

ADVIES Nr. 1.779

Zitting van woensdag 5 oktober 2011

Wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen

x x x

2.308-1

INHOUDSTAFEL

	<u>Blz.</u>
I. RETROACTA EN DRAAGWIJDTE VAN DE ADVIESAANVRAAG	2
II. STANDPUNT VAN DE RAAD	4
A. Demarche van de Raad	4
B. Voorafgaandelijke beschouwingen betreffende de wet van 31 januari 2010 en planning van de werkzaamheden	5
C. Voorafgaandelijke beschouwingen betreffende de gebruikte terminologie	11
D. De cao nr. 102 : het behoud van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ten gevolge van een gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag	11
1. De cao nr. 102 en de richtlijn 2001/23/EG	11
2. De cao nr. 102 en de cao nr. 32 bis	13
3. De objectieven van de cao nr. 102	14
a. Rechtszekerheid voor alle betrokken partijen	15
b. De rol van het Sluitingsfonds	16
4. Thematisch overzicht van de cao nr. 102 en de erdoor vereiste aanpassingen in de regelgeving	17
a. Rechten en verplichtingen ten aanzien van de overgenomen werknemers	17
b. Keuze van de werknemers die overgenomen zullen worden	21
c. Informatieverstrekking aan de werknemers en de kandidaat-overnemer	21
d. Overeenkomst van voorgenomen overdracht	25

e.	Homologatie van de overeenkomst van voorgenomen overdracht	26
f.	Lot van de schuldvorderingen van de werknemers	29
E.	Noodzakelijke aanpassingen in de regelgeving	34
1.	Bemerkingen wat het artikel 61 van de WCO betreft	34
2.	De positie en functie van de werknemersvertegenwoordigers	35
a.	Het algemeen kader	35
b.	Wat betreft het lot van de bij wet geregelde overlegorganen : ondernemingsraad en comité voor preventie en bescherming op het werk	38
c.	Wat betreft het lot van de syndicale afvaardiging	40
F.	SLOTOPMERKING	40

BIJLAGE

ADVIES Nr. 1.779

Onderwerp : Wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen

Op 18 juni 2008 werd de Nationale Arbeidsraad door de heer J. VANDEURZEN, toenmalig minister van Justitie, om advies gevraagd over een regeringsamendement op een wetsvoorstel betreffende de continuïteit van de ondernemingen (Kamerdocument nr. 52 0160/001).

Aangezien ondertussen de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen in het Belgisch Staatsblad werd gepubliceerd en zijn artikel 61, 6^{de} lid voorziet dat een cao van de Raad een eigen invulling kan geven aan de er in opgenomen regeling voor de rechten van de werknemers bij overdracht van een onderneming onder gerechtelijk gezag, heeft de Raad in dit kader verder gewerkt.

Het onderzoek van die kwestie werd toevertrouwd aan de commissie Individuele Arbeidsverhoudingen.

De Commissie heeft in het kader van haar besprekingen een beroep kunnen doen op de medewerking van de terzake bevoegde ambtenaren van de FOD WASO en van het Fonds voor de sluiting van ondernemingen.

Op verslag van de Commissie hebben de in de Raad vertegenwoordigde organisaties op 5 oktober 2011 de cao's nrs. 102 en 5 quater gesloten en heeft de Raad tegelijkertijd navolgend advies uitgebracht.

x x x

ONTWERP VAN ADVIES VAN DE NATIONALE ARBEIDSRAAD

I. RETROACTA EN DRAAGWIJDTE VAN DE ADVIESAANVRAAG

1. De Nationale Arbeidsraad herinnert er aan dat hij op 21 november 2006 het verdeeld advies nr. 1.578 uitbracht over een voorontwerp van wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen, dat tot doel had via een procedure van gerechtelijke reorganisatie de continuïteit van een onderneming in moeilijkheden te verzekeren (onder meer door een overdracht onder gerechtelijk gezag).

Hij was officieel om advies verzocht door toenmalig minister van Werk, de heer P. VANVELTHOVEN, over het artikel 51 van het voorontwerp van wet dat er toe strekte om de aard van de overdracht van onderneming onder gerechtelijk gezag te verduidelijken, maar werd ook op informele wijze om advies verzocht over het gehele voorontwerp van wet.

Dit voorontwerp van wet was in de zomer van 2006 in eerste lezing door de ministerraad goedgekeurd, maar werd uiteindelijk, mede door het verdeeld standpunt van de sociale partners in het advies nr. 1.578 van 21 november 2006, niet in de Kamer neergelegd.

2. Op 1 oktober 2007 werd een wetsvoorstel betreffende de continuïteit in de ondernemingen in de Kamer ingediend door de heren CRUCKE en BACQUELAINE (Kamerdocument nr. 0160/001), dat de inhoud van het voornoemd voorontwerp grotendeels overnam.

Op dit wetsvoorstel werd door de regering op 10 juni 2008 een globaal amendement ingediend in de Kamer, dat voortvloeide uit de werkzaamheden van een groep van deskundigen samengesteld door toenmalig minister van Justitie, de heer J. VANDEURZEN (Kamerdocument nr. 52 0160/002). Dit amendement verving de tekst van het hele wetsvoorstel.

Op 18 juni 2008 werd de Nationale Arbeidsraad door de minister van Justitie om advies gevraagd over dit regeringsamendement, inzonderheid over het artikel 61 dat betrekking heeft op de rechten van de werknemers bij overdracht onder gerechtelijk gezag.

In een brief aan de minister van Justitie van 9 juli 2008 lieten de in de Raad vertegenwoordigde organisaties weten dat de bepalingen van dit artikel het resultaat vormden van een compromis waarin zowel voor de werkgevers- als voor de werknemersorganisaties eensdeels een aantal positieve elementen voorkomen en anderdeels bepaalde punten, die minder of geen voldoening schenken.

Tegen die achtergrond lieten zij weten van oordeel te zijn dat het artikel 61 een nuttige juridische basis verschaft om het voornoemd werknemersstatuut verder uit te werken en er een eigen invulling aan te geven.

In dezelfde brief lieten de in de Raad vertegenwoordigde organisaties ook weten dat zij aandacht zouden besteden aan de wijzigingen die op grond hiervan in andere sociaalrechtelijke regelgevingen dienen te worden aangebracht, zonder dewelke het volgens hen niet mogelijk is om de nieuwe wetgeving betreffende de continuïteit van de ondernemingen op een rechtszekere en doeltreffende manier toe te passen.

3. Het wetsvoorstel werd door de Kamer goedgekeurd op 6 november 2008, maar werd geëvoceerd door de Senaat op 24 november 2008. Dit leidde tot de splitsing van het bestaande wetsontwerp in twee wetsontwerpen : het wetsontwerp betreffende de continuïteit van ondernemingen (Kamerdocument nr. 0160/008), dat de procedure zelf betreft, en het wetsontwerp houdende wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de continuïteit van ondernemingen (Kamerdocument nr. 1692/001).

Op 18 december 2008 werden de twee wetsontwerpen (met enkele technische wijzigingen) goedgekeurd in de Senaat en overgezonden naar de Kamer, waar ze op 15 januari 2009 ongewijzigd werden aangenomen.

Beide wetten werden gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 9 februari 2009¹. Hun inwerkingtreding vereiste een koninklijk besluit. Het koninklijk besluit van 27 maart 2009 laat de twee wetten in werking treden op 1 april 2009.

¹ - De wet van 26 januari 2009 houdende wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de continuïteit van de ondernemingen
- De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen

4. Het artikel 61 van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen van 31 januari 2009 (hierna WCO genoemd) (dat de positie regelt van de werknemers bij overdracht onder gerechtelijk gezag), stelt in zijn paragraaf 6 dat zijn bepalingen gelden tot de bekrachtiging van een collectieve arbeidsovereenkomst in de Nationale Arbeidsraad waarbij de rechten van de werknemers die betrokken zijn bij een overdracht van onderneming in het kader van een gerechtelijke reorganisatie nader worden geregeld en tevens dat de bepalingen van die collectieve arbeidsovereenkomst mogen afwijken van wat in dit artikel wordt bepaald.

Met het oog hierop hebben de in de Raad vertegenwoordigde organisaties de cao nr. 102 gesloten.

Onderhavig advies heeft de bedoeling om :

- de cao nr. 102 toe te lichten, die de rechten regelt van de werknemers die betrokken zijn bij een overdracht van onderneming in het kader van een gerechtelijke reorganisatie, en
- de wijzigingen in de regelgeving voor te stellen die nodig zijn om dit statuut van de werknemers te vervolledigen en de nieuwe rechtsfiguur van de overdracht onder gerechtelijk gezag in het geheel van het arbeidsrecht op te nemen.

In dit kader werd eveneens de cao nr. 5 quater gesloten die de cao nr. 5 van 24 mei 1971 betreffende de syndicale afvaardiging wijzigt.

II. STANDPUNT VAN DE NATIONALE ARBEIDSRAAD

A. Demarche van de Raad

1. De Nationale Arbeidsraad heeft de cao nr. 102 gesloten teneinde de ruimte gelaten voor de autonomie van de sociale partners door het artikel 61, 6^{de} lid van de WCO ten volle te benutten. De sociale partners zijn van oordeel dat het in eerste instantie tot hun bevoegdheid behoort om regelgevend op te treden in de materie van de rechten van werknemers bij overdracht van hun onderneming.

Met het sluiten van de cao nr. 102 wordt voor de hypothese van de overdracht onder gerechtelijk gezag de lijn doorgetrokken van de cao nr. 32 bis, die reeds voor de conventionele overdracht en de overname van activa na faillissement de bepalingen van de richtlijn 2001/23/EG inzake de overgang van ondernemingen in Belgisch recht omzette.

2. De sociale partners willen met hun cao nr. 102 de formule van de overdracht onder gerechtelijk gezag alle slaagkansen geven.

Zij zijn zich er van bewust dat om een overdracht onder gerechtelijk gezag te faciliteren het belangrijk is dat een kandidaat-overnemer weet waartoe hij zich eventueel engageert en dat in elk geval wordt gezorgd voor een billijke regeling voor de schuldenlast van het verleden. Tezelfdertijd is het voor de werknemers-schuldeisers van belang dat hun rechten in de mate van het mogelijke gevrijwaard worden en dat zij voor hun schuldvorderingen een solvabele schuldenaar kunnen aanspreken. Het Sluitingsfonds biedt een zekerheid van de collectiviteit indien de schuldenaar-vervreemder zijn onderneming zou dienen te sluiten, maar dit vereist dat de last gedoseerd wordt die aan het fonds redelijkerwijze kan opgelegd worden en dat maatregelen genomen worden om misbruiken te vermijden.

