



Association française de Droit du travail et de la Sécurité sociale

5, rue du Renard – 75004 Paris - fax : 01.42.71.39.87
mail : afdt.asso@gmail.com - <http://www.afdt-asso.fr>

SÉANCE DU VENDREDI 25 OCTOBRE 2013
À LA MÉMOIRE DE TIENNOT GRUMBACH

Présentation de la thèse primée par l'AFDT en 2012 : « Les créances de sécurité sociale et l'entreprise en difficulté : vers la contribution des organismes percepteurs au soutien de l'activité économique » (éd. PUAM, 2012)

Delphine Ronet-Yague

Maître de conférences, Aix-Marseille Université,
Membre du Centre de droit social (EA 901)

1. Les travaux de recherche se sont achevés en 2011, toutefois le sujet reste d'actualité :
- un déficit de la sécurité sociale qui devrait atteindre 14,2 milliards d'euros en 2013,
- une crise économique qui se prolonge, en atteste le nombre élevé de défaillances d'entreprises en 2012 proche du record de 2009 (*source Altares*).

2. Des travaux qui aujourd'hui comme hier souffrent d'idées toutes faites, de préjugés. L'opinion commune est bien connue : le poids des charges sociales est stigmatisé comme l'un des freins à l'activité économique et souvent analysé comme la cause de l'impossibilité du redressement de l'entreprise. On reproche souvent aux receveurs sociaux leurs assignations-pression en redressement et/ou liquidation judiciaire (*R. 631-2 C. com.*). Beaucoup considèrent que les organismes de sécurité sociale, et plus particulièrement, les percepteurs sociaux, sont des pourvoyeurs de liquidations judiciaires.

Or, la part des redressements judiciaires faisant suite à l'assignation d'une URSSAF, pour n'évoquer que ces seuls organismes de recouvrement, ne représente que 25% des jugements prononcés et moins de 17% des liquidations judiciaires peuvent être imputées à ces mêmes organismes (*Rapp. ACOSS, « Le recouvrement amiable et forcé 2012 », 3 juill. 2013*).

Des chiffres qui relativisent le propos et qui s'expliquent par la politique rationnelle d'assignation des organismes de sécurité sociale, mais aussi par la réglementation des assignations. Bien que les modalités d'assignation aient été assouplies avec la réforme de 2005, l'assignation n'en demeure pas moins conditionnée (*R. 631-2 C. com.*).

Toutefois, le discours dichotomique reste prégnant notamment parce que les médias s'en font le relai, lorsqu'ils évoquent la fermeture de grandes entreprises. L'impact est d'une grande ampleur : plans sociaux, délocalisations...

Les cénacles économiques les plus autorisés analysent également le montant des créances de sécurité sociale comme l'une des causes aux délocalisations et l'une des causes des faillites.

3. Le dessein de ces travaux n'est pas de remettre en cause l'analyse d'éminents économistes. Ce n'est pas l'objet de mon propos. Mon propos s'attèle simplement à démontrer que la réalité est plus complexe.

Les choses ne sont pas aussi simples pour deux raisons essentielles. D'abord, la France a fait le choix de la solidarité nationale. L'effectivité de ce principe repose sur la contribution de chacun. Les ressources de la Sécurité sociale sont la colonne vertébrale de l'idée républicaine de solidarité nationale, et sont principalement assises sur les fruits du travail, au sens large sur l'activité économique. On observe alors une interaction entre la déconfiture des entreprises cotisantes et la dégradation des ressources de la solidarité nationale. Ce n'est donc pas de l'intérêt des organismes de la sécurité sociale de voir disparaître les acteurs de l'économie marchande. Ensuite, les rapports économiques entre les organismes de la sécurité sociale et les entreprises en difficulté ne se sont pas structurés *ex nihilo* ; au contraire, ils sont organisés par les règles de droit. C'est le corpus de normes juridiques qui fait évoluer leurs relations et qui scelle le sort des créances de sécurité sociale.

