

A V I S N° 1.578

Séance du mardi 21 novembre 2006

Avant-projet de loi relative à la continuité des entreprises

x x x

2.212-1

A V I S N° 1.578

Objet : Avant-projet de loi relative à la continuité des entreprises

Par lettre du 1^{er} août 2006, monsieur P. VANVELTHOVEN, ministre de l'Emploi, a demandé un avis d'urgence sur la disposition de l'avant-projet de loi relative à la continuité des entreprises qui prévoit que, dans l'attente d'une adaptation de la convention collective de travail n° 32 bis, les travailleurs relèvent du chapitre III de cette même convention collective de travail et de la réglementation en matière de fermeture d'entreprise.

Il s'agit plus précisément de l'article 51 de l'avant-projet de loi, qui vise à préciser la nature du transfert d'entreprise par autorité de justice.

En outre, le ministre a transmis de manière informelle le projet de loi dans son intégralité, en demandant d'émettre un avis à ce sujet.

Le Conseil a confié l'examen de ce point à la Commission des relations individuelles du travail.

Sur rapport de cette Commission, le Conseil a émis le 21 novembre 2006 l'avis suivant.

x x x

AVIS DU CONSEIL NATIONAL DU TRAVAIL

I. INTRODUCTION

Par lettre du 1er août 2006, monsieur P. VANVELTHOVEN, ministre de l'Emploi, a demandé un avis d'urgence sur la disposition de l'avant-projet de loi relative à la continuité des entreprises qui prévoit que, dans l'attente d'une adaptation de la convention collective de travail n° 32 bis, les travailleurs relèvent du chapitre III de cette même convention collective de travail et de la réglementation en matière de fermeture d'entreprise.

Il s'agit plus précisément de l'article 51 de l'avant-projet de loi, qui vise à préciser la nature du transfert d'entreprise par autorité de justice.

En outre, le ministre a transmis de manière informelle le projet de loi dans son intégralité, en demandant d'émettre un avis à ce sujet.

Cet avant-projet de loi tend à remplacer la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire. Toutefois, plusieurs éléments de cette loi sont maintenus. L'objectif de la nouvelle législation envisagée est de mettre à la disposition des entreprises en difficulté des outils pour permettre leur sauvegarde et leur continuité. En vue d'assurer cette sauvegarde, différents instruments sont instaurés.

II. POSITION DU CONSEIL

Le Conseil a examiné l'avant-projet de loi qui lui a été soumis pour avis. Il a pu bénéficier au cours de ses travaux des éclaircissements d'un représentant du Cabinet de la vice-Première Ministre et Ministre de la Justice, madame L. ONKELINX et d'un représentant de l'Administration du SPF Emploi, Travail et Concertation sociale.

Sur la base de cet examen, les organisations de travailleurs et d'employeurs représentées au sein du Conseil n'ont pas pu parvenir à un accord sur cette problématique.

A. Position des membres représentant les organisations de travailleurs

Les membres représentant les organisations de travailleurs soulignent la double consultation dont le Conseil national du Travail est saisi :

- 1) il est consulté de façon officielle sur l'article 51 de l'avant-projet de loi visant à préciser la nature du transfert de l'entreprise parce qu'il s'agit là de toucher à un instrument relevant de la compétence du Conseil ;
- 2) il est consulté de façon informelle sur l'ensemble de l'avant-projet comme le gouvernement l'a concédé aux partenaires sociaux.

Les membres représentant les organisations de travailleurs soulignent le décalage de traitement entre certains membres du banc patronal et le reste des membres du Conseil national du Travail en termes d'implication dans l'élaboration de l'avant-projet de loi.

Il ressort clairement de l'exposé des motifs et des auditions auxquelles il a été procédé que l'un des membres du banc patronal est associé à l'avant-projet depuis les premières heures du processus.

