

A V I S N° 1.779

Séance du mercredi 5 octobre 2011

Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises

x x x

2.308-1

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
I. HISTORIQUE ET PORTÉE DE LA DEMANDE D'AVIS	2
II. POSITION DU CONSEIL NATIONAL DU TRAVAIL	4
A. Démarche du Conseil	4
B. Considérations préalables concernant la loi du 31 janvier 2009 et planification des travaux	5
C. Considérations préalables concernant la terminologie utilisée	11
D. La CCT n° 102 : le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'une réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice	11
1. La CCT n° 102 et la directive 2001/23/CE	11
2. La CCT n° 102 et la CCT n° 32 bis	13
3. Les objectifs de la CCT n° 102	14
a. Sécurité juridique pour toutes les parties concernées	15
b. Le rôle du Fonds de fermeture	16
4. Aperçu thématique de la CCT n° 102 et des adaptations de la réglementation qu'elle requiert	17
a. Droits et obligations à l'égard des travailleurs repris	17
b. Choix des travailleurs qui seront repris	21
c. Information des (représentants des) travailleurs et du candidat-repreneur	21
d. Convention de transfert projeté	25

e.	Homologation de la convention de transfert projeté	26
f.	Sort des créances des travailleurs	29
E.	Adaptations nécessaires de la réglementation	34
1.	Remarques concernant l'article 61 de la LCE	34
2.	Statut et fonction des représentants des travailleurs	35
a.	Cadre général	35
b.	Sort des organes de concertation réglés par la loi : le conseil d'entreprise et le comité pour la prévention et la protection au travail	38
c.	Sort de la délégation syndicale	40
F.	Remarque finale	40

ANNEXE

AVIS N° 1.779

Objet : Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises

Par lettre du 18 juin 2008, monsieur J. Vandeurzen, ministre de la Justice de l'époque, a consulté le Conseil national du Travail sur un amendement du gouvernement à une proposition de loi relative à la continuité des entreprises (Doc. Chambre n° 52 0160/001).

Étant donné que la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises a entre-temps été publiée au Moniteur belge et que son article 61, § 6 prévoit qu'une CCT du Conseil peut donner un contenu propre au régime qu'il contient pour les droits des travailleurs en cas de transfert d'une entreprise sous autorité de justice, le Conseil a poursuivi ses travaux dans ce cadre.

L'examen de cette question a été confié à la Commission des relations individuelles du travail.

Dans le cadre de ses discussions, la commission a pu bénéficier de la collaboration des fonctionnaires compétents du SPF ETCS et du Fonds de fermeture d'entreprises.

Sur rapport de la commission, les organisations représentées au sein du Conseil ont conclu, le 5 octobre 2011, les CCT n°s 102 et 5 quater et le Conseil a simultanément émis l'avis suivant.

x x x

AVIS DU CONSEIL NATIONAL DU TRAVAIL

I. HISTORIQUE ET PORTÉE DE LA DEMANDE D'AVIS

1. Le Conseil national du Travail rappelle qu'il a émis, le 21 novembre 2006, l'avis divisé n° 1.578 sur un avant-projet de loi relative à la continuité des entreprises, qui avait pour but d'assurer la continuité d'une entreprise en difficulté par le biais d'une procédure de réorganisation judiciaire (entre autres par un transfert sous autorité de justice).

Il avait officiellement été consulté par le ministre de l'Emploi de l'époque, monsieur P. Vanvelthoven, sur l'article 51 de l'avant-projet de loi, qui visait à préciser la nature du transfert d'entreprise sous autorité de justice, mais il avait également été consulté de manière informelle sur l'ensemble de l'avant-projet de loi.

À l'été 2006, cet avant-projet de loi a été approuvé en première lecture par le Conseil des ministres, mais il n'a finalement pas été déposé à la Chambre, notamment en raison de la position divisée des partenaires sociaux dans l'avis n° 1.578 du 21 novembre 2006.

2. Le 1^{er} octobre 2007, une proposition de loi relative à la continuité des entreprises a été déposée à la Chambre par messieurs Crucke et Bacquelaine (Doc. Chambre n° 0160/001). Elle reprenait en grande partie le contenu de l'avant-projet de loi précité.

Le 10 juin 2008, le gouvernement a déposé à la Chambre un amendement global à cette proposition de loi, qui découlait des travaux d'un groupe d'experts composé par le ministre de la Justice de l'époque, monsieur J. Vandeurzen (Doc. Chambre n° 52 0160/002). Cet amendement remplaçait l'ensemble du texte de la proposition de loi.

Par lettre du 18 juin 2008, le ministre de la Justice a consulté le Conseil national du Travail sur cet amendement du gouvernement, en particulier sur l'article 61, qui concerne les droits des travailleurs en cas de transfert sous autorité de justice.

Dans une lettre du 9 juillet 2008 au ministre de la Justice, les organisations représentées au sein du Conseil ont fait savoir que les dispositions de cet article représentaient le résultat d'un compromis qui contenait, d'une part, un certain nombre d'éléments positifs et, d'autre part, certains points apportant moins de satisfaction, voire aucune, et ce, tant pour les organisations d'employeurs que pour les organisations de travailleurs.

Dans ce contexte, elles ont indiqué qu'elles estimaient que l'article 61 constitue une base juridique utile pour développer davantage ledit statut du travailleur et y donner un contenu propre.

Dans cette même lettre, les organisations représentées au sein du Conseil ont également fait savoir qu'elles examineraient les modifications qui doivent être apportées sur cette base à d'autres réglementations de droit social et sans lesquelles il n'est, selon elles, pas possible d'appliquer la nouvelle législation relative à la continuité des entreprises efficacement et en toute sécurité juridique.

3. La proposition de loi a été approuvée par la Chambre le 6 novembre 2008, mais elle a été évoquée par le Sénat le 24 novembre 2008. Cela a entraîné la scission du projet de loi existant en deux projets de loi : le projet de loi relatif à la continuité des entreprises (Doc. Chambre n° 0160/008), qui porte sur la procédure proprement dite, et le projet de loi modifiant le Code judiciaire concernant la continuité des entreprises (Doc. Chambre n° 1692/001).

Le 18 décembre 2008, les deux projets de loi ont été approuvés par le Sénat (moyennement quelques modifications techniques) et transmis à la Chambre, où ils ont été adoptés sans modification le 15 janvier 2009.

Les deux lois ont été publiées au Moniteur belge du 9 février 2009¹. Leur entrée en vigueur nécessitait un arrêté royal. L'arrêté royal du 27 mars 2009 a fait entrer les deux lois en vigueur le 1^{er} avril 2009.

¹ - La loi du 26 janvier 2009 modifiant le Code judiciaire concernant la continuité des entreprises ;
- la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises.

4. L'article 61 de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises (ci-après LCE) (qui règle le statut des travailleurs en cas de transfert sous autorité de justice) prévoit, en son § 6, que ses dispositions s'appliquent jusqu'à la ratification d'une convention collective de travail conclue au Conseil national du Travail et réglementant de façon plus précise les droits des travailleurs concernés par un transfert d'entreprise dans le cadre d'une réorganisation judiciaire. Il prévoit en outre que les dispositions de cette convention collective de travail peuvent déroger aux dispositions de cet article.

Dans cette optique, les organisations représentées au sein du Conseil ont conclu la CCT n° 102.

Le présent avis a pour but :

- de commenter la CCT n° 102, qui règle les droits des travailleurs concernés par un transfert d'entreprise dans le cadre d'une réorganisation judiciaire ;
- de proposer les modifications de la réglementation qui sont nécessaires pour compléter ce statut des travailleurs et pour intégrer la nouvelle forme juridique du transfert sous autorité de justice dans l'ensemble du droit du travail.

Dans ce cadre, le Conseil a également conclu la CCT n° 5 quarter, qui modifie la CCT n° 5 du 24 mai 1971 concernant le statut des délégations syndicales.

II. POSITION DU CONSEIL NATIONAL DU TRAVAIL

A. Démarche du Conseil

1. Le Conseil national du Travail a conclu la CCT n° 102 afin d'utiliser pleinement la marge d'autonomie offerte aux partenaires sociaux par l'article 61, § 6 de la LCE. Les partenaires sociaux sont d'avis qu'il est en premier lieu de leur compétence de prendre des mesures législatives dans la matière des droits des travailleurs en cas de transfert de leur entreprise.

La conclusion de la CCT n° 102 s'inscrit, pour l'hypothèse du transfert sous autorité de justice, dans le prolongement de la CCT n° 32 bis, qui a déjà transposé en droit belge les dispositions de la directive 2001/23/CE relatives au transfert d'entreprises pour les hypothèses du transfert conventionnel et de la reprise de l'actif après faillite.

2. Par leur CCT n° 102, les partenaires sociaux souhaitent donner toutes les chances de réussite à la formule du transfert sous autorité de justice.

Ils sont conscients qu'afin de faciliter un transfert sous autorité de justice, il est important que le candidat-repreneur sache à quoi il s'engage le cas échéant et que l'on veille en tout cas à un règlement équitable pour les dettes du passé. En même temps, il est important pour les travailleurs-créanciers que leurs droits soient préservés dans la mesure du possible et qu'ils puissent s'adresser à un débiteur solvable pour leurs créances. Le Fonds de fermeture offre une assurance de la collectivité pour le cas où le débiteur-cédant devrait fermer son entreprise, mais cela requiert que l'on dose la charge qui peut raisonnablement être imposée au fonds et que des mesures soient prises afin d'éviter des abus.