4. Par rapport à ces règles et ses politiques juridiques l'hypothèse de départ de mon étude était de déterminer la place réservée aux créances de sécurité sociale. Naïvement, je me suis interrogée : sont-elles privilégiées, ou au contraire par leur nivellement, on incite les organismes à plus de mansuétude ?

Le résultat de la recherche ne surprend pas mais c'est ainsi :

- le traitement des créances de sécurité sociale s'aligne presque sur celui des autres créances ;

- et les organismes de sécurité sociale ont été rapprochés des autres créanciers dans leur rôle.

Cette démonstration s'appuie sur l'évolution du corpus de normes juridiques, et réalisée sous l'angle des créances, cette démonstration scientifique est vaste.

5. Les difficultés des entreprises et leur disparition entraînent le non-recouvrement des cotisations et contributions de sécurité sociale, mais aussi d'autres sommes importantes et emblématiques de la solidarité nationale. L'exemple le plus évocateur est sans doute les montants de la réparation de la faute inexcusable de l'employeur.

La solution jurisprudentielle déterminant le fait générateur de la créance d'indemnité complémentaire liée à la faute inexcusable, bien que juridiquement fondée, est préjudiciable aux caisses. Récemment réaffirmée, (*Cass. civ. 2^{ème}, 14 mars 2013, n°12-13.611 ; Cass. com., 18 juin 2013, n°12-19.709*), la créance de remboursement trouverait son origine dans la faute inexcusable de l'employeur et non dans le jugement reconnaissant définitivement celle-ci et ouvrant droit à réparation complémentaire, dont le primo-débiteur est la CPAM.

On arrive à la situation ubuesque où l'on demande au créancier social de déclarer soit une créance qui n'est pas encore liquide, soit une créance incertaine ou pire qu'il ignore. Car entre la réalisation du risque dû à la faute inexcusable de l'employeur, le recours de la victime-salarié (recours dont les CPAM n'ont pas la maîtrise) et la décision reconnaissant définitivement la faute inexcusable de l'employeur, il s'écoule un certain temps durant lequel l'entreprise peut entrer en procédure collective sans que l'organisme n'ait connaissance de sa créance. Ainsi, les créances indemnitaires nées d'une faute inexcusable antérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective sont très souvent inopposables aux procédures collectives. À défaut de pouvoir mettre en œuvre son action récursoire à l'encontre de l'employeur fautif, il faut espérer que ce dernier se soit assuré contre sa propre faute inexcusable et celle de ceux qui se sont substitués à lui dans la direction (*Cass. com., 18 juin 2013, n°12-19.709 : l'absence de déclaration à la procédure collective de l'employeur assuré ne fait pas obstacle à l'action directe de la caisse à l'encontre de l'assureur des conséquences financières de la faute inexcusable, en vertu de sa subrogation dans les droits de la victime*).

La récente intervention de la Cour de cassation (*Cass. com., 5 sept. 2013, n°13-40.034*) suite à une QPC dénuée de caractère sérieux à ses yeux, semble améliorer le sort des créances de la faute inexcusable. Le délai de relevé de forclusion porté à un an pour ceux placés dans l'impossibilité de connaître leur créance avant ou d'agir dans le délai commun de six mois n'est plus un couperet. La Cour applique enfin le principe *contra non valentem* qui

empêche de faire courir un délai, fût-il préfix, contre une personne dans l'impossibilité d'agir (*V. la réforme de la prescription en 2008*). Au nom du droit à un recours juridictionnel effectif, la cour opère ce qui s'apparente à un revirement (*Cass. com., 23 avr. 2013*). Il en résulte qu'une CPAM pourra demander à être relevée de sa forclusion et déclarer sa créance au-delà du délai de relevé de forclusion (*Contra, Cass. com., 23 avr. 2013 : obligeant le créancier à déclarer dans le délai de relevé de forclusion, quand bien même le juge n'aurait pas encore statué sur sa demande de relevé de forclusion*). Toutefois, la déclaration ne pourra plus intervenir dès lors que la procédure sera clôturée et le créancier social ne pourra participer qu'aux distributions de dividendes postérieures à sa demande de relevé de forclusion.

