

ADVIES Nr. 1.578

Zitting van dinsdag 21 november 2006

Voorontwerp van wet op de continuïteit van de ondernemingen

x x x

2.212-1

ADVIES Nr. 1.578

Onderwerp : Voorontwerp van wet op de continuïteit van de ondernemingen

De heer P. VANVELTHOVEN, minister van Werk, heeft bij brief van 1 augustus 2006 een dringend advies gevraagd over de bepaling van het voorontwerp van wet op de continuïteit van de ondernemingen, volgens welke in afwachting van de aanpassing van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 32 bis, de werknemers onderworpen zijn aan hoofdstuk III van deze collectieve arbeidsovereenkomst en aan de wet betreffende de sluiting van ondernemingen.

Het gaat hier meer bepaald om artikel 51 van het voorontwerp van wet, dat er toe strekt de aard van de overdracht van onderneming onder gerechtelijk gezag te verduidelijken.

Bovendien heeft de minister op informele wijze het integrale wetsontwerp aan de Raad bezorgd, met het verzoek hierover advies uit te brengen.

De Raad heeft de bespreking van dat punt toevertrouwd aan de commissie Individuele Arbeidsverhoudingen.

Op verslag van die commissie heeft de Raad op 21 november 2006 het volgende advies uitgebracht.

x x x

ADVIES VAN DE NATIONALE ARBEIDSRAAD

I. INLEIDING

De heer P. VANVELTHOVEN, minister van Werk, heeft bij brief van 1 augustus 2006 een dringend advies gevraagd over de bepaling van het voorontwerp van wet op de continuïteit van de ondernemingen, volgens welke in afwachting van de aanpassing van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 32 bis, de werknemers onderworpen zijn aan hoofdstuk III van deze collectieve arbeidsovereenkomst en aan de wet betreffende de sluiting van ondernemingen.

Het gaat hier meer bepaald om artikel 51 van het voorontwerp van wet, dat ertoe strekt de aard van de overdracht van onderneming onder gerechtelijk gezag te verduidelijken.

Bovendien heeft de minister op informele wijze het integrale wetsontwerp aan de Raad bezorgd, met het verzoek hierover advies uit te brengen.

Dat voorontwerp van wet beoogt de vervanging van de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord. Verschillende elementen van die wet worden evenwel behouden. De nieuwe wetgeving heeft tot doel de ondernemingen in moeilijkheden middelen ter beschikking te stellen om hun behoud en hun continuïteit mogelijk te maken. Om dat behoud te verzekeren worden verschillende instrumenten ontwikkeld.

II. STANDPUNT VAN DE RAAD

De Raad heeft het voorgelegde voorontwerp van wet onderzocht. Tijdens zijn werkzaamheden heeft hij verduidelijkingen gekregen van een vertegenwoordiger van het kabinet van de vice-eersteminister en minister van Justitie, mevrouw L. ONKELINX, en een vertegenwoordiger van het bestuur van de FOD Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg.

Op grond van dat onderzoek hebben de in de Raad vertegenwoordigde werknemers- en werkgeversorganisaties de volgende uiteenlopende standpunten ingenomen.

A. Standpunt van de leden die de werknemersorganisaties vertegenwoordigen

De leden die de werknemersorganisaties vertegenwoordigen, wijzen op de dubbele raadpleging van de Nationale Arbeidsraad :

- 1) hij wordt officieel om advies verzocht over artikel 51 van het voorontwerp van wet dat ertoe strekt de aard van de overdracht van onderneming te verduidelijken, omdat het hier gaat over een instrument dat onder de bevoegdheid van de Nationale Arbeidsraad valt;
- 2) hij wordt op informele wijze om advies verzocht over het gehele voorontwerp van wet zoals het door de regering aan de sociale partners is bezorgd.

De leden die de werknemersorganisaties vertegenwoordigen, wijzen op het verschil in behandeling tussen sommige leden van werkgeverszijde en de overige leden van de Nationale Arbeidsraad ten opzichte van de betrokkenheid bij de opstelling van het voorontwerp van wet.

Uit de memorie van toelichting en de hoorzittingen waartoe werd overgegaan blijkt duidelijk dat een van de leden van werkgeverszijde van bij het begin bij het voorontwerp van wet werd betrokken.

Het voorontwerp van wet heeft echter ook betrekking op de rechten van de werknemers-schuldeisers van de ondernemingen in moeilijkheden op verschillende niveaus, bijvoorbeeld in artikel 43 van het voorontwerp en vooral met betrekking tot de samenhang ervan met de materie van de sluiting van ondernemingen. De leden die de werknemersorganisaties vertegenwoordigen, behouden zich dan ook voor een advies te geven over het gehele voorontwerp van wet en niet alleen over artikel 51.

