

# LA GARANTIE A.G.S

## DEFINITION :

→ La Loi n°73-1194 du 27/12/1973

La Loi du 27 décembre 1973 tendant à assurer, en cas de faillite, le paiement des créances résultant du contrat de travail, a institué à la charge des employeurs une obligation d'assurance, contre le risque de non paiement des sommes dues au salariés.

→ Depuis 1996, la décharge de la gestion par les ASSEDIC au profit de 14 centre de gestion et d'étude AGS (CGEA).

Les ASSEDIC ont, depuis 1996 été déchargées de cette gestion au profit de 14 centres de gestion et d'études, AGS (CGEA), répartis sur l'ensemble du territoire.

## I- CHAMP D'APPLICATION DE LA GARANTIE AGS

### A/ OBLIGATION D'AFFILIATION DES EMPLOYEURS

#### 1- entreprises assujetties

\* L'obligation de s'assurer pèse sur « *tout commerçant, toute personne inscrite au répertoire des métiers, tout agriculteur, toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante et toute personne morale de droit privé employant un ou plusieurs salariés.* » (art. L 143-11-1 du Code du Travail).

-> **Pour les travailleurs indépendants**, sont visés : les Officiers publics ou ministériels, les professions libérales, les agents commerciaux.

-> **Pour les personnes morales de droit privé** : peu importe que le capital d'une entreprise soit majoritairement détenu par l'Etat ou que celle-ci ait une mission de service public.

Ainsi, la Cour de cassation considère que les personnes morales de droit privé assurant la gestion d'un service public (Cass. Soc., 12 janv. 1978, n°16-10.230, Bull Civ. V p 27) ainsi que les sociétés d'économies mixtes (Cass. Soc., 25 févr. 1981, n°79-13.223) étaient assujetties.

\* Sont exclus du champ d'application de l'AGS :

- Les employeurs de droit public
- Les particuliers employeurs
- Les syndicats de copropriété

## **2- les cotisations**

Cette obligation se traduit par le paiement d'une cotisation exclusivement patronale, dite cotisation AGS, assise sur la rémunération servant de base aux cotisations d'assurance chômage.

Le taux de cotisation est fixé à **0,25%** au 1<sup>er</sup> janvier 2006. Il s'applique aux rémunérations versées dans la limite du plafond appliqué aux cotisations ASSEDIC, soit 4 fois le plafond de sécurité sociale.

A compter du 1<sup>er</sup> juillet 2006, le taux de cotisation est passé à 0,15 %.

### **B/ SALARIES BENEFICIAIRES**

➔ Seuls les salariés liés par un contrat de travail à l'entreprise bénéficient de la garantie AGS.

Sont ainsi, visés par l'article L 143-11-1 du Code du Travail :

- les salariés
- les salariés détachés à l'étranger
- les salariés expatriés
- les salariés étrangers employés mais en situation régulière
- tous ressortissants des Etats membres de l'Union Européenne, au titre de la non discrimination entre ressortissants des états membres concernés

- *Quelle institution est compétente pour garantir les salaires, lorsque l'entreprise est établie dans un Etat membre de l'Union Européenne et que le salarié réside et exécute son contrat de travail dans un autre Etat de l'Union ?*

➔ **Une Directive du 23/09/2002** désigne l'Institution compétente comme étant celle de l'Etat membre sur le territoire duquel les travailleurs exercent ou exerçaient habituellement leur travail ; Le critère du lieu de travail prévaut sur celui du contrat ou de l'établissement de l'employeur ;

➔ Cette solution a été retenue par la Cour de cassation (*Cass. Soc. 2, Juill. 2002, n°99-46.140, Bull Civ, n°228, p 261 ; Cass Soc, 3 juin 2003, n°01-41.697, Bull Civ V, n°183, P 179*).

Problème : Nécessité de modifier le Code du travail car l'AGS n'est compétente que pour les procédure ouverte en France.

- L'AGS est due aux salariés exerçant habituellement leur travail en France pour un employeur étranger situé dans un pays extérieur de l'Union Européenne et contre qui a été ouverte une procédure collective ayant fait l'objet d'une exéquatur en *France ( Cass. Soc, 03 juin 2003, n°00-45.948, Bull Civ, V, n°184, P 180)*.

