leurs avantages et limite les montants qui leur sont payables à 2 000 dollars pour les salaires et à 1 500 dollars pour les congés acquis.

1.2.2. Type de créances liées à des services qui bénéficient d'un privilège

306. Dans ce domaine, les législations et les pratiques nationales diffèrent largement, étant donné que la notion juridique de salaire varie considérablement d'un pays à l'autre. Même si, à l'origine, l'intention était de protéger le salaire au sens strict du paiement en espèces du travail accompli ou des services rendus, conformément à un contrat d'emploi, le principe du traitement préférentiel a évolué progressivement et couvre des créances autres que le salaire au sens strict du terme. Ainsi, la législation d'un nombre considérable de pays étend le privilège à des créances plus larges, comme les congés annuels, les prestations liées aux autres congés payés (par exemple, le congé maladie ou le congé maternité) et l'indemnité de départ.

307. Dans un certain nombre de pays, comme le *Brésil*¹⁰, le *Burkina Faso*¹¹, la *Colombie*¹², le *Honduras*¹³, la *Mauritanie*¹⁴, le *Panama*¹⁵, le *Sénégal*¹⁶ et le *Venezuela*¹⁷, la législation prévoit expressément qu'aux fins du

⁹ (4), art. 556, 1A), 1B).

¹⁰ (2), art. 449, 1); (6), art. 102. Il en est de même en *Bolivie* (1), art. 14; (7), art. 1345, 2); en *République centrafricaine* (1), art. 109; au *Chili* (1), art. 61; au *Mali* (1), art. L.115; au *Nicaragua* (2), art. 89; au *Niger* (1), art. 167; au *Rwanda* (1), art. 104.

¹¹ (1), art. 116. A *Maurice* (3), art. 2148 et 2152, de même qu'aux *Seychelles* (1), art. 37, le privilège s'attache à la rémunération du travail sous toutes ses formes, y compris l'indemnité de licenciement et le congé payé, et au *Cameroun* (1), art. 70, 2), il s'étend à la compensation due pour rupture de contrat ainsi qu'aux dommages-intérêts pour licenciement injustifié. En *Azerbaïdjan* (1), art. 178, 2), la priorité est accordée au paiement du salaire et de toutes les prestations sociales, y compris au paiement des congés payés non pris.

¹² (1), art. 157.

¹³ (1), art. 128, 4); (2), art. 374.

¹⁴ (1), art. 93.

¹⁵ (1), art. 166.

¹⁶ (1), art. L.118.

traitement privilégié des créances salariales en cas de faillite le terme de «salaire» est réputé inclure le salaire de base, quelle qu'en soit la dénomination, les suppléments salariaux, les droits à congés, les primes, les compensations et les prestations de toute nature. En Nouvelle-Zélande¹⁸, le privilège s'étend à tous les salaires, qu'ils soient payables au temps passé ou à l'ouvrage et qu'ils aient été gagnés en tout ou en partie par voie de commission, à toute rémunération de congé, ainsi qu'à toute rémunération liée à une absence du travail pour cause de maladie ou toute autre cause valable.

308. Dans beaucoup de pays dont la Croatie¹⁹, la Malaisie²⁰, la République tchèque²¹ et la Thaïlande²², les créances protégées incluent les indemnités de licenciement et autres prestations dues à ce titre, tandis qu'en Equateur²³, au Pérou²⁴ et au Tadjikistan²⁵ il est expressément fait mention du paiement des pensions de retraite. De même, à Singapour²⁶, les dettes salariales prioritaires incluent, outre les salaires ou traitements, les indemnités accordées à titre gracieux ou consécutivement à des mesures d'austérité payables à certains salariés à la suite de compressions de personnel ou d'une réorganisation de l'entreprise, les dédommagements, les arriérés de cotisations dues aux caisses de retraite ou aux caisses de prévoyance.

309. Parmi les pays qui ont accepté la Partie II de la convention n° 173, qui concerne la protection des créances des travailleurs au moyen d'un privilège, la Zambie²⁷ a porté sa législation à un niveau correspondant aux prescriptions minimales de l'article 6 de cet instrument. Ainsi, en cas de faillite, les éléments suivants sont payés en priorité par rapport à toutes les créances non garanties: 1) toutes les sommes dues à titre de salaire gagné par un salarié dans les trois mois qui précèdent la date de la mise en liquidation; 2) toutes les sommes dues au titre des congés pour les deux années qui précèdent la date de mise en liquidation; 3) toutes les sommes dues au titre d'une absence rémunérée dans les trois mois qui précèdent la date de mise en liquidation; 4) les frais de

¹⁷ (1), art. 158 à 160; (2), art. 101.

¹⁸ (2), art. 104, 1) d) et 3); (3), art. 312, 1) et annexe 7, paragr. 2 et 12. Le gouvernement signale qu'il entend, d'une part, inclure les indemnités de licenciement dans les créances salariales protégées et, d'autre part, relever le seuil des sommes salariales protégées par un privilège. Voir également Royaume-Uni: Guernesey (13), art. 1, 1) b), 6 a), et Jersey (20), art. 32, 1) b).

¹⁹ (1), art. 86, 1). Voir également Estonie (3), art. 86, 1); République de Corée (1), art. 37, 1); Maroc (2), art. 1248.

²⁰ (1), art. 31, 2); (2), art. 292, 1).

²¹ (3), art. 31, 3).

²² (1), art. 11.

²³ (1), art. 35, 7); (2), art. 88.

²⁴ (8), art. 1.

²⁵ (2), art. 26, 2).

²⁶ (2), art. 328, 1) et 2B).

²⁷ (2), art. 2, 1).

recrutement et autres sommes remboursables au titre d'un contrat d'emploi; 5) un montant égal à trois mois de salaire à titre d'indemnité de licenciement; et 6) toutes les sommes dues à un travailleur à titre de réparation en vertu du droit positif à la date de la mise en liquidation. De même, *Madagascar*, pour qui l'acceptation des obligations de la Partie II de la convention n° 173 met fin aux obligations au titre de l'article 11 de la convention n° 95, déclare conférer un statut privilégié aux éléments suivants: 1) les créances salariales des travailleurs pour une période prescrite qui, à ce jour, n'a pas été spécifiée; 2) les créances correspondant à des congés payés; 3) les indemnités pour défaut de préavis de licenciement, à concurrence de six mois de salaire; et 4) les indemnités de licenciement sur la base de dix jours par année entière d'ancienneté, à concurrence de six mois de salaire. Le *Mexique*²⁸, qui a lui aussi accepté les obligations découlant de la Partie II de la convention n° 173, étend le privilège aux salaires gagnés au cours de l'année écoulée et à tous les autres compléments du salaire, dont les congés payés, les sommes dues au titre d'autres absences rémunérées et l'indemnité de licenciement correspondant à trois mois de salaire à la date de la cessation d'emploi. L'*Espagne*²⁹, quant à elle, étend le privilège aux créances salariales, congés payés compris, sans aucune limitation spécifique dans le temps mais avec un plafond financier, et aussi aux indemnités de licenciement.

1.3. Ordre de priorité du privilège

310. Le degré de priorité du privilège des travailleurs par rapport à celui d'autres créanciers est aussi important que l'existence d'un actif suffisant dans la masse de la liquidation. Souvent, les créances salariales ont un ordre de priorité inférieur à celui des frais de justice encourus au nom des créanciers, des frais funéraires et des frais médicaux concernant le débiteur défunt, et même des créances de l'Etat ou du système de sécurité sociale. Dans ce dernier cas, d'ailleurs, le risque est que le privilège accordé aux créances des travailleurs n'ait aucune valeur pratique, si l'on veut bien considérer que les créances des autorités fiscales et celles des institutions de sécurité sociale absorbent presque toujours la plus grande part des actifs.

1.3.1. Priorité absolue

311. Dans beaucoup de pays, les travailleurs bénéficient d'un degré de priorité plus élevé que tous les autres créanciers privilégiés, y compris l'Etat et le système de sécurité sociale. Par exemple, en *Algérie*³⁰, au *Brésil*³¹, en

²⁸ (1), art. 123A, XXIII); (2), art. 113, 162, I), 434, V) et 436.

²⁹ (1), art. 26, 1) et 32, 3).

³⁰ (1), art. 89. Les créances salariales ont également un privilège de premier rang dans les pays suivants: Arabie saoudite (1), art. 15; Côte d'Ivoire (1), art. 33, 3); El Salvador (2), art. 121; Gabon (1), art. 157; Guinée (1), art. 223; Mali (1), art. L.115; Malte (1), art. 27; Norvège (2),

Croatie³², en Hongrie³³, au Paraguay³⁴ et aux Philippines³⁵, les dettes salariales sont payables avant toutes les autres, y compris celles à l'égard du Trésor et de la sécurité sociale. A Maurice³⁶, les salaires dus pour les 120 derniers jours de travail sont réglés en priorité, avant même, par ordre hiérarchique décroissant, les frais de justice, les créances de l'Etat et du système de sécurité sociale et les frais funéraires. Il est intéressant de noter que les salaires dus au titre des services rendus au cours des six derniers mois ont, eux aussi, statut de créances privilégiées, mais jouissent d'un rang moins favorable puisqu'ils viennent en sixième position parmi les privilèges s'exerçant sur les actifs mobiliers, et en quatrième position parmi les privilèges s'exerçant sur les actifs immobiliers.

312. Il convient d'aborder ici la notion de «superprivilège», selon laquelle certaines créances salariales viennent avant des créances qui sont garanties par un droit *in rem* et peuvent à ce titre être satisfaites hors de la procédure de liquidation. Les origines de ce concept se trouvent dans les droits français et mexicain du travail. L'un et l'autre ont été les premiers à prévoir le paiement immédiat d'une certaine part du salaire dû, sans considération de l'existence de toute autre créance privilégiée ou encore d'une dette garantie par une sûreté ou une hypothèque. Dans la plupart des cas, le superprivilège se limite à la part de la créance salariale indispensable à la subsistance du travailleur. Par exemple, en Côte d'Ivoire³⁷, en Guinée³⁸ et à Madagascar³⁹, le superprivilège couvre les soixante derniers jours de travail ou d'apprentissage à concurrence du montant mensuel maximum applicable à toutes les catégories de bénéficiaires. En Espagne⁴⁰, les dettes constituées par les salaires dus pour les trente derniers jours de travail ont la priorité sur toutes les autres, y compris celles garanties par hypothèque, à

art. 9-3; Oman (1), art. 47; Panama (1), art. 166; République démocratique du Congo (1), art. 91; Roumanie (1), art. 87, 2); (2), art. 7, 2); Rwanda (1), art. 102; Suisse (3), art. 219; Tchad (1), art. 268; Viet Nam (1), art. 66; Yémen (1), art. 8; Zambie (2), art. 2, 2). En Tunisie (1), art. 151-2, seule la part inaccessibile du salaire a la priorité sur toutes les autres créances privilégiées, tandis que la part restante de la créance salariale n'a qu'un quatrième rang de priorité parmi les créances privilégiées, juste avant les dettes à l'égard du Trésor.

³¹ (6), art. 102.

³² (1), art. 86, 1); (2), art. 71, 2).

³³ (2), art. 57, 1) a) et 2) a).

³⁴ (3), art. 445; (1), art. 247 et 248.

³⁵ (1), art. 110.

³⁶ (3), art. 2148 et 2152.

³⁷ (1), art. 33, 4).

³⁸ (1), art. 227.

³⁹ (1), art. 83.

⁴⁰ (1), art. 32, 1) et 3). De même, en Arabie saoudite (1), art. 15, en Jordanie (1), art. 51 b), et en Jamahiriya arabe libyenne (1), art. 60, la législation prévoit une avance immédiate égale à un mois de salaire en faveur des travailleurs avant tout autre déboursement, y compris des frais de justice ou des frais de faillite ou de liquidation.

concurrence d'un montant n'excédant pas deux fois le salaire minimum interprofessionnel. En *Malaisie*⁴¹, la loi confère une priorité aux salariés dont le salaire est dû par un employeur en cessation de paiements avant même les créances garanties, sous réserve que les montants n'excèdent pas les salaires dus pour les quatre derniers mois. Au *Bénin*⁴², aux *Comores*⁴³ et au *Sénégal*⁴⁴, les dettes au titre des salaires, à concurrence d'un maximum correspondant au pourcentage du salaire restant incessible, jouissent d'une priorité par rapport à toutes les autres dettes privilégiées, d'ordre général ou particulier, quelle que soit l'ancienneté du travailleur. Ce superprivilège peut s'exercer sur le patrimoine mobilier ou le patrimoine immobilier de l'employeur, et le paiement doit s'effectuer dans les dix jours qui suivent la déclaration de faillite ou la liquidation judiciaire, la seule condition étant que le liquidateur dispose des fonds nécessaires.