Comme indiqué ci-après, la CCT n° 102 a tenu compte de toutes ces considérations. En outre, le Conseil formule dans le présent avis un certain nombre de propositions visant à adapter le cadre réglementaire en conséquence.

B. Considérations préalables concernant la loi du 31 janvier 2009 et planification des travaux

1. Le Conseil souhaite formuler un certain nombre de considérations préalables concernant la loi du 31 janvier 2009, afin de placer la nouvelle forme juridique du transfert sous autorité de justice dans le contexte du nouveau dispositif qui est introduit pour sauver les entreprises en difficulté et pour limiter le nombre de faillites d'entreprises.
 - Le Conseil constate tout d'abord que le gouvernement a justifié son amendement global à la proposition de loi relative à la continuité des entreprises par les constats suivants :

* la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire a vieilli ;

- * certains objectifs de cette loi restent valables, à savoir le développement durable et l'assainissement des entreprises ;
- * les instruments juridiques pour atteindre ces objectifs doivent être adaptés en harmonie avec le droit des pays qui sont les partenaires commerciaux de la Belgique.

Le gouvernement a en outre souligné que le droit international et européen a conduit à adopter un modèle législatif basé sur la distinction entre les procédures collectives de liquidation et les procédures de redressement de l'entreprise et que cette dichotomie se retrouve en Belgique dans la distinction entre la faillite et le concordat judiciaire.

Le gouvernement n'entendait pas remettre fondamentalement cette division en cause et a maintenu la différence entre, d'une part, la « réorganisation » et, d'autre part, la « faillite », mais il entendait compléter le concept de « réorganisation » d'une manière qui permet de régulariser des situations très différentes qui ont comme caractéristiques communes qu'elles ont trait à une entreprise insolvable ou qui l'est potentiellement et qu'elles visent autre chose qu'une liquidation pure et simple de l'actif de l'entité insolvable.

L'objectif était donc que la procédure de réorganisation ait une portée plus large que le régime du concordat judiciaire.

La loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire a en tout cas été abrogée le 1^{er} avril 2009, sous réserve toutefois de son application aux procédures en concordat judiciaire encore en cours au 1^{er} avril 2009 (article 85 de la LCE).

- Le Conseil constate ensuite que la loi du 31 janvier 2009 prévoit deux phases possibles dans la réorganisation d'une entreprise.

Une première phase informelle (titres 2 et 3 de la LCE) consiste en la détection des entreprises en difficulté par la chambre d'enquête commerciale. Un médiateur d'entreprise peut être désigné à la demande du débiteur afin d'assister l'entreprise en difficulté, en vue éventuellement de négocier un accord amiable, qui offre une protection contre les articles 17, 2^o et 18 de la loi sur les faillites.

Si cela s'avère insuffisant pour résoudre les problèmes de manière informelle, le débiteur peut avoir recours à la réorganisation judiciaire, qui est une procédure formelle sous la surveillance du tribunal de commerce. Cette procédure est ouverte à toute entreprise dont la continuité est menacée à bref délai ou à terme (article 23 de la LCE).

Le débiteur est alors protégé contre ses créanciers pendant une période déterminée, à condition qu'il prenne les mesures de rétablissement nécessaires. Pour ce faire, il a le choix entre 1. un accord amiable formel, 2. un accord collectif (une forme adaptée de l'ancien concordat judiciaire) et 3. un transfert sous autorité de justice (articles 59 à 70 de la LCE).

Le transfert sous autorité de justice peut avoir lieu à la demande du débiteur ou à la demande d'un tiers. Un transfert forcé sous autorité de justice (à l'initiative d'un tiers) ne peut avoir lieu que dans des cas bien définis qui sont énumérés à l'article 59, § 2 de la LCE (voir ci-après).

2. Le Conseil souhaite signaler que les CCT n°s 102 et 5 quater ainsi que le présent avis, dans lesquels les partenaires sociaux donnent un contenu propre aux droits des travailleurs concernés par un transfert sous autorité de justice en utilisant la marge laissée par l'article 61, § 6 de la LCE, clôturent la première phase de ses travaux relatifs à la LCE. Le Conseil a ainsi exécuté le mandat qui lui avait été donné par l'article 61, § 6 de la LCE.

Le Conseil est d'avis que la réglementation équilibrée prévue par les partenaires sociaux (voir ci-avant, sous le point II.A.) optimisera les chances de réussite des transferts sous autorité de justice.

Les CCT n°s 102 et 5 quater n'entreront toutefois en vigueur que lorsque les dispositions légales modificatives faisant suite au présent avis auront été prises (article 17 de la CCT n° 102).

Le Conseil demande par conséquent instamment aux instances compétentes de procéder le plus rapidement possible aux modifications législatives demandées dans le présent avis et de s'y limiter, afin d'apporter à court terme aux acteurs de terrain et aux acteurs institutionnels, dont le Fonds de fermeture, la clarté sur la nouvelle réglementation en la matière.

3. Les travaux qui ont eu lieu au sein du Conseil au cours de cette première phase, et qui portaient en particulier sur le transfert sous autorité de justice, ont toutefois montré que l'application des différents instruments de la LCE pose encore un certain nombre de problèmes sur le terrain.

Premièrement, le Conseil indique qu'il accorde une attention particulière aux aspects de prévention, destinés aux débiteurs en difficultés financières telles que la continuité de leur entreprise peut être mise en péril.

C'est pourquoi il est soucieux du bon fonctionnement des outils que constituent la collecte des données et les enquêtes commerciales, qui doivent dès lors recevoir un investissement humain suffisant. Il est en effet important de suivre au plus près la situation des débiteurs en vue de favoriser la continuité de leur entreprise ou de leurs activités et de limiter ainsi les dégâts subis par les créanciers, au rang desquels figurent souvent les travailleurs.

Le Conseil pense qu'il serait particulièrement important, pour atteindre ces objectifs, que les régions s'impliquent sérieusement dans une politique préventive de gestion des entreprises en difficulté, à côté des outils mis en place par la LCE.

Le Conseil est d'avis qu'il faut fournir davantage d'efforts pour veiller à ce que les entreprises en difficulté soient informées à temps des instruments qui sont à leur disposition et à ce que les créanciers, y compris les créanciers publics, soient suffisamment informés de leur position dans le cadre de ces instruments, de sorte qu'ils soient disposés à contribuer de manière constructive au rétablissement de l'entreprise.

Deuxièmement, le Conseil souligne que les travailleurs des entreprises concernées occupent une place particulière parmi les créanciers. Il attire l'attention sur le fait que la LCE contient de nombreuses dispositions qui visent à favoriser l'implication des travailleurs et de leurs représentants dans la procédure de réorganisation judiciaire (titre 4 de la LCE).

Il s'agit entre autres de :

- l'article 17, 9°, qui prévoit que le débiteur doit joindre à la requête qu'il adresse au tribunal de commerce en vue de l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire l'indication qu'il a satisfait aux obligations légales et conventionnelles d'information et de consultation des travailleurs ou de leurs représentants ;
- l'article 20, deuxième alinéa, qui dispose que tout créancier et, sur autorisation du juge délégué, toute personne pouvant justifier d'un intérêt légitime peut prendre gratuitement connaissance du dossier de la réorganisation judiciaire, qui doit être tenu au greffe ;
- l'article 43, septième alinéa, qui prévoit que, lorsque la procédure de réorganisation judiciaire tend à la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et deux ou plusieurs de ses créanciers, cela doit se faire dans le respect des obligations de consulter et d'informer les travailleurs ou leurs représentants conformément aux dispositions légales ou conventionnelles en vigueur ;
- l'article 49, cinquième alinéa, qui requiert que, lorsque la procédure de réorganisation judiciaire a pour objectif d'obtenir l'accord des créanciers sur un plan de réorganisation, les représentants du personnel au sein du conseil d'entreprise ou, à défaut, du comité pour la prévention et la protection au travail, ou, à défaut, la délégation syndicale ou, à défaut, une délégation du personnel, soient entendus lors de l'élaboration de ce plan ;
- l'article 53, troisième alinéa, qui exige que le débiteur informe les représentants des travailleurs visés à l'article 49, cinquième alinéa, du contenu de ce plan.

Pour l'hypothèse spécifique de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice, la LCE contient un certain nombre de dispositions qui imposent l'obligation d'entendre les représentants des travailleurs (notamment l'article 59, § 1^{er}, deuxième alinéa, l'article 61, § 5, deuxième alinéa et l'article 64, § 1^{er}, deuxième alinéa de la LCE) ou qui renvoient aux obligations générales d'information et/ou de consultation prévues en droit du travail (les articles 17, § 2, 9° et 59, § 4 de la LCE).

Le Conseil souligne l'importance du respect de ces dispositions à l'égard des travailleurs et de leurs représentants, sans que le déroulement normal de la procédure de réorganisation judiciaire soit compromis.

Il est en particulier d'avis que les tribunaux de commerce doivent prêter suffisamment attention aux droits des travailleurs, qui représentent le capital humain indispensable au rétablissement d'une entreprise, et plus particulièrement à la rémunération qui leur est encore due.

Troisièmement, le Conseil signale qu'il a l'intention de continuer à suivre l'application de la LCE sur le terrain et les problèmes qui se posent dans ce cadre. À cet égard, il se réserve le droit de formuler, dans une deuxième phase, de nouvelles propositions concernant les situations problématiques constatées.

