

99.420

Initiative parlementaire
Privilège des créances dans la faillite et assurances sociales

Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique
du Conseil national

du 26 mars 1999

Madame la Présidente,
Mesdames et Messieurs,

Conformément à l'art. 21^{quater}, al. 3, de la loi sur les rapports entre les conseils (LREC), nous vous soumettons le présent rapport, que nous transmettons simultanément au Conseil fédéral pour avis.

La commission vous propose d'approuver le projet ci-joint de modification de la loi.

26 mars 1999

Au nom de la commission:
Le président, Rechsteiner

Rapport

I Partie générale

1 Rappel des faits

11 Introduction

Lors de la séance du 26 mars 1999 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique (CSSS), la conseillère nationale Baumann Stefanie a présenté un projet d'initiative parlementaire formulée en tant qu'initiative de commission. Cette dernière demandait le rétablissement, en deuxième classe, du privilège pour les créances des assurances sociales dans la faillite. La commission a entendu un représentant des employeurs et une représentante des travailleurs. Ces deux représentants se sont déclarés en faveur de la réintroduction du privilège dans la faillite. Suite à l'audition et à la discussion, la commission a décidé à l'unanimité de reprendre à son compte la proposition de Madame Baumann et de déposer la présente initiative.

12 Survol historique

Avec le temps, le nombre des privilèges de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP; RS 281.1) est passé de 6 à 25. De ce fait, les créanciers non privilégiés repartaient très souvent les mains vides en cas de faillite. Un grand nombre de ces privilèges concernaient les assurances sociales (voir art. 219, al. 4, deuxième classe, let. b à l [let. d non comprise] de l'ancienne LP).

Fondamentalement, le principe de l'égalité de traitement de tous les créanciers est l'un des principes de base régissant la faillite. En tant que tel, chaque privilège, c'est-à-dire chaque désintéressement prioritaire d'un créancier ou d'une catégorie de créanciers, est en contradiction avec la nature de la faillite. En ce qui concerne la LP, le législateur s'est donc fixé pour objectif de revenir à l'idée de base de la faillite et à supprimé les privilèges d'une manière radicale.

Avec l'importante révision partielle de la LP entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997, le législateur a donc pris des mesures drastiques: au lieu des quatre classes qui existaient jusque-là, l'art. 219, al. 4, LP ne connaît actuellement plus que deux catégories de créanciers privilégiés. Selon le message concernant la révision de la LP, «chaque privilège maintenu est l'expression de l'équité matérielle: seules demeurent privilégiées les créances dont le titulaire – personne physique – nécessite une protection individuelle spécifique en raison de sa position de dépendance marquée (travailleur, bénéficiaire de rentes, personne invalide, victime d'un accident, créancier d'aliments, enfant). Il faut qu'au moins les besoins courants de ces personnes soient couverts en priorité» (FF 1991 III 149).

Ainsi, s'agissant des créances de primes et les cotisations d'assurances sociales, le seul aspect examiné a été de vérifier si les bénéficiaires de ces prestations risquaient de subir un préjudice direct en cas de suppression du privilège correspondant. La commission d'experts de l'époque ayant estimé que cela n'était le cas pour aucune

de ces prestations, le sort du privilège pour les créances des assurances sociales dans la faillite était scellé (FF 1991 III 150 ss).

13 Rôle du privilège

Contrairement à l'opinion du législateur, le privilège des créances dans la faillite était avant tout destiné à protéger les assurances sociales et non l'assuré. Les assurances sociales peuvent et doivent poursuivre par voie de saisie (art. 43 LP). Très souvent, malgré l'exécution forcée, les assurances sociales ne récupèrent rien et assistent impuissantes au désintéressement d'autres créanciers. En cas de faillite, que les assurances sociales ne peuvent pas provoquer, ces dernières se retrouvent en troisième classe et en sont ainsi également pour leurs frais.