6. L'exemple est technique, mais profondément révélateur des difficultés de recouvrement rencontrées par les organismes de sécurité sociale (pris dans leur globalité). Il s'inscrit dans l'évolution générale de la place donnée aux créances de sécurité sociale lorsque l'entreprise est obérée.

On constate globalement un recul du recouvrement social instantané¹ et une multiplication des causes de non-recouvrement. Face à l'entreprise en proie aux difficultés, les organismes perdent la maîtrise du recouvrement. À la fois le législateur et le juge sont les instigateurs et les faiseurs de cette tendance. Prenons deux exemples.

Premier exemple : le juge de la procédure peut imposer des délais de paiement aux organismes de sécurité sociale, que l'on soit en procédure collective (délai du plan ou à défaut délai uniforme du tribunal) ou en conciliation, alors que le juge de droit commun (TASS) ne peut le faire (*excepté le JEX*). Le pouvoir de décision des organismes est transféré, en quelque sorte, au juge de la procédure. Cet exemple met en exergue la manière dont les juges règlent les conflits de normes. La primauté est donnée aux dispositions du droit des entreprises en difficulté. Pourtant l'option prise n'est pas évidente. Il s'agit de la confrontation d'un droit d'ordre public (droit de la sécurité sociale) avec un autre droit dont la plupart des dispositions sont également d'ordre public (droit des entreprises en difficulté). Cela témoigne avec plus de vigueur du choix des juges.

Deuxième exemple : Parmi les causes de non recouvrement dont le législateur est à l'origine, une mesure est emblématique : la remise automatique des pénalités, majorations de retard et frais de poursuites dus au jour du jugement d'ouverture (*L. n°94-475 du 10 juin*

¹ Par ex. les restes à recouvrer du RSI s'élevaient à 7529,8 Millions d'euros en 2010, pour le régime général selon les années ce chiffre peut atteindre les 2,5 milliards d'euros.

1994). Cette mesure marque de toute évidence la volonté législative de réduire le passif social pour sauver l'entreprise.

L'élargissement du droit des entreprises en difficulté (applicable dorénavant aux professionnels indépendants, y compris aux professions libérales) a impacté le champ de cette remise automatique, par l'intermédiaire d'abord du Conseil constitutionnel (*à l'occasion d'une QPC n°2010-101 du 11 fév. 2011*) puis du législateur (*art. 90 L. n°2011-525 du 17 mai 2011*). La réduction de la créance recouvrable a animé un contentieux, nourri par la résistance de la CARPIMKO (*Cass. com., 9, juill. 2013, n°12620.649 ; Cass. com., 18 juin 2013, n°12-14.493 ; Cass. 2^{ème} civ., 12 juill. 2012 ; Cass. com., 16 oct. 2012 ; CA Paris, pôle 5, ch. 9, 14 fév. 2013*).

Ce conflit s'explique par la nature conférée aux majorations de retard par les organismes percepteurs : ce sont des ressources de la sécurité sociale, et traduit par là même leur réticence parfois à se voir amputer d'une partie de leurs créances.

7. Si le recouvrement social paraît affecté, c'est que le curseur entre la sauvegarde des entreprises et le paiement des créances de sécurité sociale est fixé en faveur des premières et des emplois qu'elles représentent. Le recouvrement social n'échappe pas à cette dynamique.

Le point de convergence, entre l'optimisation du recouvrement social et le sauvetage de l'entreprise, réside alors dans le dogme connu du soutien de l'entreprise en difficulté. C'est l'autre tendance de l'orientation législative.

La banalité de l'analyse ne surprend pas, mais c'est ainsi : le recouvrement social et l'accompagnement étant liés, cela nécessite l'intervention des organismes. La conscience de ce devenir en commun a toujours existé. Mais, depuis quelques années techniquement et politiquement y a un renouveau de l'accompagnement.