313. Dans un certain nombre de pays, les créances salariales et celles des autorités fiscales ou du système de sécurité sociale ont le même rang de priorité. Tel est le cas par exemple en *République tchèque*⁴⁵, où les impôts et les cotisations de sécurité sociale, de même que les frais de faillite et les créances des travailleurs, rentrent dans la première catégorie dans l'ordre légal de priorité. La législation des *Bahamas*⁴⁶, de la *Barbade*⁴⁷, de la *Dominique*⁴⁸, du *Guyana*⁴⁹ et de *Saint-Vincent-et-les Grenadines*⁵⁰ prévoit que tous les droits, impôts et

⁴¹ (1), art. 31, 1). Voir également Luxembourg (2), art. 42, 43, où le «superprivilège» couvre les six derniers mois de salaire mais se limite à six fois le salaire social minimum.

⁴² (1), art. 228. Il en est de même dans les pays suivants: *Burkina Faso* (1), art. 117; *Cameroun* (1), art. 70, 1); *Congo* (2), art. 92; *Mauritanie* (1), art. 94 et 96. La situation est encore comparable en *République centrafricaine* (1), art. 109; à *Djibouti* (1), art. 104; au *Niger* (1), art. 167, et au *Togo* (1), art. 100.

⁴³ (1), art. 108. Aucune disposition n'a encore été prise pour définir la part du salaire qui reste incessible, et la commission émet des commentaires depuis un certain nombre d'années quant à la nécessité d'adopter une législation ou une réglementation appropriée pour définir le degré de priorité des dettes constituées par des créances salariales privilégiées, conformément à l'article 11, paragraphe 3, de la convention.

⁴⁴ (1), art. L.119 et L.121.

⁴⁵ (3), art. 32, 1).

⁴⁶ (2), art. 30. De même, en *Ouganda* (3), art. 37, 1) et 2); (4), art. 314, et à *Sri Lanka* (3), art. 347, 1) et 2); (1), art. 50A; (2), art. 57, toutes les taxes et tous les impôts locaux exigibles pour les douze derniers mois, de même que tous les salaires à concurrence d'un montant prescrit, sont payés intégralement en premier. Voir également *Chypre* (4), art. 38, 1) b) et 2); (5), art. 299 et 300, 1) b); *Kenya* (3), art. 38, 1), 2); (4), art. 311, 1) et 5); et *Nigéria* (2), art. 494, 1) et 4); (3), art. 36, 2); *Royaume-Uni* (4), art. 175, 2), 386, 1), et annexe 6, art. 6, de même que certains territoires non métropolitains tels que *Guernesey* (13), art. 1, 4) et *Jersey* (20), art. 32, 2).

⁴⁷ (3), art. 34, 1) et 2).

⁴⁸ (3), art. 37, 1).

⁴⁹ (2), art. 39, 1) f); (3), art. 225, 1) b) et c).

⁵⁰ (3), art. 457, 1) b) et 3) a).

autres taxes, de même que tous les salaires dus à des salariés pour les quatre derniers mois (pour les deux derniers mois en ce qui concerne les travailleurs journaliers), ont le même rang de priorité entre eux et, dans le cas où la masse disponible ne suffit pas à les satisfaire, chacun est réduit dans des proportions égales.

1.3.2. Priorité relative

314. Les créances au titre des salaires ne se voient pas reconnaître partout une priorité absolue. Dans certains pays comme la *République dominicaine*⁵¹, l'*Equateur*⁵², l'*Espagne*⁵³ et le *Honduras*⁵⁴, la législation place les créances de l'Etat et du système de sécurité sociale avant celles des travailleurs. Il en est de même au *Liban*⁵⁵ où les créances constituées par les salaires de l'année écoulée viennent après celles du Trésor, les frais de justice et les hypothèques garanties. Aux Emirats arabes unis⁵⁶, les salaires impayés sont imputables sur l'ensemble des biens meubles et immeubles de l'employeur et doivent être réglés immédiatement après les frais de justice, les sommes dues au Trésor public et les pensions alimentaires attribuées aux anciennes épouses et aux enfants conformément aux règles de l'Islam. En Guinée-Bissau⁵⁷ et au Mozambique⁵⁸, la législation prévoit que tous les salaires doivent être payés intégralement avant que les créanciers ordinaires, à l'exclusion de l'Etat, ne puissent exiger leur quote-part des actifs. Le gouvernement de *Madagascar* indique que les créances de l'Etat et du système de sécurité sociale ont encore un rang plus élevé que les salaires mais que le nouveau projet de Code du travail, actuellement à l'étude, donnera la priorité à ces derniers.

315. Dans d'autres pays, les créances salariales n'ont pas un privilège de premier rang mais viennent cependant avant les créances fiscales. Par exemple, en *Bolivie*⁵⁹, en *Chine*⁶⁰ et à *Singapour*⁶¹, les créances salariales sont satisfaites

⁵¹ (1), art. 207.

⁵² (3), art. 2398 et 2399.

⁵³ (11), art. 1924. Toutefois, ce rang concerne les créances des salariés autres que celles couvertes par l'institution de garantie.

⁵⁴ (3), art. 2257, 2) d).

⁵⁵ (1), art. 48. De même, en *Egypte* (1), art. 5, en *Jamahiriya arabe libyenne* (1), art. 60, et en *République arabe syrienne* (1), art. 8, où les créances salariales sont réglées immédiatement après les frais de justice, les sommes dues au Trésor et les dépenses de conservation et de réparation. Toutefois, le gouvernement de l'*Egypte* indique qu'aux termes de l'article 6 de son projet de nouveau Code du travail, actuellement soumis pour approbation au législatif, le salaire bénéficie d'une priorité de premier rang parmi les dettes privilégiées.

⁵⁶ (1), art. 4.

⁵⁷ (1), art. 108.

⁵⁸ (1), art. 58, 2).

⁵⁹ (7), art. 1345, 2). C'est aussi le cas en *Estonie* (3), art. 86, 1); en *Lituanie* (3), art. 35; au *Soudan* (1), art. 71; au *Tadjikistan* (2), art. 26, 1) et 2); et en *Ukraine* (3), art. 21, 2); (2), art. 28. En

immédiatement après les dépenses liées à l'administration de la faillite, avant les impôts nationaux et locaux. Au *Bélarus*⁶² et en *Fédération de Russie*⁶³, les salaires dus sont des créances de deuxième rang, qui viennent immédiatement après les créances au titre de la compensation des lésions corporelles ou du décès et les frais de justice, mais avant les impôts et les cotisations de sécurité sociale. Au *Canada*⁶⁴, en *République centrafricaine*⁶⁵, en *Colombie*⁶⁶, aux *Etats-Unis*⁶⁷ et en *Uruguay*⁶⁸, les dettes salariales viennent en quatrième position et sont

Malaisie (2), art. 292, 1), les créances salariales n'occupent que le deuxième rang, après les coûts et les dépenses liées à la procédure de liquidation. Toute somme payable au titre du congé annuel n'a que le quatrième rang, et toute somme due au titre des cotisations exigibles pour les douze derniers mois précédant la mise en liquidation ou au titre de pensions de retraite, retraite complémentaire comprise, n'a qu'un cinquième rang de priorité, juste avant les taxes fédérales, qui viennent en sixième position.

⁶⁰ (4), art. 37.

⁶¹ (2), art. 328, 1), 2B) et 3).

⁶² (2), art. 144. C'est également le cas en *Azerbaïdjan* (2), art. 53; au *Kirghizistan* (2), art. 87; en *République de Moldova* (3), art. 28, 1) et 2); (2), art. 20, 1).

⁶³ (2), art. 106, 2); (3), art. 855, 2).

⁶⁴ (3), art. 136, 1) d). Dans ce pays, seul le gouvernement fédéral est compétent en matière de faillite et d'insolvabilité. Il existe au niveau provincial de nombreux textes qui confèrent une protection particulière aux créances salariales d'une manière générale mais ces dispositions ne sont pas applicables en cas de faillite puisque la législation fédérale en la matière prime; voir par exemple *Alberta* (4), art. 109, 3); *Colombie-Britannique* (6), art. 87, 3); *Manitoba* (7), art. 101; *Terre-Neuve et Labrador* (9), art. 37, 1); *Ontario* (14), art. 14, 1).

⁶⁵ (1), art. 108. Voir également *Chili* (2), art. 2472; *Guatemala* (2), art. 101, b); *Maroc* (2), art. 1248; *Mexique* (1), art. 123A (XXIII); (2), art. 113, 114; (3), art. 262; *Niger* (1), art. 166; *Togo* (1), art. 99. De même, au *Bostwana* (3), art. 82, 1), 83, 1), 84, 1), 85, 1) et 86 a), et au *Zimbabwe* (2), art. 101 à 104, 105, 1), (6), 106, 1), les créances salariales sont payées sur le solde libre de la masse, c'est-à-dire sur la partie de la masse sous séquestre qui n'est pas sujette à un droit de préférence à raison d'une hypothèque spéciale, d'une hypothèque légale, d'un nantissement ou d'un droit de rétention, immédiatement après les frais funéraires et les frais médicaux du failli, les coûts du séquestre et tous les coûts grevés d'impôts de toute exécution effectuée sur la masse de la faillite, mais avant tous impôts sur le revenu dus par le failli, lesquels occupent la cinquième place dans l'ordre des privilèges. En *Bulgarie* (2), art. 722, 1), les créances salariales ont un privilège de quatrième rang, tandis que les cotisations de sécurité sociale non versées et les impôts non acquittés occupent respectivement les sixième et septième rangs. Voir aussi les *Seychelles* (2), art. 2101, et la *Thaïlande* (1), art. 11.

⁶⁶ (1), art. 157; (2), art. 2495.

⁶⁷ Selon le Code fédéral des faillites, en cas de faillite d'un employeur, le salaire ou les commissions, y compris les congés payés, les indemnités de départ, les congés payés de maladie sont des créances préférentielles et ont un rang de priorité qui vient juste après les frais administratifs, les frais funéraires, les frais de maladie du défunt et les indemnités de conjoint survivant et de mineur à charge. On trouve des dispositions similaires dans la législation de la plupart des Etats; voir par exemple *Arizona* (7), art. 23.354; *Idaho* (17), art. 45-602; *Indiana* (19), art. 22-2-10-1; *Rhode Island* (47), art. 28-14-6.1; *Utah* (52), art. 34-26-1; *Washington* (55), art. 49.56.010.

⁶⁸ (15), art. 2369, 4); (16), art. 1732, 4).

satisfaites immédiatement après les frais de justice, les dépenses funéraires et les frais médicaux du débiteur défunt. En Nouvelle-Zélande⁶⁹, le paiement de tous les arriérés de salaires vient en quatrième position des créances privilégiées, immédiatement après les coûts, frais et dépenses liés à la procédure de liquidation et à l'administration de la masse de la faillite, tandis que les impôts sur le revenu et autres sommes payables aux contributions directes (Commissioner of Inland Revenue) n'ont que le cinquième rang de priorité lors du partage des actifs. En Australie⁷⁰, conformément à la législation du Commonwealth concernant les faillites personnelles, les frais de liquidation, y compris les frais de l'administration de la masse de faillite, les frais des liquidateurs, les coûts d'expertise et les frais funéraires en cas de décès du débiteur, sont les seules créances non garanties qui viennent avant les créances salariales. Plus concrètement, le cinquième rang est accordé à une somme fixe (1 500 dollars ou tout autre montant fixé par voie de règlement) pour chaque salarié concerné; en sixième position vient l'acquittement de toutes les sommes dues aux travailleurs à titre d'indemnisation; et en septième position celui de toutes les sommes dues au titre du congé d'ancienneté, du congé annuel ou du congé maladie pour une période spécifiée précédant la date de la faillite. De même, selon les lois fédérales régissant la faillite des entreprises, la priorité est accordée aux droits que les salariés sont susceptibles d'exercer, tels que les salaires et les cotisations de retraite, les indemnités pour handicap, les droits à congé et les indemnités de licenciement, après certaines dépenses liées à la préservation ou au maintien de l'activité de l'entreprise et à certains coûts de liquidation.

