

L'Office fédéral de la justice  
Unité Droit civil et procédure civile  
3003 Berne

Berne, le 7 mai 2009

*Le texte allemand fait foi*

## **Révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) : mesures d'assainissement**

Madame la conseillère fédérale,  
Madame, Monsieur,

Merci de nous avoir invités à prendre position sur la révision de la loi sur la poursuite pour dette et la faillite (LP). La prise de position de l'Union syndicale suisse (USS) concerne les modifications prévues du droit matériel, tout spécialement du droit du contrat de travail.

### **1. Remarques sur le fond**

#### **Pas de licenciements facilités, mais un plan social obligatoire**

L'Union syndicale suisse (USS) est surprise de voir qu'alors en pleine récession économique, on se lance dans une révision qui fait aussi peu cas des intérêts des salarié(e)s. Il est à craindre que la crise n'augmente le nombre de cas d'insolvabilités et de fermetures d'entreprises. Il est donc irresponsable de vouloir faciliter les licenciements dans un tel contexte. Les déréglementations et le démantèlement social ne peuvent être des réponses à la crise. Celle-ci demande au contraire que l'on introduise dans la loi l'obligation de négocier un plan social en cas de licenciements collectifs. Cette mesure est désormais urgente. C'est pourquoi l'USS demande que l'article 335f du code des obligations (CO) soit complété comme suit :

*L'employeur doit présenter à la représentation des travailleurs ou, à défaut, aux travailleurs, un plan social qui tienne compte d'indemnités supplémentaires au minimum prévu par la présente loi en tenant compte de l'ancienneté et du potentiel de reclassement de la catégorie des travailleurs touchés.*

#### **Une façon de procéder inacceptable**

Mais aussi, nous jugeons inconvenante la façon de procéder dans le cas de cette révision. Vos propositions reposent uniquement sur les convictions d'un groupe d'expert(e)s qui défend unilatéralement les intérêts des entités qui réalisent des assainissements et des cabinets d'avocats concernés. Même si l'élément central de l'avant-projet touche la validité des rapports de travail dans le cas d'un

assainissement, aucun(e) représentant(e)s des travailleuses et travailleurs n'a participé à l'élaboration de ce texte. Contrairement aux créanciers, les salarié(e)s sont même doublement frappés par la crise et l'insolvabilité de leur employeur : d'une part, en tant que créanciers, leurs arriérés de salaire et leurs salaires futurs sont menacés. De l'autre, ils risquent de perdre leur emploi, leur revenu économique étant alors ici en jeu. Lors de l'élaboration de l'avant-projet, on a accordé trop peu d'attention à ce dernier aspect.

## **2. Prise de positions sur les propositions de l'avant-projet**

L'USS rejette cet avant-projet. Nous estimons en particulier qu'en ce qui concerne le traitement des contrats de durée et celui du sort des salarié(e)s en cas d'insolvabilité de l'employeur, les propositions présentées ci-après sont erronées.

### **Pas de résiliation extraordinaire des contrats dans le cadre du sursis concordataire**

L'USS rejette fermement la nouveauté proposée, à savoir : que les contrats de durée peuvent être résiliés en tout temps dans le cadre du sursis concordataire (art. 297a avant-projet [AP] LP). Cette mesure signifierait qu'en cas de procédure concordataire, l'employeur pourrait, avec l'accord du commissaire, licencier immédiatement et sans restriction ses collaborateurs et collaboratrices, même si l'entreprise continuait ses activités ou était reprise. Les salaires mensuels restants jusqu'au prochain délai de résiliation possible ne vaudraient en outre plus que comme créances successorales et ne seraient de ce fait plus payés du tout.

Cette proposition fait ainsi l'impasse totale dans le cadre du sursis concordataire, sur la totalité de la protection contre le licenciement selon le droit suisse du contrat de travail. Les employeurs peuvent de ce fait jeter à moindre frais à la rue leur collaboratrices et collaborateurs. L'accord du commissaire ne constitue pas un mécanisme de protection. Que le groupe d'expert(e)s qualifie cette proposition de noyau indispensable de la révision montre clairement l'intention de cette dernière : faciliter les assainissements aux dépens des salarié(e)s.