Zoals verder zal worden aangeduid, is in de cao nr. 102 met al deze overwegingen rekening gehouden. Verder doet de Raad in het onderhavig advies een aantal voorstellen om het regelgevend kader in functie hiervan aan te passen.

B. Voorafgaandelijke beschouwingen betreffende de wet van 31 januari 2009 en planning van de werkzaamheden

1. De Raad wenst een aantal voorafgaandelijke beschouwingen te wijden aan de wet van 31 januari 2009, teneinde de nieuwe rechtsfiguur van de overdracht onder gerechtelijk gezag te kaderen in het nieuw instrumentarium dat wordt ingevoerd om ondernemingen in moeilijkheden te redden en het aantal faillissementen van ondernemingen te beperken.
 - De Raad constateert ten eerste dat de regering haar globaal amendement op het wetsvoorstel betreffende de continuïteit van de ondernemingen verantwoordde met de volgende vaststellingen :

* de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord is verouderd;

- * bepaalde doelstellingen van die wet blijven wel geldig, namelijk de duurzame ontwikkeling en het gezond maken van de ondernemingen;
- * de juridische instrumenten die men gebruikt om deze doelstellingen te bereiken moeten aangepast zijn en rijmen met de wetgeving van de landen die onze handelspartners zijn.

De regering liet verder opmerken dat het internationaal en Europees recht ertoe geleid heeft dat men een wetgevend model aanneemt dat gebaseerd is op het verschil tussen de collectieve vereffeningprocedures en de procedures voor het herstel van de onderneming en dat deze tweedeling in België terug te vinden is in het onderscheid tussen faillissement en gerechtelijk akkoord.

De regering wilde deze tweedeling niet fundamenteel in vraag stellen en behield het onderscheid tussen “reorganisatie” en “faillissement”, maar wilde het concept “reorganisatie” invullen op een wijze die toelaat om zeer uiteenlopende situaties te reguleren die als gemeenschappelijke kenmerken hebben dat zij betrekking hebben op een potentieel of actueel insolvente onderneming en iets anders beogen dan een loutere vereffening van de activa van de insolvente entiteit.

Het was dus de bedoeling dat de reorganisatieprocedure een ruimere strekking zou krijgen dan de regeling van het gerechtelijk akkoord.

In elk geval werd de wet van 17 juli 1997 op het gerechtelijk akkoord op 1 april 2009 opgeheven, onder voorbehoud evenwel van haar toepassing op de procedures van gerechtelijk akkoord die nog liepen op 1 april 2009 (art. 85 van de WCO).

- De Raad constateert vervolgens dat de wet van 31 januari 2009 in twee mogelijke fasen in de reorganisatie van een onderneming voorziet.

Een eerste informele fase (titel 2 en titel 3 van de WCO) bestaat uit het opsporen door de kamer van handelsonderzoek van ondernemingen in moeilijkheden. Een ondernemingsbemiddelaar kan worden aangesteld, op vraag van de schuldenaar, om de onderneming in moeilijkheden bij te staan, eventueel met het oog op het onderhandelen van een minnelijk akkoord, waardoor bescherming wordt verkregen tegen de artikelen 17, 2° en 18 van de Faillissementswet.

Wanneer dit niet voldoende zou zijn om de problemen op informele wijze op te lossen, kan de schuldenaar beroep doen op de gerechtelijke reorganisatie, wat een formele procedure is onder toezicht van de rechtbank van koophandel. Deze procedure staat open voor elke onderneming waarvan de continuïteit onmiddellijk of op termijn bedreigd is (art. 23 van de WCO).

De schuldenaar wordt dan gedurende een bepaalde periode tegen zijn schuldeisers beschermd op voorwaarde dat hij de nodige herstelmaatregelen treft. Hij heeft hiervoor de keuze uit 1. een formeel minnelijk akkoord 2. een collectief akkoord (een aangepaste vorm van het vroegere gerechtelijk akkoord) en 3. een overdracht onder gerechtelijk gezag (artn. 59 tot 70 van de WCO).

De overdracht onder gerechtelijk gezag kan gebeuren op verzoek van de schuldenaar of op verzoek van een derde. Een gedwongen overdracht onder gerechtelijk gezag (op initiatief van een derde) kan enkel in welbepaalde gevallen opgesomd in artikel 59, § 2 van de WCO (zie verder).

2. De Raad wenst er op te wijzen dat de cao's nr. 102 en nr. 5 quater en het onderhavig advies, waarin door de sociale partners een eigen invulling wordt gegeven aan de rechten van de werknemers die betrokken zijn bij een overdracht onder gerechtelijk gezag op basis van de ruimte hiervoor gelaten door het artikel 61, § 6 van de WCO, een eerste fase van zijn werkzaamheden met betrekking tot de WCO afsluiten. Hiermee heeft de Raad uitvoering gegeven aan het mandaat dat hem gegeven werd door het artikel 61, § 6 van de WCO.

De Raad is van oordeel dat de door de sociale partners vooropgestelde evenwichtige regeling (zie hierboven, onder punt II.A.) de slaagkansen van overdrachten onder gerechtelijk gezag zal optimaliseren.

De cao's nr. 102 en nr. 5 quater zullen echter pas in werking treden als de wijzigende wettelijke bepalingen die gevolg geven aan onderhavig advies zijn genomen (art. 17 van de cao nr. 102).

De Raad wil er daarom bij de bevoegde instanties op aandringen om zo snel als mogelijk de in dit advies gevraagde wetgevende wijzigingen door te voeren en zich hiertoe te beperken, teneinde op korte termijn aan de actoren op het terrein en de institutionele actoren, waaronder het Sluifingsfonds, duidelijkheid te geven over de nieuwe regeling terzake.

3. Tijdens de werkzaamheden die in de Raad hebben plaatsgevonden in deze eerste fase, die in het bijzonder de overdracht onder gerechtelijk gezag betroffen, bleek echter dat de toepassing van de verschillende instrumenten van de WCO op het terrein nog een aantal problemen stelt.

Ten eerste, wijst de Raad erop dat hij veel belang hecht aan de preventieaspecten voor schuldenaars met zodanige financiële moeilijkheden dat de continuïteit van hun onderneming in het gedrang kan komen.

Daarom pleit hij ervoor dat de verzameling van de gegevens en de handelsonderzoeken vlot kunnen verlopen en dat daarvoor dus in voldoende menselijk kapitaal wordt voorzien. Het is immers belangrijk dat de situatie van de schuldenaars van nabij wordt gevolgd ter wille van de continuïteit van hun onderneming of van hun activiteiten, en dat zo de schade voor de schuldeisers – waaronder vaak werknemers – wordt beperkt.

Om die doelstellingen te bereiken is het volgens de Raad uitermate belangrijk dat de gewesten serieus werk maken van een preventief beleid inzake beheer van ondernemingen in moeilijkheden, naast de instrumenten die de WCO ter beschikking stelt.

De Raad is van oordeel dat verdere inspanningen dienen geleverd te worden om er voor te zorgen dat ondernemingen in moeilijkheden tijdig op de hoogte gebracht worden van de instrumenten die hen ter beschikking staan en dat schuldeisers met inbegrip van de overheidsschuldeisers voldoende geïnformeerd worden over hun positie in het kader van deze instrumenten, zodat zij bereid kunnen gevonden worden om op constructieve wijze bij te dragen tot het herstel van de onderneming.

Ten tweede, wil de Raad er op wijzen dat de werknemers van de betrokken ondernemingen een bijzondere plaats tussen de schuldeisers innemen. Hij vestigt er de aandacht op dat de WCO talrijke bepalingen bevat die de betrokkenheid van de werknemers en hun vertegenwoordigers bij de procedure van gerechtelijke reorganisatie (titel 4 van de WCO) willen bevorderen.

Het gaat onder meer om :

- het artikel 17, 9° dat vereist dat de schuldenaar bij zijn verzoekschrift aan de rechtbank van koophandel om een procedure van gerechtelijke reorganisatie te openen een aanwijzing dient te voegen dat hij voldaan heeft aan de wettelijke of conventionele verplichtingen om de werknemers of hun vertegenwoordigers in te lichten of te raadplegen;
- het artikel 20, tweede lid dat bepaalt dat iedere schuldeiser en, met toestemming van de gedelegeerd rechter, ieder die een rechtmatig belang kan aantonen, kosteloos inzage kan nemen van het dossier van de gerechtelijke reorganisatie, dat ter griffie dient te worden bijgehouden;
- het artikel 43, 7de lid dat vereist dat wanneer de procedure van gerechtelijke reorganisatie strekt tot het afsluiten van een minnelijk akkoord tussen de schuldenaar en twee of meer van zijn schuldeisers, dit dient te gebeuren met inachtneming van de verplichtingen de werknemers of hun vertegenwoordigers te raadplegen en in te lichten overeenkomstig de bestaande wettelijke of conventionele bepalingen;
- het artikel 49, 5de lid dat vereist dat indien de procedure van gerechtelijke reorganisatie tot doel heeft het akkoord van de schuldeisers te verkrijgen over een reorganisatieplan, bij de uitwerking van dit plan de vertegenwoordigers van het personeel in de ondernemingsraad, of, indien er geen is, het comité voor preventie en bescherming op het werk, of, indien er geen is, de vakbondsafvaardiging, of, indien er geen is, een werknemersafvaardiging, worden gehoord;
- het artikel 53, derde lid dat vereist dat de schuldenaar de vertegenwoordigers van de werknemers bedoeld in artikel 49, 5de lid informeert over de inhoud van het plan.

De WCO bevat, specifiek voor de hypothese van de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, een aantal bepalingen die de verplichting opleggen om de werknemersvertegenwoordigers te horen (onder andere art. 59, § 1, tweede lid, art. 61, § 5, tweede lid en art. 64, § 1, tweede lid van de WCO) of die verwijzen naar de algemene arbeidsrechtelijke informatie- en/of raadplegingsverplichtingen (art. 17, § 2, 9° en 59, § 4 van de WCO).

De Raad benadrukt het belang van het respecteren van deze bepalingen ten aanzien van de werknemers en hun vertegenwoordigers zonder dat de normale afwikkeling van de procedure van gerechtelijke reorganisatie in het gedrang wordt gebracht.