Il a entre autres l'intention d'examiner plus avant, dans une deuxième phase, les thèmes suivants :

- l'opportunité de donner aux organisations de travailleurs présentes dans les entreprises le droit de déposer une demande d'homologation de la convention de transfert projeté auprès du tribunal du travail, alors que ce droit revient actuellement uniquement au cédant, au mandataire de justice ou au candidat-repreneur (article 61 de la LCE) ;
 - le rapport entre la LCE et les instruments internationaux, européens et belges concernant la protection de la rémunération des travailleurs, dans le cadre de la possibilité offerte par la LCE de prévoir, dans le plan de réorganisation, un règlement différencié de certaines catégories de créances (article 49 de la LCE).
4. Le Conseil se limitera principalement, dans la suite du présent avis concernant la LCE, à des considérations relatives à ce qui est réglé dans la CCT n° 102.

Il s'agit de l'hypothèse de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice, tant lorsqu'il est effectué à la demande du débiteur que lorsqu'il est effectué à la demande d'un tiers.

Comme déjà mentionné, le cadre légal concerné est l'article 61, § 6 de la LCE, qui dispose que le Conseil peut réglementer de façon plus précise les droits des travailleurs concernés par un transfert d'entreprise dans le cadre d'une réorganisation judiciaire.

C. Considérations préalables concernant la terminologie utilisée

Le Conseil souhaite souligner que, tant dans la CCT n° 102 que dans le présent avis, une distinction est faite entre le terme « obligation » et le terme « dette ».

Les « obligations » qui découlent d'engagements résultant de contrats de travail confèrent des droits de créance. Ces obligations deviennent exigibles à dates fixes (événement futur mais certain).

Au moment où une obligation devient exigible, elle est désignée par le terme « dette ». Par la notion de « dette », on entend donc les obligations exigibles dont le paiement n'a pas encore été reçu (article 5, 9° de la CCT n° 102). Pour éviter tout malentendu, il est toujours fait référence aux « dettes qui deviennent exigibles » (à une date donnée).

Concrètement, il s'agit, dans la CCT n° 102 et le présent avis, des « dettes » du débiteur qui résultent des contrats de travail conclus entre le débiteur et les travailleurs qui seront repris. Dans le chef des travailleurs, il s'agit de « créances ».

D. La CCT n° 102 : le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'une réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice

1. La CCT n° 102 et la directive 2001/23/CE

- Le Conseil rappelle que la CCT n° 102 doit être considérée dans le contexte de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le transfert d'entreprises (« concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements »).

Cette directive fait la distinction entre :

- * les « procédure[s] de faillite ou [...] procédure[s] d'insolvabilité analogue[s] ouverte[s] en vue de la liquidation des biens du cédant », auxquelles les articles 3 (transfert des droits et obligations au cessionnaire) et 4 (protection contre le licenciement) de la directive ne s'appliquent pas, sauf si les États membres en disposent autrement ;
 - * et les « procédure[s] d'insolvabilité [...] se trouv[ant] sous le contrôle d'une autorité publique compétente », pour lesquelles, lorsque la protection des articles 3 et 4 est tout de même offerte, celle-ci peut être quelque peu affaiblie, même si ces procédures d'insolvabilité ne visent pas la liquidation des biens du cédant.
- La transposition en droit belge de la directive 2001/23/CE concernant les droits des travailleurs repris se trouve principalement dans la CCT n° 32 bis du 7 juin 1985.

Le chapitre II de cette CCT, qui transpose en droit belge les principes des articles 3 et 4 de la directive, s'applique au transfert conventionnel d'une entreprise, mais permet de déroger au principe du maintien des droits des travailleurs repris lorsque le transfert a été réalisé dans le cadre d'un concordat judiciaire (article 8 bis de la CCT n° 32 bis).

Le chapitre III de cette CCT contient des dispositions spécifiques moins protectrices pour la reprise de travailleurs suite à la reprise de l'actif d'une entreprise en faillite.

- La CCT n° 102 a pour objectif de transposer en droit belge un certain nombre de dispositions de la directive 2001/23/CE pour l'hypothèse spécifique d'une réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice, à savoir les dispositions concernant :
- * le maintien des droits des travailleurs ;
 - * l'information et la consultation des travailleurs concernés s'il n'y a pas de représentant des travailleurs ;

- * l'information qui doit être fournie au repreneur par le débiteur.

Le présent avis traite de la transposition des dispositions de la directive concernant :

- * le statut et la fonction des représentants des travailleurs ;
- * l'information et la consultation des représentants des travailleurs.

Le Conseil souhaite souligner que les dispositions de la CCT n° 32 bis et de la CCT n° 102 continueront à coexister pour les hypothèses spécifiques qu'elles règlent.

2. La CCT n° 102 et la CCT n° 32 bis

Le Conseil signale que les dispositions de la CCT n° 102 se situent entre les dispositions du chapitre II et celles du chapitre III de la CCT n° 32 bis.

Pour rencontrer le contenu de la LCE, la nouvelle CCT n° 102 prévoit que le choix des travailleurs qui seront repris dans le cadre d'un transfert sous autorité de justice incombe au repreneur, par analogie avec le chapitre III de la CCT n° 32 bis. Néanmoins, comme on le verra, la possibilité de choix prévue dans la nouvelle CCT doit, contrairement audit chapitre III, impérativement être dictée par des raisons techniques, économiques ou organisationnelles.

En outre, la CCT n° 102 contient le principe que les droits et obligations à l'égard des travailleurs repris qui résultent de leur contrat de travail avec le débiteur existant à la date du transfert sous autorité de justice sont, du fait de ce transfert, transférés au repreneur, s'inspirant du chapitre II de la CCT n° 32 bis.

Le repreneur ne peut toutefois être tenu des droits et obligations qui ont été convenus individuellement entre le débiteur et ces travailleurs que dans la mesure où il en a été informé.

Des possibilités de dérogation au principe susvisé du maintien des droits sont néanmoins prévues. Ainsi, il est notamment possible d'apporter des modifications aux conditions de travail, conclues collectivement ou appliquées collectivement au niveau de l'entreprise, qui existaient chez le débiteur à l'égard des travailleurs qui seront repris. Cette possibilité existait déjà dans le chapitre II de la CCT n° 32 bis pour l'hypothèse du transfert d'entreprise dans le cadre d'un concordat judiciaire.

La nouvelle CCT dispose en outre que le débiteur et le repreneur sont tenus in solidum des dettes dont le candidat-repreneur a été informé (les dettes qui sont devenues exigibles préalablement à la procédure de réorganisation judiciaire, voir ci-après pour plus de précisions).

Le chapitre II de la CCT n° 32 bis contient également le principe de la responsabilité in solidum, en cas de transfert conventionnel, pour les dettes existant à la date du transfert. Cette responsabilité in solidum est néanmoins limitée, dans la CCT n° 102, aux dettes qui sont devenues exigibles préalablement à la procédure de réorganisation judiciaire et dont le (candidat-)repreneur a été informé.

Le débiteur reste tenu des dettes qui sont devenues exigibles pendant la procédure mais avant le transfert. Si le débiteur est victime d'une fermeture et est défaillant, le Fonds de fermeture prendra en charge le paiement de ces dettes. Le chapitre II de la CCT n° 32 bis contient la même règle pour l'hypothèse du transfert d'entreprise dans le cadre d'un concordat judiciaire, sous la réserve qu'aucune distinction n'y était faite entre la période avant et celle pendant la procédure judiciaire, vu les spécificités de la procédure concordataire. La législation sur les fermetures d'entreprise avait créé une mission spécifique du Fonds de fermeture en cas de transfert conventionnel dans le cadre d'un concordat judiciaire. Cette dernière mission n'est pas prolongée dans le cadre du transfert sous autorité de justice, sous réserve des cas du passé.

3. Les objectifs de la CCT n° 102

Le Conseil remarque que la CCT n° 102 a pour point de départ une double préoccupation : créer la sécurité juridique pour toutes les parties concernées et doser les interventions du Fonds de fermeture.

a. Sécurité juridique pour toutes les parties concernées

Le Conseil estime qu'il est capital d'assurer la plus grande sécurité juridique possible pour toutes les parties concernées par une réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice.

Il est crucial, tant pour les travailleurs repris que pour les travailleurs non repris, d'être informés préalablement des décisions envisagées par le débiteur (article 7 de la CCT n° 102).

Il est en outre important, pour les travailleurs repris, que leurs droits soient préservés autant que possible, mais aussi que le candidat-repreneur soit parfaitement informé de ce à quoi il pourrait éventuellement s'engager.

C'est la raison pour laquelle le candidat-repreneur doit être informé des droits et obligations convenus individuellement dans les contrats de travail conclus entre le débiteur et les travailleurs qui seront repris, des dettes exigibles qui existent à l'égard de ceux-ci et des actions qu'ils ont intentées (article 8 de la CCT n° 102).

Le repreneur est seulement tenu, à l'égard des travailleurs repris, des droits et obligations que le débiteur a convenus individuellement avec ceux-ci dans la mesure où il a été informé de ces droits et obligations, sans préjudice de la possibilité de modifier les conditions de travail (articles 9, 10 et 11 de la CCT n° 102).

Le repreneur ne sera également tenu que des dettes qui sont devenues exigibles avant la procédure (voir ci-après pour plus de précisions) dont il a été informé (article 14 de la CCT n° 102). Les dettes qui deviennent exigibles pendant la procédure restent à charge du débiteur, afin de ne pas imposer au repreneur un passif social du débiteur dont il ne peut estimer l'ampleur (article 16 de la CCT n° 102).

