



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 52.654/2
du 16 janvier 2013

sur

un avant-projet de loi 'portant
ajustement de la loi relative à
la continuité des entreprises et
organisant le dossier
électronique et modifiant les
lois du 20 septembre 1948
portant organisation de
l'économie et du 4 août 1996
relative au bien-être des
travailleurs lors de l'exécution
de leur travail'

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 52.654/2
van 16 januari 2013

over

een voorontwerp van wet
'houdende aanpassing van de
wet betreffende de continuïteit
van de ondernemingen en
organisering het elektronisch
dossier en tot wijziging van de
wetten van 20 september 1948
houdende organisatie van het
bedrijfsleven en van
4 augustus 1996 betreffende
het welzijn van de
werknemers bij de uitvoering
van hun werk'

Le 21 décembre 2012, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de la Justice à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'portant ajustement de la loi relative à la continuité des entreprises et organisant le dossier électronique et modifiant les lois du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie et du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 16 janvier 2013. La chambre était composée de Yves KREINS, président de chambre, Pierre VANDERNOOT et Martine BAGUET, conseillers d'État, Yves DE CORDT et Christian BEHRENDT, assesseurs, et Bernadette VIGNERON, greffier.

Le rapport a été présenté par Jean-Luc PAQUET, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Martine BAGUET.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 16 janvier 2013.

*

Op 21 december 2012 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Justitie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'houdende aanpassing van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen en organiseren het elektronisch dossier en tot wijziging van de wetten van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven en van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk'.

Het voorontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 16 januari 2013. De kamer was samengesteld uit Yves KREINS, kamervoorzitter, Pierre VANDERNOOT en Martine BAGUET, staatsraden, Yves DE CORDT en Christian BEHRENDT, assessoren, en Bernadette VIGNERON, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jean-Luc PAQUET, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Martine BAGUET.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 16 januari 2013.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

INTITULÉ

Compte tenu du nombre de lois modifiées par l'avant-projet, son intitulé gagnerait à être rédigé comme suit :

« Loi modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises ».

DISPOSITIF

Article 3

(article 2/1 en projet de la loi du 31 janvier 2009)

L'hypothèse des contrats en cours à prestations successives, évoquée dans l'exposé des motifs et envisagée à l'article 36 en projet, devrait être mieux traduite au nouvel article 2/1 en projet, qui, en l'état, dispose simplement que « la nature des créances est déterminée au moment de l'ouverture de la procédure ».

Article 5

(article 5, alinéa 5, en projet de la loi du 31 janvier 2009)

Selon l'article 5 de l'avant-projet, l'article 5, alinéa 5, de la loi du 31 janvier 2009 sera remplacé par le texte suivant :

« Tout intéressé peut intervenir volontairement dans les procédures prévues par la loi par une requête contenant, à peine de nullité, les moyens et les conclusions. Une intervention forcée n'est possible que par citation ou comparution volontaire conformément à l'article 706 du Code judiciaire ».

Or, dans le texte coordonné de la loi contenu dans le dossier, ce nouveau texte remplace l'alinéa 6 de l'article 5, aux termes duquel,

« à défaut d'une telle intervention, celui qui, à son initiative ou à celle du tribunal, est entendu ou dépose un écrit pour faire valoir des observations, formuler une demande ou articuler des moyens, n'acquiert pas de ce seul fait la qualité de partie ».

Cette erreur de coordination a pour conséquence que, dans le texte coordonné, coexistent de manière incohérente l'ancien texte, selon lequel

« tout intéressé peut intervenir dans les procédures prévues par la présente loi, conformément aux articles 812 à 814 du Code judiciaire »,

et le nouveau texte envisagé, qui supprime toute référence à ces articles du Code judiciaire.

Si elle est confirmée par l'auteur de l'avant-projet, cette suppression présente deux inconvénients majeurs.

D'une part, le nouveau système neutralise l'article 813, alinéa 2, seconde phrase, du Code judiciaire, qui autorise, entre parties à la cause, l'intervention forcée par voie de « simple conclusion ». Or, cette possibilité du droit commun, conforme aux principes d'économie de procédure, devrait être maintenue.

D'autre part, le nouveau texte semble également ôter tout effet, pour les procédures organisées sous l'empire de la loi du 31 janvier 2009 'relative à la continuité des entreprises', à l'article 814 du Code judiciaire en vertu duquel « [l']intervention ne peut retarder le jugement de la cause principale », ce qui ne semble guère compatible avec la volonté de diligence dont est empreint l'avant-projet.

Article 7

(article 6/1 en projet de la loi du 31 janvier 2009)

Le Conseil d'État n'aperçoit pas l'utilité de l'article 6/1, § 1^{er}, en projet, qui risque de compliquer la situation existante. En effet, la loi du 9 juillet 2001 'fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification', qui n'est au demeurant pas évoquée dans l'exposé des motifs, définit, en son article 2, alinéa 2, 2^o, la « signature électronique avancée » comme celle qui, entre autres conditions, permet l'identification du signataire. L'article 6/1 semble donc créer, outre la « signature électronique » (définition commune à la loi du 31 janvier 2009 et à la loi du 9 juillet 2001) et la « signature électronique avancée » (uniquement présente dans la loi du 9 juillet 2001), un troisième type de « signature électronique ».