Or, l'avant-projet touche aussi aux droits des travailleurs créanciers des entreprises en difficultés à plusieurs niveaux comme par exemple dans l'article 43 de l'avant-projet et dans tout ce qui concerne l'articulation de celui-ci avec la matière des fermetures d'entreprises. Les membres représentant les organisations de travailleurs s'autorisent dès lors à émettre un avis sur l'ensemble de l'avant-projet et pas seulement sur l'article 51.

1. En ce qui concerne l'ensemble de l'avant-projet de loi

Les membres représentant les organisations de travailleurs sont attachés à l'objectif poursuivi par l'avant-projet de loi, à savoir la survie de l'entreprise et la sauvegarde maximale de l'emploi, mais cela ne peut pas se faire à n'importe quel prix et notamment au détriment des droits des travailleurs et du fait syndical dans l'entreprise.

Le point 3 du deuxième alinéa de l'article 14 prévoit que le débiteur qui sollicite l'ouverture d'une procédure en réorganisation judiciaire joint notamment à sa requête une liste de tous les créanciers reconnus ou prétendus. Les membres représentant les organisations de travailleurs souscrivent à l'argument du Conseil d'État en la matière, à savoir que le débiteur aux abois sera rarement à même de fournir un relevé exhaustif et de produire des éléments fiables. On peut dès lors se demander si, dans l'intérêt à la fois du débiteur et des créanciers (notamment les travailleurs), il n'est pas préférable de mettre en place un mécanisme à cette fin.

L'article 39 de l'avant-projet, lorsqu'il parle du volet social du plan de réorganisation, omet la participation des représentants des travailleurs. L'article 43 prévoit que le débiteur informe du contenu du plan les représentants des travailleurs sans plus d'explications.

Les articles 29 et 32 de la loi du 17 juillet 1997 mentionnent pourtant l'intervention des représentants des travailleurs selon la cascade devenue habituelle (conseil d'entreprise, comité pour la prévention et la protection au travail, délégation syndicale ou délégation du personnel) sous forme d'audition dans le cadre de la partie prescriptive du plan de redressement et une information de ceux-ci via le commissaire au sursis dans la procédure de sursis définitif.

Même si le commissaire au sursis disparaît, ce que l'on regrette étant donné qu'il était garant du respect de la procédure, ce que les employeurs avaient considéré comme fondamental lors des travaux de la CCT n° 32 quinquies, il convient de prévoir expressément dans les articles 39 et 43 la place des représentants des travailleurs comme et selon les termes utilisés antérieurement.

2. En ce qui concerne l'article 51 de l'avant-projet de loi

Les membres représentant les organisations de travailleurs constatent que l'article 51 de l'avant-projet de loi, au sujet duquel le ministre demande d'urgence l'avis du Conseil national du Travail, porte sur le régime juridique qui s'applique aux travailleurs en cas de transfert sous autorité de justice. Cet article précise que la procédure de transfert sous autorité de justice constitue une procédure ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant au sens de l'article 5, alinéa 1er de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001.

Cette directive dispose que les articles relatifs au maintien des droits des travailleurs, aux conditions de travail et à la protection contre le licenciement en cas de transfert d'entreprise (articles 3 et 4) ne s'appliquent pas lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens de l'entreprise. En cas de reprise dans ce cadre, il est par exemple possible de déroger aux conditions de travail existantes.

En Belgique, la convention collective de travail n° 32 prévoit un Chapitre III séparé pour les reprises dans le cadre d'une faillite.

Ce chapitre dispose qu'en cas de reprise d'actif après faillite, les conditions de travail conclues collectivement ou appliquées collectivement sont maintenues et que les travailleurs conservent l'ancienneté qu'ils ont acquise en ce qui concerne le délai de préavis et l'indemnité de préavis. Par contre, l'employeur peut choisir les travailleurs qu'il reprend.

L'article 51 dispose en outre que, dans l'attente d'une adaptation de la CCT n° 32 bis du 7 juin 1985, les travailleurs relèvent du Chapitre III de cette même CCT.