La perte du privilège a également pour conséquence que les assurances sociales doivent participer de manière active à la procédure concordataire (art. 293 ss LP). Au paravant, leurs créances étaient toujours couvertes, leur désintéressement total devait même être assuré. Actuellement, elles se trouvent en réalité dans une situation qui est même moins bonne que celle des autres créanciers de la troisième classe. En effet, on attend généralement des assurances sociales qu'elles fassent preuve d'une plus grande disposition à faire des compromis que n'importe quel autre créancier privé. Les assurances sociales ne peuvent toutefois pas avoir pour tâche de décider de la survie d'entreprises au moyen d'abandons de créance.

En ce qui concerne les créances de l'AVS, de l'AI, de l'APG et de l'AC, les pertes de plus en plus importantes entraînent directement une augmentation des procédures en responsabilité à l'encontre des employeurs. Notamment pour ce qui est des sociétés anonymes, les membres du conseil d'administration répondent, en cas de faute grave, du non-versement des cotisations aux assurances sociales de la société qu'ils dirigent. Ce déplacement peu judicieux de la procédure entraîne des charges supplémentaires très considérables pour les organes exécutifs des assurances sociales et, parce qu'il n'est pas possible de compenser les pertes de cotisations, aboutit à une mise à contribution supplémentaire et non justifiée des assurés et de la collectivité.

14 Effets de la suppression (premières expériences)

En raison de la suppression du privilège pour les créances des assurances sociales dans la faillite, outre les charges pour les organes exécutifs, ce sont avant tout les pertes de cotisations qui ont augmenté de manière importante, et ceci pour toutes les branches des assurances sociales. Ainsi, le montant des primes non encaissées de la CNA a plus que doublé en une année, en passant de 4 millions de francs en 1996 à environ 9 millions de francs en 1997. Pour les exercices 1997/98, la Centrale de compensation de Genève a constitué pour l'AVS, l'AI et l'APG des réserves de plus de 450 millions de francs pour chacune d'elle afin de couvrir, entre autres, les risques liés à la suppression du privilège. Les chiffres exacts ne sont cependant pas encore disponibles, mais la modification des classes de collocation provoque, pour l'AVS/AI/APG, des pertes d'au moins 50 millions de francs par an ! Une évolution semblable se dessine également dans les autres branches des assurances sociales, notamment dans le domaine de l'assurance-maladie.

Cotisations impayées de 1988 à 1998

(en millions de francs)

Année	Cotisations AVS/AI/APG amorties	Cotisations AVS/AI/APG assurés et employeurs	Cotisations AVS/AI/APG impayées au 31.12.
1988	29,6	16 566	575
1989	28,9	17 728	674
1990	29,5	19 304	784
1991	38,9	20 844	832
1992	44,8	21 688	836
1993	74,3	22 096	838
1994	90,2	22 099	852
1995	82,2	22 483	885
1996	78,0	22 622	848
1997	88,7	22 902	872
1998	117,2	22 957	863

15 Raisons en faveur d'une réintroduction du privilège dans la faillite

Contrairement aux autres créanciers, les assurances sociales n'ont pratiquement aucune possibilité leur permettant de refuser une relation d'affaires lorsqu'elles estiment que le risque de crédit est trop grand. De plus elles ne peuvent pas non plus recourir aux moyens de garantie usuels des créanciers. La mise sur pied d'égalité des assurances sociales avec d'autres créanciers provoque un transfert du risque de perte sur les débiteurs de primes et de cotisations solvables et crée une composante de solidarité supplémentaire. Dans ces circonstances, le privilège des créances est la seule possibilité d'éviter ce transfert indésirable. Le fait que les assurances sociales occupent une position aussi faible que les autres créanciers qui ont pu garder leur privilège n'a pas été suffisamment pris en compte lors de la révision de la LP. Les premières expériences et, notamment, les chiffres déjà disponibles montrent clairement que la suppression du privilège pour les créances des assurances sociales dans la faillite n'était pas justifiée. A défaut d'autres moyens efficaces, ce privilège doit être réintroduit.