In het bijzonder is hij van oordeel dat de rechtbanken van koophandel voldoende aandacht dienen te hebben voor de rechten van de werknemers die het onmisbaar menselijk kapitaal vertegenwoordigen dat nodig is voor het herstel van een onderneming, in het bijzonder wat het hen nog verschuldigd loon betreft.

Ten derde, wil de Raad er op wijzen dat hij van plan is om de toepassing van de WCO op het terrein en de problemen die zich daarbij stellen verder op te volgen. Hij behoudt zich daarbij het recht voor om aangaande vastgestelde probleemsituaties in een tweede fase verdere voorstellen te doen.

Onder andere is hij van plan om in een tweede fase verdere besprekingen te wijden aan de volgende thema's :

- de wenselijkheid om de in de ondernemingen aanwezige werknemersorganisaties het recht te geven om een verzoek tot homologatie van de overeenkomst van voorgenomen overdracht bij de arbeidsrechtbank in te dienen, daar waar dit nu enkel aan de vervreemder, de gerechtsmandataris of de kandidaat-overnemer toekomt (art. 61 van de WCO); en
 - de verhouding tussen de WCO en de internationale, Europese en Belgische instrumenten betreffende de bescherming van het loon van de werknemers, in het kader van de mogelijkheid die de WCO voorziet om in het reorganisatieplan een gedifferentieerde regeling voor bepaalde categorieën van schuldvorderingen te voorzien (art. 49 van de WCO).
4. De Raad zal zich in het vervolg van dit advies aangaande de WCO hoofdzakelijk beperken tot beschouwingen met betrekking tot hetgeen geregeld wordt in de cao nr. 102.

Het betreft de hypothese van de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, zowel wanneer deze gebeurt op verzoek van de schuldenaar als wanneer deze gebeurt op verzoek van een derde.

Zoals reeds vermeld is het wettelijk kader hiervoor het artikel 61, § 6 van de WCO, dat stelt dat de Raad de rechten van de werknemers die betrokken zijn bij een overdracht van onderneming in het kader van een gerechtelijke reorganisatie verder kan regelen.

C. Voorafgaandelijke beschouwingen betreffende de gebruikte terminologie

De Raad wil er op wijzen dat in de cao nr. 102 evenals in onderhavig advies een onderscheid wordt gemaakt tussen de term “verplichting” en de term “schuld”.

De “verplichtingen” die voortvloeien uit verbintenissen uit arbeidsovereenkomsten geven aanleiding tot vorderingsrechten. Deze verplichtingen worden opeisbaar op vaste tijdstippen (toekomstige maar zekere gebeurtenis).

Op het moment dat een verplichting opeisbaar wordt, wordt zij aangeduid met “schuld”. Onder het begrip “schuld” worden dus opeisbare verplichtingen begrepen waarvan nog geen betaling werd verkregen (art. 5, 9° van de cao nr. 102). Voor alle duidelijkheid wordt steeds verwezen naar “schulden die opeisbaar worden” (op een bepaalde datum).

In concreto gaat het in de cao nr. 102 en onderhavig advies om de “schulden” van de schuldenaar die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomsten tussen de schuldenaar en de werknemers die overgenomen zullen worden. In hoofde van de werknemers gaat het om “schuldvorderingen”.

D. De cao nr. 102 : het behoud van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ten gevolge van een gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag

1. De cao nr. 102 en de richtlijn 2001/23/EG

- De Raad herinnert er aan dat de cao nr. 102 moet gezien worden tegen de achtergrond van de richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de overgang van ondernemingen (“inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen”).

Deze richtlijn maakt het onderscheid tussen :

- * “faillissementsprocedures of soortgelijke procedures met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder”, waarop de artikelen 3 (overgang van de rechten en verplichtingen op de verkrijger) en 4 (ontslagbescherming) van de richtlijn niet van toepassing zijn, tenzij de lidstaten anders bepalen, en
 - * “insolventieprocedures.. die onder toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie”, waarvoor geldt dat indien de bescherming van de artikelen 3 en 4 toch geboden wordt, deze enigszins kan afgezwakt worden, zelfs wanneer deze insolventieprocedures niet gericht zijn op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder.
- De omzetting van de richtlijn 2001/23/EG met betrekking tot de rechten van de overgenomen werknemers is in het Belgisch recht hoofdzakelijk terug te vinden in de cao nr. 32 bis van 7 juni 1985.

Het hoofdstuk II van deze cao, dat de principes van de artikelen 3 en 4 van de richtlijn in Belgisch recht omzet, is van toepassing op de overgang van een onderneming krachtens overeenkomst, maar laat toe dat wanneer de overgang plaatsvond in het kader van een gerechtelijk akkoord van het principe van het behoud van rechten van de overgenomen werknemers afgeweken wordt (art. 8 bis van de cao nr. 32 bis).

Het hoofdstuk III van deze cao bevat specifieke, minder beschermende bepalingen voor de overname van werknemers ingevolge de overname van activa van een failliete onderneming.

- De cao nr. 102 heeft de bedoeling om een aantal bepalingen van de richtlijn 2001/23/EG in Belgisch recht om te zetten voor de specifieke hypothese van een gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, met name de bepalingen inzake :
- * het behoud van de rechten van de werknemers;
 - * de informatie en raadpleging van de betrokken werknemers, indien er geen werknemersvertegenwoordigers zijn; en

- * de informatie door de schuldenaar te geven aan de overnemer.

In onderhavig advies wordt ingegaan op de omzetting van de bepalingen van de richtlijn inzake :

- * de positie en de functie van de werknemersvertegenwoordigers; en
- * de informatie en raadpleging van de werknemersvertegenwoordigers.

De Raad wil er op wijzen dat de bepalingen van de cao nr. 32 bis en de cao nr. 102 naast elkaar zullen blijven bestaan voor de specifieke hypothesen die ze regelen.

2. De cao nr. 102 en de cao nr. 32 bis

De Raad wil met betrekking tot de bepalingen van de cao nr. 102 opmerken dat deze het midden houden tussen de bepalingen van het hoofdstuk II en het hoofdstuk III van de cao nr. 32 bis.

Om tegemoet te komen aan de inhoud van de WCO, bepaalt de nieuwe cao nr. 102 dat de keuze van de werknemers die zullen worden overgenomen in het kader van een overdracht onder gerechtelijk gezag, aan de overnemer behoort, naar analogie met hoofdstuk III van de cao nr. 32 bis. Zoals verder zal blijken, moet de keuzemogelijkheid in de nieuwe cao in tegenstelling met het genoemde hoofdstuk III verplicht zijn ingegeven door technische, economische of organisatorische redenen.

Verder bevat de cao nr. 102 als principe dat de rechten en verplichtingen ten aanzien van de overgenomen werknemers die voortvloeien uit hun op het tijdstip van overdracht onder gerechtelijk gezag bestaande arbeidsovereenkomst met de schuldenaar, door de overdracht overgaan op de overnemer; daarbij heeft men zich laten leiden door hoofdstuk II van de cao nr. 32 bis.

De overnemer kan evenwel enkel gehouden zijn tot de rechten en verplichtingen die individueel overeengekomen werden tussen de schuldenaar en deze werknemers, voor zover hij van deze rechten en verplichtingen in kennis is gesteld.

Op het voornoemd principe van het behoud van rechten zijn er evenwel afwijkingsmogelijkheden. Zo is onder meer in de mogelijkheid voorzien om wijzigingen aan te brengen in de bij de schuldenaar op ondernemingsvlak collectief bedongen of collectief toegepaste arbeidsvoorwaarden van de werknemers die overgenomen zullen worden. Deze bestond reeds in het hoofdstuk II van de cao nr. 32 bis voor de hypothese van de overgang van onderneming in het kader van een gerechtelijk akkoord.

De nieuwe cao bepaalt verder dat de schuldenaar en de overnemer in solidum gehouden zijn tot de schulden waarvan de kandidaat-overnemer in kennis is gesteld (de schulden die opeisbaar werden voorafgaand aan de procedure van gerechtelijke reorganisatie, voor een verdere precisering hiervan, zie verder).

Het hoofdstuk II van de cao nr. 32 bis bevat eveneens het principe van de in solidum-aansprakelijkheid bij overgang krachtens overeenkomst voor de bestaande schulden op het moment van de overdracht. Evenwel wordt deze in solidum-aansprakelijkheid in de cao nr. 102 beperkt tot de schulden die opeisbaar werden voorafgaand aan de procedure van gerechtelijke reorganisatie en waarvan de (kandidaat-)overnemer in kennis is gesteld.

Voor de schulden die opeisbaar werden tijdens de procedure maar vóór de overdracht, blijft de schuldenaar gehouden. Indien de schuldenaar het slachtoffer is van een sluiting en in gebreke blijft, zal het Sluitingsfonds tussenkomen voor de betaling van deze schulden. Het hoofdstuk II van de cao nr. 32 bis bevat dezelfde regel voor de hypothese van de overgang van onderneming in het kader van een gerechtelijk akkoord, met dien verstande dat er geen onderscheid in wordt gemaakt tussen de periode voor en tijdens de gerechtelijke procedure, gezien de specificiteit van de procedure van gerechtelijk akkoord. De wetgeving betreffende de sluiting van ondernemingen had voorzien in een specifieke opdracht van het Sluitingsfonds in geval van conventionele overdracht in het kader van een gerechtelijk akkoord. Die opdracht wordt niet verlengd in het kader van de overdracht onder gerechtelijk gezag, met voorbehoud van de gevallen in het verleden.

3. De objectieven van de cao nr. 102

De Raad wijst er op dat de cao nr. 102 een dubbele bekommernis als uitgangspunt heeft : rechtszekerheid creëren voor alle betrokken partijen en de tegemoetkomingen van het Sluitingsfonds doseren.

a. Rechtszekerheid voor alle betrokken partijen

De Raad is van oordeel dat het van uitzonderlijk belang is om te zorgen voor een zo groot mogelijke rechtszekerheid voor alle partijen betrokken bij een gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag.

Het is voor zowel de overgenomen als de niet-overgenomen werknemers van het grootste belang dat zij vooraf geïnformeerd worden over de beslissingen die door de schuldenaar overwogen worden (art. 7 van de cao nr. 102).

Het is vervolgens voor de overgenomen werknemers van belang dat hun rechten zoveel als mogelijk gevrijwaard worden, maar ook dat de kandidaat-overnemer volledig op de hoogte is van hetgeen waartoe hij zich eventueel zou kunnen engageren.