Les membres représentant les organisations de travailleurs ne peuvent pas souscrire à ce point de vue, ni en ce qui concerne la nature de la procédure de "transfert sous autorité de justice", ni en ce qui concerne le régime proposé en attendant une hypothétique adaptation de la CCT n° 32 bis.

a) La nature de la procédure de "transfert sous autorité de justice"

Les membres représentant les organisations de travailleurs estiment qu'il ressort très clairement, tant de l'exposé des motifs que du texte de l'avant-projet de loi même, que l'objectif est d'organiser la continuité de l'entreprise et qu'un transfert sous autorité de justice n'est pas uniquement prévu lorsque l'on vise la liquidation de la partie non transférée. Un transfert peut avoir lieu à différents stades.

1) Éléments de l'exposé des motifs

Ces éléments apparaissent clairement des extraits suivants de l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi.

L'avant-projet de loi en question ne veut pas mettre en cause la division telle que prévue dans le modèle législatif du droit européen et international, entre les procédures collectives de liquidation (comme la faillite) et les procédures de redressement de l'entreprise, *"mais veut perfectionner une des branches de l'alternative, le redressement et la sauvegarde de l'entreprise qui seront exprimés dans le projet par le vocable de réorganisation."* (Exposé des motifs, introduction, point 1)

"Le débiteur peut demander un moratoire dans le but de conclure un concordat amiable sous le parapluie du sursis, il peut le demander dans le but d'obtenir, sous le contrôle du juge un étalement de sa dette ou une réduction des montants dus, il peut enfin demander un moratoire pour que sous le couvert de ce moratoire, son entreprise soit transférée à un tiers." (Exposé des motifs, introduction, point 4, 4e alinéa)

Cela signifie donc qu'un transfert d'entreprise peut être demandé dès le début et que la situation de l'entreprise ne doit pas être telle que la partie non transférée fera nécessairement faillite.

Le même raisonnement est suivi au point 5, 3e alinéa de l'introduction de l'exposé des motifs : *"La troisième des procédures organise le transfert de l'entreprise sous supervision judiciaire. Le projet de loi part du concept que la sauvegarde de l'entreprise ou au moins de certaines activités de l'entreprise est l'objectif à atteindre. Pour cela il faut prévoir que sous le couvert d'un moratoire souple, l'entreprise puisse être cédée. Cela peut être prévu dès le départ, cela peut s'imposer ensuite en cas d'échec ou de réorientation d'une procédure de réorganisation classique. Le maintien de l'emploi est un facteur décisif dans cette procédure de transfert."*

2) Éléments de l'avant-projet de loi

L'article 51 fait partie du chapitre 4 (réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice), lequel fait partie du Titre 4 nommé Réorganisation Judiciaire. Le chapitre 1er de ce titre traite l'objectif de cette réorganisation judiciaire et l'article 12 mentionne ce qui suit :

"La procédure de réorganisation judiciaire a pour but de préserver sous le contrôle du juge, la continuité de l'entreprise en difficulté ou de tout ou partie de ses activités.

Elle permet d'accorder un sursis au débiteur en vue :

- soit de faciliter la conclusion d'un accord amiable [...]*
- soit d'obtenir l'accord des créanciers sur un plan de réorganisation [...]*
- soit de permettre le transfert sous autorité de justice [...]*

La demande peut poursuivre un objectif propre pour chaque activité ou partie d'activité distincte."

Cet article souligne également que, pour la partie non transférée, le point de départ en cas de transfert sous autorité de justice n'est nullement la fin de l'entreprise.

L'article 13 dispose ce qui suit : *"La procédure en réorganisation judiciaire peut être ouverte dès que la continuité de l'entreprise est menacée, à bref délai ou à terme, et lorsque tout ou partie de son activité est susceptible d'être maintenue par l'effet de la procédure, soit directement par des mesures [...], soit indirectement par le transfert sous autorité de justice de tout ou partie de cette activité."*

La susceptibilité de maintien de l'entreprise est donc une condition pour pouvoir demander la réorganisation judiciaire.

b) Le régime de transition proposé : application du Chapitre III de la CCT n° 32 bis

Les membres représentant les organisations de travailleurs soulignent que le régime de transition proposé résulte de la constatation de la nature de la procédure de transfert sous autorité de justice.