1. Met betrekking tot het gehele voorontwerp van wet

De leden die de werknemersorganisaties vertegenwoordigen, onderschrijven de doelstelling van het voorontwerp van wet, namelijk het voortbestaan van de onderneming en het maximale behoud van de werkgelegenheid, maar niet tegen elke prijs en met name niet ten koste van de rechten van de werknemers en het syndicaal feit in de onderneming.

In punt 3 van de tweede alinea van artikel 14 staat dat de schuldenaar die het openen van een procedure van gerechtelijke reorganisatie aanvraagt, bij zijn aanvraag o.a. een lijst voegt van alle erkende of beweerde schuldeisers in de opschorting. De leden die de werknemersorganisaties vertegenwoordigen onderschrijven het argument van de Raad van State terzake dat de radeloze schuldenaar zelden in staat zal zijn om een volledige lijst te verstrekken en betrouwbare gegevens voor te leggen. De vraag rijst dan ook of in het belang van én de schuldenaar én de schuldeisers (o.a. de werknemers) het niet verkieslijk is om hiervoor een regeling in te voeren.

Artikel 39 van het voorontwerp gaat voorbij aan de inspraak van de werknemersvertegenwoordigers daar waar sprake is van het sociale luik van het reorganisatieplan. Artikel 43 bepaalt dat de schuldenaar de vertegenwoordigers van de werknemers zonder verdere uitleg informeert omtrent de inhoud van het plan.

De artikelen 29 en 32 van de wet van 17 juli 1997 vermelden evenwel de tussenkomst van de werknemersvertegenwoordigers volgens de gebruikelijke getrapte regeling (ondernemingsraad, comité voor preventie en bescherming op het werk, vakbondsafvaardiging of werknemersafvaardiging) in de vorm van een hoorzitting in het kader van het voorgeschreven gedeelte van het herstelplan en een informatie via de commissaris inzake opschorting in de procedure van definitieve opschorting.

Zelfs als de commissaris inzake opschorting verdwijnt, wat wordt betreurd omdat hij de garantie is voor het naleven van de procedure, wat de werkgevers als fundamenteel beschouwen tijdens de werkzaamheden in het kader van de cao nr. 32 quinquies, moeten de artikelen 39 en 43 uitdrukkelijk voorzien in een plaats voor de werknemersvertegenwoordigers volgens de vroeger gehanteerde regeling.

2. Met betrekking tot artikel 51 van het voorontwerp van wet

De leden die de werknemersorganisaties vertegenwoordigen, constateren dat artikel 51 van het voorontwerp waarover de Minister dringend het advies van de NAR vraagt, slaat op het juridisch regime dat van toepassing is op de werknemers ingeval van een overname onder gerechtelijk gezag. Dit artikel stelt vooreerst dat de procedure van overdracht onder gerechtelijk gezag een procedure is met het oog op de vereffening van het vermogen van de vervreemder bedoeld in artikel 5, 1^o alinea van de Richtlijn 2001/23/CE van 12 maart 2001.

Die richtlijn stelt dat de artikelen met betrekking tot het behoud van de rechten van de werknemers, de arbeidsvoorwaarden, ontslagbescherming (art. 3 en 4) bij overdracht van onderneming niet van toepassing zijn wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of een analoge procedure met het oog op de vereffening van het vermogen van de onderneming. Bij een overname in dat kader kan bijgevolg afgeweken worden van de bestaande arbeidsvoorwaarden.

In België werd voor de overnames in het kader van een faillissement in de CAO nr. 32 een apart Hoofdstuk III voorzien.

Hoofdstuk III stelt dat in geval van overname na faillissement de collectief bedongen of toegepaste arbeidsvoorwaarden behouden blijven en dat de werknemers hun anciënniteit t.a.v. opzeggingstermijn/opzeggingsvergoeding behouden. Daarentegen heeft de werkgever de keuze welke werknemers hij overneemt.

Het artikel 51 stelt vervolgens dat in afwachting van de aanpassing van de CAO nr. 32bis van 7 juni 1985 de werknemers onderworpen zijn aan hoofdstuk III van deze CAO.