Daarom dient de kandidaat-overnemer in kennis gesteld te worden van de rechten en verplichtingen die individueel overeengekomen werden in de arbeidsovereenkomsten tussen de schuldenaar en de werknemers die overgenomen zullen worden, de ten aanzien van hen bestaande opeisbare schulden en de door hen ingestelde vorderingen (art. 8 van de cao nr. 102).

De overnemer is ten aanzien van de overgenomen werknemers enkel gehouden tot de rechten en verplichtingen die de schuldenaar met hen individueel overeenkwam voor zover hij van die rechten en verplichtingen in kennis werd gesteld, onverminderd de mogelijkheid van wijziging van arbeidsvoorwaarden (art. 9, 10 en 11 van de cao nr. 102).

De overnemer zal eveneens enkel gehouden zijn tot de schulden die opeisbaar werden vóór de procedure (voor een verdere precisering, zie verder) waarvan hij in kennis is gesteld (art. 14 van de cao nr. 102). De schulden die opeisbaar worden tijdens de procedure blijven ten laste van de schuldenaar, zodat de overnemer niet opgezadeld wordt met een sociaal passief van de schuldenaar waarvan hij de omvang niet kan inschatten (art. 16 van de cao nr. 102).

Zo wordt vermeden dat onvoorzienbare verplichtingen worden opgelegd aan een kandidaat-overnemer, hetgeen een afschrikkingseffect ten aanzien van mogelijke overnemers zou kunnen hebben. Op deze wijze wordt getracht om de overdracht onder gerechtelijk gezag, als maatregel om een onderneming in moeilijkheden te redden en de ermee verbonden werkgelegenheid, alle kansen van succes te geven.

In dit kader kan tevens gewezen worden op de mogelijkheid om de overeenkomst van voorgenomen overdracht te laten homologeren door de arbeidsrechtbank voor zover zij betrekking heeft op de rechten van de werknemers die overgenomen zullen worden (zie verder onder punt D.4.e.), zodat er rechtszekerheid gecreëerd wordt over de draagwijdte van het akkoord.

b. De rol van het Sluitingsfonds

De Raad is van oordeel dat de uitgewerkte regeling een evenwicht inhoudt tussen, enerzijds, het vrijwaren van de kansen van de overdracht onder gerechtelijk gezag (de lasten voor de overnemer) en, anderzijds, de last die redelijkerwijze aan het Sluitingsfonds kan opgelegd worden (dat een waarborgfunctie heeft ten opzichte van de verplichtingen van de vervreemder-schuldenaar).

Er wordt herinnerd aan het feit dat de cao nr. 32 bis voor de hypothese van een overgang van een onderneming in het kader van een gerechtelijk akkoord erin voorziet dat alle op het tijdstip van de overdracht bestaande schulden ten laste blijven van de schuldenaar, met een waarborg van het Sluitingsfonds (art. 8 bis van de cao nr. 32 bis).

In de cao nr. 102 wordt er voor geopteerd om de schuldenaar en de overnemer in solidum aansprakelijk te maken voor de vóór het begin van de procedure van gerechtelijke reorganisatie opeisbaar geworden schulden waarvan de kandidaat-overnemer in kennis is gesteld (art. 15 van de cao nr. 102; zie verder).

Zoals hierna zal worden uitgelegd (zie punt 4.f.), is de waarborg van het Sluitingsfonds van toepassing op de volgende schulden van de vervreemder-schuldenaar ten aanzien van de nadien overgedragen werknemers:

- de vóór het begin van de procedure opeisbaar geworden schulden waarvan de kandidaat-overnemer niet in kennis is gesteld; en de
- de schulden die opeisbaar worden tijdens de procedure (art. 16 van de cao nr. 102).

Er moet volgens de Raad bovendien vermeden worden dat de waarborg door het Sluitingsfonds voor deze schulden van de vervreemder het financieel evenwicht van het fonds in gevaar zou brengen of dat juridische constructies ten nadele van de collectiviteit zouden kunnen opgezet worden.

Zoals hij dit reeds vroeg in zijn advies nr. 1.392 van 13 maart 2002 met betrekking tot de waarborgfunctie van het Sluitingsfonds in de hypothese van een overgang in het kader van een gerechtelijk akkoord, zou de Raad willen dat :

- het Sluitingsfonds ermee belast wordt om de ontwikkeling van de uitgaven in dit kader nauwgezet op te volgen zodat na verloop van een zekere periode een rapport hierover kan verkregen worden waaruit dan de gepaste conclusies kunnen getrokken worden; en
- in dit kader ook een bijzondere aandacht wordt besteed aan het probleem van juridische constructies die door een zekere rechtspraak worden goedgekeurd en waardoor het Sluitingsfonds ertoe wordt verplicht ten onrechte tussenbeide te komen.

4. Thematisch overzicht van de cao nr. 102 en de erdoor vereiste aanpassingen in de regelgeving

a. Rechten en verplichtingen ten aanzien van de overgenomen werknemers

- De Raad wijst er op dat de overnemer in principe de rechten en de verplichtingen overneemt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomsten van de overgenomen werknemers die bestaan op het tijdstip van de overdracht onder gerechtelijk gezag (art. 9 van de cao nr. 102).

Het artikel 3 van de cao nr. 102 stelt evenwel, zoals het artikel 4 van de cao nr. 32 bis, dat bepaalde buiten de wettelijke stelsels van sociale zekerheid toegekende uitkeringen (namelijk de ouderdomsuitkeringen, overlevingsuitkeringen en invaliditeitsuitkeringen) worden onttrokken aan het principe van overgang van de rechten van de overgenomen werknemers.

Dit wordt voorzien in toepassing van het artikel 3, punt 4, a) van de richtlijn 2001/23/EG.

De lidstaten moeten overeenkomstig artikel 3, punt 4, b), van de richtlijn 2001/23/EG, zelfs wanneer zij toepassing geven aan deze uitzondering, de nodige maatregelen vaststellen om de belangen van de werknemers te beschermen met betrekking tot hun verkregen rechten of rechten in wording op ouderdomsuitkeringen, met inbegrip van uitkeringen aan nagelaten betrekkingen, uit hoofde van de bedoelde aanvullende stelsels.

Uit de commentaar bij het artikel 3 van de cao nr. 102 kan worden afgeleid dat België de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie op dit punt respecteert en in het bijzonder het arrest van 11 juni 2009 in de zaak Europese Commissie tegen Italië (zaak nr. C-561/07), dat stelt dat de uitzondering voor bepaalde buiten de wettelijke stelsels van sociale zekerheid toegekende uitkeringen strikt moet worden geïnterpreteerd.

Het artikel 4 van de cao nr. 102 voorziet erin dat deze niet van toepassing is op zeeschepen. Het artikel 1, punt 3 van de richtlijn 2001/23/EG voorziet dezelfde uitsluiting.

De Raad heeft echter vernomen dat het werkprogramma van de Europese Commissie voor 2011 erin voorziet dat een wijziging van de richtlijn 2001/23/EG zou voorgesteld worden die de zeevarenden ofwel opneemt in het toepassingsgebied van de richtlijn ofwel een speciale behandeling van zeevarenden voorziet zodat zij een gelijkwaardig niveau van sociale bescherming hebben. Hij neemt zich voor deze evolutie in de Europese regelgeving van nabij op te volgen en zijn instrument indien nodig hieraan aan te passen.

- De Raad merkt op dat het principe van het behoud van rechten en verplichtingen op twee wijzen genuanceerd wordt in de cao nr. 102.

Ten eerste, kunnen de schuldenaar of de gerechtsmandataris, de overnemer en de vertegenwoordigers van de betrokken werknemers in een (tripartiete) collectieve onderhandelingsprocedure de op ondernemingsvlak collectief bedongen of collectief toegepaste arbeidsvoorwaarden van de werknemers die overgenomen zullen worden in onderlinge overeenstemming wijzigen, voor zover het gaat om wijzigingen die bedoeld zijn om de werkgelegenheid veilig te stellen door het voortbestaan van de onderneming of van haar activiteiten, of een deel ervan, te verzekeren. Zo'n collectief akkoord is gesloten onder opschortende voorwaarde van het sluiten van een collectieve arbeidsovereenkomst (art. 10 van de cao nr. 102).

Een soortgelijke afwijking bestond reeds in het Belgisch recht voor een overgang van onderneming krachtens gerechtelijk akkoord (art. 8 bis, tweede lid van de cao nr. 32 bis) in toepassing van het artikel 5, punt 2, b) van de richtlijn 2001/23/EG.

Ten tweede, kunnen de overnemer en de werknemer in onderlinge overeenstemming wijzigingen in de individuele arbeidsovereenkomst aanbrengen, voor zover die wijzigingen conform de WCO hoofdzakelijk verbonden zijn aan technische, economische of organisatorische redenen (art. 11 van de cao nr. 102).

Deze bepaling is een toepassing van het algemeen principe dat de arbeidsovereenkomst in onderling akkoord tussen de partijen kan gewijzigd worden.

De Raad wijst er op dat deze afwijkingsmogelijkheden van het principe van het behoud van rechten tot doel hebben om er voor te zorgen dat de kansen op de succesvolle overname van een onderneming, en dus het behoud van werkgelegenheid, vergroot worden.

- De Raad wijst er verder op dat het in principe gaat om een automatische overdracht (door het feit zelf van de overdracht) op de overnemer van de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomsten van de overgenomen werknemers met de schuldenaar-vervreemder, onverminderd evenwel

- 1) de hierboven aangehaalde mogelijkheid om op collectief of individueel vlak wijzigingen aan deze rechten en verplichtingen aan te brengen; en

- 2) de hierna behandelde regeling wat betreft de personen die voor de betaling van de opeisbare schulden kunnen aangesproken worden. Onder "schulden" worden in de cao nr. 102 de opeisbare verplichtingen verstaan waarvan door een werknemer nog geen betaling werd verkregen.

Onder "rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst" worden naast de arbeidsvoorwaarden die op individueel vlak overeengekomen werden, ook de collectief bedongen arbeidsvoorwaarden bedoeld. Deze laatste werden overeengekomen in sectorale cao's of ondernemings-cao's.

Wat betreft de arbeidsvoorwaarden die in een collectieve arbeidsovereenkomst zijn vastgelegd sluit het artikel 9 van de cao nr. 102 aan bij de artikelen 20 en 23 van de CAO-wet van 5 december 1968.