L'application du Chapitre III à des transferts dans ce cadre pourrait avoir des conséquences désastreuses pour les travailleurs : pas de reprise automatique des contrats de travail, pas de maintien des conditions de travail individuelles (sauf l'ancienneté), pas de solidarité en ce qui concerne les dettes entre le cessionnaire et le cédant et pas de protection contre le licenciement pour une raison liée au transfert.

Le cessionnaire peut non seulement choisir librement les travailleurs qu'il reprend, mais il peut encore modifier leurs conditions de travail. Il ne fera aucun doute dans ce cas que le cessionnaire choisira les travailleurs les moins chers. Le risque sera grand, pour les travailleurs protégés, de ne pas être repris.

Étant donné que le cessionnaire aura le choix des travailleurs qu'il reprend et des conditions auxquelles il le fait, cela implique une rupture du contrat de travail et donc aussi l'apparition d'un droit à une indemnité de rupture. On peut se demander qui paiera cette indemnité de rupture.

Dans l'hypothèse où la partie non transférée de l'entreprise ferme ou fait faillite, le passif social que le Fonds de fermeture prendra en charge augmentera dès lors considérablement.

En outre, le Chapitre III semble difficilement applicable pour d'autres raisons pratiques : il concerne des transferts suivant une faillite, alors qu'en l'espèce, la logique inverse sera suivie (il y aura d'abord un transfert et ensuite la faillite). L'une des conditions est d'être en service au moment de la faillite...

En ce qui concerne l'application du nombre de travailleurs requis pour l'octroi de l'indemnité de fermeture (20 travailleurs), la question se pose de savoir à quel moment il faut se situer : la date du jugement ou la date de la fermeture effective après la reprise ?

On peut également se demander qui paie les dettes qui sont apparues dans le passé (avant la reprise) mais qui doivent être payées après la reprise, comme la prime de fin d'année.

Il ressort dès lors de ce qui précède que les membres représentant les organisations de travailleurs ne considèrent pas le transfert sous autorité de justice comme une procédure qui aboutit à la faillite ou à la liquidation de l'entreprise au sens de la directive 2001/23/CE, mais au contraire, vu la teneur de l'ensemble de l'avant-projet de loi, comme une procédure orientée vers la continuité de l'entreprise.

La situation est dès lors analogue à celle prévue dans le cadre du concordat judiciaire.

Les membres représentant les organisations de travailleurs souhaitent par conséquent que la reprise de travailleurs dans le cadre d'un transfert sous autorité de justice soit réglée de la même manière qu'en cas de concordat judiciaire, à savoir que l'article 7 de la CCT n° 32 bis, tel que modifié par la CCT n° 32 quinquies, soit appliqué.

Cette disposition implique que les dettes existant au moment de la reprise sont prises en charge par le Fonds de fermeture des entreprises pour les contrats de travail existant à ce moment-là (article 8 bis de la CCT n° 32 bis).

Elle a pour avantage que les droits des travailleurs sont préservés, que le cessionnaire n'est pas tenu du passif social du cédant, et qu'il faudra adapter un nombre minime de dispositions légales, ce qui serait d'ailleurs le cas dans le système proposé (adaptation de la loi relative aux fermetures, etc.)

En outre, les membres représentant les organisations de travailleurs voient leurs arguments renforcés par l'avis du Conseil d'État, qui considère également que le Chapitre II de la CCT n° 32 bis devrait plutôt s'appliquer.