- La Directive du 23/09/2002 interdit aux Etats membres d'exclure de la garantie AGS : les salariés à temps partiel, les titulaires d'un CDD, les intérimaires, ainsi que de soumettre l'AGS à une durée minimale de contrat ou relation de travail.

- Le bénéfice de l'AGS n'est soumis à aucune condition d'ancienneté : Ainsi, un salarié nouvellement embauché, dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire, peut voir ses créances garanties par l'AGS (*Cass. Soc, 2à mai 1992, n°91-41.519, Bull Civ V, n°322*).

- La défaillance de l'employeur ne constitue pas un motif d'exclusion de la garantie. Ainsi, la garantie joue même lorsque l'employeur n'est pas à jour des cotisations dues à l'AGS. ( **art. L 143-11-5 du Code du Travail**).

- L'AGS refuse le règlement d'avances à toute personne ayant la qualité de mandataire social, sauf s'il justifie d'un contrat de travail venant se cumuler avec l'exercice d'un mandat social.

- La qualité de fonctionnaire n'est pas incompatible avec l'existence d'un contrat de travail (cas d'un fonctionnaire de l'Education nationale effectuant des cours pour un établissement privé). En cas de liquidation judiciaire, il peut bénéficier des avances de l'AGS (*Cass. Soc, 28 janv. 1998, n°95-44.451*).

## **II- LES CREANCES GARANTIES**

### **→ Sommes dues en exécution d'un contrat de travail**

L'assurance couvre dans la limite d'un plafond déterminé, les sommes dues en exécution d'un contrat de travail.

L'article L 143-11-1 du Code du Travail définit expressément les créances garanties par l'AGS.

### **→ Créances établies par décision de justice exécutoire**

L'AGS devait en effet, avancer les sommes correspondant à des créances définitivement établies par décision de justice, même si les délais de garantie sont expirés. Cela se traduisait par des retards de paiement.

Les décisions exécutoires de plein droit sont désormais opposables à l'AGS . (Loi n°2001-624 du 17 juillet 2001 modifiant l'article L 143-11-7 du code du travail).

La Cour de cassation a eu récemment à se prononcer sur la rédaction de cet article en considérant que l'AGS avait causé un trouble manifestement illicite au regard de ses obligations légales, en refusant de faire l'avance de fonds correspondant au montant d'une condamnation exécutoire par provision ; (*Cass. Soc, 31 mai 2005, n°03-43.767*).

## **A/ CREANCES DUES A LA DATE DU JUGEMENT D'OUVERTURE**

L'AGS couvre ainsi :

-> les sommes dues aux salariés en exécution d'un contrat de travail et exigible à la date du jugement d'ouverture de la procédure ; (*Cass. Soc, 12 juin 2002, n°00-41.153*).

->les sommes dues au titre de la rupture du contrat de travail ou d'apprentissage, intervenue antérieurement à la date du jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, peu importe que la date de résiliation ait été fixée par le Juge au jour où l'une des parties a manqué à ses obligations ou au jour où la demande de résiliation a été formée,

Cela vise notamment :

