

Le régime de garantie des salaires en grave danger

 mediapart.fr/journal/france/210121/le-regime-de-garantie-des-salaires-en-grave-danger

Laurent Mauduit, *Mediapart*, 21 janvier 2021

Au plus fort de la crise sanitaire que traverse la France et du tsunami social qu'elle entraîne, il aurait pu sembler logique qu'Emmanuel Macron marque au moins une pause dans la cascade de réformes néolibérales qu'il a imposées au pays depuis son accession à l'Élysée. Et surtout, qu'il ne prenne pas de nouvelles mesures qui fragilisent davantage la situation des salariés, qui sont menacés par une spectaculaire envolée du chômage.

Le gouvernement prépare pourtant une réforme qui risque d'avoir des effets ravageurs sur le monde du travail puisqu'elle mettrait en très grave danger le régime de garantie des salaires, qui protège les salariés en cas de liquidation judiciaire, par le biais d'un changement de l'ordre des créanciers privilégiés qui interviendrait au détriment des salariés et à l'avantage des mandataires et administrateurs judiciaires.

Le prétexte de cette réforme, c'est la transposition en droit français d'une directive européenne « sur la restructuration et l'insolvabilité » en date du 20 juin 2019. Par anticipation, la loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi « Pacte », avait habilité le gouvernement à transposer par ordonnances cette directive et à réformer le droit des sûretés dans son volet relatif à l'articulation avec le droit des procédures collectives, d'ici mai 2021. Une sûreté est une garantie accordée à un créancier, qui lui permet d'obtenir paiement de sa créance en cas de défaillance du débiteur.

Le ministère de la justice a donc lancé une consultation des professionnels du droit, des acteurs économiques et des universitaires sur ces avant-projets de réformes, jusqu'au 15 février 2021. Et à cette fin, il a levé le voile sur deux avant-projets d'ordonnance qui sont passés jusqu'à ce jour inaperçus mais qui sont d'une considérable importance, puisqu'on y découvre une réforme qui va très au-delà de ce que propose la directive européenne. La Chancellerie propose ni plus ni moins que de dynamiter le régime de garantie des salaires, qui permet aux salariés de percevoir leurs salaires lorsque leur entreprise fait l'objet d'une liquidation judiciaire.

Pour comprendre la gravité de ce qui se trame, il faut avoir à l'esprit que ce système de garantie de salaire est issu d'une très longue histoire sociale au cours de laquelle les salariés ont profité de protections progressivement renforcées en cas de liquidation judiciaire de leur entreprise. D'abord, un décret-loi du 28 octobre 1935, pris par le gouvernement Laval, a fait en sorte que la créance de salaire, en cas de liquidation, bénéficie d'un régime de faveur en conférant une garantie patrimoniale supplémentaire aux salariés, dite « superprivilège » des salaires.



Mais ce « superprivilège » avait une faille : il ne pouvait pas protéger les salariés en cas d'insolvabilité totale de l'entreprise. C'est ce qu'a en particulier révélé le célèbre conflit Lip, qui a défrayé la chronique sociale française tout au long des années 1970. À l'époque, le CNPF, qui pouvait avoir une générosité sociale dont son successeur, le Medef, est le plus souvent dépourvu, a donc eu l'idée de proposer au législateur d'instaurer une garantie de paiement des salaires, en cas de liquidation judiciaire.

Et c'est ainsi que, par une loi du 27 décembre 1973, en son article 2 (*reproduction ci-dessous*), est créée l'Association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés (AGS), avec une mission simple : lorsqu'une procédure collective est ouverte et que les fonds disponibles ne permettent pas de régler les créances salariales, l'AGS se substitue à l'entreprise débitrice défailante, à charge pour l'AGS par la suite d'obtenir les remboursements.

Un décret en Conseil d'Etat fixera les conditions dans lesquelles les chambres de métiers et les chambres de commerce et d'industrie seront tenues d'organiser des stages de courte durée d'initiation à la gestion à l'intention des professionnels demandant pour la première fois l'immatriculation d'une entreprise artisanale ou commerciale et de délivrer une attestation à l'issue de ces stages. Les stages d'initiation aux fonctions de chef d'entreprise commerciale ou artisanale, pourront également être organisés dans les écoles supérieures professionnelles reconnues et conventionnées par l'éducation nationale.