2 Travaux de la commission

21 Auditions

Lors de la séance du 26 mars 1999, la commission a entendu Hans Rudolf Schuppisser de l'Union patronale suisse et Colette Nova de l'Union syndicale suisse au sujet de la problématique des cotisations des assurances sociales impayées et d'une éventuelle réintroduction du privilège de leurs créances dans la faillite. Les deux représentants consultés se sont prononcés en faveur de cette réintroduction.

Les arguments de l'*organisation patronale* peuvent être résumés de la manière suivante: Le nombre de cas d'insolvabilité et de faillites a fortement augmenté au cours de ces dernières années. La morale de paiement s'est dégradée. Actuellement, le dé-

lai de paiement moyen est, d'une manière empirique, estimé à 90 jours. Entre 1989 et 1998, la part des retards de paiement des cotisations AVS, AI et APG, sans AC, supérieurs à 30 jours a diminué. En revanche, la somme des pertes a augmenté. Le nombre de poursuites a augmenté de manière vertigineuse. A partir de 1998, suite à l'abandon du privilège, les pertes de cotisations ont augmenté de manière plus importante qu'au cours des années précédentes. Ces cotisations impayées pèsent sur l'économie et coûtent des milliards. Dans le cadre de leurs prises de position au sujet de la 11^e révision de l'AVS, de nombreux participants à la procédure de consultation ont demandé que le privilège dans la faillite soit réintroduit pour les créances des assurances sociales. Avec cette réintroduction dans la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP), il serait envisageable de réduire une partie des provisions constituées par le Fonds AVS. L'assurance chômage profiterait également de cette mesure, étant donné que l'encaissement des cotisations passe aussi par le système VSI.

La suppression en 1997 du privilège pour les créances des assurances sociales dans la faillite était de toute évidence en contradiction avec l'air du temps. Ce privilège doit de nouveau être réintroduit dans la LP. Les organes judiciaires et d'exécution s'en trouveraient déchargés.

Les arguments de l'*organisation syndicale* sont les suivants: Le total des cotisations impayées de l'AVS/AI/APG/AC est relativement élevé. Si les montants absolus augmentent, le pourcentage des cotisations impayées demeure à peu près stable. En revanche, les pertes de cotisations augmentent fortement: elles sont passées de 1,7 % en 1989 à 5,9 % en 1998. Cette situation découle d'une part de l'environnement économique qui est devenu plus rude, donc de l'augmentation du nombre de faillites. D'autre part, elle découle également de la suppression du privilège pour les créances des assurances sociales dans la faillite. De plus, les caisses de compensation doivent consacrer des efforts importants afin de faire respecter les délais de paiement. Au vu du nombre élevé de poursuites (qui ont doublé en dix ans), cette tâche devient de plus en plus difficile à assumer.

La suppression du privilège, pour des motifs théoriques et purement juridiques, était une erreur qui doit être corrigée. Dans une situation économique précaire, les recettes des assurances sociales stagnent et les pertes plus élevées dues à la suppression du privilège dans la faillite sont lourdes de conséquences et ne peuvent pas être justifiées envers les assurés et les employeurs qui paient leurs cotisations. Outre la réintroduction de ce privilège, il conviendrait également d'examiner si, pour la plupart des cotisants, il ne serait pas judicieux d'introduire des délais de paiement mensuels.

22 Prises de position orales de l'administration

De l'avis de l'Office fédéral de la justice (OFJ), le privilège dans la faillite est le droit d'un créancier de se faire désintéresser avant les autres créanciers. Fondamentalement, la faillite est un processus permettant à tous les créanciers de se répartir, à parts égales, le patrimoine du débiteur encore disponible. A l'occasion de la révision de la LP, dont l'entrée en vigueur ne date que de 1997, le législateur s'est posé la question de ces exceptions à ce principe de manière très approfondie. Tous les privilèges qui ne sont pas strictement indiqués du point de vue social ont été supprimés. La LP actuellement en vigueur privilégie les personnes naturelles (travailleurs, enfants) qui se trouvent dans une position de dépendance sociale vis-à-vis du débi-