Overeenkomstig het artikel 20 van de CAO-wet dienen de arbeidsvoorwaarden die in een collectieve arbeidsovereenkomst zijn vastgelegd door de overnemer gerespecteerd te worden totdat de collectieve arbeidsovereenkomst ophoudt uitwerking te hebben. De individueel normatieve bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomst die de bepalingen van de individuele arbeidsovereenkomsten stilzwijgend hebben gewijzigd, zijn in deze laatste geïncorporeerd en blijven overeenkomstig artikel 23 van de CAO-wet van 5 december 1968 onveranderd wanneer de collectieve arbeidsovereenkomst ophoudt uitwerking te hebben, tenzij het anders wordt bedongen in de collectieve arbeidsovereenkomst zelf.

Wat betreft de arbeidsvoorwaarden die op individueel vlak overeengekomen werden wordt er in het artikel 9 van de cao nr. 102 evenwel een voorwaarde verbonden aan de overgang van die rechten en verplichtingen van de overgenomen werknemers naar de overnemer, ingegeven vanuit een bekommernis van rechtszekerheid voor die overnemer : zij dienden aan de kandidaat-overnemer ter kennis te zijn gebracht op basis van het artikel 8, § 1 van de cao nr. 102.

Vanuit een bekommernis van rechtszekerheid voor de kandidaat-overnemer, wordt in het artikel 8 van de cao nr. 102 van de gerechtshandelaar vereist dat hij de kandidaat-overnemers(s) een duidelijk beeld geeft van de rechten en verplichtingen waartoe zij zich bij overname van bepaalde werknemers ten aanzien van deze werknemers zouden kunnen engageren (zie verder onder punt 4.c.).

Het gaat om een aantal individuele gegevens (alle rechten en verplichtingen die individueel overeengekomen werden tussen de schuldenaar en de werknemers die overgenomen zullen) en een aantal collectieve gegevens (het nummer van het bevoegd paritair comité, de bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten gesloten op het niveau van de onderneming van de schuldenaar en de bepalingen van het arbeidsreglement).

Enkel het ontbreken van de kennisgeving van de individuele gegevens, vereist door het artikel 8, § 1 van de cao, heeft een invloed op het overgaan van deze individueel overeengekomen rechten en verplichtingen op de overnemer.

b. Keuze van de werknemers die overgenomen zullen worden

Wat de keuze betreft van de werknemers die overgenomen zullen worden, heeft de Raad gezocht naar eenzelfde evenwicht tussen het belang om de slaagkansen van de overdracht niet te hypothekeren en de gerechtvaardigde belangen van de werknemers van de overgedragen onderneming.

Artikel 12 van de cao nr. 102 bepaalt dat de keuze van de werknemers die zullen worden overgenomen, aan de overnemer behoort. Die kan echter niet willekeurig gebeuren. Zij moet worden bepaald door technische, economische of organisatorische redenen en moet gebeuren zonder verboden differentiatie.

Wat de werknemersvertegenwoordigers betreft, wordt de afwezigheid van verboden differentiatie geacht bewezen te zijn indien de verhouding tussen de overgenomen werknemers en hun vertegenwoordigers gerespecteerd blijft na de overdracht (art. 12, vierde lid van de cao nr. 102).

Voor de implicaties van deze bepaling, zie verder onder punt E.2. in verband met het lot van de werknemersvertegenwoordigers.

c. Informatieverstrekking aan de werknemers en de kandidaat-overnemer

De Raad herinnert er aan dat hij er in zijn advies nr. 1.392 op heeft gewezen dat het gerechtelijk akkoord soms werd aangevraagd in een klimaat van onvoldoende informatie over de situatie van de onderneming ofwel te laat (wanneer de voorwaarden voor een faillissement bijna vervuld waren).

Tegen die achtergrond wees de Raad in hetzelfde advies op de noodzaak van een pro-actieve communicatie tussen de verschillende actoren die bij een gerechtelijk akkoord betrokken zijn.

De Raad heeft met dezelfde bekommernissen als uitgangspunt een aantal bepalingen met betrekking tot informatieverstrekking in zijn cao nr. 102 opgenomen.

- **informatie ten aanzien van de werknemers bij ontstentenis van werknemersvertegenwoordigers**

Voor het geval er geen werknemersvertegenwoordigers zijn in de onderneming, regelt het artikel 7 van de cao nr. 102 de informatieverstrekking aan de werknemers met betrekking tot een voorgenomen overdracht onder gerechtelijk gezag en zet hiermee het artikel 7, punt 6 van de richtlijn 2001/23/EG in Belgisch recht om.

Het artikel 7 van de cao nr. 102 dient gelezen te worden naast de informatie- en/of consultatieverplichtingen ten aanzien van werknemersvertegenwoordigers opgenomen in de WCO en andere instrumenten in uitvoering van het artikel 7, punten 1 tot 5 van de richtlijn 2001/23/EG (zie punt B.2.).

De bij de overdracht betrokken werknemers moeten vooraf in kennis worden gesteld van:

- het tijdstip of het voorgenomen tijdstip van de overdracht onder gerechtelijk gezag;
- de redenen van de overdracht onder gerechtelijk gezag;
- de juridische, economische en sociale gevolgen van de overdracht onder gerechtelijk gezag voor de werknemers; en
- de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen.

De Raad is van oordeel dat het woord “vooraf” in deze bepaling dient geïnterpreteerd te worden zoals in het artikel 11 van de cao nr. 9 van 9 maart 1972. De informatie dient te gelegener tijd en voor enige bekendmaking te gebeuren.

Deze interpretatie wordt ondersteund door de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie met betrekking tot het artikel 1 van de richtlijn 2002/14/EG van 11 maart 2002, die stelt dat de informatie dient te gebeuren op zo'n wijze dat de nuttige werking ervan gewaarborgd is.

- **informatie ten aanzien van de kandidaat-overnemer (en de werknemers)**

Vanuit een bekommernis van rechtszekerheid voor de (kandidaat-)overnemer, wordt in het artikel 8 van de cao nr. 102 van de gerechtshandelaar vereist dat hij de kandidaat-overnemers(s) gelijktijdig een duidelijk beeld geeft van :

1) de rechten en verplichtingen van de schuldenaar ten aanzien van de werknemers die overgenomen zullen worden, en meer in het bijzonder :

a) wat de individuele werknemers betreft (individuele gegevens) : alle rechten en verplichtingen die individueel overeengekomen werden in de arbeidsovereenkomsten tussen de schuldenaar en de werknemers die overgenomen zullen worden; en

b) wat de collectiviteit van die werknemers betreft (collectieve gegevens) :

- . de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de collectieve arbeidsovereenkomsten gesloten door de schuldenaar;
- . de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit het arbeidsreglement dat van toepassing is bij de schuldenaar; en

- . het nummer van het paritair (sub)comité of de verschillende paritaire (sub)comités waaronder (het gedeelte van) de onderneming waartoe de werknemers die overgenomen zullen worden behoren, ressorteert; en
- 2) de opeisbare schulden van de schuldenaar die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomsten tussen de schuldenaar en de werknemers die overgenomen zullen worden;
 - 3) de vorderingen die deze werknemers hebben ingesteld tegen de schuldenaar.

Telkens betreft het de situatie op het tijdstip van het vonnis dat de procedure van gerechtelijke reorganisatie opent, of, bij ontstentenis van dit vonnis, op het tijdstip van het vonnis dat de overdracht onder gerechtelijk gezag beveelt.

Om hen de mogelijkheid te geven om deze afrekening te controleren, worden de individuele werknemers die overgenomen zullen worden met een aangetekende brief in kennis gesteld van de rechten en verplichtingen die zij individueel overeengekomen zijn met de schuldenaar, de ten aanzien van hen bestaande opeisbare schulden en de vorderingen die zij hebben ingesteld.

De gerechtsmandataris bezorgt aan de kandidaat-overnemer(s) een afschrift van de gegevens waarvan hij de individuele werknemers heeft kennis gegeven.

Indien de werknemers vaststellen dat de in de kennisgeving opgenomen gegevens fout of onvolledig zijn, kunnen zij binnen een termijn van één maand vanaf de verzending van de aangetekende brief de kennisgeving betwisten bij de gerechtsmandataris.

De gerechtsmandataris dient de kandidaat-overnemer op de hoogte te brengen van zo'n betwisting door een werknemer.

De gerechtsmandataris zal tot de rechtzetting van de gegevens overgaan indien hij oordeelt dat deze onjuist of onvolledig zijn (door een nieuwe kennisgeving aan de kandidaat-overnemer en de betrokken werknemer). Dat alles onverminderd de mogelijkheid om de aanhoudende betwisting aan de arbeidsrechtbank voor te leggen volgens de regels van het gemene recht.

d. Overeenkomst van voorgenomen overdracht

Artikel 13 van de cao nr. 102 bepaalt dat tussen de schuldeaar of de gerechtsmandataris en de kandidaat-overnemer een overeenkomst van voorgenomen overdracht dient te worden gesloten, die minstens de volgende elementen dient te bevatten :

- de lijst van de werknemers die overgenomen zullen worden;
- de lijst van de ter kennis gebrachte schulden en vorderingen;
- de lijst van de ter kennis gebrachte rechten en verplichtingen (individuele en collectieve gegevens);
- de eventuele wijzigingen aan die rechten en verplichtingen die in het vooruitzicht gesteld zijn in toepassing van de artikelen 10 en 11;
- de eventuele individuele betwistingen met betrekking tot de inhoud van de kennisgeving krachtens artikel 8, § 1 (individuele gegevens) die niet aanvaard werden door de gerechtsmandataris; en
- het voorgestelde tijdstip van overdracht onder gerechtelijk gezag.

De Raad is zich bewust van het belang van de bepaling van een vaste datum voor de overdracht, mede gezien de mogelijke tegemoetkoming door het Sluitingsfonds (zie verder).

Hij stelt daarom dat als datum van de overdracht dient beschouwd te worden de datum waarvan akte wordt genomen in het vonnis van de rechtbank van koophandel dat de overdracht onder gerechtelijk gezag toestaat (art. 64 van de WCO).

Die datum wordt door de rechtbank bepaald op basis van de in de overeenkomst van voorgenomen overdracht voorgestelde datum. Hij moet overeenstemmen met de datum van effectieve overdracht.