L'on évite ainsi d'imposer des obligations imprévisibles à un candidat-repreneur, ce qui pourrait avoir un effet dissuasif à l'égard de possibles repreneurs. De cette manière, on cherche à donner toutes les chances de succès au transfert sous autorité de justice, en tant que mesure visant à sauver une entreprise en difficulté ainsi que l'emploi qui y est lié.

Dans ce cadre, on peut également attirer l'attention sur la possibilité de faire homologuer la convention de transfert projeté par le tribunal du travail, dans la mesure où elle se rapporte aux droits des travailleurs qui seront repris (voir ci-après le point D.4.e.), afin de créer la sécurité juridique sur la portée de l'accord.

b. Le rôle du Fonds de fermeture

Le Conseil est d'avis que la réglementation élaborée contient un équilibre entre, d'une part, la préservation des chances du transfert sous autorité de justice (les charges pour le repreneur) et, d'autre part, la charge qui peut être raisonnablement imposée au Fonds de fermeture (qui a une fonction de garantie par rapport aux obligations du cédant-débiteur).

Il est rappelé que, pour l'hypothèse d'un transfert d'une entreprise dans le cadre d'un concordat judiciaire, la CCT n° 32 bis prévoit que toutes les dettes existant à la date du transfert restent à charge du débiteur, avec une garantie du Fonds de fermeture (article 8 bis de la CCT n° 32 bis).

Dans la CCT n° 102, on a choisi de rendre le débiteur et le repreneur responsables in solidum des dettes qui sont devenues exigibles avant le début de la procédure de réorganisation judiciaire et dont le candidat-repreneur a été informé (article 15 de la CCT n° 102 ; voir ci-après).

Comme expliqué ci-après (voir le point 4.f.), la garantie du Fonds de fermeture s'applique aux dettes suivantes du cédant-débiteur à l'égard des travailleurs qui seront ensuite transférés :

- les dettes devenues exigibles avant le début de la procédure dont le candidat-repreneur n'a pas été informé ;
- les dettes qui deviennent exigibles pendant la procédure (article 16 de la CCT n° 102).

Le Conseil estime qu'il faut en outre éviter que la garantie offerte par le Fonds de fermeture pour ces dettes du cédant ne mette en péril l'équilibre financier du fonds ou que des montages juridiques ne puissent être mis sur pied au détriment de la collectivité.

Comme il l'a déjà demandé dans son avis n° 1.392 du 13 mars 2002 en ce qui concerne la fonction de garantie du Fonds de fermeture dans l'hypothèse d'un transfert dans le cadre d'un concordat judiciaire, le Conseil souhaiterait :

- que le Fonds de fermeture soit chargé de suivre de très près l'évolution des dépenses dans ce cadre, de manière à pouvoir obtenir un rapport au terme d'une certaine période et en tirer les conclusions qui s'imposent ;
- que, dans ce cadre, une attention particulière soit également consacrée au problème des montages juridiques qui sont approuvés par une certaine jurisprudence et qui obligent le Fonds de fermeture à intervenir indûment.

4. Aperçu thématique de la CCT n° 102 et des adaptations de la réglementation qu'elle requiert

a. Droits et obligations à l'égard des travailleurs repris

- Le Conseil remarque que le repreneur reprend en principe les droits et obligations qui résultent des contrats de travail des travailleurs repris existant à la date du transfert sous autorité de justice (article 9 de la CCT n° 102).

L'article 3 de la CCT n° 102 dispose toutefois, comme l'article 4 de la CCT n° 32 bis, que certaines prestations octroyées en dehors des régimes légaux de sécurité sociale (à savoir les prestations de retraite, de survie et d'invalidité) sont soustraites au principe du transfert des droits des travailleurs repris.

Cette disposition est prévue en application de l'article 3, point 4, a) de la directive 2001/23/CE.

Conformément à l'article 3, point 4, b) de la directive 2001/23/CE, même lorsqu'ils appliquent cette exception, les États membres doivent adopter les mesures nécessaires pour protéger les intérêts des travailleurs en ce qui concerne leurs droits acquis ou en cours d'acquisition à des prestations de vieillesse, y compris les prestations de survivants, au titre des régimes complémentaires visés.

On peut déduire du commentaire de l'article 3 de la CCT n° 102 que la Belgique respecte sur ce point la jurisprudence de la Cour européenne de justice et, plus particulièrement, l'arrêt du 11 juin 2009 dans l'affaire « Commission des Communautés européennes contre République Italienne » (affaire n° C-561/07), qui énonce que l'exception concernant certaines prestations octroyées en dehors des régimes légaux de sécurité sociale doit être interprétée de manière stricte.

L'article 4 de la CCT n° 102 prévoit que celle-ci ne s'applique pas aux navires de mer. L'article 1^{er}, point 3 de la directive 2001/23/CE prévoit la même exclusion.

Le Conseil a toutefois appris que le programme de travail de la Commission européenne pour 2011 prévoit de proposer une modification de la directive 2001/23/CE visant soit à reprendre les gens de mer dans le champ d'application de la directive, soit à prévoir un traitement spécial des gens de mer afin qu'ils bénéficient d'un niveau équivalent de protection sociale. Il s'engage à suivre de près cette évolution de la réglementation européenne et à y adapter son instrument si nécessaire.

- Le Conseil remarque que le principe du maintien des droits et obligations est nuancé de deux manières dans la CCT n° 102.

Premièrement, les conditions de travail conclues collectivement ou appliquées collectivement au niveau de l'entreprise à l'égard des travailleurs qui seront repris peuvent être modifiées d'un commun accord, dans le cadre d'une procédure de négociation collective (tripartite), entre le débiteur ou le mandataire de justice, le repreneur et les représentants des travailleurs concernés, pour autant qu'il s'agisse de modifications qui visent à préserver l'emploi en assurant en tout ou en partie la survie de l'entreprise ou de ses activités. Un tel accord collectif est conclu sous condition suspensive de la conclusion d'une convention collective de travail (article 10 de la CCT n° 102).

Une dérogation similaire existait déjà en droit belge pour le transfert d'entreprise dans le cadre d'un concordat judiciaire (article 8 bis, deuxième alinéa de la CCT n° 32 bis), en application de l'article 5, point 2, b) de la directive 2001/23/CE.

Deuxièmement, le repreneur et le travailleur peuvent, d'un commun accord, apporter des modifications au contrat de travail individuel, pour autant que, conformément à la LCE, ces modifications soient liées principalement à des raisons techniques, économiques ou organisationnelles (article 11 de la CCT n° 102).

Cette disposition est une application du principe général selon lequel le contrat de travail peut être modifié d'un commun accord entre les parties.

Le Conseil remarque que ces possibilités de dérogation au principe du maintien des droits ont pour objectif d'accroître les chances de réussite de la reprise d'une entreprise et donc de maintien de l'emploi.

- Par ailleurs, le Conseil souligne qu'il s'agit en principe d'un transfert automatique (par le fait même du transfert) au repreneur des droits et obligations résultant des contrats de travail conclus par les travailleurs repris avec le débiteur-cédant, sans préjudice toutefois :

- 1) de la possibilité susmentionnée d'apporter, au niveau collectif ou individuel, des modifications à ces droits et obligations ;

- 2) du régime traité ci-après en ce qui concerne les personnes auxquelles il est possible de s'adresser pour le paiement des dettes exigibles. On entend par « dettes », dans la CCT n° 102, les obligations exigibles dont un travailleur n'a pas encore reçu le paiement.

Par « droits et obligations résultant du contrat de travail », on entend aussi, à côté des conditions de travail convenues individuellement, les conditions de travail convenues collectivement. Ces dernières ont été convenues dans des CCT sectorielles ou d'entreprise.

En ce qui concerne les conditions de travail convenues par une convention collective de travail, l'article 9 de la CCT n° 102 est en concordance avec les articles 20 et 23 de la loi du 5 décembre 1968 sur les CCT.

Conformément à l'article 20 de la loi sur les CCT, les conditions de travail convenues par une convention collective de travail doivent être respectées par le repreneur jusqu'à ce que cette convention collective de travail cesse de produire ses effets. Les dispositions normatives individuelles de la convention collective de travail qui ont implicitement modifié les dispositions des contrats de travail individuels sont incorporées dans ces derniers et subsistent telles quelles, conformément à l'article 23 de la loi du 5 décembre 1968 sur les CCT, lorsque la convention collective de travail cesse de produire ses effets, sauf clause contraire dans la convention même.

En ce qui concerne les conditions de travail convenues individuellement, l'article 9 de la CCT n° 102 subordonne toutefois le transfert au repreneur de ces droits et obligations des travailleurs repris à une condition qui est dictée par un souci de sécurité juridique pour ce dernier : le candidat-repreneur doit en avoir été informé sur la base de l'article 8, § 1^{er} de la CCT n° 102.

Dans un souci de sécurité juridique pour le candidat-repreneur, l'article 8 de la CCT n° 102 requiert du mandataire de justice qu'il donne au(x) candidat(s)-repeneur(s) une image claire des droits et obligations auxquels il(s) pourrai(en)t s'engager, en cas de reprise de certains travailleurs, à l'égard de ceux-ci (voir également le point 4. c.).