De leden die de werknemersorganisaties vertegenwoordigen, kunnen niet instemmen met deze zienswijze, noch met betrekking tot de aard van de procedure "overdracht onder gerechtelijk gezag", noch met betrekking tot de voorgestelde regeling in afwachting van een zogenaamde aanpassing van de CAO nr. 32bis.

a) Wat betreft de aard van de procedure "overdracht onder gerechtelijk gezag"

De leden die de werknemersorganisaties vertegenwoordigen, zijn van oordeel dat zowel uit de memorie van toelichting als uit de tekst van het voorontwerp zelf ten overvloede blijkt dat het de bedoeling is om het voortbestaan van de onderneming te bewerkstelligen en dat een overname onder gerechtelijk gezag niet alleen voorzien is wanneer een vereffening beoogd wordt van het niet overgedragen deel. Een overdracht kan in diverse stadia plaats hebben.

1) Elementen in de memorie van toelichting

Deze elementen blijken duidelijk uit volgende uittreksels uit de memorie van toelichting bij het voorontwerp van wet.

Het voorontwerp van wet wil geen afbreuk doen aan de scheiding, zoals bepaald in het legislatief model van het Europees en internationaal recht, tussen de collectieve vereffeningsprocedures (zoals het faillissement) en de procedures voor het herstel van de onderneming, *"maar wel één van de branches van het alternatief, namelijk het herstel en het behoud van de onderneming. In het ontwerp komt dit tot uiting door het woord reorganisatie."* (memorie van toelichting, inleiding, punt 1).

"De schuldenaar kan een moratorium aanvragen om een minnelijk akkoord af te sluiten door middel van de opschorting, hij kan het aanvragen om, onder controle van de rechter, een spreiding van zijn schuld of een vermindering van de verschuldigde bedragen te verkrijgen en tot slot kan hij een moratorium aanvragen zodat, onder dekking van dit moratorium, zijn onderneming aan een derde wordt overgedragen." (memorie van toelichting, inleiding, punt 4, 4e alinea)

Dit betekent dus dat een overdracht van onderneming van bij het begin kan aangevraagd worden en dat de toestand van de onderneming niet dusdanig moet zijn dat wat niet overgedragen wordt noodzakelijkerwijze failliet zal gaan.

Punt 5, 3e alinea van de inleiding van de memorie van toelichting geeft blijk van eenzelfde gedachtegang : *"De derde procedure organiseert de overdracht van de onderneming onder gerechtelijke supervisie. Het wetsontwerp vertrekt van het concept dat het behoeden van de onderneming of minstens bepaalde activiteiten van de onderneming de te bereiken doelstelling is. Daarom moet men voorzien dat, onder bescherming van een soepel moratorium, de onderneming kan worden overgedragen. Dit kan van bij het begin voorzien worden, maar het kan zich ook daarna opdringen in geval van mislukking of van reoriëntering van een klassieke reorganisatieprocedure. Het behouden van de werkgelegenheid is een beslissende factor bij deze overdrachtprocedure."*

2) Elementen in het voorontwerp van wet

Artikel 51 maakt deel uit van hoofdstuk 4 (gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag), dat deel uitmaakt van Titel IV - De gerechtelijke reorganisatie. Hoofdstuk I van die titel behandelt het doel van die gerechtelijke reorganisatie en artikel 12 bepaalt het volgende:

"De procedure van gerechtelijke reorganisatie strekt tot het behouden, onder toezicht van de rechter, van de continuïteit van de onderneming in moeilijkheden of van het geheel of een gedeelte van haar activiteiten.

*Zij laat toe aan de schuldenaar een opschorting toe te kennen met het oog op:
hetzij het bewerkstelligen van een minnelijk akkoord;
hetzij het verkrijgen van het akkoord van de schuldeisers, met een reorganisatieplan;
hetzij de overdracht onder gerechtelijk gezag toe te staan.*

Het verzoek mag een eigen doel beogen voor elke activiteit of gedeelte van een onderscheiden activiteit."

Dit artikel wijst er eveneens op dat het einde van de onderneming voor wat niet overgedragen werd, geenszins het uitgangspunt is bij de overdracht onder gerechtelijk gezag.

Artikel 13 bepaalt het volgende: *"De procedure van gerechtelijke reorganisatie kan geopend worden zodra de continuïteit van de onderneming bedreigd is, op min of meer korte termijn, en wanneer het geheel of een gedeelte van haar activiteit ten gevolge van de procedure kan behouden blijven, hetzij rechtstreeks door maatregelen (...), hetzij onrechtstreeks door de overdracht onder gerechtelijk gezag van het geheel of een gedeelte van deze activiteit."*

Het "kunnen behouden blijven" van de onderneming is dus een voorwaarde om de gerechtelijke reorganisatie te kunnen vragen.

b) Met betrekking tot de voorgestelde overgangsregeling : de toepassing van Hoofdstuk III van de CAO nr. 32bis

De leden die de werknemersorganisaties vertegenwoordigen, wijzen erop dat de voorgestelde overgangsregeling voortvloeit uit het vaststellen van de aard van de procedure van overdracht onder gerechtelijk gezag.