316. Dans certains pays, comme Bahreïn et le Koweït, il n'existe apparemment pas de loi ou de règlement conférant un statut privilégié aux travailleurs en matière de créances en cas de faillite de l'employeur ou de liquidation judiciaire de l'entreprise. De même, les autorités des îles Vierges britanniques indiquent, d'après la législation du territoire, que le salaire ne constitue pas une créance privilégiée et n'est pas protégé par une garantie quelconque. Le gouvernement de l'Allemagne indique qu'en vertu de la nouvelle ordonnance sur l'insolvabilité, entrée en vigueur en 1999, tous les droits préférentiels généraux (y compris ceux du Trésor, des caisses de sécurité sociale et des salariés) ont été abolis et les salariés sont désormais protégés par une prestation en cas d'insolvabilité qui couvre les salaires non payés des trois derniers mois qui précèdent le déclenchement de la procédure. Inversement, le gouvernement de la *République-Unie de Tanzanie* indique que les travailleurs sont traités comme des créanciers privilégiés dans la pratique, malgré l'absence de toute loi ou règlement à ce sujet. Dans d'autres pays, comme la *République islamique d'Iran*⁷¹, l'*Iraq*⁷² et la Namibie⁷³, tout en conférant aux travailleurs le

⁶⁹ (2), art. 104, 1) d) et e); (3), art. 312, 1) et annexe 7.

⁷⁰ (3), art. 109, 1); (4), art. 556, 1).

⁷¹ (1), art. 13, 1). Voir également Qatar (1), art. 7.

statut de créanciers privilégiés, la loi n'établit aucun ordre de priorité entre les dettes salariales et les autres dettes privilégiées.

1.4. Limites du traitement privilégié des créances salariales

317. La plupart des pays ont estimé nécessaire de fixer des limites à la mesure dans laquelle les créances salariales doivent être protégées au moyen d'un privilège. Ainsi, les créances salariales préférentielles doivent porter sur une période prescrite de service antérieure à la faillite ou à la liquidation judiciaire de l'entreprise, ou encore ne peuvent excéder un montant prescrit. Il arrive que la législation prévoie une combinaison de ces deux types de limites.

1.4.1. Limites dans le temps

1.4.1.1. Créances salariales afférentes à un travail effectué ou des services rendus avant la faillite ou la liquidation

318. Dans beaucoup de pays, le privilège couvre au minimum une période de service spécifique, autrement désignée «période de référence», précédant l'ouverture de la procédure de faillite ou la fermeture de l'entreprise. La période protégée peut aller de trois mois, comme au Kirghizistan⁷⁴ et en Zambie⁷⁵, à trois ans comme en Slovaquie⁷⁶, au Tadjikistan⁷⁷ et en République tchèque⁷⁸. A Maurice⁷⁹ et en Ouganda⁸⁰, la période de référence est fixée à quatre mois, tandis qu'en Argentine⁸¹ et en Norvège⁸² la période protégée maximale est de

⁷² (1), art. 12.

⁷³ (1), art. 48, 2).

⁷⁴ (2), art. 87.

⁷⁵ (2), art. 2, 1) a).

⁷⁶ (3), art. 32, 2) a). Les créances salariales remontant à trois mois à partir des dix-huit derniers mois de la relation d'emploi qui précèdent l'insolvabilité de l'employeur sont couvertes par un fonds de garantie spécial.

⁷⁷ (2), art. 26, 2).

⁷⁸ (3), art. 31, 4).

⁷⁹ (3), art. 2148 et 2152. Tel est également le cas à Saint-Vincent-et-les Grenadines (3), art. 457, 1) b), et au Swaziland (1), art. 54, 2).

⁸⁰ (1), art. 36, 1).

⁸¹ (1), art. 268 et 273; (4), art. 241 et 246. Tel est également le cas en Azerbaïdjan (2), art. 53; au Danemark (2), art. 95, 1) i); au Guatemala (2), art. 101; au Maroc (2), art. 1248; en République de Moldova (3), art. 28, 2) b); au Paraguay (1), art. 247 et 248; en Suisse (3), art. 219; au Venezuela (1), art. 158. De plus, les gouvernements du Japon et de la Suède indiquent que les créances privilégiées se limitent à celles qui sont devenues exigibles au cours des six derniers mois de service du salarié auprès du débiteur en faillite. De même, aux Etats-Unis, au Kansas (21), art. 44-312, la préférence accordée aux salaires en cas d'insolvabilité porte sur six mois de salaire

six mois. Dans d'autres pays, comme la *Bulgarie*⁸³ et le *Honduras*⁸⁴, la législation nationale limite le traitement préférentiel des créances salariales aux douze mois qui précèdent le début de la procédure de liquidation de l'entreprise endettée. En *Bolivie*⁸⁵ et en *République centrafricaine*⁸⁶, les créances privilégiées sont celles qui ont trait au travail effectué pendant l'année au cours de laquelle l'insolvabilité s'est déclarée et pendant l'année précédente.

319. Dans certains pays, la période de référence est définie différemment selon la catégorie professionnelle du travailleur, la nature du débiteur ou la périodicité du paiement du salaire. En *Guinée*⁸⁷, par exemple, la période protégée est de six mois pour les salaires versés à intervalles n'excédant pas la quinzaine et de douze mois pour les salaires versés mensuellement. En *Turquie*⁸⁸, la loi prévoit qu'en cas de banqueroute d'une entreprise les gens de maison employés par le propriétaire de l'entreprise ont rang de créanciers privilégiés, en ce qui concerne les salaires impayés pour une période allant jusqu'à douze mois, tandis que tous les salariés, employés de bureau et ouvriers rémunérés à l'heure ou à la pièce, ou encore à la tâche ont rang de créanciers privilégiés en ce qui concerne les salaires pour une période n'excédant pas les six mois qui précèdent la faillite. Inversement, en *Uruguay*⁸⁹, la période protégée est de six mois pour les salaires des travailleurs manuels et d'un an pour les créances des avocats, médecins, magistrats, salariés et gens de maison. La situation la plus insolite est celle de l'*Ouganda*⁹⁰, où la durée de la période protégée dépend de la nationalité ou de l'origine du travailleur, étant donné que les dettes privilégiées recouvrent tous les salaires du travailleur à concurrence d'un montant prescrit pour un travail effectué dans les quatre derniers mois qui

et en Utah (52), art. 34-26-1, les salaires dus à un travailleur pour un travail accompli dans les cinq mois qui précèdent la cessation d'activité ou la mise en faillite sont considérés et traités comme des créances privilégiées.

⁸² (2), art. 9-3.

⁸³ (2), art. 722, 1). De même, en *Côte d'Ivoire* (1), art. 33, 2); au *Liban* (1), art. 48; au *Mali* (1), art. L.113.

⁸⁴ (1), art. 128, 4); (2); art. 374.

⁸⁵ (7), art. 1345, 2).

⁸⁶ (1), art. 108.

⁸⁷ (1), art. 221.

⁸⁸ (2), art. 206. Au *Guyana* (2), art. 39, 1) d) et f), conformément à l'ordre de répartition des actifs d'un employeur insolvable, si les actifs en question ont été obtenus par la vente d'une plantation, les salaires des personnes employées dans l'entreprise sont protégés par le privilège des trois mois qui précèdent la mise en faillite, tandis que les salaires des travailleurs employés dans les mines, la foresterie ou encore la collecte du latex constituent une dette privilégiée pour services rendus pour les quatre mois qui précèdent la date de la déclaration de faillite, et ceux des vendeurs des magasins de détail ou encore des gens de maison pour les deux mois qui précèdent cette date.

⁸⁹ (15), art. 2369, 4); (16), art. 1732, 4).

⁹⁰ (3), art. 37, 1) d); (4), art. 314.

précèdent la date de la mise en faillite, ou bien, dans le cas d'un travailleur journalier africain, au cours des douze mois qui précèdent cette date.

1.4.1.2. Créances salariales afférentes à un travail accompli après la date de référence

320. Aux termes de l'article 11, paragraphe 1, de la convention, le privilège se limite aux salaires dus au titre de services rendus au cours d'une période prescrite antérieure à la date de l'ouverture de la procédure de faillite, également appelée «date de référence». A une époque où la faillite signifiait pratiquement la fermeture immédiate de l'établissement et la cessation d'emploi des travailleurs, la question de la protection des salaires dus au titre des services rendus après la faillite ne se posait pas. A la cessation d'activité de l'employeur insolvable, tous les travailleurs étaient automatiquement licenciés et il était donc naturel de limiter le traitement préférentiel des salaires des travailleurs aux services rendus avant la date de la faillite ou de la liquidation judiciaire. La pratique moderne a cependant démontré la nécessité de la protection des créances nées après la date de référence, puisque la législation de nombreux pays permet désormais aux entreprises insolubles de continuer de fonctionner, soit temporairement en vue de la liquidation, soit sur des bases nouvelles en vue d'un redressement de leur situation financière. Etant donné que la tendance n'est plus à liquider une entreprise en difficulté mais plutôt à essayer de la rétablir, il est devenu très courant que des salariés continuent de travailler alors que l'entreprise est en cessation de paiements et que la procédure est engagée, si bien qu'il est devenu indispensable d'étendre la protection privilégiée aux créances nées après cette date de référence.

321. La législation de plusieurs pays fait rentrer le salaire dû au titre de services rendus après l'ouverture de la procédure de faillite dans les frais administratifs ou dans les coûts de liquidation. Par exemple, en *Bulgarie*⁹¹, les frais de liquidation, y compris les sommes devenues exigibles par les salariés alors que l'entreprise débitrice était déjà déclarée en faillite, viennent en troisième position, ce qui les place avant les créances salariales afférentes au travail accompli avant la déclaration de faillite. En *Autriche*⁹², la législation ne considère comme dettes privilégiées que les créances salariales nées après le début de la procédure de liquidation, étant donné que les créances antérieures sont couvertes – comme on l'explique ci-après – par le fonds de garantie des salaires et ont ainsi rang de dettes exigibles sur le patrimoine, au même titre que les coûts de liquidation, les impôts et les cotisations de sécurité sociale.

⁹¹ (2), art. 723.

⁹² (3), art. 46, 1); (4), art. 23, 1).

1.4.2. Limites financières

322. Il existe principalement deux sortes de limites financières s'attachant à la dette salariale protégée par privilège: le plafonnement en chiffres absolus, à savoir un montant spécifique, ou bien une limite calculée sur la base de variables telles que le salaire minimum interprofessionnel, ou bien le salaire mensuel maximum pris en considération aux fins des cotisations de sécurité sociale. Dans le deuxième cas, il n'est pas nécessaire de prévoir des ajustements périodiques de cette limite puisque celle-ci évolue automatiquement en fonction de l'évolution des valeurs de référence. En *Espagne*⁹³, par exemple, la protection privilégiée, c'est-à-dire la protection autre que le «superprivilège», se limite à trois fois le salaire minimum journalier multiplié par le nombre total de journées de salaire impayées. A *Malte*⁹⁴, les dettes salariales constituent, à concurrence d'un montant de 200 livres maltaises, des créances privilégiées et sont payées avant toutes les autres créances. En *Australie*⁹⁵, la législation concernant les faillites, plus précisément celle qui concerne l'insolvabilité des individus et non des sociétés, fixe un plafond aux montants exigibles au titre de dettes salariales (étant exclues les sommes dues au titre du congé d'ancienneté, du congé de longue durée, du congé annuel, du congé de détente ou du congé de maladie). Par salarié, ces montants s'élèvent à 1 500 dollars ou tel chiffre plus élevé que la réglementation prescrit. Par contre, la législation concernant l'insolvabilité des sociétés ne fixe de plafond qu'en ce qui concerne les prestations prioritaires dues aux personnes ayant occupé un poste de direction dans la société et à leurs ayants droit pour les douze mois précédant la mise en liquidation en limitant les sommes ainsi exigibles à 2 000 dollars pour les salaires et 1 500 dollars pour les droits à congé. Aux *Seychelles*⁹⁶, la protection privilégiée des créances salariales se limite à un maximum de 30 000 roupies pour chaque créancier.

323. Au *Bénin*⁹⁷, au *Burkina Faso*⁹⁸ et au *Congo*⁹⁹, le montant de la créance protégée par un privilège se limite à la fraction insaisissable du salaire. Il convient de noter à cet égard que, selon l'article 7, paragraphe 1, de la convention n° 173, instrument qui, incidemment, a été ratifié par le *Burkina Faso* en 1999 pour ce qui concerne la Partie II, la limitation de la protection des créances des travailleurs par un privilège est admise, mais les montants prescrits ne doivent pas être inférieurs à «un seuil socialement acceptable». Il convient aussi de noter que le paragraphe 4 de la recommandation n° 180 donne quelques orientations quant à ce qui peut constituer objectivement un seuil socialement

⁹³ (1), art. 32, 3).

⁹⁴ (1), art. 27.

⁹⁵ (3), art. 109, 1) e); (4), art. 556, 1A), 1B).

⁹⁶ (1), art. 37.

⁹⁷ (1), art. 228.