Il s'agit d'un certain nombre de données individuelles (tous les droits et obligations qui ont été convenus individuellement entre le débiteur et les travailleurs qui seront repris) et d'un certain nombre de données collectives (le numéro de la commission paritaire compétente, les dispositions des conventions collectives de travail conclues au niveau de l'entreprise du débiteur et les dispositions du règlement de travail).

Seule l'absence de l'information sur les données individuelles, requise par l'article 8, § 1^{er} de la CCT, a une influence sur le transfert au repreneur de ces droits et obligations convenus individuellement.

b. Choix des travailleurs qui seront repris

En ce qui concerne le choix des travailleurs qui seront repris, le Conseil a recherché le même équilibre entre l'importance de ne pas hypothéquer les chances de réussite du transfert et les intérêts légitimes des travailleurs de l'entreprise transférée.

L'article 12 de la CCT n° 102 prévoit que le choix des travailleurs qui seront repris par le repreneur incombe à ce dernier. Ce choix ne peut toutefois pas être arbitraire. Il doit être dicté par des raisons techniques, économiques ou organisationnelles et s'effectuer sans différenciation interdite.

En ce qui concerne les représentants des travailleurs, l'absence de différenciation interdite est présumée établie si la proportion entre les travailleurs repris et leurs représentants reste respectée après le transfert (article 12, quatrième alinéa de la CCT n° 102).

Pour les implications de cette disposition, voir ci-après le point E.2. concernant le sort des représentants des travailleurs.

c. Information des travailleurs et du candidat-repreneur

Le Conseil rappelle qu'il a signalé, dans l'avis n° 1.392, que le concordat judiciaire était parfois demandé dans un climat d'informations insuffisantes sur la situation de l'entreprise ou trop tard (lorsque les conditions d'une faillite étaient presque remplies).

Dans ce contexte, le Conseil a souligné, dans ce même avis, la nécessité d'une communication proactive entre les différents acteurs impliqués dans un concordat judiciaire.

Partant de ces mêmes préoccupations, le Conseil a intégré un certain nombre de dispositions concernant l'information dans sa CCT n° 102.

- **Information des travailleurs à défaut de représentants des travailleurs**

Dans l'hypothèse où il n'y a pas de représentant des travailleurs dans l'entreprise, l'article 7 de la CCT n° 102 règle l'information des travailleurs concernant un transfert sous autorité de justice projeté et transpose ainsi en droit belge l'article 7, point 6 de la directive 2001/23/CE.

L'article 7 de la CCT n° 102 doit être lu en parallèle avec les obligations d'information et/ou de consultation des représentants des travailleurs qui figurent dans la LCE et d'autres instruments en exécution de l'article 7, points 1 à 5 de la directive 2001/23/CE (voir le point B.2.).

Les travailleurs concernés par le transfert doivent être informés préalablement :

- de la date fixée ou projetée pour le transfert sous autorité de justice ;
- du motif du transfert sous autorité de justice ;
- des conséquences juridiques, économiques et sociales du transfert sous autorité de justice pour les travailleurs ;
- et des mesures envisagées à l'égard des travailleurs.

Le Conseil est d'avis que, dans cette disposition, le terme « préalablement » doit être interprété comme à l'article 11 de la CCT n° 9 du 9 mars 1972. L'information doit avoir lieu en temps opportun et avant toute diffusion.

Cette interprétation est soutenue par la jurisprudence de la Cour européenne de justice concernant l'article 1^{er} de la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002, qui prévoit que l'information doit avoir lieu de manière à assurer l'effet utile de la démarche.

- **Information du candidat-repreneur (et des travailleurs)**

Dans un souci de sécurité juridique pour le (candidat-)repreneur, l'article 8 de la CCT n° 102 requiert du mandataire de justice qu'il donne en même temps au(x) candidat(s)-repreneur(s) une image claire :

1) des droits et obligations du débiteur à l'égard des travailleurs qui seront repris, et plus particulièrement :

a) en ce qui concerne les travailleurs individuels (données individuelles) : de tous les droits et obligations qui ont été convenus individuellement dans les contrats de travail conclus entre le débiteur et les travailleurs qui seront repris ;

b) en ce qui concerne la collectivité de ces travailleurs (données collectives) :

- . des droits et obligations résultant des conventions collectives de travail conclues par le débiteur ;
- . des droits et obligations résultant du règlement de travail qui est d'application chez le débiteur ;

- . du numéro de la (sous-)commission paritaire ou des différentes (sous-)commissions paritaires dont relève (la partie de) l'entreprise à laquelle appartiennent les travailleurs qui seront repris ;
- 2) des dettes exigibles du débiteur résultant des contrats de travail conclus entre le débiteur et les travailleurs qui seront repris ;
 - 3) des actions que ces travailleurs ont intentées contre le débiteur.

Il s'agit chaque fois de la situation à la date du jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ou, à défaut de ce jugement, à la date du jugement qui ordonne le transfert sous autorité de justice.

Afin d'avoir la possibilité de contrôler ce décompte, les travailleurs individuels qui seront repris sont informés, par lettre recommandée, des droits et obligations qu'ils ont convenus individuellement avec le débiteur, des dettes exigibles qui existent à leur égard et des actions qu'ils ont intentées.

Le mandataire de justice fournit au(x) candidat(s)-repreneur(s) une copie des données dont il a informé les travailleurs individuels.

Si les travailleurs constatent que les données reprises dans l'information sont incorrectes ou incomplètes, ils peuvent contester celle-ci auprès du mandataire de justice dans un délai d'un mois à compter de l'envoi de la lettre recommandée.

Le mandataire de justice doit informer le candidat-repreneur d'une telle contestation par un travailleur.

Le mandataire de justice procèdera à la rectification des données s'il juge qu'elles sont incorrectes ou incomplètes (en informant à nouveau le candidat-repreneur et le travailleur concerné), le tout sans préjudice de la possibilité de soumettre la contestation persistante au tribunal du travail selon les règles du droit commun.

d. Convention de transfert projeté

L'article 13 de la CCT n° 102 dispose qu'une convention de transfert projeté doit être conclue entre le débiteur ou le mandataire de justice et le candidat-repreneur. Elle doit au moins contenir les éléments suivants :

- la liste des travailleurs qui seront repris ;
- la liste des dettes et actions qui ont fait l'objet d'une information ;
- la liste des droits et obligations qui ont fait l'objet d'une information (données individuelles et collectives) ;
- les éventuelles modifications de ces droits et obligations qui sont envisagées en application des articles 10 et 11 ;
- les éventuelles contestations individuelles relatives au contenu de l'information réalisée en vertu de l'article 8, § 1^{er} (données individuelles), qui n'ont pas été acceptées par le mandataire de justice ;
- la date proposée du transfert sous autorité de justice.

Le Conseil est conscient de l'importance de déterminer une date certaine pour le transfert, vu notamment l'intervention possible du Fonds de fermeture (voir ci-après).

Il indique par conséquent qu'il faut considérer comme date du transfert la date dont il est pris acte dans le jugement du tribunal de commerce qui autorise le transfert sous autorité de justice (article 64 de la LCE).

Cette date est déterminée par le tribunal sur la base de la date proposée dans la convention de transfert projeté. Elle doit correspondre à la date du transfert effectif.

Le Conseil est d'avis que la date du transfert effectif est une décision économique et qu'il est dès lors indiqué que les parties concernées par la convention de transfert projeté soient responsabilisées à ce sujet et précisent une date pour le transfert dans cette convention. Le tribunal de commerce prendra acte de cette décision économique dans le jugement qui autorise le transfert sous autorité de justice.

Si les parties pressentent que la date du transfert effectif peut être influencée par des événements à venir, elles peuvent demander par voie de conclusion au tribunal de réserver à statuer sur la date du transfert effectif et d'y revenir à une audience ultérieure sans handicaper la vente des actifs.

e. Homologation de la convention de transfert projeté

Le commentaire de l'article 13 de la CCT n° 102 prévoit que la convention de transfert projeté peut faire l'objet d'une homologation par le tribunal du travail, dans la mesure où elle se rapporte aux droits des travailleurs qui seront repris.

Le Conseil remarque que la procédure d'homologation est prévue à l'article 61, § 5 de la LCE et que la loi du 26 janvier 2009 habilite le tribunal du travail à se prononcer sur les demandes d'homologation (article 578, 19° du Code judiciaire).

Dans le présent avis, le Conseil souhaite préciser ce qui, pour les partenaires sociaux, fait la valeur ajoutée de cette procédure et, sur cette base, formuler une proposition d'adaptation de la LCE en ce qui concerne la procédure d'homologation.

- Il souligne tout d'abord que la procédure telle qu'elle figure dans la LCE est facultative. Il est d'avis qu'elle doit également le rester. L'utilité de la procédure sera toutefois indéniable dans un certain nombre de cas.

Pendant la procédure d'homologation, le juge contrôle et entérine la convention de transfert projeté qui lui est soumise. Il s'agit d'un accord qui a été conclu sous condition suspensive que le transfert de l'entreprise ou d'une partie de celle-ci au candidat-repreneur concerné se réalise effectivement. Le tribunal du travail ne contrôle pas l'opportunité d'un tel accord. Il se limite à vérifier si les conditions légales ont été remplies par les parties signataires et si l'ordre public n'a pas été violé. Le tribunal du travail ne peut en aucun cas adapter lui-même cet accord. Il l'homologue en tant que tel ou refuse l'homologation.

Le Conseil remarque ensuite qu'au cours de la procédure, les représentants des travailleurs et le requérant (aux termes de l'actuel article 61, § 5, il peut s'agir du repreneur, du cédant ou du mandataire de justice) sont entendus.