En effet, d'une part, les outils juridiques traditionnels (remises des majorations de retard et sursis à poursuites en amont de toute procédure) ont montré leur adaptabilité aux situations financières et économiques les plus difficiles². D'autre part, de nouveaux outils juridiques ont été mis à la disposition des percepteurs (d'abord aux URSSAF puis aux MSA, D. 22 déc. 2012). La mesure phare est sans conteste la remise d'une partie du principal des cotisations ou contributions patronales lorsque l'entreprise est en conciliation, sauvegarde ou

² Le cotisant a été autorisé à demander un délai de paiement avant l'incident de paiement (circ. 2009 pour le réseau URSSAF).

redressement. Quel employeur n'en a pas rêvé ! Certes encadré et limité, ce nouveau dispositif illustre néanmoins l'actualité de l'action des percepteurs de la sécurité sociale.

Le message est fort : la renonciation d'une partie de la dette sociale est autorisée et cette fois les organismes de sécurité sociale en conservent la maîtrise. Ce qu'a eu l'occasion de rappeler récemment la chambre commerciale (*Cass. com., 26 mars 2013 n°12-16.622*) au détour d'un recours dont l'organisme aurait pu faire l'économie s'il avait bien lu le jugement arrêtant le plan.

8. Au regard de cette politique de soutien aux entreprises en difficulté, il faut garder à l'esprit le particularisme des créances recouvrées : elles portent le sceau des créances publiques; et celui des organismes de sécurité sociale : leur mission de service public ne devrait pas leur permettre d'intervenir dans l'économie réelle. Et pourtant, leur cadre d'intervention est souple. Le risque juridique est minime. Le soutien d'organismes sociaux n'est pas vraiment sanctionné par le juge européen sur le terrain des aides étatiques (*V. ex. d'organismes sociaux belges*) ou par le juge national sur le terrain du soutien abusif. Ce dernier est certes à l'origine de cette responsabilité des organismes de sécurité sociale mais dans les faits il ne les a jamais condamnés (*à propos d'une MSA : Cass. com., 10 déc. 2003, Bull. civ. IV, n°199*). Et il le peut encore moins depuis l'intervention du législateur qui a créé une quasi-irresponsabilité pour soutien abusif (*L. 650-1 C. com. ; Cass. com., 27 fév. 2012 n°11-13.536*).

9. La mesure de leur implication est donc relative et un regard approbateur est même porté sur l'association des organismes de sécurité sociale à la politique de prévention-traitement ainsi qu'à la politique de prévention-détection : l'inscription de leur privilège général mobilier est dorénavant perçue comme un clignotant fiable des difficultés des entreprises.

10. Seule l'assignation du débiteur en procédure collective a mauvaise presse. Cet accompagnement du débiteur vers le traitement collectif répond pourtant à la volonté du législateur : sauver l'entreprise ou éviter que ses difficultés ne se propagent.

La politique d'assignation des percepteurs sociaux est par ailleurs rationnelle et nécessaire :

-rationnelle parce qu'une fois en procédure collective, ils n'ont plus la maîtrise du recouvrement et leurs privilèges légaux ne leur offrent pas la garantie d'un recouvrement optimum. Leurs garanties sont moins efficaces que celle du fisc....

- nécessaire lorsque le débiteur nie ou n'a pas conscience des difficultés. Leur politique d'assignation sera plus que salutaire à l'avenir, puisque la saisine d'office du tribunal en redressement judiciaire (L. 631-5 C. com.) a été déclarée inconstitutionnelle (Cons. const. QPC n°2012-286 du 7 déc. 2012). En tant qu'observateurs locaux privilégiés³, ils pallieront à l'absence de saisine d'office du tribunal, mais aussi à l'absence de saisine par le ministère public⁴ ().

11. En définitive, si l'on résume le propos, les organismes percepteurs se joignent au sauvetage de l'entreprise comme pourrait le faire un autre créancier, et le traitement des créances de sécurité sociale n'est pas privilégié malgré leur nature, elles sont elles aussi sacrifiées sur l'autel des procédures collectives.