teur, et qui doivent faire preuve d'égards et n'ont pas d'intérêt à ce que le débiteur fasse faillite. Ces créanciers ne bénéficient de privilèges que pour un certain nombre de créances, qui, pour eux, sont de nature existentielle. A moins d'être dicté par des impératifs sociaux, aucun nouveau privilège ne doit être jouté aux privilèges actuels. La révision de la LP de 1994 a été saluée pour avoir réussi à mettre travailleurs, employeurs, Office fédéral des assurances sociales (OFAS) et OFJ d'accord sur un projet de réduction du nombre de privilèges. Quels seraient les créanciers qui se trouveraient désavantagés par l'introduction de nouveaux privilèges dans la faillite ? En cas de faillite d'une entreprise, ce sont les partenaires commerciaux, les fournisseurs, les PME qui, eux aussi, offrent des emplois. Il aurait été nécessaire de transformer la procédure concordataire de l'ancienne LP en une procédure d'assainissement. Lorsque l'on veut assainir un débiteur, il est nécessaire de pouvoir bénéficier d'actifs disponibles. De tels actifs n'existent qu'à condition que tous les éléments de l'actif ne soient pas grevés de droits de gage ou qu'ils ne servent pas à garantir certaines créances. Les privilèges de créances dans la faillite sont un moyen efficace pour les créanciers qui en bénéficient. Il faut cependant également penser au fait qu'ils sont consentis au détriment des autres créanciers non privilégiés. Donc, avant de réintroduire des privilèges qui avaient été supprimés après mûre réflexion, il faudrait épuiser les autres solutions à disposition telles qu'une procédure de recouvrement plus stricte, des délais d'encaissement plus courts, une surveillance plus pointue ou la possibilité de recourir à la poursuite par voie de saisie à disposition des assurances sociales.

L'OFAS a pris position de la manière suivante: Jusqu'à présent, le Conseil fédéral a toujours été contre une réintroduction du privilège dans la faillite pour les créances des assurances sociales. L'OFAS est favorable à une telle réintroduction. Les chiffres que vous trouverez dans la documentation en votre possession, montrent que, au cours de deux dernières années, les amortissements de l'AVS ont augmenté d'environ 30 millions de francs. En règle générale, les procédures de faillite durent longtemps. Pour cette raison, il faut supposer qu'il sera encore nécessaire de procéder à des amortissements supplémentaires. Avant la révision de la LP, l'AVS était un créancier privilégié en cas de faillite. Aujourd'hui, elle est désavantagée étant donné qu'elle ne peut pas poursuivre par voie de faillite comme cela est le cas des autres créanciers. Il n'est pas vrai de prétendre que le recouvrement de l'AVS avant la suppression du privilège n'était pas aussi systématique qu'aujourd'hui. Malgré les difficultés économiques des années nonante, les cotisations impayées n'avaient pratiquement pas augmenté. Jusqu'à fin 1996, les créances des assurances sociales ont toujours été couvertes lors de procédures concordataires. Actuellement, les caisses de compensation et les assureurs sociaux doivent participer aux négociations lors des procédures concordataires. On attend des assurances sociales qu'elles renoncent à une part de leurs créances afin de sauver les entreprises concernées. Les assurances sociales n'ont toutefois pas pour tâche de décider si une entreprise doit ou non être sauvée. Pour cette raison, il serait plus judicieux qu'elles ne participent pas à ces négociations. En cas de pertes, la responsabilité de l'employeur constitue une autre soupape de sécurité de l'AVS. Lorsqu'il s'agit de personnes morales notamment, les membres du conseil d'administration répondent, en cas de faute grave, personnellement des cotisations qui n'ont pas été versées. Cette responsabilité des membres du conseil d'administration est tout à fait judicieuse. L'année passée, 10 millions de francs ont ainsi pu être récupérés. Par ailleurs, elle a également un effet préventif. Toutefois, en raison de la suppression du privilège des créances des assurances sociales dans la faillite, la responsabilité de l'employeur a pris une importance déme-

surée qui n'a plus guère de rapport avec une procédure de recouvrement ordinaire de l'AVS. Cette dernière n'a en effet pas pour objectif prioritaire de poursuivre des membres de conseils d'administration. Il serait plus judicieux de pouvoir encaisser les cotisations par la voie du privilège.