⁹⁸ (1), art. 117.

⁹⁹ (2), art. 92.

acceptable, en se référant à des variables telles que le salaire minimum, la fraction insaisissable du salaire ou le salaire qui sert de base de calcul aux cotisations à la sécurité sociale ou encore le salaire moyen dans l'industrie. On part du principe que, la fraction insaisissable du salaire correspondant par définition au minimum indispensable à la subsistance du travailleur et de sa famille, cet élément peut servir de critère fiable pour la détermination d'un seuil socialement acceptable de protection du revenu du travailleur en cas de faillite ou d'insolvabilité de l'employeur.

1.4.3. Limites multiples

324. Dans beaucoup de pays, la législation fixe plusieurs limites en ce qui concerne à la fois les montants maxima protégés et la période de service maximale protégée. Il en est ainsi, par exemple, en *Malaisie*¹⁰⁰, où le privilège s'étend à tous les salaires ou traitements (prestations ou commissions comprises) à concurrence de 1 500 ringgit ou de tout autre montant prescrit périodiquement sur une base temporelle ou qualitative au titre des services rendus dans les quatre mois qui précèdent la déclaration de faillite de l'entreprise insolvable. Au *Botswana*¹⁰¹, un privilège est accordé aux créances constituées par les salaires d'un mois et ceux du mois en cours (ou à une semaine de salaire plus la semaine de salaire en cours pour les employés payés à la semaine), mais à concurrence d'un montant n'excédant pas 100 pula. Aux *Bahamas*¹⁰² et à la *Barbade*¹⁰³, dans le cas d'un employé, c'est soit quatre mois de salaire, soit un montant prescrit, selon ce qui est moindre, qui doit être payé avant les dettes ordinaires, tandis que dans le cas d'un travailleur journalier ou d'un ouvrier les dettes privilégiées se limitent à deux mois de salaire ou la moitié du montant prescrit pour l'employé.

325. Au Canada¹⁰⁴, la législation fédérale accorde la priorité aux créances portant sur les salaires, les commissions ou la rétribution de tout employé,

¹⁰⁰ (2), art. 292, 1) b). De même, au Kenya (3), art. 38, 1) c), d); (4), art. 311, 1) c), (2), la priorité est accordée aux salaires d'un employé ou d'un fonctionnaire au titre des services rendus dans les quatre derniers mois qui précèdent la date retenue, à concurrence d'un montant de 4 000 shillings, tandis qu'au Royaume-Uni (4), titre 6, art. 9, les créances privilégiées incluent les salaires couvrant une période de quatre mois précédant immédiatement la date retenue ou une somme n'excédant pas 800 livres. Quatre mois de salaire ou un maximum de 1 500 livres constitue également la limite à Guernesey (13), art. 1, 1) b), tandis qu'à Jersey (20), art. 32, 1) b), les créances privilégiées couvrent les salaires dus pour une période allant jusqu'à six mois ou à concurrence de 2 000 livres.

¹⁰¹ (3), art. 85, 1). De même, au Zimbabwe (2), art. 105, 1), le traitement préférentiel des créances salariales se limite à trois mois dans le cas d'un travailleur engagé au mois et à quatre semaines dans le cas d'un travailleur engagé à la semaine, à concurrence d'un montant de 400 dollars.

¹⁰² (2), art. 30; (3), art. 159, 1) b) et c). C'est aussi le cas à la *Dominique* (3), art. 37, 1) b) et c); au *Guyana* (3), art. 225, 1) b) et c); au *Nigéria* (3), art. 36, 1) b); (2), art. 494, 1) c) et d); en *Ouganda* (3), art. 37, 1) c) et d); à *Sri Lanka* (3), art. 347, 1) f).

¹⁰³ (3), art. 34, 1) b) et c).

¹⁰⁴ (3), art. 136, 1) d).

fonctionnaire, voyageur de commerce, journalier ou ouvrier pour les services rendus au cours des six mois qui précèdent immédiatement la faillite, à concurrence de 2 000 dollars dans chaque cas. A *Chypre*¹⁰⁵, le traitement préférentiel des dettes salariales se limite à la période de dix-huit semaines qui précède l'ordonnance de mise en liquidation, ou à un montant n'excédant pas 18 fois le double des gains soumis à des cotisations d'assurance. En Croatie¹⁰⁶, seules les créances salariales portant sur les trois mois qui précèdent la mise en liquidation ou la fin du contrat d'emploi sont couvertes, et ce à concurrence d'un montant correspondant, pour un mois donné, aux deux tiers du salaire mensuel moyen national. A Singapour¹⁰⁷, le montant des créances salariales réglées en priorité par rapport à toutes les autres dettes non garanties ne peut excéder un montant équivalant à cinq fois le salaire mensuel ou à 7 500 dollars, selon ce qui est le moins. En Nouvelle-Zélande¹⁰⁸, les salaires et les congés payés des salariés sont protégés pour la période de quatre mois qui précède immédiatement le jugement déclaratif de faillite ou à concurrence de 6 000 dollars. Aux Etats-Unis¹⁰⁹, selon le Code fédéral des faillites, la priorité est accordée aux salaires correspondant aux quatre-vingt-dix jours qui précèdent la date de la mise en faillite ou de la cessation d'activité du débiteur, à concurrence d'un maximum de 4 000 dollars par personne.

326. Enfin, il convient de mentionner certains pays, comme le *Bélarus*, le Chili, la Chine, la *Colombie*, la *République dominicaine*, l'*Egypte*, l'*Equateur*, El Salvador, l'Estonie, la Guinée-Bissau, la *Hongrie*, l'*Iraq*, la *Jamahiriya arabe libyenne*, le *Nicaragua*, Oman, le *Panama*, le Pérou, les *Philippines*, la *République démocratique du Congo*, la *Fédération de Russie*, la *République arabe syrienne* et l'*Ukraine*, où la législation ne fixe pas une durée maximale de service ou un montant maximum pour les créances salariales privilégiées, ou pour lesquels on ne dispose d'aucune information à ce sujet.

¹⁰⁵ (4), art. 38, 1) b); (5), art. 300, 1) b).

¹⁰⁶ (1), art. 86, 1) et 2).

¹⁰⁷ (1), art. 33, 4); (2), art. 328, 2).

¹⁰⁸ (2), art. 104, 1) d); (3), art. 312, 1) et annexe 7. Selon le rapport du gouvernement, le seuil de 6 000 dollars applicable aux créances prioritaires des salariés sera prochainement porté à 15 000 dollars.

¹⁰⁹ Au niveau des Etats, les limites du privilège des créances salariales vont de soixante jours de salaire ou un montant de 100 dollars dans l'Etat de Washington (55), art. 49.56.010, à trois mois de salaire ou 600 dollars dans l'Indiana (19), art. 22-2-10-1. En Arizona (7), art. 23-354, la législation accorde la priorité aux salaires à concurrence de 200 dollars pour des services rendus dans les soixante jours qui précèdent le déclenchement de la procédure d'insolvabilité, tandis qu'en Idaho (17), art. 45-602, la limite est fixée à soixante jours de salaire ou 500 dollars. Au Rhode Island (47), art. 28-14-6.1, la priorité est accordée aux salaires dus au cours des trois derniers mois à concurrence de 300 dollars.

1.5. Exercice d'un privilège sur les actifs du débiteur

327. On fait souvent une distinction entre privilèges généraux et privilèges particuliers, selon la nature des actifs sur lesquels lesdits privilèges peuvent s'exercer. D'une manière générale, les privilèges généraux peuvent s'exercer sur l'ensemble des actifs du débiteur tandis que les privilèges particuliers ne peuvent s'exercer que sur certains actifs.

328. Dans la plupart des pays, on accorde aux créances salariales un privilège général, exerçable sur l'ensemble des actifs du débiteur – meubles et immeubles; tel est le cas par exemple, dans les pays suivants: *Brésil*¹¹⁰, *Côte d'Ivoire*¹¹¹, *Equateur*¹¹², *Egypte*¹¹³, *Gabon*¹¹⁴, *Mexique*¹¹⁵, *Niger*¹¹⁶, *Seychelles*¹¹⁷ et *Venezuela*¹¹⁸.

329. Dans certains pays, la législation attribue aux créances salariales un privilège général qui se trouve néanmoins limité aux biens meubles. Par exemple, en *Guinée*¹¹⁹, les créances salariales des salariés et apprentis nées au cours de l'année où l'insolvabilité est survenue et au cours de l'année précédente s'exercent en priorité seulement à l'égard des biens meubles du débiteur.

330. Des privilèges particuliers sont souvent reconnus aux gens de mer s'agissant des salaires dus pour le dernier voyage, qui constituent une créance exerçable sur le navire, de même qu'aux maçons, charpentiers et autres travailleurs du bâtiment, dont les créances peuvent s'exercer sur le bien immeuble qu'ils ont contribué à construire ou réparer et, enfin, dans le cas des travailleurs de l'agriculture, le privilège est exerçable sur la récolte¹²⁰. A *Madagascar*¹²¹, outre les catégories susmentionnées, les assistants employés par

¹¹⁰ (6), art. 102. De même, en *Bolivie* (7), art. 1345; au *Burkina Faso* (1), art. 117; en *République centrafricaine* (1), art. 108; au *Congo* (2), art. 92; en *République dominicaine* (1), art. 207; au *Guatemala* (2), art. 101; en *Jamahiriya arabe libyenne* (1), art. 60; à *Madagascar* (1), art. 77; à *Maurice* (3), art. 2148 et 2152; en *République démocratique du Congo* (1), art. 91; au *Rwanda* (1), art. 102; en *République arabe syrienne* (1), art. 8; au *Tchad* (1), art. 268; au *Togo* (1), art. 99.

¹¹¹ (1), art. 33, 2).

¹¹² (3), art. 2391 et 2399.

¹¹³ (1), art. 5.

¹¹⁴ (1), art. 156.

¹¹⁵ (2), art. 113.

¹¹⁶ (1), art. 166.

¹¹⁷ (2), art. 2101 et 2104.

¹¹⁸ (1), art. 158 à 160; (2), art. 101; (3), art. 1870.

¹¹⁹ (1), art. 226.

¹²⁰ Tel est le cas, par exemple, à *Djibouti* (1), art. 103; en *Guinée* (1), art. 224; au *Mali* (1), art. L.116; et au *Togo* (1), art. 99.

¹²¹ (1), art. 83.

des gens de maison jouissent eux aussi de privilèges spéciaux. En *Argentine*¹²² et à *Maurice*¹²³, les architectes, entrepreneurs de maçonnerie, maçons et autres ouvriers jouissent d'un privilège particulier sur le bâtiment ou autres ouvrages de construction exécutés pour le compte du débiteur, à concurrence des honoraires ou des salaires qui leur sont dus; tandis qu'en *Bolivie*¹²⁴ les travailleurs des transports jouissent d'un privilège sur les biens transportés.

2. Protection des créances des travailleurs par une institution de garantie

2.1. Faiblesses du système de privilège et nécessité de la révision de la convention n° 95

331. Au fil des ans, la protection des créances salariales des travailleurs en cas de faillite au moyen d'un privilège ne s'est pas révélée très satisfaisante. L'article 11 de la convention n° 95 s'est attiré des critiques à plusieurs égards: premièrement, il est tout simplement inefficace lorsqu'il n'y a pas suffisamment d'actifs réalisables dans la masse de faillite. Deuxièmement, il traite certes de l'ordre de priorité des créances des travailleurs mais ne garantit pas un rang minimum de priorité pour ces créances. Troisièmement, il reconnaît la possibilité de fixer un plafond au privilège, sans établir pour autant une norme de ce qui constitue le minimum de protection socialement acceptable. Enfin, il n'aborde pas la question des créances salariales au titre du travail accompli après la déclaration d'insolvabilité dans le cas où ladite insolvabilité n'entraîne pas nécessairement la fermeture de l'entreprise¹²⁵. Il était donc devenu manifeste que le système de privilège, malgré toutes les améliorations ou consolidations qu'on puisse imaginer, ne suffirait jamais à garantir le règlement intégral et final des dettes salariales et que de nouvelles garanties des créances salariales étaient nécessaires.

332. De plus, une évolution marquante des législations et pratiques nationales, depuis l'époque de l'adoption de la convention n° 95, a montré qu'il était nécessaire d'adopter de nouvelles normes. En premier lieu, la législation du travail de nombreux pays a étendu la notion de salaires couverts par le privilège en y incluant diverses primes et allocations. Deuxièmement, des progrès indéniables ont été marqués sur le plan de la priorité accordée aux créances des

¹²² (1), art. 271.

¹²³ (3), art. 2151.