De toepassing van Hoofdstuk III bij de overdracht van ondernemingen in dit kader zou voor de werknemers desastreuze gevolgen kunnen hebben : geen automatische overname van de arbeidsovereenkomsten, geen behoud van de individuele arbeidsvoorwaarden (behalve anciënniteit), geen schuldsolidariteit tussen overnemer en overdrager en geen bescherming tegen ontslag om een reden verbonden aan de overdracht.

Niet alleen heeft de overnemer een vrijbrief met betrekking tot de werknemers die hij overneemt, hij kan er ook nog eens de arbeidsvoorwaarden van wijzigen. Het zal in deze geen twijfel lijden dat de overnemer zal kiezen voor de goedkoopste werkkrachten. Het risico om als beschermde werknemer niet overgenomen te worden zal groot zijn.

Aangezien de overnemer de keuze zal hebben over de werknemers die hij overneemt en aan de voorwaarden die hij bepaalt, impliceert dit een verbreking van de arbeidsovereenkomst en dus ook het ontstaan van een recht op een verbrekingsvergoeding. De vraag is wie die verbrekingsvergoeding zal betalen.

In de hypothese dat het niet overgedragen deel van de onderneming sluit of failliet gaat zal het sociaal passief dat het fonds voor sluiting van ondernemingen zal ten laste nemen dan ook aanzienlijk toenemen.

Bovendien lijkt Hoofdstuk III om nog andere praktische reden moeilijk toepasbaar : hoofdstuk III betreft de overdracht van ondernemingen die volgen op een faillissement terwijl in casu de logica omgekeerd zal zijn (er zal eerst een overdracht zijn en dan het faillissement). Een van de voorwaarden is in dienst zijn op het ogenblik van het faillissement...

Met betrekking tot de toepassing van het aantal werknemers vereist voor de toekenning van de sluitingsvergoeding (20 werknemers), stelt zich de vraag : op welk ogenblik moet men zich plaatsen, de datum van het vonnis of de datum van de effectieve sluiting na overname ?

Wie betaalt de schulden die in het verleden (voor de overname) ontstonden maar betaald moeten worden na de overname, zoals de eindejaarspremie ?

Uit het voorgaande volgt dan ook dat de leden die de werknemersorganisaties vertegenwoordigen de overdracht onder gerechtelijk gezag niet beschouwen als een procedure die leidt tot het faillissement of de vereffening van de onderneming zoals bedoeld in de Richtlijn 23/2001 maar integendeel als een procedure die, gelet op de teneur van het gehele voorontwerp van wet, gericht is op het voortbestaan van de onderneming.

De situatie is dan ook analoog aan deze voorzien in het kader van het gerechtelijk akkoord.

De leden die de werknemersorganisaties vertegenwoordigen, wensen dan ook dat de overname van werknemers in het kader van een overdracht onder gerechtelijk gezag op dezelfde wijze geregeld wordt als bij het gerechtelijk akkoord, namelijk dat artikel 7 van de CAO nr. 32bis, zoals gewijzigd bij CAO nr. 32quinquies, toegepast wordt.

Deze regeling houdt in dat de schulden die bestaan op het ogenblik van de overname voor de op dat ogenblik bestaande arbeidsovereenkomsten ten laste worden genomen door het fonds voor sluiting van ondernemingen (art. 8bis van de CAO nr. 32bis).

Deze regeling heeft tot voordeel dat enerzijds de rechten van de werknemers gevrijwaard worden, dat de overnemer niet gehouden is tot het sociaal passief van de overdrager, en dat een minimum aan wetsbepalingen zullen moeten aangepast worden wat wel het geval zou zijn bij de voorgestelde regeling (aanpassing sluitingswet e.d.)

Bovendien worden de leden die de werknemersorganisaties vertegenwoordigen in hun argumenten gesterkt door het advies van de Raad van State die eveneens van mening is dat eerder Hoofdstuk II van CAO nr. 32 bis van toepassing is.