### **Transfert automatique des rapports de travail aussi dans le cadre de la procédure d'exécution forcée**

Selon l'avant-projet (art. 333b al. 1 AP CO), le transfert automatique des rapports de travail en cas de reprise d'entreprise serait exclu durant le sursis concordataire, ainsi que dans le cadre d'une faillite ou d'un concordat par abandon d'actifs. L'acquéreur d'une entreprise faillie ne devrait ainsi plus reprendre les collaboratrices et collaborateurs restants ou pourrait modifier sur-le-champ les conditions de travail.

Le Département fédéral de justice et police justifie cette proposition en évoquant l'insécurité juridique concernant l'interprétation de l'article 333 CO en cas de procédure d'exécution forcée. En outre, le transfert automatique des rapports de travail empêcherait des assainissements.

L'USS juge cette proposition inacceptable. Les motifs exposés ne sont pas plausibles.

L'interprétation juridique méthodologiquement correcte de l'article 333 CO nous dit que ce dernier doit être appliqué sans restriction à l'ensemble des reprises d'entreprises en cas d'assainissement, de réalisation dans la faillite ou de procédure de liquidation, d'aliénation pendant le sursis concordataire ou après l'approbation d'un concordat ordinaire<sup>1</sup>. Il n'est pas question que l'on chamboule le but de protection de l'article 333 CO en renvoyant vaguement au maintien général d'emplois. Cet article est une disposition de protection du droit individuel du contrat de travail et concerne chaque salarié(e). Elle n'a pas pour but de réguler le marché du travail sous l'angle du droit public ou collectif. L'affirmation selon laquelle l'application de l'article 333 CO rendrait les assainissements plus difficiles, voire impossibles ne repose sur aucune preuve empirique même embryonnaire. Elle relève uniquement d'une interprétation de politique juridique qui se cache derrière des arguments de politique du marché du travail pour donner plus de poids à la liberté des employeurs. Les assainissements, qui ne sont possibles que si les créances échues des salarié(e)s ne doivent pas être payées, sont aussi très problématiques d'un point de vue économique. Ils grèvent en effet excessivement l'assurance-chômage à travers les indemnités en cas d'insolvabilité et débouchent fréquemment sur de nouveaux assainissements. Que le législateur entende même favoriser des assainissements aussi bancals est choquant.

Au demeurant, le droit suisse du contrat de travail offre par sa flexibilité suffisamment de possibilités pour adapter les conditions de travail en cas de changement d'employeur. La pratique montre qu'en cas de transferts d'entreprises, des accords entre le nouvel et l'ancien employeur ainsi que les partenaires sociaux sont tout à fait courants. Cela permet donc, en tenant compte de tous les intérêts en jeu, de rendre moins dures les situations difficiles sur lesquelles pourrait déboucher l'application de l'article 333 CO. L'encouragement d'accords entre les partenaires sociaux est en effet la seule amorce constructive de solution pour favoriser des assainissements.

### **Responsabilité solidaire pour les créances des salarié(e)s en cas d'assainissements**

Concernant les créances des salarié(e)s échues dès avant le transfert de l'entreprise, la responsabilité solidaire de l'ancien employeur et du nouvel acquéreur de l'entreprise, qui est stipulée à l'article 333 alinéa 3 CO, revêt, en cas d'assainissement, une importance fondamentale pour les salarié(e)s.

L'abandon proposé du transfert automatique des rapports de travail dans le cadre d'une faillite ou d'une procédure concordataire s'accompagnera de l'abandon de la responsabilité solidaire. L'acquéreur devrait ainsi répondre uniquement des créances des salarié(e)s repris.