Le Conseil est d'avis qu'il est essentiel que le requérant et les organisations de travailleurs présentes dans les entreprises concernées soient entendus au cours de la procédure.

La procédure permet en effet ainsi à tous les intéressés de prendre connaissance de la convention de transfert projeté, dans la mesure où elle donne une image claire du volet social d'un éventuel transfert. Celle-ci contiendra en effet la liste des travailleurs qui seront repris, la liste des dettes et actions qui ont fait l'objet d'une information, les droits et obligations convenus à l'égard des travailleurs qui seront repris, les éventuelles contestations par des travailleurs individuels concernant le contenu de l'information qui leur a été adressée, qui n'ont pas été acceptées par le mandataire de justice, ainsi que la date proposée du transfert sous autorité de justice.

L'objectif de l'homologation est d'offrir la sécurité juridique à toutes les parties concernées.

Dans ce cadre, le Conseil souhaite souligner l'importance de l'article 61, § 5, troisième alinéa de la LCE. Cette disposition prévoit que, si l'homologation est accordée, le cessionnaire ne peut être tenu à des obligations autres que celles figurant dans l'acte dont l'homologation a été demandée. Le Conseil demande que cette disposition soit maintenue dans la LCE.

Le Conseil souligne enfin que la LCE dispose que le tribunal du travail doit statuer en urgence. Il estime qu'il est effectivement important que ces procédures soient réglées à court terme, afin de ne pas mettre en péril les chances de réussite d'un transfert sous autorité de justice.

- Dans ce contexte, le Conseil formule la proposition suivante d'adaptation de la LCE.

Cette adaptation concerne la possibilité, prévue à l'article 61, § 3, troisième alinéa de la LCE, pour les travailleurs qui seront repris mais qui constatent des irrégularités dans l'information qui leur a été transmise, d'intenter des actions en dommages-intérêts auprès du tribunal du travail. L'article 578, 18° du Code judiciaire, inséré par la loi du 26 janvier 2009, attribue cette compétence au tribunal du travail.

L'article 61, § 5, deuxième alinéa de la LCE prévoit que ces travailleurs sont cités par le débiteur-cédant ou le mandataire de justice à comparaître devant le tribunal du travail dans le cadre de la procédure d'homologation, en conséquence de quoi ces deux procédures sont liées. Le tribunal du travail doit statuer en urgence, tant en ce qui concerne l'homologation qu'en ce qui concerne les actions en dommages-intérêts.

Le Conseil souhaite souligner à ce sujet que l'article 8, § 2 de la CCT n° 102 prévoit que les travailleurs concernés peuvent demander au mandataire de justice, dans un délai d'un mois, de rectifier les données individuelles qui les concernent.

Le Conseil estime toutefois qu'il n'est pas indiqué de prévoir une action en dommages-intérêts auprès du tribunal du travail pour le cas où les travailleurs constateraient des irrégularités dans l'information qui leur a été transmise.

Il est d'avis qu'ils doivent dans ce cas contester l'information auprès du mandataire de justice et que, si ce dernier ne procède pas à la correction qu'ils demandent, ils peuvent soumettre leur contestation au tribunal du travail dans le cadre des compétences existantes des tribunaux du travail. Ces contestations pendantes sont en tout cas reprises dans la convention de transfert projeté, afin que le candidat-repreneur en soit informé.

f. Sort des créances des travailleurs

• **Réglementation existante sur la base de la LCE**

Le Conseil remarque que, dans l'attente de l'entrée en vigueur de la CCT n° 102, le sort des créances des travailleurs en cas de transfert de leur entreprise dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire est réglé par les dispositions actuelles de la LCE et de la loi du 26 juin 2002 relative aux fermetures.

Les créances des travailleurs non repris restent également à charge du débiteur-cédant après le transfert. Si cette entreprise fait l'objet d'une fermeture après le transfert, il y a une intervention du Fonds de fermeture selon les règles normales concernant les interventions du fonds.

Pour les créances des travailleurs repris, une distinction doit être faite entre les créances sursitaires et les autres.

L'article 61, § 1^{er} de la LCE permet de dire que les créances sursitaires, c'est-à-dire les créances qui sont nées avant l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, sont à charge du repreneur.

Les autres créances (nées pendant la procédure) restent à charge du débiteur-cédant. Si le débiteur est victime d'une fermeture et est défaillant, le Fonds de fermeture prendra en charge les dettes vérifiables. Le Fonds de fermeture pourra ensuite exiger du débiteur le remboursement des indemnités payées aux travailleurs, selon les règles normales en vigueur en la matière.

Il va de soi que les créances qui deviennent exigibles après le transfert sont à charge du nouvel employeur, à savoir le repreneur.

- **La nouvelle réglementation : articles 14 à 16 de la CCT n° 102**

Les créances des travailleurs non repris restent, comme auparavant, à charge du débiteur-cédant, avec une garantie du Fonds de fermeture.

Les articles 14 à 16 de la CCT n° 102 modifient le sort des créances des travailleurs repris qui résultent de leur contrat de travail avec le débiteur-cédant.

Afin de préciser la réglementation pour le sort des créances des travailleurs repris, une ligne du temps contenant un aperçu des différentes hypothèses est annexée au présent avis. La nouvelle réglementation est dictée par un double souci de sécurité juridique et de dosage des interventions du Fonds de fermeture (voir ci-avant).

Une distinction doit être faite entre trois hypothèses, en fonction du moment où la créance devient exigible : « avant la procédure de réorganisation judiciaire », « pendant la procédure » ou après « le transfert ».

Ces moments sont définis dans la CCT n° 102.

Par créance devenue exigible « avant la procédure de réorganisation judiciaire », on entend la créance qui est déjà devenue exigible à la date du jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, ou, à défaut de ce jugement, à la date du jugement qui ordonne le transfert sous autorité de justice.

Il y a un jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire (jugement dont il est question à l'article 24, § 2 de la LCE) dans les cas suivants :

- lorsqu'il s'agit d'une procédure de transfert sous autorité de justice avec le consentement du débiteur (article 59, § 1^{er} de la LCE) ;

- lorsqu'il s'agit des cas suivants de procédure de transfert forcé sous autorité de justice (article 59, § 2 de la LCE) :
 - . lorsque le tribunal ordonne la fin anticipée de la réorganisation judiciaire (article 41 de la loi) ;
 - . lorsque le tribunal révoque le plan de réorganisation (article 58 de la loi) ;
 - . lorsque les créanciers n'approuvent pas le plan de réorganisation (article 54 de la loi) ;
 - . lorsque le tribunal refuse l'homologation du plan de réorganisation (article 55 de la loi).

Il n'y a pas de jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire dans les deux cas suivants (il s'agit chaque fois d'une procédure de transfert forcé sous autorité de justice) :

- lorsque le débiteur est en état de faillite sans avoir demandé l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire ;
- lorsque le tribunal rejette la demande d'ouverture de cette procédure (article 23 de la loi).

S'il y a un jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, il faut vérifier si la créance était déjà devenue exigible à ce moment-là.

S'il n'y a pas de jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, il faut vérifier si la créance était déjà devenue exigible à la date du jugement qui ordonne le transfert sous autorité de justice (jugement dont il est question aux articles 59 et 60 de la LCE).

Par créance devenue exigible « après le transfert », on entend la créance qui devient exigible à partir de la date dont il est pris acte dans le jugement du tribunal de commerce qui autorise le transfert sous autorité de justice (article 64 de la LCE), sur la base de la date proposée dans la convention de transfert projeté.

Première hypothèse : la créance est devenue exigible « avant la procédure de réorganisation judiciaire »

L'article 14 de la CCT n° 102 prévoit qu'une condition doit être remplie pour que ces créances des travailleurs repris puissent être à charge du repreneur après le transfert : le repreneur (alors candidat-repreneur) doit en avoir été informé conformément à l'article 8, § 1^{er} de la CCT n° 102.

L'article 15 précise que le repreneur est responsable in solidum avec le débiteur des dettes dont il a été informé en vertu de l'article 8, § 1^{er}, en conséquence de quoi le créancier peut, à son choix, recouvrer la totalité de sa créance sur l'un de ces débiteurs, qui est alors tenu du paiement de la totalité de la dette.

Si la condition de l'article 14 n'a pas été remplie, les dettes ne seront pas opposables au repreneur après le transfert et elles resteront également à charge du débiteur après le transfert.

Le Conseil remarque qu'en vertu de l'article 35, § 1^{er} de la loi relative aux fermetures, le Fonds de fermeture est compétent pour intervenir dans le cas où le débiteur serait victime d'une fermeture et ne rembourserait pas lesdites dettes aux travailleurs repris, dans les limites qui s'appliquent à son intervention dans le cadre de la législation relative aux fermetures d'entreprises. Cela implique également que le Fonds de fermeture pourra ensuite exiger du débiteur le remboursement des indemnités payées aux travailleurs.

Le Conseil remarque en outre qu'en cas de transfert d'entreprise sous autorité de justice, ce transfert peut aboutir à une fermeture sans qu'il soit question d'une liquidation ou d'une faillite. Néanmoins, sur la base de l'article 44 de l'arrêté royal du 23 mars 2007, le Fonds de fermeture ne peut intervenir que s'il reçoit une demande qui est signée par le curateur ou le liquidateur. Ces personnes vérifient et acceptent les créances des travailleurs.