De Raad is van oordeel dat de datum van de effectieve overdracht een economische beslissing is en dat het daarom aangewezen is dat de bij de overeenkomst van voorgenomen overdracht betrokken partijen terzake geresponsabiliseerd worden en in deze overeenkomst een datum voor de overdracht bepalen. De rechtbank van koophandel zal van deze economische beslissing akte nemen in het vonnis waarbij het de overdracht onder gerechtelijk gezag toestaat.

Indien de partijen vermoeden dat de datum van de effectieve overdracht kan worden beïnvloed door toekomstige gebeurtenissen, kunnen zij bij conclusie aan de rechtbank vragen dat geen beslissing wordt genomen over de datum van de effectieve overdracht en dat er tijdens een latere zitting op teruggekomen wordt zonder dat de verkoop van de activa wordt belemmerd.

e. Homologatie van de overeenkomst van voorgenomen overdracht

De commentaar bij het artikel 13 van de cao nr. 102 bepaalt dat de overeenkomst van voorgenomen overdracht het voorwerp kan uitmaken van een homologatie door de arbeidsrechtbank, voor zover zij betrekking heeft op de rechten van de werknemers die overgenomen zullen worden.

De Raad merkt op dat de homologatieprocedure voorzien is in het artikel 61, § 5 van de WCO en dat de wet van 26 januari 2009 de arbeidsrechtbank bevoegd maakt om zich over de verzoeken tot homologatie uit te spreken (art. 578, 19° Ger. W.).

De Raad wil in onderhavig advies verduidelijken hetgeen volgens de sociale partners de toegevoegde waarde van deze procedure is en zal op basis hiervan een voorstel doen voor de aanpassing van de WCO wat de homologatieprocedure betreft.

- Hij merkt in eerste instantie op dat de procedure zoals opgenomen in de WCO facultatief is. Hij is van oordeel dat dit ook zo dient te blijven. Het nut van de procedure zal in een aantal gevallen echter onmiskenbaar zijn.

Tijdens de homologatieprocedure controleert en bekrachtigt de rechter de overeenkomst van voorgenomen overdracht die aan hem voorgelegd wordt. Het gaat om een akkoord dat gesloten werd onder opschortende voorwaarde dat de overdracht van de onderneming of een deel ervan naar de betreffende kandidaat-overnemer zich effectief realiseert. De arbeidsrechtbank controleert de opportuniteit van zo'n akkoord niet. Hij beperkt zich ertoe om na te kijken of de wettelijke voorwaarden door de ondertekenende partijen vervuld zijn en of de openbare orde niet geschonden werd. In geen geval kan de arbeidsrechtbank dit akkoord zelf aanpassen. Hij homologeert dit als dusdanig of weigert de homologatie.

In tweede instantie merkt de Raad op dat tijdens de procedure de vertegenwoordigers van de werknemers gehoord worden, evenals de verzoeker (in de bewoordingen van het huidige artikel 61, § 5 kan dit de overnemer, de vervreemder of de gerechtsmandataris zijn).

De Raad is van oordeel dat het essentieel is dat de verzoeker en de in de betrokken ondernemingen aanwezige werknemersorganisaties gehoord worden tijdens de procedure.

De procedure laat op deze wijze immers toe dat alle betrokkenen kennis nemen van de overeenkomst van voorgenomen overdracht, daar waar die een duidelijk beeld geeft van het sociaal luik van een eventuele overdracht. Deze zal immers de lijst bevatten van de werknemers die overgenomen zullen worden, de lijst van de ter kennis gebrachte schulden en vorderingen, de overeengekomen rechten en verplichtingen ten aanzien van de werknemers die overgenomen zullen worden, de eventuele betwistingen door individuele werknemers van de inhoud van de aan hen gerichte kennisgeving die door de gerechtsmandataris niet aanvaard werden en het voorgestelde tijdstip van overdracht onder gerechtelijk gezag.

De bedoeling van de homologatie bestaat erin om rechtszekerheid te bieden aan alle betrokken partijen.

In dit kader wil de Raad wijzen op het belang van het artikel 61, § 5, derde lid van de WCO. Deze bepaling stelt dat als de homologatie wordt verleend, de verkrijger tot geen andere verplichtingen kan worden gehouden dan die welke voorkomen in de akte waarvan de homologatie wordt gevraagd. De Raad vraagt dat deze bepaling in de WCO behouden blijft.

De Raad merkt tenslotte op dat de WCO bepaalt dat de arbeidsrechtbank zich bij hoogdringendheid dient uit te spreken. Hij is van oordeel dat het inderdaad belangrijk is dat deze procedures op korte termijn afgehandeld worden, zodat de slaagkansen van een overdracht onder gerechtelijk gezag niet in het gedrang komen.

- Op grond van hetgeen voorafgaat, formuleert de Raad het volgende voorstel tot aanpassing van de WCO.

De aanpassing betreft de in artikel 61, § 3, derde lid van de WCO voorziene mogelijkheid voor werknemers die overgenomen zullen worden maar onregelmatigheden in de hun bezorgde informatie constateren om vorderingen tot schadevergoeding in te stellen bij de arbeidsrechtbank. Artikel 578, 18° van het Gerechtelijk Wetboek, ingevoegd door de wet van 26 januari 2009, maakt de arbeidsrechtbank hiervoor bevoegd.

Artikel 61, § 5, tweede lid van de WCO voorziet erin dat deze werknemers door de schuldenaar-vervreemder of de gerechtsmandataris gedagvaard worden om voor de arbeidsrechtbank te verschijnen in het kader van de homologatieprocedure, waardoor de twee procedures verbonden worden. De arbeidsrechtbank dient zich bij hoogdringendheid uit te spreken, zowel wat betreft de homologatie als wat betreft de vorderingen tot schadevergoeding.

De Raad wil hieraangaande opmerken dat het artikel 8, § 2 van de cao nr. 102 voorziet dat de betrokken werknemers binnen een termijn van één maand de rechtzetting van de hun betreffende individuele gegevens van de gerechtsmandataris kunnen vragen.

De Raad meent evenwel dat het niet aangewezen is om een vordering tot schadevergoeding voor de arbeidsrechtbank te voorzien voor het geval de werknemers onregelmatigheden in de hun bezorgde informatie constateren.

Hij is van oordeel dat zij in dat geval de kennisgeving bij de gerechtsmandataris dienen te betwisten en dat zij, indien deze niet tot de door hen gevraagde correctie overgaat, hun betwisting aan de arbeidsrechtbank kunnen voorleggen in het kader van de bestaande bevoegdheden van de arbeidsrechtbanken. In elk geval worden deze uitstaande betwistingen opgenomen in de overeenkomst van voorgenomen overdracht, zodat de kandidaat-overnemer hiervan op de hoogte is.

f. Lot van de schuldvorderingen van de werknemers

- **Bestaande regeling op basis van de WCO**

De Raad merkt op dat in afwachting van de inwerkingtreding van de cao nr. 102 het lot van de schuldvorderingen van de werknemers bij overdracht van hun onderneming in het kader van een procedure van gerechtelijke reorganisatie geregeld is door de huidige bepalingen van de WCO en van de sluitingswet van 26 juni 2002.

De schuldvorderingen van de niet-overgenomen werknemers blijven ook na de overdracht ten laste van de schuldenaar-ervreemder. Indien deze onderneming na de overdracht het voorwerp uitmaakt van een sluiting, is er een tegemoetkoming van het Sluitingsfonds volgens de normale regels voor tegemoetkomingen door het fonds.

Voor de schuldvorderingen van de overgenomen werknemers dient een onderscheid gemaakt te worden tussen de schuldvorderingen in de opschorting en de andere.

Op basis van het artikel 61, § 1 van de WCO kan gesteld worden dat de schuldvorderingen in de opschorting, dit zijn de schuldvorderingen die ontstonden vóór de opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie, ten laste vallen van de overnemer.

De andere schuldvorderingen (ontstaan tijdens de procedure) blijven ten laste van de schuldenaar-ervreemder. Indien de schuldenaar het slachtoffer is van een sluiting en in gebreke blijft, komt het Sluitingsfonds tegemoet voor de verifieerbare schulden. Het Sluitingsfonds kan vervolgens van de schuldenaar de terugbetaling eisen van de aan de werknemers uitbetaalde vergoedingen, volgens de normale regels die hiervoor gelden.

Het spreekt vanzelf dat de schuldvorderingen die opeisbaar worden na de overdracht ten laste zijn van de nieuwe werkgever, de overnemer.

- **De nieuwe regeling: artikelen 14 tot 16 van de cao nr. 102**

De schuldvorderingen van de niet-overgenomen werknemers blijven zoals voorheen ten laste van de schuldenaar-vervreemder, met een waarborg door het Sluitingsfonds.

De artikelen 14 tot 16 van de cao nr. 102 wijzigen het lot van de schuldvorderingen van de overgenomen werknemers die voortvloeien uit hun arbeidsovereenkomst met de schuldenaar-vervreemder.

Om de regeling voor het lot van schuldvorderingen van de overgenomen werknemers te verduidelijken is een tijdslijn met een overzicht van de verschillende hypothesen als bijlage bij het advies opgenomen. De nieuwe regeling is ingegeven vanuit de dubbele bekommernis van rechtszekerheid en het doseren van de tegemoetkomingen van het Sluitingsfonds (zie hierboven).

Er dient een onderscheid gemaakt te worden tussen drie hypothesen, naargelang van het moment waarop de schuldvordering opeisbaar wordt : “vóór de procedure van gerechtelijke organisatie”, “tijdens de procedure” of na “de overdracht”.

Deze tijdstippen worden gedefinieerd in de cao nr. 102.

Onder schuldvordering opeisbaar geworden “vóór de procedure van gerechtelijke organisatie” verstaat men de schuldvordering die reeds opeisbaar geworden is op het tijdstip van het vonnis dat de procedure van gerechtelijke reorganisatie opent, of, bij ontstentenis van dit vonnis, op het tijdstip van het vonnis dat de overdracht onder gerechtelijk gezag beveelt.

In de volgende gevallen is er een vonnis dat de procedure van gerechtelijke reorganisatie opent (vonnis waarvan sprake in art. 24, § 2 van de WCO) :

- wanneer het gaat om een procedure van overdracht onder gerechtelijk gezag met toestemming van de schuldenaar (art. 59, § 1 van de WCO);

- wanneer het gaat om de volgende gevallen van een procedure van gedwongen overdracht onder gerechtelijk gezag (art. 59, § 2 van de WCO):
 - . wanneer de rechtbank de vroegtijdige beëindiging van de gerechtelijke reorganisatie beveelt (art. 41 van de wet);
 - . wanneer de rechtbank het reorganisatieplan intrekt (art. 58 van de wet);
 - . wanneer de schuldeisers het reorganisatieplan niet goedkeuren (art. 54 van de wet);
 - . wanneer de rechtbank de homologatie van het reorganisatieplan weigert (art. 55 van de wet).