Art. 60. — Les chambres de commerce et d'industrie et les chambres de métiers peuvent, en liaison avec les organisations professionnelles, créer des fonds d'assurance-formation pour commerçants et artisans au sens et pour l'application de l'article 34 de la loi n° 71-575 du 16 juillet 1971.

Art. 61. — L'aide aux programmes de formation de courte durée, destinés à l'actualisation des connaissances et au perfectionnement des professionnels en activité, salariés et non salariés, et organisés dans le cadre des fonds d'assurance-formation ainsi que les stages d'initiation à la gestion prévus à l'article 59 ci-dessus, figurent parmi les priorités prévues à l'article 9 de la loi n° 71-575 du 16 juillet 1971.

Les fonds d'assurance-formation concernant les entreprises artisanales et leurs salariés sont habilités à percevoir la participation financière des artisans lorsqu'ils y sont assujettis en raison du nombre de leurs salariés. Dans ce cas, une convention est passée entre l'employeur et le fonds.

TITRE V

Dispositions diverses.

Art. 62. — Chaque année, à partir de 1974, le Gouvernement présentera au Parlement, après consultation des assemblées permanentes des chambres de commerce et d'industrie, des chambres de métiers et des organisations professionnelles, avant le 1^{er} juillet, un rapport sur l'évolution des secteurs du commerce et de l'artisanat ainsi que sur l'application des dispositions de la présente loi. Ce rapport devra comporter les observations présentées par les organismes consultés.

Art. 63. — I. — Les dispositions de l'article 37-1^{er} a de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont abrogées à partir des mots « ainsi que de pratiquer habituellement ».

II. — Les dispositions des articles 5 et 6 de la loi de finances n° 63-628 du 2 juillet 1963 sont abrogées.

III. — Les dispositions de l'article 17 de la loi n° 69-1263 du 31 décembre 1969 sont abrogées.

Art. 64. — Les décrets dont l'intervention est prévue ou serait nécessaire pour l'application de la présente loi sont des décrets en Conseil d'Etat.

Des décrets en Conseil d'Etat intégreront ses dispositions dans les lois et ordonnances en vigueur qui se trouvent modifiées par lesdites dispositions, avec les adaptations de forme nécessaires, à l'exclusion de toute modification de fond.

Art. 65. — Un décret en Conseil d'Etat apportera aux dispositions de la présente loi les adaptations nécessaires à son application dans les départements d'outre-mer.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Cajarc, le 27 décembre 1973.

GEORGES POMPIDOU.

LOI n° 73-1194 du 27 décembre 1973 tendant à assurer, en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, le paiement des créances résultant du contrat de travail (1).

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Art. 1^{er}. — Tout employeur ayant la qualité de commerçant ou de personne morale de droit privé même non commerçante et occupant un ou plusieurs salariés dans les conditions fixées à l'article L. 351-10 du code du travail, doit assurer ceux-ci contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail à la date de la décision prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens. Sont également couvertes par l'assurance prévue à l'alinéa ci-dessus les sommes dues en application d'un contrat d'intéressement ou d'association résultant de l'ordonnance n° 59-126 du 7 janvier 1959 ou d'un accord de participation résultant de l'ordonnance n° 67-693 du 17 août 1967, dès lors qu'elles sont exigibles. Il en est de même des arrérages de pré-retraite ou de complément de retraite, échus ou à échoir, qui seraient dus à un salarié ou ancien salarié à la suite d'un accord d'entreprise, d'une convention collective ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel, par un employeur mis en état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens.

Art. 2. — Le régime d'assurance prévu à l'article précédent sera mis en œuvre par une association créée, dans le délai d'un mois à dater de la publication de la présente loi, par les organisations nationales professionnelles d'employeurs les plus représentatives et agréée par le ministre chargé du travail.

Cette association passera une convention de gestion avec les institutions mentionnées à l'article L. 351-11 du code du travail.