- l'indemnité compensatrice de préavis ou l'indemnité compensatrice de congés payés,
- une transaction signée quelques jours avant la mise en liquidation judiciaire de l'employeur (Cass. Soc, 03 avr. 2001, n°99-42.183, Bull Civ V, n°116, p91)
- les mensualités dues par l'employeur à un ancien salarié en vertu d'une convention de rupture amiable conclue avant le jugement d'ouverture (Cass. Soc, 23 nov. 2004, n°02-41.836, Bull Civ V, n°293).
- La créance résultant d'indemnité de congés payés due par le premier employeur et née avant le transfert d'une entité économique au sens de l'article L122-12 du Code du travail,
- Les créances indemnitaires, réparant le préjudice occasionné par la rupture du contrat notifiée avant la reprise des fonds, nées avant la liquidation (Cass. Soc, 28 janv. 2004, n°01-47.356, Bull Civ V, n°28, p 27).
- Dommages et intérêts accordés suite à un licenciement notifié avant le jugement d'ouverture même si le jugement ayant condamné l'employeur est postérieur au jugement déclaratif. (Cass. Soc, 13 mai 1981, n°80611.852, Dr Soc 82 p 193).
- La contrepartie pécuniaire due au titre de la clause de non concurrence pour les versements échus à la date du jugement d'ouverture (Cass Soc, 6 mai 1997, n°94-42.699, Bull Civ. V, n°162).
- L'indemnité allouée au salarié en réparation du préjudice par la nullité de la clause de non concurrence, cette créance indemnitaire procédant du contrat de travail (Cass Soc, 22 mars 2005, n°03-40.664).
- Les créances salariales, échues antérieurement au jugement de redressement judiciaire mais retenues par l'employeur en raison d'un avis à tiers détenteur annulé ultérieurement (Cass. Soc, 16 nov. 1999, n°97-44.042).
- Les dommages et intérêts alloués à un salarié du fait de sa non affiliation, par l'employeur au régime de protection obligatoire des cadres mis en application de l'article L911-1 et suivants du Code de la sécurité sociale ( Cass. Soc, 2 janv. 2002, n°99-44.220, Bull Civ V, n°1, p 1).
- L'indemnité due en réparation du préjudice subi par le salarié du fait du non paiement par l'employeur des cotisations à une caisse de retraite complémentaire, prévue par la convention collective, peu importe le taux de cotisation choisi par l'employeur (Cass ; Soc, 25 janv. 2005, n°03-40.195, Bull Civ V, n°17)
- Les salaires et indemnités de congés payés alloués à une salariée, dont le licenciement prononcé pendant la période de suspension de son contrat de travail consécutive à son état de grossesse a été annulé (Cass. Soc, 29 janv. 2003, n°00-46.048, Bull Civ V, n°25, p 22).
- Les dommages et intérêts dus aux salariés en raison de l'inexécution de la part de l'employeur de ses obligations de délivrer aux intéressés des bulletins de salaires, des certificats de travail, attestation ASSEDIC. (Cass. Soc, 4 déc. 2002, n°00-44.303, Bull civ V, n°368, p 363)

- Le paiement des cotisations sociales légale ou conventionnelles dues par l'employeur en exécution du contrat de travail (Cass ; Soc, 1<sup>er</sup> févr. 2003, n°01-40.676).
- Les dommages et intérêts admis au passif d'une entreprise pour prêt illicite de main d'œuvre (Cass. Soc, 9 nov. 2004, n°02.45.048, Bull Civ V, n° 280)
- Les dommages et intérêts pour préjudice moral en raison des circonstances vexatoires de son licenciement, intervenu avant l'ouverture de la procédure collective (Cass, Soc, 29 janv. 2003, n°00-42.630, Bull Civ V, n°26 p 23).
- Les dommages et intérêts en raison d'un comportement discriminatoire (Cass. Soc, 15 déc. 2004, n°02-46.973) ou encore des dommages et intérêts en réparation d'un préjudice résultant d'actes constitutifs d'harcèlement moral ( Cass, Soc, 8 févr. 2005, n°02-46.527).

Par contre, ne sont pas garanties par l'AGS, les créances suivantes:

- la réparation du préjudice causé par la violation de poursuivre son contrat de travail pendant une durée de cinq ans pris par le nouvel employeur, suite au transfert de l'entreprise ( Cass, Soc, 7 mai 2003, n°01-40.509).
- le paiement d'une astreinte due en raison d'une condamnation du chef d'entreprise antérieur au jugement d'ouverture (Cass, Soc, 8 oct. 2003, n°01-43.263).

## **B/ CREANCES DUES APRES LE JUGEMENT**

Ce sont les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont payés après leur échéance lorsque l'activité est poursuivie.

Sont visé tous les éléments de rémunération et accessoires nés au cours de la période d'observation ou pendant la période de poursuite d'activité autorisés dans le cadre d'une procédure judiciaire.

L'AGS n'intervient pas pour le paiement de ces sommes. Il appartient à l'administrateur judiciaire d'assurer le paiement de toutes les créances nées dans le cadre de la poursuite d'activité de l'entreprise. En cas de cession totale ou lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance en cas de continuation, elles sont payées par priorité à toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges, à l'exception des créances garanties par superprivilèges. (**art. L 621-32 du Code de Commerce**).