L'article 44 prévoit qu'un commissaire au sursis peut également remplir cette tâche (dans le cadre d'une procédure de concordat judiciaire) et le Fonds de fermeture a constaté que, dans la pratique, en cas de transfert d'entreprise sous autorité de justice, ces obligations sont remplies par le mandataire de justice.

Le comité de gestion du Fonds de fermeture a décidé d'autoriser le Fonds de fermeture à intervenir sur la base d'une demande signée par un mandataire de justice, même s'il n'existe pas encore de base juridique pour ce faire. L'intention est d'évaluer cette méthode de travail après un certain temps et de proposer une adaptation de l'arrêté royal sur ce point en cas d'évaluation positive.

Le Conseil approuve cette méthode de travail et souhaite être informé de l'évaluation de cette pratique par le Fonds de fermeture.

Deuxième hypothèse : la créance est devenue exigible « pendant la procédure »

L'article 16 de la CCT n° 102 dispose que les créances des travailleurs repris qui deviennent exigibles pendant la procédure de réorganisation judiciaire restent à charge du débiteur. Il s'agit des créances qui deviennent exigibles après la date du jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ou, à défaut de ce jugement, après la date du jugement qui ordonne le transfert sous autorité de justice, mais avant la date du transfert sous autorité de justice.

En ce qui concerne ces créances, le Conseil remarque tout d'abord que, conformément à l'article 36 de la LCE, ces créances ne sont « pas soumise[s] au sursis », ce qui signifie que les créanciers peuvent mettre en œuvre sans limitation des moyens d'exécution afin d'en obtenir le paiement, et que, conformément à l'article 37 de la LCE, elles bénéficient du statut de « dettes de masse » dans une éventuelle faillite ou liquidation subséquente, dans ce sens qu'elles seront payées en priorité. Cette priorité ne peut toutefois pas s'exercer sur le produit de la réalisation de biens sur lesquels un droit réel est établi, sauf si les prestations des travailleurs ont contribué au maintien de la sûreté ou de la propriété (article 37, troisième alinéa de la LCE).

Le Conseil remarque qu'en vertu de l'article 35, § 1^{er} de la loi relative aux fermetures, le Fonds de fermeture est compétent pour intervenir dans le cas où le débiteur serait victime d'une fermeture et ne rembourserait pas lesdites dettes aux travailleurs repris, dans les limites qui s'appliquent à son intervention dans le cadre de la législation relative aux fermetures d'entreprises. Cela implique également que le Fonds de fermeture pourra ensuite exiger du débiteur le remboursement des indemnités payées aux travailleurs. En ce qui concerne la demande d'intervention du Fonds de fermeture par le mandataire de justice, voir ci-dessus.

Troisième hypothèse : la créance est devenue exigible « après le transfert »

Les créances des travailleurs repris qui deviennent exigibles après le transfert sont à charge du repreneur, qui est devenu le nouvel employeur.

E. Adaptations nécessaires de la réglementation

1. Remarques concernant l'article 61 de la LCE

Le Conseil souhaite remarquer qu'en vertu de l'article 61, § 6, les dispositions de l'article 61 ne s'appliqueront plus une fois que la CCT n° 102 aura été ratifiée par le Roi. Cela soulève deux problèmes.

Premièrement, il convient de souligner que l'article 61 a un champ d'application plus large que les dispositions de la CCT n° 102 en raison du champ d'application de la loi du 5 décembre 1968.

Deuxièmement, il convient de remarquer que certains éléments de l'article 61 ne peuvent pas être réglés dans une CCT, à savoir le déroulement de la procédure d'homologation (voir ci-avant le point D.4.e.) et la limitation de la possibilité d'apporter d'un commun accord des modifications aux contrats de travail individuels après le transfert, aux modifications qui sont liées principalement à des raisons techniques, économiques ou organisationnelles (voir ci-avant le point D.4.a.).

Afin de régler ces deux problèmes, le Conseil propose :

- d'élaborer un régime analogue à celui de la CCT n° 102 pour les travailleurs auxquels la loi du 5 décembre 1968 sur les CCT ne s'applique pas ;
- de maintenir les dispositions de l'actuel article 61 de la LCE concernant la procédure d'homologation et la possibilité d'apporter d'un commun accord des modifications aux contrats de travail individuels, en tenant compte des adaptations demandées dans le présent avis.

2. Statut et fonction des représentants des travailleurs

a. Cadre général

- Le Conseil souhaite tout d'abord signaler qu'il faut tenir compte à ce sujet de l'article 6 de la directive 2001/23/CE.

Il rappelle que l'article 6 de la directive 2001/23/CE précise les circonstances dans lesquelles la fonction et le statut juridique des représentants des travailleurs doivent être maintenus. Cette disposition s'applique à tous les cas de transfert d'entreprises, y compris ceux qui ont lieu dans le cadre d'une faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue.

On distingue dans ce cadre deux situations, selon que l'entreprise transférée conserve ou non son autonomie.

Si l'entreprise transférée conserve son autonomie, le statut et la fonction des représentants des travailleurs doivent subsister, selon les mêmes modalités et suivant les mêmes conditions qu'avant la date du transfert, sauf si les conditions nécessaires à la nouvelle désignation des représentants des travailleurs ou à la nouvelle formation de la représentation des travailleurs sont réunies. Si l'entreprise ne conserve pas son autonomie après le transfert, les États membres doivent veiller à ce que les travailleurs qui étaient représentés avant le transfert continuent à être convenablement représentés durant la période nécessaire à la nouvelle formation ou désignation.

Dans le cas où l'entreprise conserverait son autonomie après le transfert, une disposition spécifique a été prévue concernant le transfert réalisé dans le cadre d'une faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue : les États membres peuvent prendre les mesures nécessaires pour assurer que les travailleurs transférés sont convenablement représentés jusqu'à la nouvelle élection ou désignation des représentants des travailleurs.

Le Conseil rappelle en outre que, dans son avis n° 1.392 du 13 mars 2002, il a estimé que le concordat judiciaire, réglé par la loi de 1997, ne pouvait être considéré comme une procédure de faillite ou une procédure analogue au sens de la directive, étant donné qu'il vise le maintien de l'entreprise et la poursuite des activités.

Il a par conséquent demandé, dans l'avis n° 1.392, d'adapter sur ce point la réglementation belge sur les conseils d'entreprise, les comités pour la prévention et la protection au travail ainsi que sur les délégations syndicales.

En exécution de cet avis, l'on a toutefois jugé que la réglementation belge prévue pour l'hypothèse d'un transfert conventionnel pouvait également s'appliquer au cas d'un transfert réalisé dans le cadre d'un concordat judiciaire, sans qu'une référence explicite à cette hypothèse soit nécessaire.

Le Conseil souhaite souligner que cela ne peut pas être le cas pour l'hypothèse du transfert sous autorité de justice.

Jusqu'à présent, la législation belge ne connaissait pas de transfert sous autorité de justice. Ce nouveau cas doit donc être réglé, en respectant les dispositions de la directive.

Cela nécessite dès lors une adaptation de la réglementation belge sur les conseils d'entreprise, les comités pour la prévention et la protection au travail ainsi que sur les délégations syndicales.

- Ensuite, avant d'aborder l'adaptation voulue de ladite réglementation, le Conseil souhaite formuler une remarque au sujet de l'article 12 de la CCT n° 102, qui porte sur le choix des travailleurs qui seront repris. Ce choix doit être dicté par des raisons techniques, économiques ou organisationnelles et s'effectuer sans différenciation interdite.

Bien que ce choix incombe au repreneur, celui-ci devra pouvoir le motiver. Dans ce cadre, il est important de souligner que la portée de la charge de la preuve dépend du nombre de représentants des travailleurs qui sont effectivement repris.

Si la proportion entre les travailleurs repris et leurs représentants reste au moins égale (avant et après le transfert), il y aura en effet une présomption (réfragable) que le repreneur a agi sans faire de différenciation interdite. Si, par exemple, il y a 10 % des travailleurs qui sont des représentants du personnel avant le transfert sous autorité de justice, il faut que, parmi les membres du personnel qui sont repris pour des raisons techniques, économiques ou organisationnelles, au moins 10 % de représentants des travailleurs soient repris pour que la présomption s'applique. Si, par exemple, il y a 10 représentants des travailleurs dans une entreprise de 100 travailleurs et si 50 travailleurs de cette même entreprise sont transférés, il doit y avoir cinq représentants des travailleurs parmi ces travailleurs transférés pour l'application de la présomption.

S'il est avancé qu'une différenciation interdite a été faite dans le choix des travailleurs repris, le repreneur pourra invoquer la présomption d'absence de différenciation interdite, mais cette présomption pourra éventuellement être renversée, par exemple en invoquant une discrimination au sens de la législation anti-discrimination.

Dans ce cadre, il est important que cette proportion soit appréciée dans sa globalité (pas de distinction entre effectifs et suppléants, pas de distinction entre les catégories représentées, pas de distinction selon l'organe). Pour le calcul de cette proportion, il est uniquement tenu compte des représentants du personnel tels que visés à l'article 1^{er}, § 1^{er}, 1^o de la loi du 19 mars 1991 et à l'article 20 bis de la CCT n° 5 du 24 mai 1971.

La liste des travailleurs qui seront repris (dont les représentants des travailleurs) figurera en tout cas dans la convention de transfert projeté, qui pourra éventuellement être homologuée par le tribunal du travail.