¹²⁴ (7), art. 1349, 3).

¹²⁵ Pour une analyse critique du système de préférence, voir Bronstein A.S.: «Protection des créances salariales en cas d'insolvabilité de l'employeur: du droit civil à la sécurité sociale», *Revue internationale du Travail*, vol. 126, 1987, pp. 795-812. Voir également le rapport de la Réunion d'experts sur la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur, doc. MEWPI/1985/D.3/Rev., paragr. 29-36.

travailleurs, lesquelles ont progressivement bénéficié d'une préférence par rapport à la plupart des autres créances privilégiées. Troisièmement, depuis 1967 sont apparus de nombreux systèmes de garantie du salaire qui offrent une protection des créances des travailleurs grâce à l'intervention d'une institution indépendante.

333. Il est une autre critique à l'égard de la philosophie sous-jacente du système de préférence qui a progressivement acquis un certain poids: la procédure de règlement des faillites, dans le cadre du système de préférence, a pour seul et unique objet de prendre des dispositions pour la liquidation de l'entreprise en difficulté et la vente de ses actifs en vue de satisfaire les créanciers. Mais, aujourd'hui, on reconnaît largement qu'une telle procédure devrait plutôt avoir pour objectif de secourir les entreprises en difficulté, l'idée étant que, dans la plupart des cas, il est préférable, économiquement et socialement, de maintenir l'entreprise à flot en séparant son destin de celui de son propriétaire. Sous l'influence de ce qu'il est convenu d'appeler la «culture du sauvetage», le système du privilège est donc apparu comme étant non seulement inadéquat dans son application pratique mais également dépassé dans sa conception.

2.2. De la créance privilégiée à la garantie du salaire: la convention de l'OIT n° 173

334. La convention n° 173 est l'un des rares instruments de l'OIT qui soit composé de différentes parties pouvant être ratifiées séparément ou ensemble. Elle propose une série de normes tendant à la protection des travailleurs au moyen d'un privilège et une autre tendant au même but par une institution indépendante de garantie. Cet instrument, qui a donc une double portée, repose sur une approche flexible permettant aux Etats Membres de choisir le système de protection qui correspond le mieux à leurs besoins et à leurs intérêts. Lorsqu'il ratifie la convention, l'Etat Membre peut donc s'engager à appliquer soit les dispositions de la Partie II, relatives à la protection des créances des travailleurs au moyen d'un privilège, soit celles de la Partie III, relatives à la protection des créances des travailleurs par une institution de garantie. Rien n'empêche, en outre, un Membre ayant accepté initialement l'une des parties d'accepter aussi l'autre ultérieurement¹²⁶.

¹²⁶ Pour les discussions au sein de la Conférence ayant précédé l'adoption de la convention, voir CIT, 78^e session, 1991, *Compte rendu des travaux*, pp. 20/1-20/29, 26/2-26/6, et CIT, 79^e session, 1992, *Compte rendu des travaux*, pp. 25/1-25/43, 30/2-30/9. La convention n° 173 est entrée en vigueur le 8 juin 1995. A ce jour, elle a été ratifiée par 14 Etats Membres, dont neuf ont accepté les obligations de la Partie II, trois autres seulement les obligations de la Partie III et deux autres enfin, celles des deux parties. Il est intéressant de noter que l'Australie et la Slovaquie, bien que n'ayant accepté, à ce jour, que les obligations de la Partie II, relative à la protection des créances des travailleurs au moyen d'un privilège, se sont d'ores et déjà dotées d'un système de

335. En ce qui concerne le système du privilège, la convention n° 173 marque une amélioration nette par rapport aux normes énoncées par la convention n° 95 à trois égards. Tout d'abord, elle définit ce que le privilège doit couvrir au minimum, à savoir: 1) les créances au titre des salaires afférents à une période déterminée, laquelle ne doit pas être inférieure à trois mois, précédant l'insolvabilité ou la cessation de la relation d'emploi; 2) les créances au titre des congés payés dus en raison du travail effectué dans le courant de l'année dans laquelle est survenue l'insolvabilité ou la cessation de la relation d'emploi, ainsi que dans l'année précédente; 3) les créances au titre des montants dus pour d'autres absences rémunérées (par exemple le congé maladie ou le congé maternité) afférentes à une période déterminée, qui ne doit pas être inférieure à trois mois, précédant l'insolvabilité ou la cessation de la relation d'emploi; et 4) les créances au titre d'indemnités de départ¹²⁷. Deuxièmement, la convention prévoit que la législation nationale doit placer les créances des travailleurs à un rang de privilège plus élevé que la plupart des autres créances privilégiées, et en particulier celles de l'Etat au titre des arriérés d'impôts et de la sécurité sociale au titre des cotisations non versées¹²⁸. Troisièmement, la convention précise que, lorsque la législation nationale fixe un plafond à la protection des créances des travailleurs au moyen d'un privilège, le montant prescrit ne peut se situer en deçà d'un niveau socialement acceptable, si bien qu'il doit être ajusté périodiquement pour que la valeur en soit préservée¹²⁹.

336. S'agissant des systèmes de garantie du salaire, la convention n° 173 prévoit que ceux-ci doivent couvrir au moins: i) les créances au titre des salaires afférents à une période déterminée, qui ne doit pas être inférieure à huit

garantie du salaire qui fonctionne. Des indications complètes concernant les Etats ayant ratifié sont données à l'annexe I.

¹²⁷ Aux termes de la recommandation n° 180, le privilège devrait également porter sur les heures supplémentaires, les commissions et autres formes de rémunération, de même que sur les primes de fin d'année ou autres primes afférentes au travail accompli au cours d'une période déterminée, précédant l'insolvabilité, qui ne devrait pas être inférieure à douze mois, les sommes dues à défaut de préavis de licenciement et les indemnités payables directement par l'employeur au titre d'accidents du travail et de maladies professionnelles. De plus, les autres créances telles que les cotisations dues à des institutions nationales de sécurité sociale ou d'autres institutions de protection sociale pourraient également être protégées.

¹²⁸ La convention prévoit cependant que, lorsque les créances des travailleurs sont protégées par une institution de garantie, les créances ainsi protégées peuvent avoir un rang inférieur à celles de l'Etat et du système de sécurité sociale.

¹²⁹ Sur ce point, la recommandation indique que, pour connaître ce qui constitue un niveau socialement acceptable, il convient de tenir compte de variables telles que le salaire minimum, la fraction insaisissable du salaire, le salaire pris en considération aux fins des cotisations de sécurité sociale ou encore le salaire moyen dans l'industrie. On se reportera également aux dispositions de la recommandation qui traitent de la question du paiement des créances des travailleurs nées après le déclenchement de la procédure de faillite, c'est-à-dire tandis que l'entreprise était autorisée à poursuivre ses activités, de même que du problème de la procédure spéciale de paiement accéléré lorsque la procédure de liquidation n'assure pas un règlement rapide des créances privilégiées des travailleurs.

semaines, précédant l'insolvabilité ou la cessation de la relation d'emploi; ii) les créances au titre des congés payés dus en raison du travail effectué pendant une période déterminée, qui ne doit pas être inférieure à six mois, précédant l'insolvabilité ou la cessation de la relation d'emploi; iii) les créances au titre des paiements dus pour d'autres absences rémunérées afférentes à une période déterminée, qui ne doit pas être inférieure à huit semaines, précédant l'insolvabilité ou la cessation de la relation d'emploi; et iv) les indemnités de départ. La couverture offerte par un système de garantie du salaire est plus limitée que celle offerte par le système du privilège, parce qu'une institution de garantie apporte une assurance du paiement qui n'est pas présente dans le cas du privilège. La convention admet la limitation à un certain montant de la garantie de versement. Cependant, elle prescrit que ce montant ne doit pas être inférieur à un niveau socialement acceptable, et que ce niveau soit ajusté périodiquement afin d'en maintenir la valeur.

337. La recommandation n° 180 fait ressortir les grands principes qui devraient présider au fonctionnement, à l'exploitation et au financement des institutions de garantie. Tout d'abord, ces institutions devraient jouir de l'autonomie administrative, financière et juridique à l'égard de l'employeur. Deuxièmement, les employeurs devraient contribuer au financement, à moins que celui-ci ne soit assuré intégralement par les pouvoirs publics, et les fonds qu'elles gèrent ne devraient être utilisés que pour les buts pour lesquels ils ont été collectés. Troisièmement, elles devraient assumer leurs obligations à l'égard des travailleurs protégés, que l'employeur se soit ou non acquitté de ses obligations éventuelles de contribuer à leur financement.

338. Il convient de remarquer que les normes énoncées dans la Partie III de la convention n° 173, à propos des institutions de garantie des créances des travailleurs, présentent une certaine similitude par rapport aux dispositions de la directive 80/987/CEE du Conseil de l'Union européenne concernant le rapprochement des législations des Etats Membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur. Cette directive prescrit aux Etats Membres de faire en sorte que des institutions de garantie assurent le paiement des créances impayées des travailleurs salariés dont l'employeur est devenu insolvable par rapport à une période qui se situe avant une date déterminée. Pour limiter la durée de la garantie, les Etats Membres ont la faculté de choisir entre trois dates quant au début de la période de référence dans laquelle est comprise la période minimale pour laquelle la rémunération est garantie. La directive autorise également les Etats Membres à fixer un plafond pour la garantie de paiement des créances impayées des salariés et elle rappelle les principes devant être observés dans le fonctionnement des institutions de garantie, à savoir l'indépendance financière, le financement par les employeurs

et l'obligation de paiement des institutions indépendamment de l'exécution des obligations de contribuer au financement¹³⁰.

5.1. Directive 2002/74/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 80/987/CEE du Conseil concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur

Article premier

1. La présente directive s'applique aux créances des travailleurs salariés résultant de contrats de travail ou de relations de travail et existant à l'égard d'employeurs qui se trouvent en état d'insolvabilité au sens de l'article 2, paragraphe 1. [...]

Article 2

2. Aux fins de la présente directive, un employeur est considéré comme se trouvant en état d'insolvabilité lorsqu'a été demandée l'ouverture d'une procédure collective fondée sur l'insolvabilité de l'employeur, prévue par les dispositions législatives, réglementaires et administratives d'un Etat membre qui entraîne le dessaisissement partiel ou total de cet employeur ainsi que la désignation d'un syndic, ou une personne exerçant une fonction similaire, et que l'autorité qui est compétente en vertu desdites dispositions a: a) soit décidé l'ouverture de la procédure; b) soit constaté la fermeture définitive de l'entreprise ou de l'établissement de l'employeur, ainsi que l'insuffisance de l'actif disponible pour justifier l'ouverture de la procédure. [...]

(suite)

¹³⁰ En septembre 2002, le Parlement européen et le Conseil ont adopté la directive 2002/74/CE modifiant la directive 80/987/CEE en vue d'en adapter la teneur aux nouvelles tendances de la législation des Etats Membres en matière d'insolvabilité et de mieux tenir compte des autres directives communautaires adoptées entre-temps ainsi que de la jurisprudence récente de la Cour européenne de justice. La nouvelle directive envisage une plus large définition de l'insolvabilité de manière à couvrir non seulement la faillite ou la liquidation, mais aussi les autres procédures collectives d'insolvabilité. Elle étend également le champ de la protection des travailleurs couverts en prévoyant que les Etats Membres ne pourraient exclure de cette protection les travailleurs à temps partiel, les travailleurs en contrat de courte durée ou les travailleurs recrutés temporairement au sens des directives pertinentes. Ce texte tend de plus à simplifier les dispositions concernant la limitation dans le temps des créances salariales garanties en fixant une période minimale (trois mois), libre aux Etats Membres de fixer la date de référence, étant entendu qu'une telle période ne concernerait pas nécessairement les seuls salaires dus avant la date de référence mais aussi les créances nées après cette date. Enfin, ce texte répond à la question de la juridiction dans les cas d'insolvabilité transfrontière. Voir également à cet égard le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil en date du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, entré en vigueur en mai 2002, dont le but est l'amélioration et l'accélération des procédures d'insolvabilité comportant des aspects transfrontières. Pour de plus amples informations, voir Pierre Rodière: *Droit social de l'Union européenne*, 2002, pp. 490-494.

(suite)

Article 3

3. Les Etats Membres prennent les mesures nécessaires afin que les institutions de garantie assurent, sous réserve de l'article 4, le paiement des créances impayées des travailleurs salariés résultant de contrats de travail ou de relations de travail y compris, lorsque le droit national le prévoit, des dédommagements pour cessation de la relation de travail. Les créances prises en charge par l'institution de garantie sont les rémunérations impayées correspondant à une période se situant avant et/ou, le cas échéant, après une date déterminée par les Etats Membres.