### **1- en exécution d'un contrat de travail en cas de liquidation judiciaire**

Si la liquidation judiciaire est prononcée, l'AGS garantit, dans la limite du montant maximal correspondant à un mois et demi de travail, les salaires et accessoires et congés payés :

- au cours de la période d'observation
- pendant les 15 jours suivant le jugement de liquidation
- pendant le mois suivant ce jugement pour les représentants des salariés,
- pendant le maintien provisoire d'activité éventuellement autorisé par le jugement de liquidation.

Le montant maximal garanti est égal à trois fois le plafond mensuel de sécurité sociale pour un mois et demi de salaire et à deux fois ce plafond pour un mois de salaire. (**art. L 143-11-1 et D143-3**).

Cette garantie inclut les cotisations et contributions sociales salariales d'origine légale ou d'origine conventionnelle imposée par la Loi.

## **2- résultant de la rupture des contrats de travail**

Les créances nées de la rupture du contrat de travail sont garanties dès que la rupture intervient :

- pendant la période d'observation
- dans le mois suivant le jugement adoptant le plan de redressement
- dans les 15 jours suivant le jugement de liquidation
- pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le Juge commissaire ;
- 

La notion de « rupture du contrat de travail », couvre :

- l'indemnité compensatrice de préavis,
- l'indemnité compensatrice de congés payés
- les dommages et intérêts pour rupture abusive du contrat
- les sommes dues au titre d'un accord de participation ou d'intéressement
- le contrepartie pécuniaire d'une clause de non concurrence (Cass Soc, 29 janv. 2003, n°01-40.123).
- les dommages et intérêts pour irrégularité de la procédure
- les dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- une prime de treizième mois résultant d'un usage de l'entreprise
- la créance résultant d'un accord amiable de rupture du contrat conclu avant le jugement d'ouverture et dure à la date de ce jugement (Cass Soc, 23 nov. 2004, n°02-41.836)
- l'indemnité transactionnelle versée dans le cadre d'un litige relatif à la rupture du contrat de travail,
- l'indemnité forfaitaire visée à l'article L 324-11-1 du Code du travail qui sanctionne la méconnaissance d'une obligation légale impartie à l'employeur de déclaration préalable d'embauche (Cass .soc. 12 févr 2003, n°01-40 .722).

Par contre, ne sont pas garanties par l'AGS :

- l'indemnité de non concurrence lorsque aucune mensualité n'est encore due à l'intéressé pendant la période d'observation ni dans le mois suivant le plan de redressement. (Cass Soc, 27 oct. 1999, Bull Civ V, n°416).
- Les primes prévues dans le plan de sauvegarde de l'emploi pour favoriser le reclassement professionnels des salariés licenciés, (Cass. Soc, 30 avr.2003.n°00-46.820).
- Les dommages et intérêts alloués à des salariés en raison de l'inexécution de l'obligation de faire telles que la délivrance des bulletins de paie, certificat de travail, attestation ASSEDIC. (Cass. Soc, 4 déc. 2002, n°00-44.303).
- Les créances des salariés résultant de la rupture du contrat de travail des salariés ayant adhéré à une convention de conversion. (Ordonnance n°2004-602, 24 juin 2004, art 13, JO 26 juin)
- Les frais d'huissier ( Cass Soc, 12 janv. 1999, n°96-42.585)
- Les dépens (Cass. Soc, 9 mars 2004, n°02-40.616)
- La créance résultant de la liquidation d'une astreinte (Cass ; Soc, 16 mai 1995, n°93-42.535).

Le montant maximal garanti est égal à trois fois le plafond mensuel de sécurité sociale pour un mois et demi de salaire et à deux fois ce plafond pour un mois de salaire. (**art. L 143-11-1 et D143-3**).

Cette garantie inclut les cotisations et contributions sociales salariales d'origine légale ou d'origine conventionnelle imposée par la Loi.

### **3- résultant du licenciement des salariés protégés**

Les créances résultant du licenciement des salariés ayant une protection particulière, sont couvertes par l'AGS dès lors que l'administrateur judiciaire, l'employeur ou le liquidateur a manifesté au cours des périodes de garanties, son intention de rompre leur contrat de travail. (**article L 143-11-1, 2° du code du Travail**).