In de volgende twee gevallen (het gaat telkens om een procedure van gedwongen overdracht onder gerechtelijk gezag) is er geen vonnis dat de procedure van gerechtelijke reorganisatie opent :

- wanneer de schuldenaar zich in staat van faillissement bevindt zonder een procedure van gerechtelijke reorganisatie te hebben aangevraagd;
- wanneer de rechtbank de vordering tot het openen van deze procedure verwerpt (art. 23 van de wet).

Is er een vonnis dat de procedure van gerechtelijke reorganisatie opent, dan dient nagegaan te worden of de schuldvordering op dat ogenblik reeds opeisbaar geworden was.

Is er geen vonnis dat de procedure van gerechtelijke reorganisatie opent, dan dient nagegaan te worden of de schuldvordering reeds opeisbaar geworden was op het tijdstip van het vonnis dat de overdracht onder gerechtelijk gezag beveelt (vonnis waarvan sprake in de artn. 59 en 60 van de WCO).

Onder schuldvordering opeisbaar geworden na “de overdracht” verstaat men de schuldvordering die opeisbaar wordt vanaf de datum waarvan akte wordt genomen in het vonnis van de rechtbank van koophandel dat de overdracht onder gerechtelijk gezag toestaat (art. 64 van de WCO), op basis van de in de overeenkomst van voorgenomen overdracht voorgestelde datum.

Eerste hypothese : de schuldvordering is opeisbaar geworden “vóór de procedure van gerechtelijke organisatie”

Artikel 14 van de cao nr. 102 stelt dat een voorwaarde dient vervuld te zijn opdat deze schuldvorderingen van de overgenomen werknemers na de overdracht ten laste van de overnemer kunnen vallen : zij zijn aan de (toen kandidaat-)overnemer ter kennis gebracht overeenkomstig het artikel 8, § 1 van de cao nr. 102.

Artikel 15 preciseert dat de overnemer voor de schulden die aan hem ter kennis zijn gebracht krachtens artikel 8, § 1 in solidum aansprakelijk is tezamen met de schuldenaar, waardoor de schuldeiser zijn volledige schuldvordering naar zijn keuze kan verhalen op een van deze schuldenaars, die dan gehouden is tot betaling van de gehele schuld.

Indien aan de voorwaarde van het artikel 14 niet voldaan werd, kunnen de schulden na de overdracht niet aan de overnemer toegeworpen worden en zullen ze ook na de overdracht ten laste blijven van de schuldenaar.

De Raad merkt op dat het Sluitingsfonds op grond van het artikel 35, § 1 van de sluitingswet bevoegd is om tegemoet te komen in geval de schuldenaar het slachtoffer is van een sluiting en in gebreke blijft de genoemde schulden aan de overgenomen werknemers te vergoeden, binnen de grenzen die voor zijn tegemoetkoming van toepassing zijn in het kader van de wetgeving betreffende de sluiting van ondernemingen. Dit houdt tevens in dat het Sluitingsfonds vervolgens van de schuldenaar de terugbetaling kan eisen van de aan de werknemers uitbetaalde vergoedingen.

De Raad merkt verder op dat in geval van een overdracht van een onderneming onder gerechtelijk gezag deze overdracht kan leiden tot een sluiting zonder dat er sprake is van een vereffening of een faillissement. Nochtans kan het Sluitingsfonds op basis van het artikel 44 van het koninklijk besluit van 23 maart 2007 slechts tegemoetkomen indien het een aanvraag ontvangt die ondertekend is door de curator of de vereffenaar. Deze personen verifiëren en aanvaarden de schuldvorderingen van de werknemers.

Artikel 44 voorziet erin dat ook een commissaris inzake opschorting deze taak kon vervullen (in het kader van een procedure van gerechtelijk akkoord) en het Sluitingsfonds heeft vastgesteld dat in de praktijk bij een overdracht van een onderneming onder gerechtelijk gezag deze verplichtingen worden vervuld door de gerechtsmandataris.

Het beheerscomité van het Sluitingsfonds heeft beslist dat het Sluitingsfonds mag tegemoetkomen op grond van een aanvraag ondertekend door een gerechtsmandataris, ook al bestaat er hiervoor nog geen juridische basis. Het is de bedoeling deze werkwijze na verloop van tijd te evalueren en in het geval van een positieve evaluatie een aanpassing van het koninklijk besluit op dit punt voor te stellen.

De Raad sluit zich aan bij deze werkwijze en wenst op de hoogte gebracht te worden van de evaluatie van deze praktijk door het Sluitingsfonds.

Tweede hypothese : de schuldvordering is opeisbaar geworden "tijdens de procedure"

Artikel 16 van de cao nr. 102 stelt dat de schuldvorderingen van de overgenomen werknemers die opeisbaar worden tijdens de procedure van gerechtelijke reorganisatie ten laste blijven van de schuldenaar. Het gaat om de schuldvorderingen die opeisbaar worden na het tijdstip van het vonnis dat de procedure van gerechtelijke reorganisatie opent, of, bij ontstentenis van dit vonnis, na het tijdstip van het vonnis dat de overdracht onder gerechtelijk gezag beveelt, maar vóór het tijdstip van de overdracht onder gerechtelijk gezag.

Wat die schuldvorderingen betreft, merkt de Raad in de eerste plaats op dat overeenkomstig het artikel 36 van de WCO deze schuldvorderingen “buiten de opschorting blijven”, hetgeen betekent dat de schuldeisers zonder beperking middelen van tenuitvoerlegging kunnen aanwenden om betaling te verkrijgen, en tevens overeenkomstig het artikel 37 van de WCO genieten van het statuut van “boedelschulden” in een eventueel later faillissement of vereffening, in de zin dat ze bij voorrang uitbetaald zullen worden. Dit voorrangrecht kan echter niet uitgeoefend worden op de opbrengst van de te gelde gemaakte goederen waarop een zakelijk recht is gevestigd, tenzij de prestaties van de werknemers bijgedragen hebben tot het behoud van de zekerheid of de eigendom (art. 37, derde lid van de WCO).

De Raad merkt op dat het Sluitingsfonds op grond van het artikel 35, § 1 van de sluitingswet bevoegd is om tegemoet te komen in het geval de schuldenaar het slachtoffer is van een sluiting en in gebreke blijft de genoemde schulden aan de overgenomen werknemers te vergoeden, binnen de grenzen die voor zijn tegemoetkoming van toepassing zijn in het kader van de wetgeving betreffende de sluiting van ondernemingen. Dit houdt tevens in dat het Sluitingsfonds vervolgens van de schuldenaar de terugbetaling kan eisen van de aan de werknemers uitbetaalde vergoedingen. Wat betreft de aanvraag voor tegemoetkomingen van het Sluitingsfonds door de gerechtsmandataris, zie hierboven.

Derde hypothese : de schuldvordering is opeisbaar geworden na “de overdracht”

De schuldvorderingen van de overgenomen werknemers die opeisbaar worden na de overdracht zijn ten laste van de overnemer, die de nieuwe werkgever is geworden.

E. Noodzakelijke aanpassingen in de regelgeving

1. Bemerkingen wat het artikel 61 van de WCO betreft

De Raad wil, wat het artikel 61 van de WCO betreft, opmerken dat eens de cao nr. 102 door de Koning bekrachtigd zal zijn, krachtens artikel 61 § 6 de bepalingen van het artikel 61 niet meer gelden. Dit doet twee problemen rijzen.

Ten eerste, dient er op gewezen te worden dat het artikel 61 een ruimer toepassingsgebied heeft dan de bepalingen van de cao nr. 102 omwille van het toepassingsgebied van de wet van 5 december 1968.

Ten tweede, dient opgemerkt te worden dat bepaalde elementen van het artikel 61 niet bij cao kunnen geregeld worden, namelijk het verloop van de homologatieprocedure (zie hierboven punt D.4.e.) en de beperking van de mogelijkheid om na de overdracht in onderlinge overeenstemming wijzigingen in de individuele arbeidsovereenkomsten aan te brengen, tot wijzigingen die hoofdzakelijk verbonden zijn aan technische, economische of organisatorische redenen (zie hierboven punt D.4.a.).

Om deze twee problemen te regelen, stelt de Raad voor :

- dat een analoge regeling als die welke bepaald is in de cao nr. 102 zou worden uitgewerkt voor de werknemers waarop de CAO-wet van 5 december 1968 niet van toepassing is; en
- dat de bepalingen van het huidige artikel 61 van de WCO met betrekking tot de homologatieprocedure en de mogelijkheid om in onderlinge overeenstemming wijzigingen in de individuele arbeidsovereenkomsten aan te brengen, behouden blijven met inachtneming van de in onderhavig advies gevraagde aanpassingen terzake.

2. De positie en functie van de werknemersvertegenwoordigers

a. Het algemeen kader

- In eerste instantie wil de Raad opmerken dat in deze materie rekening dient gehouden te worden met het artikel 6 van de richtlijn 2001/23/EG.

Hij herinnert eraan dat het artikel 6 van de richtlijn 2001/23/EG verduidelijkt in welke omstandigheden de taak en de rechtspositie van de werknemersvertegenwoordigers gehandhaafd moeten worden. Die regeling is van toepassing in alle gevallen van overgang van ondernemingen, ook deze in het kader van een faillissement of een soortgelijke procedure.

In dit kader worden twee situaties onderscheiden naargelang de onderneming die overgaat al dan niet als eenheid blijft bestaan.

Indien de overgedragen onderneming als eenheid blijft bestaan, moeten de positie en functie van de werknemersvertegenwoordigers behouden blijven onder dezelfde voorwaarden als voor de overgang, behoudens wanneer voldaan is aan de vereisten voor het opnieuw aanwijzen of de nieuwe samenstelling van de werknemersvertegenwoordiging. Blijft de onderneming na de overgang niet als eenheid bestaan, dan moeten de lidstaten ervoor zorgen dat werknemers die vóór de overgang vertegenwoordigd waren ook daarna gedurende de periode nodig voor de nieuwe samenstelling of de nieuwe aanwijzing, naar behoren vertegenwoordigd blijven.