Article 4

1. Les Etats Membres ont la faculté de limiter l'obligation de paiement des institutions de garantie visée à l'article 3.

2. Lorsque les Etats Membres font usage de la faculté visée au paragraphe 1, ils fixent la durée de la période donnant lieu au paiement des créances impayées par l'institution de garantie. Cette durée ne peut toutefois être inférieure à une période portant sur la rémunération des trois derniers mois de la relation de travail se situant avant et/ou après la date visée à l'article 3. Les Etats membres peuvent inscrire cette période minimale de trois mois dans une période de référence dont la durée ne peut être inférieure à six mois. [...]

3. En outre, les Etats Membres peuvent assigner des plafonds aux paiements effectués par l'institution de garantie. Ces plafonds ne doivent pas être inférieurs à un seuil socialement compatible avec l'objectif social de la présente directive. Lorsque les Etats Membres font usage de cette faculté, ils communiquent à la Commission les méthodes selon lesquelles ils fixent le plafond.

Article 8 bis

1. Lorsqu'une entreprise ayant des activités sur le territoire d'au moins deux Etats membres se trouve en état d'insolvabilité au sens de l'article 2, paragraphe 1, l'institution compétente pour le paiement des créances impayées des travailleurs est celle de l'Etat membre sur le territoire duquel ils exercent ou exerçaient habituellement leur travail.

2. L'étendue des droits des salariés est déterminée par le droit régissant l'institution de garantie compétente.

3. Les Etats Membres prennent les mesures nécessaires afin d'assurer que, dans les cas visés au paragraphe 1, les décisions prises dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité visée à l'article 2, paragraphe 1, dont l'ouverture a été demandée dans un autre Etat membre, sont prises en compte pour déterminer l'état d'insolvabilité de l'employeur au sens de la présente directive. [...]

339. Globalement, la révision partielle de l'article 11 de la convention n° 95 a abouti à un instrument flexible, établissant des normes de protection beaucoup plus élevées tout en offrant des réponses modernes aux défis que pose aujourd'hui la réglementation de l'insolvabilité des sociétés. De l'avis de la commission, la convention n° 173 propose une solution valable et ambitieuse aux problèmes de protection sociale en cas d'insolvabilité, lesquels se posent avec de plus en plus d'acuité dans le contexte d'une économie mondialisée et dans une conjoncture de récession. Elle donne un contenu substantiel au système de privilège, introduit de nouvelles méthodes de protection sous la forme

d'institutions de garantie du salaire et laisse une marge de manœuvre aux Etats Membres quant à la mise en œuvre des normes. Les informations dont on dispose montrent que la plupart des pays, notamment ceux qui ont subi au cours des dix dernières années des changements structurels dictés par le marché, se dotent actuellement d'institutions de garantie des salaires ou sont en pourparlers avec les partenaires sociaux en vue de constituer de telles institutions dans un proche avenir. La commission note également que dans certains cas l'assistance technique du BIT a été requise pour élaborer une législation ou une réglementation appropriée, ou pour diffuser l'information pertinente se rapportant aux expériences comparables vécues par d'autres pays. La commission a toutes les raisons de croire que, comme expliqué ci-après au chapitre IX, le taux d'acceptation de la convention n° 173 va considérablement progresser ces prochaines années et elle demande au Bureau d'intensifier les efforts qu'il déploie auprès des Etats Membres afin que ceux-ci se dotent de régimes efficaces d'insolvabilité satisfaisant aux normes établies par cet instrument.

2.3. Les fonds de garantie des salaires

340. Les institutions de garantie des salaires ont pour vocation d'offrir une solution pour tous les salariés qui, à défaut, verraient leurs créances insatisfaites. Le système consiste à imposer une charge financière à tous les employeurs, y compris ceux qui sont solvables et responsables. Ces systèmes ont commencé à voir le jour en Europe occidentale à la fin des années soixante et au début des années soixante-dix, tout d'abord en *Belgique*, premier pays où un tel fonds de garantie a été constitué en 1967, puis aux *Pays-Bas* en 1968, en Suède en 1970, au Danemark en 1972, et en Finlande, en *France* et en *Norvège* en 1973. Plusieurs autres pays comme l'Australie, l'*Autriche*, la République de Corée, l'*Espagne*, l'Estonie, la *Grèce*, *Israël*, l'*Italie*, le Japon, la Lituanie, le Luxembourg, la *Pologne*, la *Slovaquie*, la Suisse et la *République tchèque* se sont entre-temps dotés d'institutions de garantie des créances salariales.

2.3.1. Portée de la garantie salariale

341. En principe, tous les salariés peuvent bénéficier d'un système de garantie du salaire. Dans certains cas, cependant, des personnes telles que les membres de la direction ou les membres de la parenté directe de l'employeur insolvable sont exclues de ce privilège de crainte d'abus. En *Autriche*¹³¹, par

¹³¹ (2), art. 1, 6). De même, le gouvernement de la Finlande indique que la garantie du salaire prévue par la loi sur la sécurité du salaire ne s'applique pas au PDG d'une société, au partenaire d'une société, et aux autres personnes ayant occupé un poste de direction. Au Royaume-Uni: île de Man (14), art. 70, aucune somme ne peut être versée à une personne qui, au cours des douze mois ayant précédé l'insolvabilité a occupé un poste de directeur de la société ou a été propriétaire de 50 pour cent ou plus des actions émises sur le capital de la société ou de toute autre société ayant eu (directement ou indirectement) au cours de cette période un contrôle sur celle-ci.

exemple, le personnel de direction et les cadres supérieurs ayant exercé une influence décisive sur le fonctionnement de la société, de même que les partenaires ayant exercé une influence prépondérante dans la société ne sont pas admis à bénéficier de la Caisse de compensation en cas d'insolvabilité (IAG). En Suisse¹³², le système de compensation en cas d'insolvabilité ne s'applique pas aux cadres supérieurs ou aux personnes ayant une participation financière dans l'entreprise, non plus qu'à leurs conjoints lorsque ceux-ci sont employés dans la même entreprise. En Australie¹³³, un salarié qui a été directeur exécutif détenteur de parts de capital de l'employeur insolvable, un parent d'un tel directeur ou un parent de l'employeur insolvable est réputé «salarié exclu», n'ayant droit à aucun versement dans le cadre des systèmes en vigueur. Le terme «parent» s'entend, à cet égard, du conjoint, d'un parent ou autre ascendant plus éloigné en ligne directe, d'un fils, d'une fille ou d'un membre plus éloigné de la descendance, d'un frère ou d'une sœur. Le gouvernement de l'Espagne, quant à lui, signale avoir exclu, au moment de la ratification de la convention n° 173, les gens de maison de l'application de la Partie III de cet instrument, qui traite de la protection des créances des travailleurs au moyen d'une institution de garantie.

342. Les salaires et autres créances liées à des services rendus qui sont couverts par les fonds de garantie peuvent varier considérablement. Pour ce qui est du salaire, la plupart des systèmes garantissent le paiement de tous les éléments de la rémunération, soit le salaire de base, les allocations, les primes, les augmentations, les congés annuels et les congés maladie, de même que toute indemnisation liée à la cessation de la relation d'emploi, comme l'indemnité de départ. Il en est ainsi, par exemple, en Israël¹³⁴ en Pologne¹³⁵ et en République

¹³² (4), art. 51, 2). A cet égard, il est intéressant de noter que la directive 2002/74/CE du 23 septembre 2002 modifiant la directive 80/987/CEE du Conseil concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur prévoit la possibilité de refuser ou de réduire la responsabilité des institutions de garantie «dans les cas où le travailleur salarié possédait, seul ou conjointement avec ses parents proches, une partie essentielle de l'entreprise ou de l'établissement de l'employeur et exerçait une influence considérable sur ses activités».

¹³³ Voir Operational Arrangements of the Employee Entitlements Support Scheme (EESS) et General Employee Entitlements and Redundancy Scheme (GEERS), art. 5.1. Le GEERS a été fondé en septembre 2001 pour faire face aux créances consécutives à des licenciements résultant d'une insolvabilité survenue à compter du 12 septembre 2001, tandis que l'EESS, fondé en février 2000, continue de s'appliquer aux créances nées de licenciements résultant d'une insolvabilité à compter du 1^{er} janvier 2000 jusqu'au 11 septembre 2001. Pour se renseigner sur les modalités de fonctionnement de ces systèmes, consulter le site <http://www.workplace.gov.au/>. De même, aux Etats-Unis, la législation de certains Etats prévoit expressément qu'aucun cadre ou directeur, dans le cas d'une société par action, aucun partenaire, dans le cas d'une société en nom collectif ni aucun propriétaire, dans le cas d'une propriété unique ne peut être considéré comme salarié aux fins d'un fonds de garantie des salaires; voir par exemple Maine (25), art. 632, 1).

¹³⁴ (2), art. 180; (1), art. 1.

¹³⁵ (2), art. 6, 2); (3), art. 1.

*tchèque*¹³⁶. En Australie¹³⁷, les sommes versées aux créanciers qualifiés englobent les salaires non payés (y compris les prestations telles que les indemnités de déplacement et les heures supplémentaires), le congé annuel, le congé d'ancienneté, les indemnités dues pour défaut de préavis et les indemnités de licenciement. La législation de l'*Autriche*¹³⁸, de la *Norvège*¹³⁹, de la *Slovaquie*¹⁴⁰ et de la Suède¹⁴¹ garantit, outre ces créances, toute dépense nécessairement encourue pour les faire valoir. Inversement, ni la législation de la Finlande, de la Grèce, ni celle de la Suisse¹⁴² ne garantissent le paiement des indemnités de départ, tandis qu'en *Espagne*¹⁴³ seule l'indemnité de licenciement est garantie.

2.3.2. Limites de la garantie sur le salaire

343. Comme pour le système du privilège, les paiements garantis par un fonds sont sujets à des limites qui portent sur la durée de service ou sur un montant prescrit, ou encore sur une combinaison des deux critères. Par exemple, la période de service protégée se limite à trois mois en Finlande¹⁴⁴, en *Italie*¹⁴⁵, en *Pologne*¹⁴⁶, en *Slovaquie*¹⁴⁷ et en *République tchèque*¹⁴⁸, et à six mois au Luxembourg¹⁴⁹, en *Norvège*¹⁵⁰ et en Suisse¹⁵¹. Par contre, en *Autriche*¹⁵², la

¹³⁶ (5), art. 3 b). Voir également République de Corée (2), art. 6, 2); Danemark (1), art. 2, 1); Luxembourg (2), art. 46, 2); Royaume-Uni: îles Falkland (9), art. 100, 3), et île de Man (14), art. 67, 3).

¹³⁷ Voir Operational Arrangements of the Employee Entitlements Support Scheme (EESS) et General Employee Entitlements and Redundancy Scheme (GEERS), art. 6.1.

¹³⁸ (2), art. 1, 2).

¹³⁹ (3), art. 1.

¹⁴⁰ (4), art. 64b, 2) i).

¹⁴¹ (2), art. 7 et 8.

¹⁴² (5), art. 5, 2).

¹⁴³ (1), art. 26, 1), 33, 1), 2) et 8), 50, 51 et 52 c).

¹⁴⁴ (2), art. 5. De plus, en *Grèce* (5), art. 5, 3) et en Slovaquie (2), art. 19, la garantie du paiement se limite également aux salaires dus pour les trois mois qui précèdent la date de la cessation d'emploi. De même, en République de Corée (2), art. 6, 2); (3), art. 10, 1), le salaire des trois derniers mois et la prestation de retraite des trois dernières années est garantie par la loi sur la garantie des créances salariales.

¹⁴⁵ (2), art. 2, 1).

¹⁴⁶ (2), art. 6, 2).

¹⁴⁷ (6), art. 22, 4). Les créances salariales non réglées par le fonds de garantie et qui sont nées au cours des trois années qui précèdent la déclaration de mise en faillite restent des dettes privilégiées de la première catégorie et sont satisfaites avant les impôts et les cotisations de sécurité sociale.

¹⁴⁸ (5), art. 5, 1). Le salarié ne peut faire valoir de créance pour arriérés de salaires à l'égard du même employeur qu'une fois dans une période de trois ans.