12. Ce résultat incite à deux réflexions.

La première réflexion porte sur les garanties légales de recouvrement des organismes qui les placent dans une situation moins confortable que celle du Trésor public. Certes, l'AGS, depuis 1997, dans les limites et le cadre qui lui sont assignés, paie certaines cotisations ouvrières. Mais quid des cotisations patronales et des cotisations personnelles du travailleur indépendant (professionnel libéral, artisan, commerçant...). De plus, le privilège général mobilier (garantie légale) confère aux organismes un rang moins favorable dans l'état de collocation que le privilège mobilier de l'administration fiscale.

Pourquoi ce traitement différencié lorsque l'un a pour objet l'intérêt général et l'autre l'intérêt de la collectivité. La raison de cette différenciation mérite également d'être posée au regard de la fiscalisation des ressources de la sécurité sociale.

On peut d'ailleurs imaginer que l'inefficacité du privilège général mobilier soit à l'origine de l'acharnement, là encore de la Carpinco, pour obtenir le bénéfice du super-privilège des salariés et être payée en priorité ou sur les premières rentrées de fonds (*ce qu'a refusé à juste titre la Cour de cassation : Cass. com., 9 juill. 2013, n°12-20.649 ; Cass. com., 18 juin 2013, n°12-14.493*).

La seconde réflexion part d'un constat. La relative efficacité du droit des entreprises en difficulté (*V. les chiffres Altares*) contraste avec les moyens mis à la disposition des

³Ils le sont encore plus depuis juillet 2012, date à laquelle sont entrés en vigueur les conseils départementaux dans chaque département auprès des conseils d'administration des URSSAF régionales. Leurs missions seront entre autres d'assurer le suivi de l'activité de l'URSSAF et d'observer l'évolution du contexte socio-économique du département dont ils ont la charge (projet de la COG 2010-2013).

⁴ Bien que les commissaires au redressement productif pourront communiquer au ministère public des informations, ce dernier ne saisit pas toujours le tribunal parce qu'il n'est pas un acteur proche des entreprises.

organismes, mais aussi avec la rigueur de la discipline collective à l'égard des créances de sécurité sociale ou encore la sévérité des sanctions (par exp. la nullité des paiements de cotisations de la période suspecte, ici pas de dérogation). Il s'agit pourtant ici de l'annulation de créances servant l'intérêt de tous.

13. Par ailleurs, le résultat de la recherche interpelle⁵. Dans l'hypothèse où l'on a prolongé artificiellement la vie de l'entreprise, et augmenté la dette envers les organismes de sécurité sociale, le lien entre la sauvegarde de l'entreprise et la préservation des cotisations, qui justifient les sacrifices imposés aux organismes, n'est-il pas dissout ?

Enfin, en sacrifiant les ressources de la sécurité sociale au profit des entreprises en difficulté, ne risque t'on pas, à terme, de remettre en cause les flux de la solidarité nationale ? Les ressources de la sécurité sociale permettent le versement des prestations sociales, qui ont montré qu'elles pouvaient être un amortisseur aux crises économiques. Nous avons conscience que les difficultés des entreprises et leur disparition ne sont pas les uniques causes du déficit abyssal de la sécurité sociale, loin de là. Cependant, la question mérite d'être posée.

14. Néanmoins, on peut parier que le coin est enfoncé. Les futures réformes sur l'efficacité de la justice commerciale, la prévention et le droit des entreprises en difficulté envisagées en ce début d'année, si elles devaient porter sur ces questions, ne changeraient pas le droit positif sur ce point. De même que, s'il devait y avoir des mesures de simplification sur ce terrain prises par voie d'ordonnances (suite à la loi d'habilitation), ces dernières ne modifieraient pas l'option législative prise voilà presque 30 ans.

Car si l'on vulgarise le propos : moins de recouvrement social immédiat pour plus de recouvrement futur potentiel par le soutien des entreprises, c'est à l'heure actuelle la solution la moins dommageable qu'ont trouvé le législateur, le juge et le juriste...

⁵ Une autre question vient à l'esprit : les sacrifices imposés ou acceptés par les organismes sont-ils opportuns, au regard des chiffres d'admission en non-valeur (principalement causée par les liquidations judiciaires pour insuffisance d'actif) et des liquidations judiciaires? En 2010 : 1 497 dont 1 462 millions d'euros sur cotisations et contributions.