A défaut de constitution de cette association dans le délai fixé ou en cas de dissolution de cette même association, le ministre chargé du travail confiera aux institutions prévues à l'alinéa précédent la gestion du régime d'assurance institué à l'article 1^{er}.

Art. 3. — Le droit du salarié est indépendant de l'observation par l'employeur tant des prescriptions de la présente loi que des obligations dont il est tenu à l'égard des institutions prévues à l'article 2 ci-dessus.

Art. 4. — L'assurance est financée par des cotisations des employeurs qui sont assises sur les rémunérations servant de base au calcul des contributions au régime d'assurance-chômage défini par la section II du chapitre 1^{er} du titre V du livre III du code du travail.

Art. 5. — Lorsqu'il ne peut, faute de disponibilités, payer en tout ou en partie dans le délai de dix jours prévu à l'article 51 de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967, les créances garanties par le privilège établi aux articles L. 143-10 et L. 143-11 ainsi qu'aux

Loi n° 73-1194 TRAVAUX PRÉPARATOIRES (1)

Assemblée nationale :

Projet de loi n° 719 ;
Rapport de M. Caille, au nom de la commission des affaires culturelles (n° 763) ;

Discussion et adoption, après déclaration d'urgence, le 22 novembre 1973.

Sénat :

En clair, grâce à la technique dite de subrogation personnelle, encadrée par l'article L.3253.16 du Code du travail, l'AGS devient créancière de l'entreprise à hauteur de ses avances et bénéficie des privilèges des salariés. La gestion opérationnelle du régime de garantie est par ailleurs confiée à l'Unédic par l'AGS, dans le cadre d'un mandat de gestion.

L'AGS est donc l'héritière de la tradition sociale d'un courant du patronat français, dont le chef de file a longtemps été sa fédération de la métallurgie. Il suffit d'aller sur le site Internet de l'association pour vérifier la philosophie dans laquelle elle continue d'inscrire son action : « *Dans un monde de concurrence généralisée et mondialisée, il est important de pouvoir compter sur la solidarité. Une solidarité bien particulière : celle des entreprises qui savent qu'aucune d'elles n'est à l'abri d'un retournement de conjoncture, d'une mutation des marchés ou de difficultés financières passagères ou structurelles. C'est pour cette raison qu'a été créée l'Association pour la gestion du régime de Garantie des créances des salariés (AGS) : le fonds de solidarité interentreprises, alimenté par*

une cotisation patronale obligatoire payée par toutes les entreprises. La mission principale de l'AGS à vocation sociale consiste à accompagner et soutenir les entreprises dans les procédures collectives en avançant les fonds nécessaires au paiement des créances salariales. Qu'il s'agisse de conseils, d'avances financières ou de suivi, l'AGS est un véritable amortisseur social qui permet de préserver l'emploi et de maintenir la viabilité économique de l'entreprise, et plus largement de soutenir le rebond de l'activité économique française », peut-on lire.

Et puis pour finir, un troisième texte, en l'occurrence la loi du 25 janvier 1985, a encore élargi le champ d'application de la garantie de l'AGS.

Dans l'histoire du patronat, l'AGS est donc une institution atypique, construite sur une logique de solidarité, puisqu'elle a versé environ 1,2 milliard d'euros en salaire en 2020 (près de 1,4 milliard d'euros les années antérieures, quand les aides publiques étaient moins fortes) à près de 100 000 salariés. Et comme le système est financé par les remboursements que l'AGS obtient (de l'ordre de 600 millions d'euros par an) et sur une cotisation patronale (de l'ordre de 800 millions d'euros par an), il est à la fois socialement généreux, et économiquement vertueux puisqu'il ne pèse ni sur le pouvoir d'achat des autres salariés ni sur les finances publiques.

C'est donc tout cet édifice juridique, très protecteur pour les salariés, que le projet d'ordonnance risque de bouleverser. Comme le révèle l'un des textes publiés par la Chancellerie, le gouvernement souhaiterait en effet réécrire totalement l'article L.643.8 du Code du commerce et modifier en profondeur les articles L.622.17 et L.641.13, qui sont précisément les dispositions légales qui fixent l'ordre des créances et des privilèges.