La notion de « salarié protégé » ne couvre pas seulement les salariés représentant du personnel.

Ainsi, la Cour de cassation considère que sont des salariés bénéficiaires d'une protection particulière et donc de l'application de la garantie AGS, les salariés dont le contrat de travail est suspendu en raison d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle ; ( Cass. Soc, 2 oct. 2001, n°99-45.346).

Si le licenciement d'un tel salarié n'est notifié qu'après la fin d'une période de garantie (par exemple plus de 15 jours après le jugement de liquidation), du fait des délais entraînés par la procédure protectrice, le salarié bénéficiera néanmoins de la garantie AGS.

La manifestation d'intention de licenciement se déduira de l'engagement pendant la période de garantie de la procédure de licenciement : convocation du comité d'entreprise ou saisine de l'inspection du travail.

### **III- LES PLAFONDS DE LA GARANTIE AGS**

Deux plafonds, exclusifs l'un de l'autre, étaient définies par l'article D 143-2 du Code du Travail, ces plafonds étaient appelés plafond 13 et plafond 4.

**Depuis le Décret du 24 juillet 2003, entré en vigueur le 29 juillet 2003**, le montant maximum de la garantie AGS a été considérablement réduit.

Quelque soient les créances concernées, les plafonds de garantie sont normalement les suivants :

- six fois le plafond mensuel retenu pour le calcul des contributions au régime d'assurance chômage,
- cinq fois ce plafond lorsque le contrat de travail dont résulte la créance a été conclu moins de deux ans et six mois au moins avant la date du jugement d'ouverture de la procédure collective
- quatre fois ce plafond si le contrat dont résulte la créance a été conclu moins de six mois avant la date du jugement d'ouverture.

L'ancienneté s'apprécie à la date du jugement d'ouverture (art D 143-2 du Code du Travail).

## **IV LA MISE EN ŒUVRE DU REGIME DE LA GARANTIE AGS**

### **A/ LE RELEVÉ DE CRÉANCE**

#### **1- établissement par le représentant des créanciers**

Les salariés n'établissent pas eux-mêmes la déclaration de leur créance. Le Représentant des créanciers vérifie les créances résultant d'un contrat de travail au vu des documents, informations fournies par les salariés, par le débiteur, par l'administrateur judiciaire, par le représentant des salariés.

Le représentant des créanciers établit le relevé des créances qu'il a vérifiées, après avoir entendu le débiteur, puis le soumet au représentant des salariés.

#### **2- Mentions obligatoires**

Le relevé indique pour chaque salarié :

- son identité, la nature de son contrat de travail, la date d'entrée, l'emploi, la qualification
- l'exercice ou non d'un mandat social
- la date de rupture du contrat de travail
- le montant brut des sommes déjà versées et de celles restant à payer.

Le représentant des créanciers fait ensuite viser ce relevé par le Juge-commissaire et en remet un exemplaire au AGS pour obtenir si nécessaire les fonds correspondants.

#### **3- Le contrôle par le représentant des salariés et le juge commissaire**

Le Représentant des salariés peut assister aux opérations de vérifications menées par le représentant des créanciers. S'il n'y assiste pas, le relevé lui est communiqué pour vérification au fur et à mesure de son établissement.

Le Représentant des créanciers signe le relevé en formulant au besoin des réserves et observations. S'il ne le signe pas, le Juge commissaire devra s'assurer qu'il a été à même d'accomplir sa mission.

Il est ensuite, vérifié par le Juge commissaire pour dépôt au greffe du Tribunal.

#### **4- Dépôt et publicité**

Le relevé visé par le Juge commissaire est déposé par le représentant des créanciers au greffe du Tribunal et fait l'objet d'une publicité par publication d'un avis dans un journal d'annonces légales, devant intervenir dans les 3 mois suivant l'expiration de la période de la dernière garantie.

Cette publication fait courir le délai de 2 mois aux termes duquel le salarié ne peut plus contester son relevé de créances salariales devant le Conseil de prud'hommes.