¹⁴⁹ (2), art. 46, 2).

période de service protégée semble être illimitée, la seule restriction étant que la compensation est payable pour les salaires dus plus de six mois avant l'ouverture de la procédure de faillite ou d'insolvabilité. En Australie¹⁵³, conformément à l'EESS, les créances protégées concernent les arriérés de salaires des quatre dernières semaines, les arriérés de congés des quatre dernières semaines, les indemnités de licenciement des quatre dernières semaines, les indemnités en lieu de préavis des cinq dernières semaines et les congés d'ancienneté acquis sur douze semaines. A l'inverse, selon le GEERS, il n'y a pas de maximum en ce qui concerne la période sur laquelle les créances salariales se sont constituées, sauf en ce qui concerne les indemnités de licenciement, qui se limitent à huit semaines. Au Royaume-Uni¹⁵⁴, la garantie de paiement couvre les arriérés de salaire jusqu'à huit semaines et les congés payés jusqu'à six semaines. Aux Etats-Unis¹⁵⁵, au niveau des Etats, les limites vont normalement de deux semaines à deux mois.

344. Dans certains cas, la compensation garantie ne peut excéder un montant spécifique ou une limite fixée par référence au salaire minimum national ou à la somme servant de base de calcul des cotisations de sécurité sociale. Par exemple, en *Norvège*¹⁵⁶, le fonds de garantie du salaire ne couvre pas les créances au-delà de trois fois le montant de base de l'assurance nationale, qui est ajusté tous les ans. En *Espagne*¹⁵⁷, le paiement garanti ne peut excéder deux fois le produit du taux minimum de rémunération journalière par le nombre total de journées dues, à concurrence de 120. En *Autriche*¹⁵⁸, le maximum susceptible d'être versé par la caisse ne peut excéder deux fois le montant maximum de la somme servant de base pour le calcul des cotisations du régime général de sécurité sociale. Ce montant est revu tous les ans pour tenir compte de l'évolution des pensions. En Suisse¹⁵⁹, en cas d'insolvabilité, les sommes

¹⁵⁰ (2), art. 9-3; (3), art. 1.

¹⁵¹ (3), art. 219.

¹⁵² (2), art. 1, 3) 2b).

¹⁵³ Voir Operational Arrangements of the Employee Entitlements Support Scheme (EES) et General Employee Entitlements and Redundancy Scheme (GEERS), art. 6.1.

¹⁵⁴ (1), art. 184, 1). Tel est également le cas aux îles Falkland (9), art. 100, 3) a) et c), et à l'île de Man (14), art. 67, 3) a) et c).

¹⁵⁵ Par exemple, dans le Maine (25), art. 632, le Fonds d'assurance des salaires couvre les salaires dus pour un maximum de deux semaines et en Oregon (45), art. 652.414, le Fonds de sécurité des salaires couvre les salaires dus pour les soixante jours qui précèdent la date de la cessation d'activité, à concurrence de 4 000 dollars.

¹⁵⁶ (3), art. 1. De même, en *Italie* (2), art. 2, 2), les paiements assurés par le Fonds de garantie des salaires (CIG) ne peuvent excéder un montant correspondant à trois fois le montant maximum du supplément du revenu mensuel extraordinaire net de cotisations de sécurité sociale.

¹⁵⁷ (1), art. 33, 1).

¹⁵⁸ (2), art. 1, 3).

¹⁵⁹ (4), art. 52.

versées au titre des créances salariales sont plafonnées au montant mensuel maximum des gains pris en considération au titre des cotisations d'assurance maladie. En République tchèque¹⁶⁰, le total des arriérés de salaires versés à un salarié en un mois ne peut excéder une fois et demie le salaire moyen national de l'année civile précédente, tel que déterminé annuellement par décret ministériel. De plus, en Estonie¹⁶¹ et en Lituanie¹⁶², le montant des créances salariales couvertes par l'institution de garantie est limité à trois fois le salaire mensuel minimum.

345. En Israël¹⁶³, la prestation garantie devant être versée en cas de faillite ou de liquidation d'une société ne peut excéder dix fois le salaire moyen par salarié. En Finlande¹⁶⁴, le montant maximum est déterminé par décret, sur la base des niveaux généraux de rémunération et se trouve actuellement fixé à 90 000 FIM, tandis qu'en Suède¹⁶⁵ le plafond des créances est fixé par la loi à 100 000 SEK. En Australie¹⁶⁶, les sommes susceptibles d'être versées à tout bénéficiaire de l'EESS sont plafonnées à 20 000 dollars et, dans le cadre du GEERS, ce plafonnement concerne le revenu (à l'heure actuelle de 75 000 dollars par an, ce montant étant revu chaque année), étant entendu que les salariés dont les gains étaient supérieurs sont indemnisés comme s'ils percevaient un taux correspondant au revenu plafonné dans le cadre du système. Au Royaume-Uni¹⁶⁷, le maximum payable à un salarié au titre du système de garantie du salaire ne peut excéder 210 livres pour chaque semaine considérée. En République de Corée¹⁶⁸, le maximum garanti pour les salaires impayés est fonction de l'âge du travailleur, il est actuellement de 1 million de won pour les travailleurs de moins de 30 ans et de 1,45 million de won pour les travailleurs de plus de 45 ans.

¹⁶⁰ (5), art. 5, 2). De même, en Pologne (2), art. 6, 2), le paiement total financé par la caisse pour une période d'un mois ne saurait excéder le niveau de la rémunération mensuelle moyenne du trimestre précédent, tandis qu'en Slovaquie (6), art. 22, 5) les sommes versées par le fonds de garantie ne sauraient excéder trois fois le salaire mensuel moyen du premier semestre de l'année civile précédente.

¹⁶¹ (4), art. 20, 3). De même, en Slovénie (2), art. 19, la garantie du salaire couvre les créances salariales à concurrence d'un maximum de trois salaires minimum, les créances correspondant aux congés annuels non pris, à concurrence de la moitié du salaire minimum et les créances correspondant aux indemnités de départ à concurrence d'un salaire minimum. Au Luxembourg (2), art. 46, 2), les paiements garantis par le Fonds pour l'emploi sont limités à six fois le salaire minimum social.

¹⁶² (4), art. 5, 1).

¹⁶³ (2), art. 183.

¹⁶⁴ (2), art. 9. Voir également Danemark (1), art. 3.

¹⁶⁵ (2), art. 9.

¹⁶⁶ Voir Operational Arrangements of the Employee Entitlements Supports Scheme (EESS) et General Employee Entitlements and Redundancy Scheme (GEERS), art. 6.4.

¹⁶⁷ (1), art. 186, 1).

¹⁶⁸ (2), art. 6, 2); (3), art. 6 et tableau 2.

2.3.3. Organisation, gestion et financement des institutions de garantie du salaire

346. Le fonctionnement des systèmes de garantie du salaire repose sur le même principe que les autres systèmes de sécurité sociale, à savoir une participation obligatoire, des cotisations basées sur les salaires, une administration par des entités autonomes et une responsabilité collective de la communauté des employeurs au regard du risque inhérent à l'entreprise. Agissant généralement en tant que débiteur secondaire et non en tant que débiteur principal, les institutions de garantie du salaire ne satisfont aux créances des travailleurs que lorsqu'il n'y a pas d'actif disponible dans le patrimoine de l'employeur insolvable. Toute somme avancée par un fonds de garantie du salaire peut ultérieurement être recouvrée selon une procédure ordinaire d'insolvabilité. Ce droit de subrogation est protégé par le même privilège que la dette salariale initiale.

347. Dans la plupart des pays, les fonds de garantie salariale sont gérés par des organismes indépendants constitués dans le cadre d'institutions administratives existantes. En *Autriche*¹⁶⁹, par exemple, la Caisse de compensation en cas d'insolvabilité (IAG) est placée sous l'autorité du ministère fédéral du Travail et des Affaires sociales. En *Norvège*¹⁷⁰, le Fonds national de garantie est géré par la direction de l'inspection du travail. En *Espagne*¹⁷¹, le Fonds de garantie des salaires (FOGASA) est une institution autonome affiliée au ministère du Travail et de la Sécurité sociale. En *Australie*¹⁷², les systèmes de garantie protégeant les créances non satisfaites des salariés sont administrés par le Département de l'emploi et des relations du travail. En *Grèce*¹⁷³, la gestion des avoirs de la Caisse de garantie des salaires est confiée au Conseil de direction de l'Organisation de l'emploi de la main-d'œuvre (OAED), conseil constitué par une moitié de membres employeurs et pour l'autre de membres travailleurs. En *Pologne*¹⁷⁴, le Fonds de garantie des prestations des travailleurs est une institution publique ayant la personnalité juridique, administrée par un conseil de six membres constitué de représentants des organisations

¹⁶⁹ (2), art. 13, 1). C'est également le cas en République de Corée (2), art. 17, 1).

¹⁷⁰ (4), art. 4-1, 4-2. En Finlande (2), art. 3, 10 et 11, le système de garantie de la rémunération est administré par le ministère du Travail à travers les bureaux de placement de district, tandis qu'en Suède (2), art. 22, 24 et 25 la garantie du salaire est de la compétence du Conseil administratif du comté dans lequel le tribunal de district compétent pour la faillite a son siège. De plus, au Danemark (1), art. 11, l'administration de la Caisse de garantie des salaires est confiée au Service des pensions complémentaires.

¹⁷¹ (1), art. 33, 1); (13), art. 1, 1).

¹⁷² Voir Operational Arrangements of the Employee Entitlements Support Scheme (EESS) et General employee Entitlements and Redundancy Scheme (GEERS), art. 10.1.

¹⁷³ (5), art. 3, 1), 4, 1).

¹⁷⁴ (2), art. 12 et 15; (4), art. 6, 10 et 11.

d'employeurs (deux tiers) et de travailleurs (un tiers). En Suisse¹⁷⁵, le système de compensation en cas d'insolvabilité est intégré dans le système d'assurance chômage. En Israël¹⁷⁶, les prestations salariales garanties sont versées par l'Institut national d'assurances, qui relève plus généralement du ministère du Travail et des Affaires sociales. En République tchèque¹⁷⁷, les créances au titre des arriérés de salaires sont traitées par le bureau local du travail compétent pour le district dans lequel se trouve le siège de l'entreprise insolvable, le lieu de l'activité de l'entreprise ou le domicile de l'employeur insolvable.

348. Quant au financement des fonds de protection du salaire, en principe il est assuré exclusivement par les cotisations obligatoires des employeurs. Tel est effectivement le cas en Autriche¹⁷⁸, au Danemark¹⁷⁹, en Finlande¹⁸⁰, en Norvège¹⁸¹ et en Pologne¹⁸². Dans d'autres pays, ce financement est également assuré par des fonds publics. En Slovaquie¹⁸³, par exemple, il est financé à parts égales par les cotisations des employeurs et une aide de l'Etat. De même, en Grèce¹⁸⁴, le ministère du Travail verse au Fonds de garantie du salaire un montant annuel de 1,5 million d'euros. Dans d'autres pays, comme la Slovénie¹⁸⁵, l'institution de garantie du salaire n'est financée que par le budget de l'Etat. En Australie¹⁸⁶, les deux systèmes sont financés d'une manière générale par les impôts, la seule différence entre l'un et l'autre étant que si le premier a été constitué sur la base d'une contribution des gouvernements des Etats à hauteur de 50 pour cent, le second se trouve entièrement financé par le gouvernement du Commonwealth. Plus généralement, les recettes des fonds de garantie proviennent aussi de sources autres que les cotisations obligatoires ou

¹⁷⁵ (4), art. 57. De même, en Estonie (4), art. 21, 1), 33, 1), la caisse de garantie du salaire fait partie intégrante de la caisse d'assurance chômage.

¹⁷⁶ (2), art. 8 c). De même, au Royaume-Uni (1), art. 182; (7), art. 161, 1), les montants protégés qui sont dus aux salariés sont versés par le Fonds national d'assurance (NIF) et en Italie (5), art. 2, la caisse fait partie intégrante de l'Institut national de prévoyance sociale (INPS).

¹⁷⁷ (5), art. 4, 2), 6, 8 et 10.

¹⁷⁸ (2), art. 12, 1).

¹⁷⁹ (1), art. 9. Le montant des cotisations annuelles peut être ajusté sur décision ministérielle tandis que les cotisations non payées assorties de l'intérêt légal d'un pour cent par mois peuvent être recouvrées par une saisie.

¹⁸⁰ (2), art. 31.

¹⁸¹ (3), art. 2.

¹⁸² (2), art. 17.

¹⁸³ (5), art. 77a 2), 4), 5). La situation est similaire en Lituanie (4), art. 4, 1).

¹⁸⁴ (6), art. 16, 2).

¹⁸⁵ (29), art. 13 et 14. Selon le rapport du gouvernement, la loi sur le Fonds de garantie prévoit que le financement de ce fonds doit être assuré en partie par des cotisations des employeurs mais ce système n'a pas encore été mis en place.