Lorsque l'on scrute le principal document du ministère de la justice, qui présente ses propositions de réforme, on peut alors comprendre ce qui va changer. Mediapart s'est entouré du conseil d'un expert social réputé pour établir le tableau ci-dessous qui résume l'ordre actuel des créances et, en vis-à-vis, le nouvel ordre qui résulterait de la réforme, tel qu'il est présenté à partir de la page 30 de ce texte de la Chancellerie :

ORDRE SELON L'ETAT DU DROIT ACTUEL	ORDRE QUI SERAIT ENVISAGE PAR LA REFORME
Par distraction, dans les conditions prévues par le présent livre sans instaurer d'ordre de paiement entre elles	Par distraction, dans les conditions prévues par le présent livre sans instaurer d'ordre de paiement entre elles
(1) Frais et dépens de la liquidation judiciaire (2) Subsidés accordés au débiteur personne physique ou au dirigeant et à leur famille	(1) Frais et dépens de la liquidation judiciaire (2) Créances garanties par une sûreté avec transfert ou réserve de propriété (3) Créances garanties par un droit de rétention
Après désintéressement des créanciers ci-dessus : distribution dans l'ordre suivant	Après désintéressement des créanciers ci-dessus : distribution dans l'ordre suivant
(3) Superprivilège (4) Frais de justice postérieurs (5) Privilège de conciliation (6) Créances postérieures (7) Privilèges fiscaux (8) Privilèges fiscaux (9) Privilège du bailleur (6 derniers mois de loyers) (10) Contributions indirectes (11) Privilège du bailleur (pour surplus de 2 ans et dommages et intérêts si résiliation) (12) Privilège du vendeur et de nantissement (13) Privilèges généraux (2331 Code civil) (14) Privilège des douanes (15) Créances chirographaires	(4) Subsidés accordés au débiteur personne physique, au dirigeant et à leur famille (5) Frais de justice postérieurs (6) Superprivilège (7) Privilège agricole (8) Privilège de conciliation (9) Sûretés immobilières (10) Les créances de salaire non avancées par l'AGS (11) Les créances garanties par le privilège de sauvegarde (12) Les créances garanties par le privilège de redressement judiciaire (13) Les créances résultant de l'exécution des contrats poursuivis (14) Les sommes avancées par l'AGS (5° de l'article L3253-8 du code du travail) (15) Les autres créances postérieures privilégiées (16) Les créances bénéficiant du privilège général du trésor (17) Créances garanties par le privilège du bailleur et le privilège du vendeur de fonds de commerce (18) Créances garanties par le privilège en matière de contributions indirectes (19) Créances chirographaires
	Le tout sans préjudice des autres droits de préférence prévues par des règles spéciales

À l'examen de ce tableau qui présente la synthèse des propositions de la Chancellerie, on comprend donc ce que serait la principale rétrogradation : le superprivilège salarial de l'AGS, qui représente 40 % de ses recettes et 80 % des créances récupérées, passerait du 3^e rang actuellement au 6^e rang après entrée en vigueur de la réforme. Les créances de salaires non couverts par l'AGS seraient pour leur part dégradées au 10^e rang.

Il est par ailleurs envisagé de retirer les actifs immobiliers des sommes récupérables par l'AGS au profit des banques. Autre avantage au profit des établissements financiers : il est prévu à leur avantage ce que notre tableau fait apparaître comme « *les créances garanties par le privilège de sauvegarde* » ou « *le privilège de redressement judiciaire* ». Et ces nouveaux privilèges seraient attribués aux banques ou à tout établissement intervenant pendant la période d'observation.

Et enfin, notre tableau fait clairement apparaître que les frais de justice liés à la liquidation, c'est-à-dire essentiellement les honoraires et commissions des mandataires et administrateurs judiciaires qui, jusqu'à présent étaient derrière l'AGS, passeraient devant elle.

Conclusion sans appel de notre expert social : « *Sous prétexte d'une transposition d'une directive européenne des sécurités et en plein désastre économique, le gouvernement prépare deux ordonnances au détriment des salariés pour le bénéfice des administrateurs et mandataires judiciaires ainsi que des banquiers* ».