Dans ce cas, le tribunal pourra exercer un contrôle sur la question de savoir si le choix des travailleurs, qui incombe au repreneur, a été dicté par des raisons techniques, économiques ou organisationnelles et s'il n'y a pas eu de différenciation interdite, en particulier dictée par l'activité exercée en tant que représentant du personnel dans l'entreprise transférée ou la partie d'entreprise transférée.

b. Sort des organes de concertation réglés par la loi : le conseil d'entreprise et le comité pour la prévention et la protection au travail

Le Conseil a déjà souligné ci-avant que la réglementation du sort des organes de concertation en cas de transfert d'une (partie d'une) entreprise sous autorité de justice nécessite une adaptation de la législation et, plus précisément :

- en ce qui concerne les conseils d'entreprise : de l'article 21, §§ 10 et 11 de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie ;
- en ce qui concerne les comités pour la prévention et la protection au travail (ci-après CPPT) : des articles 69 à 76 de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail.

Dans le présent avis, il souhaite énumérer les principes généraux auxquels doit satisfaire, selon lui, la réglementation légale pour le sort des organes de concertation en cas de transfert d'une (partie d'une) entreprise sous autorité de justice.

1. Il doit s'agir, dans la loi, d'une réglementation supplétive, qui s'applique à moins que les parties n'en décident autrement.
2. Il doit également s'agir d'une réglementation transitoire, qui s'applique jusqu'aux élections sociales suivantes.
3. La réglementation doit se rapprocher le plus possible de la réglementation qui existe pour le sort des organes de concertation en cas de transfert conventionnel d'une (partie d'une) entreprise (article 18, §§ 3 et 4 et article 20, § 10 de la loi du 20 septembre 1948 et articles 69 à 75 de la loi du 4 août 1996).

Cela implique que les représentants des travailleurs qui sont repris continueront à exercer leur mandat chez le repreneur, soit au sein d'un organe de concertation distinct soit au sein d'un organe de concertation déjà existant chez le repreneur, selon la situation.

Le Conseil demande toutefois aux autorités compétentes d'examiner quelles sont les adaptations qu'il est éventuellement nécessaire d'apporter à la réglementation du sort des organes de concertation en cas de transfert conventionnel d'une (partie d'une) entreprise, vu la spécificité d'un transfert sous autorité de justice par rapport à un transfert conventionnel.

4. Les mesures de protection qui sont prévues par la loi du 19 mars 1991 portant un régime de licenciement particulier sont maintenues pour tous les représentants des travailleurs (effectifs, suppléants) et candidats-représentants des travailleurs non élus qui sont repris.

Il s'agit en effet de droits liés aux contrats de travail existant au moment du transfert sous autorité de justice, qui doivent être repris par le repreneur.

Le Conseil souhaite souligner que les adaptations légales proposées et l'adaptation de la CCT n° 5 en ce qui concerne la délégation syndicale (voir ci-après le point c.) forment un tout.

Le Conseil insiste dès lors pour que les mesures nécessaires soient prises afin de concrétiser ces adaptations légales le plus rapidement possible.

c. Sort de la délégation syndicale

Le Conseil rappelle que l'article 20 bis de la CCT n° 5 du 24 mai 1971 détermine les règles qui s'appliquent aux délégués syndicaux, en ce qui concerne les mesures de protection et la poursuite de l'exercice du mandat, en cas de changement d'employeur résultant d'un transfert conventionnel d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise.

Il estime que la réglementation belge prévue pour l'hypothèse du transfert conventionnel, qui a été jugée conforme à la directive 2001/23/CE, ne peut pas s'appliquer au cas du transfert sous autorité de justice, si bien qu'une référence explicite à cette hypothèse est requise.

C'est la raison pour laquelle le Conseil a décidé d'adapter la CCT n° 5 sur ce point par le biais de la CCT n° 5 quater, de sorte que la réglementation en vigueur en la matière en cas de transfert conventionnel s'appliquera également en cas de transfert sous autorité de justice.

F. Remarque finale

Le Conseil répète enfin que les CCT n°s 102 et 5 quater qu'il a conclues ainsi que le présent avis clôturent la première phase de ses travaux relatifs à la LCE.

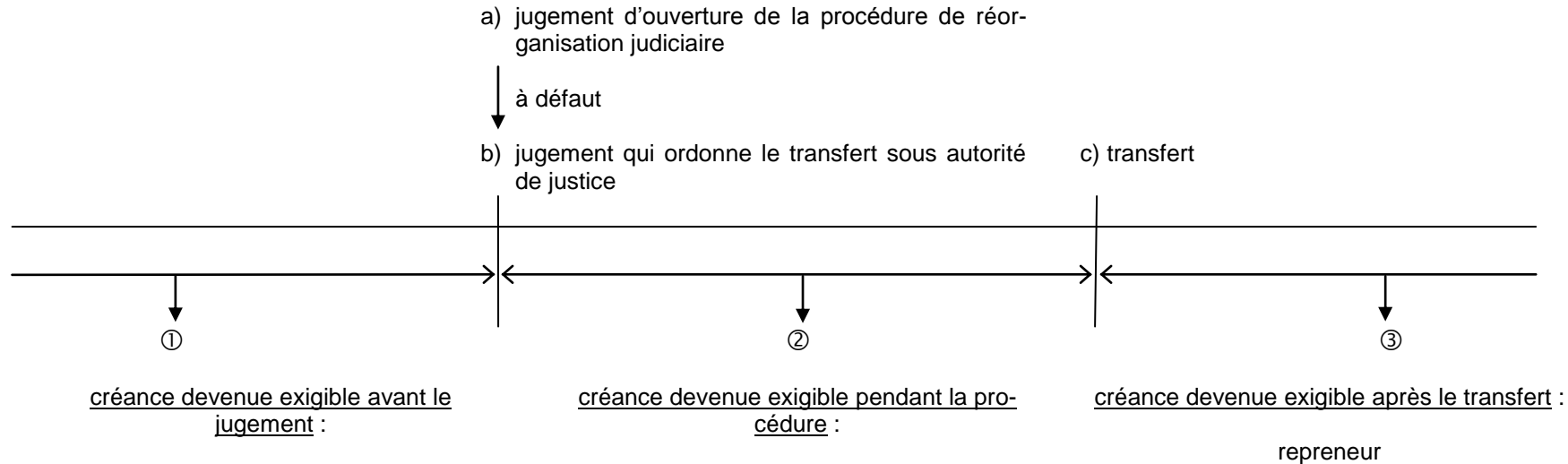
Il est d'avis que les droits des travailleurs concernés par un transfert sous autorité de justice sont ainsi réglés avec une plus grande sécurité juridique pour toutes les parties concernées et qu'un équilibre a été trouvé dans ce cadre entre l'importance de sauver l'activité d'une entreprise et la charge qui peut, pour ce faire, être imposée à la collectivité (le Fonds de fermeture). De plus, la nouvelle forme juridique du transfert sous autorité de justice a, de ce fait, été reprise dans l'ensemble du droit du travail.

Il demande instamment aux instances compétentes d'effectuer le plus rapidement possible les modifications législatives demandées dans le présent avis et de se limiter à ces adaptations, afin de faire également entrer les CCT n°s 102 et 5 quater en vigueur à court terme et d'apporter aux acteurs de terrain la clarté sur la nouvelle réglementation en la matière, ainsi que de respecter pleinement dans ce cadre l'équilibre trouvé par les partenaires sociaux.

Entre-temps, il continuera à suivre l'application de la LCE sur le terrain. À cet égard, il se réserve le droit de formuler, dans une deuxième phase, de nouvelles propositions concernant les situations problématiques constatées.

ANNEXE

Sort des créances des travailleurs repris



- dettes ayant fait l'objet d'une information (art. 8 de la CCT)

in solidum débiteur et repreneur

- dettes n'ayant pas fait l'objet d'une information

débiteur

a) Il y a un jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire (jugement dont il est question à l'article 24, § 2 de la LCE) dans les cas suivants :

- Lorsqu'il s'agit d'une procédure de transfert consenti sous autorité de justice (article 59, § 1^{er} de la LCE).
- Lorsqu'il s'agit d'une procédure de transfert forcé sous autorité de justice (article 59, § 2 de la LCE), dans les cas suivants :
 - . lorsque le tribunal ordonne la fin anticipée de la procédure de réorganisation judiciaire (article 41 de la LCE) ou révoque le plan de réorganisation (article 58 de la LCE) ;
 - . lorsque les créanciers n'approuvent pas le plan de réorganisation (article 54 de la LCE) ;
 - . ou lorsque le tribunal refuse l'homologation du plan de réorganisation (article 55 de la LCE).

b) Il n'y a pas de jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire dans les deux cas suivants de procédure de transfert forcé sous autorité de justice :

- lorsque le débiteur est en état de faillite sans avoir demandé l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire ;
- ou lorsque le tribunal rejette la demande d'ouverture de cette procédure (article 23 de la LCE).

Le jugement qui ordonne le transfert est le jugement dont il est question aux articles 59 et 60 de la LCE.

c) La date dont il est pris acte dans le jugement du tribunal de commerce qui autorise le transfert sous autorité de justice.

Notes : - Par « dettes » (et « créances »), on entend les obligations exigibles découlant des engagements pris dans le cadre d'un contrat de travail, dont le paiement n'a pas encore été reçu (art. 5, 9° de la CCT n° 102).

- La loi du 26 juin 2002 relative aux fermetures prévoit une garantie du Fonds de fermeture. Celle-ci reste inchangée.