B. Standpunt van de leden die de werkgeversorganisaties vertegenwoordigen

De leden die de werkgeversorganisaties vertegenwoordigen, staan gunstig tegenover het gehele voorontwerp van wet op de continuïteit van de ondernemingen en in het bijzonder artikel 51. Die bepaling heeft tot doel de aard van de overdracht van onderneming, zoals georganiseerd in hoofdstuk 4 van het voorontwerp van wet, te verduidelijken. Die leden vinden dat de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag wel degelijk een soortgelijke insolventieprocedure is als de faillissementsprocedure, met het oog op de liquidatie en onder gerechtelijk gezag, in de zin van artikel 5, eerste lid van de richtlijn 2001/23/EG van 12 maart 2001. Logischerwijs is hoofdstuk III van de cao nr. 32 bis van 7 juni 1985 van toepassing op de overdracht zoals georganiseerd door de artikelen 49 en volgende van het wetsontwerp, wat betekent dat de overnemer ervoor kan kiezen de werknemers over te nemen die hij wenst en onder de voorwaarden die hij bepaalt, en dat de niet-overgenomen werknemers zich tot het Sluitingsfonds moeten wenden.

De tekortkomingen van de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord, voor het organiseren van de redding van de ondernemingen in moeilijkheden, moeten niet meer worden aangetoond. Om ondernemingen in moeilijkheden te kunnen redden, verruimt het wetsontwerp het palet aan instrumenten waarover zij beschikken. De schuldenaar in moeilijkheden staat niet meer voor de tweevoudige keuze van het gerechtelijk akkoord of het faillissement, maar beschikt over een veelheid van opties, gaande van zeer vrije systemen tot andere zeer dwingende systemen, zoals de overdracht van onderneming onder gerechtelijk gezag.

De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag is een van de drie mogelijkheden waarin artikel 12 van het voorontwerp van wet voorziet. Zoals uit de naam blijkt, is dat soort van overdracht niet vrijwillig maar verloopt het volledig onder het gezag van de rechtbank. Het gaat geenszins om een overdracht krachtens overeenkomst. De schuldenaar in moeilijkheden verliest volledig de controle over de procedure, die in handen van de rechter ligt, volgens precieze regels die gedetailleerd zijn beschreven in de artikelen 49 tot 59 van het voorontwerp van wet.

Nog steeds in de zin van artikel 5, eerste lid van richtlijn 2001/23/EG beoogt de gerechtelijke reorganisatie door overdracht van onderneming onder gerechtelijk gezag de liquidatie van het vermogen van de schuldenaar. De schuldenaar in moeilijkheden zal immers zodra zijn nog rendabele activiteiten worden overgedragen, geen andere mogelijkheden meer hebben dan het faillissement of de vereffening. Daaruit volgt dus wel degelijk een liquidatie van het vermogen van de schuldenaar.

Naast de juridische argumenten, ligt de oplossing van artikel 51 voor de hand gelet op de sociaaleconomische aspecten. Uitgaande van het beginsel dat de mogelijkheden van de onderneming, inclusief de werkgelegenheid, zoveel mogelijk behouden moeten worden, is het van belang de gehele of gedeeltelijke overdracht van de onderneming of van haar activiteiten aan te moedigen. Die doelstelling kan niet worden bereikt indien te zware verplichtingen worden opgelegd aan een eventuele overnemer. Een toepassing van hoofdstuk II, zelfs met de in artikel 8 bis voor het gerechtelijk akkoord vastgestelde versoepeling, zal zeker een afschrikkingseffect hebben op mogelijke overnemers, die het faillissement van de vervreemder zullen afwachten om de gevolgen van hoofdstuk II te vermijden.

De oplossing waarin het voorontwerp van wet voorziet, maakt het dus mogelijk te redden wat nog gered kan worden zolang er nog tijd is, zonder te moeten wachten op de fatale afloop van het faillissement. De overdracht kan het mogelijk maken dat een gedeelte van de activiteit en dus een deel van de werkgelegenheid behouden wordt, terwijl het faillissement van de onderneming ertoe zou leiden dat alle activa apart worden verkocht, wat dus het volledige verlies van werkgelegenheid zou meebrengen. Zodra de overdracht van de activiteiten met een huidige of mogelijke economische rentabiliteit zal hebben plaatsgehad, zal de situatie in ieder geval gunstiger zijn dan wanneer er aangifte van faillissement zou zijn geweest. De leden die de werkgeversorganisaties vertegenwoordigen, menen dat de werkgelegenheid in betere omstandigheden zal worden behouden.

Om al die redenen, zowel van juridische als sociaaleconomische aard, onderschrijven de leden die de werkgeversorganisaties vertegenwoordigen, ten volle artikel 51. De auteurs van het wetsontwerp hebben de sociale gevolgen van die bepaling uitstekend ingeschat. Iedere andere oplossing zou ertoe leiden dat de schuldenaars in moeilijkheden een belangrijk middel wordt ontnomen om de mogelijkheden van de onderneming te behouden, en dat dus een gelegenheid verloren gaat om de sociale factuur te verminderen.