B. Position des membres représentant les organisations d'employeurs

Les membres représentant les organisations d'employeurs sont favorables à l'avant-projet de loi relative à la continuité des entreprises dans son ensemble, et soutiennent en particulier son article 51. Le but de cette disposition est de clarifier la nature du transfert d'entreprise organisé dans le chapitre 4 de l'avant-projet de loi. Ces membres estiment que la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice est bien une procédure d'insolvabilité analogue à la procédure de faillite en vue de la liquidation et sous autorité judiciaire, au sens de l'article 5, alinéa 1er, de la Directive n°2001/23/CE du 12 mars 2001. En toute logique, le transfert organisé par les articles 49 et suivants de l'avant-projet de loi se voit appliquer le chapitre III de la CCT n° 32 bis du 7 juin 1985, ce qui signifie que le repreneur a le choix de reprendre les travailleurs qu'ils souhaite aux conditions qu'il détermine, les travailleurs non repris devant se tourner vers le Fonds de fermeture.

Les insuffisances de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire, destinée à organiser le sauvetage des entreprises en difficulté, ne sont plus à démontrer. Afin de permettre le sauvetage des entreprises en difficulté, l'avant-projet de loi élargit la palette d'instruments à leur disposition. Le débiteur en difficulté ne se trouve plus devant le choix binaire du concordat ou de la faillite, mais dispose d'une pluralité d'options, qui vont de systèmes très libres à d'autres très contraignants, comme le transfert d'entreprise sous autorité de justice.

La réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice constitue une des trois possibilités prévues par l'article 12 en projet. Comme son nom l'indique, ce type de transfert n'est pas volontaire mais se déroule entièrement sous l'autorité du tribunal. Il ne s'agit en aucun cas d'une cession conventionnelle. Le débiteur en difficulté perd entièrement la maîtrise de la procédure, laquelle se trouve dans les mains du juge, selon des règles précises détaillées aux articles 49 à 59 de l'avant-projet de loi.

D'autre part, toujours au sens de l'article 5, alinéa 1er de la Directive n° 2001/23/CE, la réorganisation judiciaire par transfert d'entreprise sous autorité de justice se déroule en vue de liquider le patrimoine du débiteur. En effet, une fois que ses activités encore rentables seront cédées, le débiteur en difficulté n'aura d'autres recours que la faillite ou la mise en liquidation. Il s'ensuit donc bien une liquidation du patrimoine du débiteur.

Au-delà des arguments juridiques, la solution de l'article 51 s'impose en considération des aspects socio-économiques. Partant du principe qu'il faut sauvegarder au maximum les potentialités de l'entreprise, y compris l'emploi, il importe d'encourager le transfert de l'entreprise ou de tout ou partie de celle-ci ou de ses activités. Cet objectif ne peut être atteint si l'on fait peser des obligations trop lourdes sur un éventuel repreneur. Une application du chapitre II, même avec l'assouplissement prévu à l'article 8 bis pour le concordat judiciaire, dissuadera nécessairement les acquéreurs potentiels. Ces derniers, afin d'éviter les conséquences du chapitre II, attendront la faillite du cédant.

La solution retenue par l'avant-projet de loi permet donc de sauver ce qui peut l'être tant qu'il en est encore temps, sans attendre l'issue fatale de la faillite. Le transfert peut permettre de sauvegarder une partie de l'activité et donc une partie de l'emploi, là où la faillite de l'entreprise aboutirait à la vente séparée de tous les actifs et donc à la perte de tous les emplois. En tout état de cause, une fois réalisé le transfert des activités ayant une rentabilité économique actuelle ou potentielle, la situation sera plus favorable que si il y avait eu aveu de faillite. Les membres représentant les organisations d'employeurs estiment que l'emploi sera sauvegardé dans de meilleures conditions.

Pour toutes ces raisons, tant juridiques que socio-économiques, les membres représentant les organisations d'employeurs sont tout à fait favorables à l'article 51. Les auteurs de l'avant-projet de loi ont parfaitement mesuré les conséquences sociales de cette disposition. Toute autre solution aurait pour effet de priver les débiteurs en difficulté d'un important moyen de sauvegarder les potentialités de l'entreprise, et partant, de ruiner une occasion de réduire la facture sociale.