Pour l'USS, la responsabilité solidaire doit être intégralement garantie dans le cadre de la procédure d'exécution forcée aussi. Contrairement à ce que le Tribunal fédéral a décidé, la responsabilité solidaire de l'entrepreneur devrait s'appliquer même si la reprise de l'entreprise fait suite à la faillite de l'ancien employeur. Il faut donc préciser en conséquence l'article 333 alinéa 3 CO.

Nous devons garder en vue la question de savoir si la responsabilité solidaire s'étend aussi aux créances de cotisations des assurances sociales. Cette question a besoin d'une clarification de la part du législateur. Pour l'USS, la responsabilité solidaire de l'acquéreur de l'entreprise s'étend aussi aux cotisations dues aux assurances sociales.

<sup>1</sup> Aussi selon LORANDI FRANCO, *Betriebsübernahmen gemäss Art. 333 OR im Zusammenhang mit Sanierungen im Zwangsvollstreckungsverfahren*, in : « Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel », Bâle 2000, p. 95 ss., p. 109.

### Pas d'affaiblissement des droits de participation des travailleuses et travailleurs

Lors de licenciements collectifs, l'obligation de consulter prévue à l'article 335f et g du CO ainsi que les étapes de la procédure doivent être respectées. En cas de fermeture de l'entreprise suite à des décisions des autorités, les dispositions relatives aux licenciements collectifs ne s'appliquent pas

L'ouverture de la faillite relève certes d'une décision du tribunal, elle n'inclut pas pour autant nécessairement la fermeture de l'entreprise. Celle-ci peut bien au contraire, si les organes responsables le décident, poursuivre son activité. L'avant-projet part néanmoins de l'idée que les dispositions sur les licenciements collectifs ne doivent pas être appliquées en cas de faillite, la justification étant qu'en qualité de créanciers, les salarié(e)s disposent, pour exercer leur influence, de droits largement suffisants lors d'une procédure de faillite, des droits qui vont au-delà des droits de participation stipulés à l'article 335f CO. Cette justification n'est pas convaincante, car les droits de participation selon l'article 335f CO ne sont pas intégralement repris dans les droits des créanciers selon la LP. Selon les dispositions du droit de la faillite, les salarié(e)s ne sont pas informés à l'avance. En outre, ils ne doivent pas être tous des créanciers de la faillite, parce que leurs créances sur salaires ont déjà été réglées avant l'ouverture de la faillite. Dans de tels cas, les intérêts des salarié(e)s ne coïncident pas avec ceux des autres créanciers. Alors que ces derniers veulent maximiser leurs dividendes, les salarié(e)s aimeraient conserver leurs emplois. Les droits de participation selon l'article 335f CO sont plus efficaces pour défendre ces intérêts.

L'USS rejette la précision proposée et demande que les droits de participation des travailleuses et travailleurs selon l'article 335f CO s'appliquent aussi en cas de faillite.

L'USS est favorable au renforcement des droits des créanciers proposé dans l'avant-projet (art. 295a AP LF). Du point de vue des salarié(e)s cependant, on ne comprend pas en quoi réside exactement ce renforcement. Ainsi, il n'existe aucun droit légal pour les salarié(e)s à être représentés dans la commission de surveillance. Les droits des créanciers ne garantissent pas l'existence d'une représentation efficace des intérêts des salarié(e)s. Les droits de participation selon le droit du travail ne remplacent pas leur validité.

Comme la protection des travailleuses et travailleurs n'est pas respectée à de nombreux égards dans cet avant-projet, nous vous prions de le retirer. D'ailleurs, cette révision ne figure ni dans les « Objectifs du Conseil fédéral 2009 », ni dans l'arrêté fédéral sur le programme de la législature 2007 à 2011.

Nous vous remercions par avance de prêter attention à nos propositions et à nos objections de fond et vous prions de croire, Madame la conseillère fédérale, Madame, Monsieur, à l'assurance de notre considération distinguée.

UNION SYNDICALE SUISSE



Paul Rechsteiner  
président



Doris Bianchi  
secrétaire centrale