

# La faillite de l'employeur

Peter Schüpbach, lic. en droit, Berne\*

## Sort des contrats de travail

De par la loi, l'ouverture de la faillite de l'employeur n'entraîne pas la fin des rapports de travail. Si lesdits rapports ne sont résiliés ni par l'employé, ni par l'employeur ou l'administration de la faillite opérant la subrogation dans le contrat de travail, ils subsistent, sans changement, et le salarié doit faire valoir personnellement sa créance envers l'employeur en faillite, car le privilège de faillite de première classe selon l'art. 219 al. 4 LP ne s'applique pas.

### Droit de résiliation du salarié

Souvent, l'employeur est en demeure concernant le paiement de créances salariales nées avant l'ouverture de la faillite. S'il ne s'agit pas d'une différence insignifiante, il se présente un juste motif et le salarié a le droit – même hors de la faillite de l'employeur – de dissoudre les rapports de travail, sans délai et après

futures, c'est-à-dire nées postérieurement à l'ouverture de la faillite, mais non pour celles qui sont déjà échues lors de l'ouverture de celle-ci. Peuvent entrer en considération comme sûretés, au choix de l'employeur, par exemple une garantie bancaire, la constitution d'un gage, un compte bloqué, un cautionnement, le dépôt de papiers-valeurs et un dépôt en numéraire. Si des sûretés suffisantes ne sont pas fournies dans les délais, le travailleur ne peut opérer de résiliation selon l'art. 337a CO en raison de créances nées après l'ouverture de la faillite. Si l'employeur se trouve déjà en faillite, la fixation du délai pour la fourniture de sûretés doit avoir lieu également à l'adresse de l'administration de la faillite.

## Privilège dans la faillite

### Généralités

Les créances découlant des rapports de travail bénéficient d'un privilège dans la faillite de l'employeur et se trouvent en première classe (art. 219 al. 4 LP). Par principe, tout salarié peut invoquer le privilège dans la faillite. Par analogie à l'assurance-chômage, le statut de cotisant dans l'AVS est en principe déterminant pour décider de la qualité du salarié (ATF 104 V 201 ss.). Si, par exemple, un rapport contractuel désigné de mandat est qualifié de contrat de travail par la caisse de compensation AVS, cela doit suffire comme preuve pour l'administration de la faillite. Sont privilégiées les créances du salarié découlant du droit du travail nées dans les six derniers mois précédant l'ouverture de la faillite, et ce peu importe qu'elles ne viennent à échéance qu'ultérieurement.

En règle générale, l'administration de la faillite résilie les rapports de travail existants, par précaution, immédiatement suite à l'ouverture de la faillite. Une telle résiliation représente une dissolution anticipée du contrat de travail suite à la faillite de l'employeur. Les créances découlant du droit du travail qui en résultent bénéficient donc aussi d'un privilège.

Si le salarié a résilié de lui-même les rapports de travail sur la base des art. 337 ou 337a CO, les prétentions en

### Résumé

**L'ouverture de la faillite de l'employeur peut avoir des répercussions graves pour le travailleur. D'une part, il est probable qu'il perde son emploi; d'autre part, il existe le risque que ses créances ouvertes ne soient pas entièrement couvertes.**

avoir lancé un avertissement (art. 337 CO), sans avoir présenté la demande de sûretés prévue à l'art. 337a CO. Toutefois, si l'employeur se trouve déjà en faillite, un avertissement préalable n'est en principe pas nécessaire, à moins que l'administration de la faillite, en tant que représentante de la masse, ait l'intention reconnaissable de se subroger dans le contrat de travail selon l'art. 211 al. 2 LP et de payer de suite les créances en arriéré découlant des rapports de travail.

En outre, le salarié peut résilier immédiatement les rapports de travail si l'employeur devient insolvable et s'il ne fournit pas au travailleur des sûretés pour ses créances dans un délai convenable (art. 337a CO). L'insolvabilité est manifeste notamment lors de l'ouverture de la faillite. Le salarié peut cependant exiger des sûretés uniquement pour des prétentions

dommages-intérêts découlant de l'art. 337b CO bénéficient également d'un privilège.

#### Privilège des employés cadres dans la faillite

La jurisprudence sur la question de savoir si le privilège de la première classe s'applique également aux créances résultant du droit du travail – par exemple en ce qui concerne les membres de conseils d'administration – est inconséquente et contradictoire. La doctrine y répond, dans sa majorité, par la négative pour ce qui est des salaires de cadres d'une société anonyme. Une exclusion générale des employés cadres du privilège de la première classe contredit toutefois l'art. 219 al. 4 LP. Si le membre d'un conseil d'administration se trouve uniquement dans un rapport d'organe avec la société, ses créances sont à placer dans la dernière classe. Toutefois, si ledit membre assume une double position d'organe et de salarié, la preuve du rapport de subordination, nécessaire pour un contrat de travail, sera décisive pour savoir si le membre du conseil d'administration peut bénéficier du privilège dans la faillite. Si les conditions pour le privilège de première classe sont réunies, le droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité devrait, en règle générale, également être donné.

#### Indemnité en cas d'insolvabilité

La protection du travailleur découlant exclusivement du droit de la faillite est insuffisante. D'une part, le privilège de première classe ne présente une utilité que s'il y a effectivement quelque chose à distribuer dans la faillite de l'employeur. D'autre part, les procédures de faillite ont, en règle générale, une durée supérieure à une année, ce qui peut souvent mener pour le salarié concerné à un manque de liquidités. C'est pourquoi le travailleur dispose de l'indemnité en cas d'insolvabilité à titre de protection sociale supplémentaire. Elle couvre les créances de salaire pour les quatre derniers mois des rapports de travail jusqu'à un montant maximal de 8900 francs par mois (art. 52 LACI). En l'espèce, c'est la date de la fin du contrat de travail qui est déterminante.

L'indemnité en cas d'insolvabilité est subsidiaire au privilège dans la faillite. Le travailleur est tenu de rembourser l'indemnité en cas d'insolvabilité lorsque sa créance de salaire n'est pas admise lors de la faillite ou n'est pas couverte à la suite d'une faute intentionnelle ou d'une négligence grave de sa part (art. 55 al. 2 LACI). ■

\*Peter Schüpbach, lic. en droit, CENTRE PATRONAL, Berne, [www.centrepatronal.ch](http://www.centrepatronal.ch)

Littérature prise en considération: Dr. F. Lorandi, «Arbeitsverträge im Konkurs des Arbeitgebers», dans: RSJ 96 (2000) no. 7  
Cf. aussi le «Guide de l'employeur», pages IV–6a/6b, IV–8, V–7h/7i