Entre-temps, le Conseil fédéral a décidé de proposer au Parlement d'accepter la réintroduction du privilège des créances dans la faillite dans le cadre du projet de la 11^e révision de l'AVS.

23 Considérations de la commission

Lors de sa séance du 26 mars 1999, c'est à l'unanimité de ses membres que la commission s'est prononcée en faveur de la réintroduction dans la faillite du privilège des créances des assurances sociales. Au vu de l'importance des pertes de cotisations, elle estime qu'il est justifié que les cotisations des assurances sociales en bénéficient. Elle ne partage pas l'avis selon lequel les créanciers de la troisième classe, généralement les banques, n'obtiendraient plus rien en cas de réintroduction du privilège en faveur des assurances sociales. En effet, les instituts financiers ont la possibilité de se couvrir au moyen de créances garanties par gage qui sont désintéressées avant celles des créanciers de la première classe. Pour la commission, les assurances sociales sont désavantagées par le système actuel étant donné qu'elles ne peuvent pas poursuivre par voie de faillite et qu'elles ne parviennent pas à récupérer leurs créances. En outre, elle estime qu'il est choquant que les créances de salaire demeurent privilégiées alors que les créances des assurances sociales, qui permettent en fait de garantir un revenu de remplacement, ne bénéficient pas de ce même privilège.

La commission a choisi de recourir à l'initiative étant donné que le problème est clairement délimité, que ces effets sont connus et que, fondamentalement, la réintroduction de ce privilège n'est pas contestée. Il s'agit en fait de rétablir la pratique en cours avant la révision de la LP. Pour des raisons de délai, elle n'a pas voulu attendre sa réintroduction dans le cadre de la 11^e révision de l'AVS. En effet, l'entrée en vigueur de cette dernière n'interviendra de toute évidence pas avant plusieurs années. Dernier point mais non le moindre, la commission estime que les recettes annuelles supplémentaires d'environ 55 millions de francs pour la Confédération et la CNA justifient de vouloir faire entrer cette modification le plus rapidement possible en vigueur.

II Partie spéciale

3 Explications relatives aux dispositions

Art. 219, al. 4, LP

Deuxième classe:

Lettre a: *inchangée*

Lettre b: le texte proposé correspond à celui des let. f, k, c, i et h de la version de l'art. 219, al. 4, en vigueur jusqu'au 31 décembre 1996. En comparaison avec les dispositions supprimées au 1^{er} janvier 1997, les modifications ne sont que de nature rédactionnelle, à l'exception du privilège en faveur de l'assurance-accidents. Pour ce qui est de cette dernière, il est tenu compte du fait que, outre la CNA, la loi connaît encore d'autres assureurs. Le privilège accordé aux droits des assurés au sens de la loi sur l'assurance-accidents n'a pas été supprimé puisque la révision en vigueur depuis 1997 l'a transféré en première classe.

Lettre c: Le texte proposé correspond à celui de la lettre l de la version de l'art. 219, al. 4, en vigueur jusqu'au 31 décembre 1996.

Lettre d: Le texte proposé correspond à celui de la lettre g de la version de l'art. 219, al. 4, en vigueur jusqu'au 31 décembre 1996.

4 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel

41 Conséquences financières pour les assurances sociales

Les conséquences financières découlant de la modification proposée de la loi ne peuvent pas être chiffrées avec précision. Cependant, pour la seule CNA, les recettes annuelles supplémentaires attendues se montent à 5 millions de francs et pour ce qui est de l'AVS/AI/APG elles se montent à 50 millions de francs au minimum (voir ch. 14 ci-dessus).

42 Effets sur l'état du personnel de la Confédération et des cantons

La modification proposée de la loi n'a pas de conséquences sur l'état du personnel de la Confédération et des cantons.

5 Constitutionnalité

La constitutionnalité du projet découle de l'art. 64, al. 1, cst.