## **B/ CONTESTATION PAR LE SALARIE**

Le représentant des créanciers informe par tous moyens chaque salarié, de la nature, du montant des créances admises ou rejetées, de la date du dépôt du relevé au greffe, du délai de forclusion.

Le salarié dont la créance ne figure pas, en tout ou partie sur le relevé des créances doit, à peine de forclusion, saisir le Conseil de prud'hommes dans les deux mois qui suivent les mesures de publicité.

Toutefois, le délai de forclusion ne court pas lorsque le représentant des créanciers n'a pas informé le salarié de son existence et de son point de départ (Cass. Soc, 15 janv. 2003. n°00-45.073).

La contestation est portée directement devant le Bureau de jugement, sans passer par le bureau de conciliation

La décision rendue par le Conseil de prud'hommes est portée sur le relevé de créances déposé au greffe.

Seules les décisions rendues par la juridiction prud'homale doivent être portées sur l'état des créances salariales et ouvrent droit à l'assurance contre le risque de non paiement des sommes dues en exécution du contrat de travail. (Cass. Soc, 14 mars 2000, n°97-45.335, Bull Civ V, n°102).

Un salarié ne peut pas saisir le Conseil de prud'hommes d'une demande de salaire, préavis, congés payés tant que le relevé n'a pas été déposé.

Le salarié peut demander au représentant des créanciers de l'assister ou de le représenter à toute instance en contestation.

Si le salarié a laissé passer le délai de forclusion de deux mois, il peut être relevé de cette forclusion par le conseil de prud'hommes à condition de saisir celui-ci dans le délai d'un an à compter du jugement d'ouverture du redressement judiciaire.

## **V LE REGLEMENT DES CREANCES**

### **A/ VERSEMENT D'UN ACOMPTE PAR L'AGS**

L'administrateur judiciaire doit, avant même l'établissement des relevés de créances, verser aux salariés, à titre provisionnel avec l'autorisation du juge commissaire et dans la mesure des fonds disponibles, une somme égale à un mois de salaire impayé sur la base du dernier bulletin de salaire. Ce versement ne peut excéder deux fois le plafond mensuel de la sécurité sociale.

A défaut de pouvoir être payées sur les fonds disponibles de l'entreprise, avant l'expiration des délais d'établissement des relevés de créances, les sommes couvertes par l'AGS sont versées par le CGEA compétent sur présentation des relevés.

Selon la nature des créances, le CGEA doit verser au représentant des créanciers dans un délai de 5 ou 8 jours, qui reverse immédiatement aux salariés concernés.

## **B/ CONTESTATION PAR L'AGS**

L'AGS dispose d'un droit propre à contester le principe et l'étendue de sa garantie.

Les jugements ouvrant une procédure collective ont autorité de la chose jugée et sont opposables à tous. L'AGS peut seulement remettre en cause le fait de devoir garantir telle ou telle créance.

Ainsi, l'AGS n'est recevable à contester un accord transactionnel conclu au cours d'une procédure de médiation et homologué par le Juge prud'homal qu'à la condition d'établir que cet accord procédait d'une fraude. (Cass. Soc, 25 janvier 2006, n°03-45.444, n°173).

De même, l'AGS n'est recevable à demander la requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée que si elle démontre l'existence d'une fraude à son égard. (Cass. 3 mars 2004, n°01-47.355).

## **CONCLUSIONS :**

### **Les apports de la Loi n°2005 845 du 26 juillet 2005 :**

- **Les articles L 625-7 et L 625-8 du Code de commerce** étendent le privilège et le superprivilège des salariés à la garantie des créances résultant d'un contrat de travail en cas de procédure de sauvegarde. Le mandataire doit justifier auprès de l'AGS que l'insuffisance des fonds disponibles est caractérisée. L'AGS peut contester dans un délai de 10 jours la réalité de cette insuffisance devant le juge-commissaire. Dans ce cas, l'avance des fonds est soumise à autorisation du juge commissaire,
- L'obligation d'affiliation à l'AGS est étendue aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante,
- L'intervention de l'AGS dans la couverture du risque de rupture du contrat de travail pour cause de force majeure consécutive à un sinistre en exécution du contrat de travail est supprimé,