In het geval dat de onderneming na de overgang als eenheid blijft voortbestaan, is er een specifieke regeling vastgesteld voor de overgang in het kader van een faillissement of soortgelijke procedure : in dit geval mogen de lidstaten maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat werknemers die overgaan naar behoren worden vertegenwoordigd totdat er nieuwe werknemersvertegenwoordigers worden gekozen of aangewezen.

De Raad herinnert er tevens aan dat hij in zijn advies nr. 1.392 van 13 maart 2002 van oordeel was dat het gerechtelijk akkoord, bedoeld bij de wet van 1997, niet als een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure in de zin van de richtlijn kon beschouwd worden, aangezien het gerechtelijk akkoord het behoud van de onderneming en de voorzetting van de activiteit beoogt.

Hij vroeg daarom in het advies nr. 1.392 om de Belgische regelgeving betreffende de ondernemingsraden, de comités voor preventie en bescherming op het werk alsook deze met betrekking tot de vakbondsafvaardigingen op dit punt aan te passen.

Er werd in uitvoering van dit advies echter geoordeeld dat de Belgische regeling voorzien voor de hypothese van een overgang krachtens overeenkomst ook van toepassing kon zijn voor het geval van een overgang bij gerechtelijk akkoord, zonder dat een expliciete verwijzing naar deze hypothese vereist was.

De Raad wil er op wijzen dat dit laatste niet het geval kan zijn voor de hypothese van de overdracht onder gerechtelijk gezag.

Tot nu toe kende de Belgische wetgeving geen overdracht van een onderneming onder gerechtelijk gezag. Dit nieuwe geval dient dus geregeld te worden, met respect voor de bepalingen van de richtlijn.

Dit vereist dus een aanpassing van de Belgische regelgeving betreffende de ondernemingsraden, de comités voor preventie en bescherming op het werk alsook deze met betrekking tot de vakbondsafvaardigingen.

- Vooraleer in te gaan op de gewenste aanpassing van de genoemde regelgeving, wenst de Raad in tweede instantie een bemerking te maken met betrekking tot het artikel 12 van de cao nr. 102 dat de keuze betreft van de werknemers die overgenomen zullen worden. Deze keuze dient bepaald te worden door technische, economische of organisatorische redenen en moet gebeuren zonder verboden differentiatie.

Alhoewel die keuze aan de overnemer toekomt, zal hij die keuze moeten kunnen motiveren. In dit kader is het belangrijk om er op te wijzen dat de draagwijdte van zijn bewijslast afhankelijk is van het aantal werknemersvertegenwoordigers die effectief overgenomen worden.

Blijft de verhouding tussen de overgenomen werknemers en hun werknemersvertegenwoordigers minstens gelijk (voor en na de overdracht), dan zal er immers een (weerlegbaar) vermoeden zijn dat de overnemer gehandeld heeft zonder verboden differentiatie. Indien bijvoorbeeld voor de overdracht onder gerechtelijk gezag 10 % van de werknemers, vertegenwoordigers van het personeel zijn, moeten onder de personeelsleden die worden overgenomen om technische, economische of organisatorische redenen minstens 10 % van de werknemersvertegenwoordigers overgenomen worden opdat het vermoeden van toepassing zou zijn. Indien er in een onderneming van 100 werknemers bijvoorbeeld 10 werknemersvertegenwoordigers zijn en van diezelfde onderneming 50 werknemers worden overgedragen, dan dienen er, voor de toepassing van het vermoeden, onder deze overgedragen werknemers 5 werknemersvertegenwoordigers te zijn.

Indien wordt opgeworpen dat er bij de keuze van de overgenomen werknemers een verboden differentiatie is gebeurd, zal de overnemer het vermoeden van afwezigheid van verboden differentiatie kunnen inroepen, maar dit vermoeden kan eventueel weerlegd worden, bijvoorbeeld door een discriminatie in de zin van de antidiscriminatiewetgeving in te roepen.

Hierbij is van belang dat deze verhouding dient beoordeeld te worden in zijn globaliteit (geen onderscheid tussen effectieven en plaatsvervangers, geen onderscheid tussen de vertegenwoordigde categorieën, geen onderscheid naargelang het orgaan). Bij de berekening van die verhouding wordt alleen rekening gehouden met de personeelsvertegenwoordigers als bedoeld in artikel 1, § 1, 1° van de wet van 19 maart 1991 en artikel 20 bis van de cao nr. 5 van 24 mei 1971.

In elk geval zal de lijst van de werknemers die overgenomen zullen worden (waaronder de werknemersvertegenwoordigers) opgenomen zijn in de overeenkomst van voorgenomen overdracht, die door de arbeidsrechtbank eventueel gehomologeerd kan worden.

De rechtbank zal in dat geval controle kunnen uitoefenen over het feit of de keuze van de werknemers, die de overnemer toekomt, bepaald werd door technische, economische of organisatorische redenen en of er geen verboden differentiatie is gebeurd, inzonderheid ingegeven door de activiteit uitgeoefend als vertegenwoordiger van het personeel in de overgedragen onderneming of het overgedragen deel van de onderneming.

b. Wat betreft het lot van de bij wet geregelde overlegorganen : ondernemingsraad en comité voor preventie en bescherming op het werk

De Raad heeft er hiervoor reeds op gewezen dat de regeling van het lot van de overlegorganen bij een overdracht van een (deel van) een onderneming onder gerechtelijk gezag een aanpassing van de wetgeving vereist, en meer bepaald :

- inzake de ondernemingsraden : artikel 21, §§ 10 en 11 van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven;
- inzake de comités voor preventie en bescherming op het werk (hierna CPBW) : de artikelen 69 tot 76 van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk.

Hij wil in onderhavig advies de algemene principes opsommen waaraan volgens hem de wettelijke regeling voor het lot van de overlegorganen bij een overdracht van een (deel van) een onderneming onder gerechtelijk gezag dient te voldoen.

1. Het dient in de wet te gaan om een suppletieve regeling, die geldt tenzij de partijen een andere regeling treffen;
2. Het dient ook te gaan om een overgangsregeling, die geldt tot de volgende sociale verkiezingen;
3. De regeling dient zo dicht mogelijk aan te sluiten bij de regeling die bestaat voor het lot van de overlegorganen bij een conventionele overdracht van (een deel van) een onderneming (art. 18, § 3 en 4 en art. 20, § 10 van de wet van september 1948 en de artn. 69 tot 75 van de wet van 4 augustus 1996).

Dit houdt in dat de overgenomen werknemersvertegenwoordigers hun mandaat verder zullen uitoefenen bij de overnemer, afhankelijk van de situatie, in een apart overlegorgaan of in een bij de overnemer reeds bestaand overlegorgaan.

De Raad vraagt evenwel dat de bevoegde overheden zouden nagaan welke aanpassingen aan de regeling van het lot van de overlegorganen bij een conventionele overdracht van (een deel van) een onderneming eventueel noodzakelijk zijn gezien de specificiteit van een overdracht onder gerechtelijk gezag ten aanzien van een conventionele overdracht.

4. De beschermingsmaatregelen die door de Bijzondere Ontslagregelingswet van 19 maart 1991 zijn voorzien, blijven behouden voor alle overgenomen werknemersvertegenwoordigers (effectieven, plaatsvervangers) en niet-verkozen kandidaat-werknemersvertegenwoordigers.

Het gaat immers om rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomsten die bestaan op het moment van de overdracht onder gerechtelijk gezag, die door de overnemer dienen overgenomen te worden.

De Raad wil er op wijzen dat de voorgestelde wettelijke aanpassingen en de aanpassing van de cao nr. 5 wat de vakbondsafvaardiging betreft (zie hierna, onder punt c.) een geheel vormen.

De Raad dringt er dan ook op aan dat de nodige schikkingen worden getroffen om die wettelijke aanpassingen zo snel mogelijk te verwezenlijken.

c. Wat betreft het lot van de syndicale afvaardiging

De Raad herinnert er aan dat het artikel 20 bis van de cao nr. 5 van 24 mei 1971 de regels bepaalt die gelden inzake de beschermingsmaatregelen en de voortzetting van de uitoefening van het mandaat voor de syndicale afvaardigden bij wijziging van werkgever ingevolge een overgang van onderneming of van een gedeelte van een onderneming krachtens overeenkomst.

Hij is van oordeel dat de Belgische regeling voorzien voor de hypothese van een overgang krachtens overeenkomst, die in overeenstemming met de richtlijn 2001/23/EG werd bevonden, niet van toepassing kan zijn in het geval van een overdracht onder gerechtelijk gezag, zodat een expliciete verwijzing naar deze hypothese vereist is.

Daarom heeft de Raad beslist de cao nr. 5 op dit punt aan te passen door de cao nr. 5 quater, zodat de geldende regeling terzake bij een conventionele overdracht ook zal gelden bij een overdracht onder gerechtelijk gezag.

F. Slotopmerking

De Raad herhaalt tenslotte dat de door hem gesloten cao's nr. 102 en nr. 5 quater en onderhavig advies een eerste fase van zijn werkzaamheden met betrekking tot de WCO afsluiten.

Hij is van oordeel dat hiermee de rechten van de werknemers die betrokken zijn bij een overdracht onder gerechtelijk gezag met grotere rechtszekerheid voor alle betrokken partijen geregeld worden en dat hierbij een evenwicht werd gevonden tussen het belang om een ondernemingsactiviteit te redden en de last die hiervoor aan de collectiviteit (het Sluitingsfonds) kan opgelegd worden. Ook werd de nieuwe rechtsfiguur van de overdracht onder gerechtelijk gezag hierdoor in het geheel van het arbeidsrecht opgenomen.

Hij vraagt de bevoegde instanties met aandrang om zo snel als mogelijk de in onderhavig advies gevraagde wetgevende wijzigingen door te voeren en zich te beperken tot deze aanpassingen, teneinde op korte termijn ook de cao nr. 102 en nr. 5 quater in werking te laten treden en duidelijkheid te geven aan de actoren op het terrein over de nieuwe regeling terzake en hierbij het door de sociale partners gevonden evenwicht ten volle te respecteren.

Ondertussen zal hij de toepassing van de WCO op het terrein verder opvolgen. Hij behoudt zich daarbij het recht voor om aangaande vastgestelde probleemsituaties in een tweede fase verdere voorstellen te doen.

BIJLAGE