¹⁸⁶ Voir Operational Arrangements of the Employee Entitlements Support Scheme (EESS), art. 6.8, et General employee Entitlements and Redundancy Scheme (GEERS), art. 9.

les fonds publics, comme les sommes recouvrées auprès des employeurs par règlement des créances, les intérêts produits par les actifs financiers déposés dans les banques ou encore les pénalités ou amendes perçues pour paiement tardif des cotisations ou infraction aux règlements des caisses.

5.2. Les conditions de la création d'institutions de garantie du salaire

Les institutions de garantie du salaire déplacent le risque propre à une entreprise individuelle vers ce que l'on peut appeler la «communauté des employeurs», ce qui rend possible de régler en toutes circonstances une créance afférente à des services rendus par l'entremise d'une tierce partie qui est par définition solvable et agit comme assureur du «risque d'insolvabilité». [...] En dernière analyse, le principe d'assurance par la communauté des employeurs du risque d'insolvabilité individuelle n'est pas très différent du principe d'assurance accident du travail financée exclusivement par les cotisations des employeurs. Il n'est pas très différent non plus de l'assurance collective et obligatoire de la responsabilité professionnelle pour certaines professions, comme les notaires, ou encore de la garantie collective constituée par des banques dans certains pays pour indemniser les tierces parties de tout préjudice résultant de malversations ou de la maladie d'un membre de la profession. [...] Reste cependant à savoir si la création d'institutions de garantie des salaires, qui voient le jour jusqu'à présent dans les pays industrialisés dotés d'un système évolué de sécurité sociale, seraient viables dans les autres pays également. Le problème fondamental réside dans l'ampleur des différences d'un pays à l'autre, quant au fonctionnement des institutions de sécurité sociale et, en particulier, de la capacité d'administrer de telles institutions. Autre élément à prendre en considération, la sécurité sociale est en général une institution qui évolue progressivement, et ce n'est pas sans raison que certains disent que, avant de créer une institution de garantie du salaire, il serait préférable de renforcer les autres régimes, comme celui des pensions de retraite ou de l'assurance maladie, lesquels couvrent des risques sociaux beaucoup plus répandus. [...] Si aujourd'hui des pays sont capables de se doter d'une institution de garantie du salaire, ce n'est certainement pas le cas partout. A cela s'ajoutent des considérations économiques, des facteurs politiques et des questions de mentalité qui ont chacune un poids différent d'un pays à l'autre. On peut dire, d'une part, que dans certains pays la situation économique est si favorable que le risque de faillite est plutôt limité et que, lorsqu'il s'en produit, elle touche si peu de travailleurs que le problème du non-paiement des créances de ceux-ci – qui n'affecte guère que quelques individus – ne risque pas d'avoir des répercussions sociales. Inversement, il peut se trouver d'autres pays dans lesquels le nombre de faillites est si élevé que le financement d'une garantie du salaire comporterait un coût insupportable. Dans ce dernier cas, le problème se complique par ses conséquences sociales et sera très difficile à traiter. Enfin, la situation qui peut se présenter dans certaines sociétés est que le degré de sensibilité de la société au problème du non-paiement des créances salariales soit très faible, si bien que l'Etat ne juge pas nécessaire de mettre en place une institution de garantie du salaire, même si, techniquement et financièrement, cela serait faisable.

Source: Arturo Bronstein, «Comparative study» dans Edward Yemin et Arturo Bronstein (responsables de la publication): *The protection of workers' claims in the event of the employer's insolvency*, OIT, 1991, pp. 52-54.

349. Les cotisations sont assises sur les revenus salariaux. Elles ne peuvent cependant dépasser un certain montant, souvent déterminé sur la base des cotisations de sécurité sociale. Elles peuvent être ajustées en fonction de la situation financière de la caisse. De même, elles peuvent augmenter en période de crise économique et de forte incidence de faillites ou au contraire baisser

lorsque la conjoncture économique générale s'améliore. En *Autriche*¹⁸⁷, par exemple, les cotisations revêtent la forme d'un supplément aux cotisations que les employeurs versent au titre de l'assurance chômage. Le taux de ce supplément, qui est fixé chaque année par voie de décret ministériel en tenant compte de la situation financière de la caisse, peut être majoré si, sur la base de premières estimations, les actifs disponibles ne suffisent pas pour couvrir les dépenses prévisibles de l'année en cours ou bien, au contraire, être abaissé si ces estimations font apparaître un surplus de 20 pour cent par rapport aux dépenses moyennes de l'année précédente et de l'année en cours. En *Grèce*¹⁸⁸, les cotisations de l'employeur, actuellement fixées à 0,15 pour cent du total des gains du travailleur, peuvent être modifiées par décision conjointe des ministères du Travail et de l'Economie nationale, sur recommandation de l'institution qui administre le fonds.

350. Les systèmes de garantie des salaires peuvent cependant revêtir des formes différentes. Au *Bélarus*¹⁸⁹, par exemple, la législation nationale prescrit à chaque employeur de constituer un fonds de réserve salariale en vue d'assurer le paiement des salaires et autres prestations en cas d'insolvabilité ou de faillite, de liquidation ou encore de cessation d'activité. Un tel fonds est financé sur la base des bénéfices dont l'entreprise dispose après avoir acquitté ses impôts, à concurrence, quant à son provisionnement, de 25 pour cent de la charge salariale annuelle. Une législation comparable est en vigueur au *Kirghizistan*¹⁹⁰, où sont prévus des fonds de réserve salariale, dont le niveau et le mode de fonctionnement peuvent être déterminés par une loi ou une convention collective. En *République dominicaine*¹⁹¹ et au *Mozambique*¹⁹², en l'absence d'une institution unifiée de garantie du salaire, le Code du travail stipule que toutes les entreprises doivent avoir une police d'assurance couvrant les créances salariales. Enfin, en ce qui concerne l'*Argentine*¹⁹³, on évoquera la loi de 1986 prévoyant la création d'un fonds de garantie salariale, loi qui n'est cependant

¹⁸⁷ (2), art. 12, 1) et 2). Le taux est fixé actuellement à 0,7 pour cent de la base générale des cotisations globales de sécurité sociale, tandis qu'en *Slovaquie* (5), art. 128a, 1) il est fixé à 0,25 pour cent de l'assiette. De même, en *Italie* (2), art. 4, 1); (5), art. 2, la cotisation des employeurs s'établit à 0,05 pour cent de la rémunération servant de base de calcul pour l'assurance chômage obligatoire mais peut être majorée ou abaissée par décret du ministère de l'Emploi et de la Sécurité sociale, en fonction de la situation financière de la caisse. Voir également *Pologne* (2), art. 13, 17, 18; et *Espagne* (1), art. 33, 5); (13), art. 12, 1).

¹⁸⁸ (6), art. 16, 2).

¹⁸⁹ (1), art. 76; (3), art. 1, 3, 5.

¹⁹⁰ (1), art. 236, 1) et 2).

¹⁹¹ (1), art. 465 et 466, conformément à l'article 738, la garantie doit être régie par accord tripartite, mais cette disposition n'a pas encore été, pour le moment, mise en œuvre dans la pratique.

¹⁹² (1), art. 58, 3).

¹⁹³ Voir loi 23.473 du 22 décembre 1986 concernant la création d'un fonds de garantie salariale.

toujours pas entrée en vigueur puisque les textes exécutoires n'ont toujours pas été promulgués.

* * *

351. Sur la base de ces considérations, la commission conclut que la protection privilégiée des créances constituées par les salaires des travailleurs en cas de faillite de l'employeur semble constituer d'une manière générale un élément commun à la législation générale du travail de presque tous les Etats Membres. Beaucoup de pays sont même allés plus loin que ce que prévoyaient les termes assez larges de l'article 11 en faisant bénéficier d'un traitement préférentiel des créances liées à la relation d'emploi autres que le salaire, en conférant aux créances salariales une priorité absolue par rapport à toutes les autres dettes privilégiées, dont celles de l'Etat et de la sécurité sociale et, dans certains cas, en garantissant le règlement des créances constituées par les salaires des travailleurs par un système de garantie du salaire.

352. Il semble donc qu'en droit comme en pratique la grande majorité des pays se soient progressivement écartés des dispositions assez générales de l'article 11 de la convention n° 95 pour adopter des normes plus spécifiques, qui reflètent souvent les principes et règles énoncés par la convention n° 173. Le fait est que la commission estime que c'est ce dernier instrument qui contient les normes les plus pertinentes en matière de protection des créances des travailleurs en cas de faillite ou d'insolvabilité de l'employeur, et elle encourage vivement les Etats Membres qui ne l'ont pas encore fait à envisager la ratification de cet instrument dans un futur très proche. Conçue comme un texte à deux composantes, qui ménage une grande part de flexibilité, la convention n° 173 renforce le système de privilège tout en proposant des voies nouvelles pour la protection, sous la forme d'institutions de garantie du salaire.

353. Il convient cependant de rappeler que les institutions de garantie du salaire, même si elles comportent de nombreux avantages, ne sont pas la panacée à tous les problèmes d'insolvabilité des sociétés. Certes, elles apportent une certaine assurance du paiement qui est absente du système de privilège, mais elles se heurtent à des limites, en termes de durée maximale d'ancienneté et de maximum des montants protégés. Elles ne remplacent pas totalement les procédures traditionnelles de faillite relatives à la liquidation des avoirs et au règlement des dettes prioritaires conformément à un ordre établi de répartition. Elles présupposent l'existence d'institutions du travail saines et une gestion non moins saine de ces institutions, si bien que, dans beaucoup de contextes, le système n'est pas susceptible d'application immédiate. Cela étant, la commission reste convaincue que, dans une conjoncture économique mondiale caractérisée par une incertitude croissante et des prévisions plutôt sombres, qui ont hélas été récemment confirmées et même amplifiées par quelques-unes des faillites les plus retentissantes de tous les temps, la nécessité d'une protection renforcée des gains des travailleurs dus au titre du travail accompli est plus

pressante que jamais et, à cet égard, on ne soulignera jamais trop la pertinence de la convention n° 173 et de la recommandation n° 180.

Références supplémentaires

Patrick Chaumette: «De l'abandon de marins – Vers une garantie internationale de paiement des créances salariales?», *Droit social*, 1999, pp. 872-877.

Neil Cooper et Rebecca Jarvis: *Recognition and enforcement of cross-border insolvency*, 1996.

Ian F. Fletcher: *Insolvency in private international law – National and international approaches*, Oxford, 1999.

Fonds monétaire international: *Orderly and Effective Insolvency Procedures*, 1999.

Jean-Victor Gruat: «Régimes de garantie des créances salariales en cas de faillite», *Revue internationale de sécurité sociale*, vol. 33, 1980, pp. 67-87.

Philippe Langlois: «Les créances salariales et la dynamique du redressement judiciaire» dans *Droit social*, 1987, pp. 799-806.

Thierry Meteye: «Les conditions d'intervention de l'AGS» dans *Droit social*, 1987, pp. 827-835.

Catherine Rault et Frédéric Claudel: «Entreprises en difficulté» dans *Liaisons sociales*, numéro special, octobre 1996.

Philip Smart: *Cross-border insolvency*, 1998.

Edward Yemin et Arturo Bronstein (responsables de la publication): *The protection of workers' claims in the event of the employer's insolvency*, OIT, 1991.

Sites Web

www.austlii.edu.au/links/2404.html

(Institut d'informations juridiques mondiales, base de données sur le droit de l'insolvabilité et de la faillite)

www.abiworld.org/international/foreign.html

(Institut américain de la faillite, répertoire de sources législatives internationales en anglais disponibles en ligne)

www.hg.org/bankrpt.html

(HierosGamos – Centre de recherches juridiques, guide sur le droit de la faillite dans le monde)

www.iiiglobal.org/international/index.html

(Institut international de l'insolvabilité, ressources relatives à l'insolvabilité sur le plan international)

www.insolvency.ca

(Institut d'insolvabilité du Canada – liens vers des ressources juridiques en matière d'insolvabilité nationales et internationales)

www.uncitral.org/english/texts/insolven/ml+guide.htm

(Commission des Nations Unies pour le droit commercial international – Loi type de la CNUDCI sur l’insolvabilité internationale (1999) et Guide pour son incorporation)

www.ibanet.org/general/CommHome.asp?section=SBL&Committee=SBLJ

(Association internationale du barreau – Comité sur l’insolvabilité et les droits des créanciers – site Web)

www.abanet.org/buslaw/busubkcy/home.html

(Association américaine du barreau – Comité sur la faillite d’entreprise)

www.insol.org

(INSOL INTERNATIONAL – Fédération internationale des professionnels en matière d’insolvabilité, liens vers des associations professionnelles, des institutions académiques, des agences gouvernementales et des sources législatives)