Par ailleurs, l'article 6/1, § 3, nouveau, qui confère au Roi le pouvoir d'« adapter toute disposition légale qui constituerait un frein au règlement électronique des procédures de réorganisation judiciaire », heurte l'article 4, § 1^{er}, de la loi du 9 juillet 2001, selon lequel « à défaut de dispositions légales contraires, nul ne peut être contraint de poser un acte juridique par voie électronique ».

Le Conseil d'État attire dès lors l'attention de l'auteur de l'avant-projet sur la nécessité de veiller à une correcte articulation entre la loi du 31 janvier 2009 et la loi du 9 juillet 2001.

Article 8

(article 10 en projet de la loi du 31 janvier 2009)

Le système préventif instauré à l'article 10, alinéa 5, nouveau est inspiré de l'article 138 du Code des sociétés.

Il convient de relever que la loi du 31 janvier 2009 n'identifie l'entreprise que par rapport au « débiteur », qui couvre à la fois la notion de personne physique et celle de personne morale, et que, dans la première hypothèse, la notion d'« organe de gestion » est inappropriée.

Par ailleurs, plutôt que de prévoir que les personnes concernées sont, pour l'application de cette procédure, déliées du secret professionnel, il est préférable de les soustraire expressément, dans cette hypothèse, à l'application de l'article 458 du Code pénal, conformément à la rédaction de l'article 138, alinéa 4, du Code des sociétés.

Sans en modifier la portée, le texte serait donc plus adéquatement rédigé de la façon suivante :

« L'expert-comptable externe, le conseil fiscal externe, le comptable agréé externe, le comptable-fiscaliste agréé externe et le réviseur d'entreprise qui constatent dans l'exercice de leur mission des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise du débiteur, en informent de manière circonstanciée ce dernier, le cas échéant au travers de son organe de gestion. Si dans un délai d'un mois à dater de l'information faite au débiteur, ce dernier ne prend pas les mesures nécessaires pour assurer la continuité de l'entreprise pendant une période minimale de douze mois, l'expert-comptable externe, le conseil fiscal externe ou le réviseur d'entreprise peuvent en informer par écrit le président du tribunal de commerce. Dans ce cas, l'article 458 du Code pénal n'est pas applicable ».

Article 9

(article 12 en projet de la loi du 31 janvier 2009)

1. Pour en harmoniser le libellé avec celui de l'article 10, alinéa 5, l'article 12, § 1^{er}, alinéa 5, nouveau devrait être rédigé comme suit :

« Le juge peut recueillir des informations auprès de l'expert-comptable externe, le conseil fiscal externe, le comptable agréé externe, le comptable-fiscaliste agréé externe et le réviseur d'entreprise du débiteur en ce qui concerne les recommandations qu'ils ont faites au débiteur et, le cas échéant, les mesures qui ont été prises afin d'assurer la continuité de l'entreprise. Dans ce cas, l'article 458 du Code pénal n'est pas applicable ».

2. L'article 12, § 1^{er}, dernier alinéa, qui prévoit la possibilité pour le juge de descendre d'office sur les lieux de l'établissement principal ou du siège social lorsque le débiteur omet de comparaître, est complété par la mention selon laquelle « l'assistance d'un greffier n'est pas requise ».

Si la présence d'un greffier n'est pas requise, se pose la question de la possibilité pour le juge enquêteur d'établir lui-même un procès-verbal authentique de ses constatations.

Dans la rigueur des principes, cette exception devrait figurer à l'article 168, alinéa 2, du Code judiciaire, qui prévoit une exception à la règle selon laquelle le greffier assiste le magistrat dans tous les actes de son ministère lorsqu'en raison de l'urgence, sa présence n'a pu être requise.

À défaut, il y a lieu de réécrire le texte inséré à l'article 12, § 1^{er}, dernier alinéa, comme suit :

« L'assistance d'un greffier n'est pas requise. Le juge pourra dresser seul procès-verbal de ses constatations et des déclarations recueillies ».

3. Au paragraphe 4 en projet, il serait plus judicieux d'imposer au juge de terminer, dans le délai de quatre mois, non seulement son examen de la situation du débiteur, mais aussi la rédaction de son rapport.

Article 10

(article 17 en projet de la loi du 31 janvier 2009)

L'article 17, § 2 nouveau imposera à l'avenir « à peine d'irrecevabilité » qu'un certain nombre de documents devront être joints à la requête du débiteur qui sollicite l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire.

Dans la mesure où l'absence de documents requis sera désormais sanctionnée par l'irrecevabilité, il serait opportun que le 10^o actuel, selon lequel le débiteur peut joindre à sa requête « toutes autres pièces [qu'il] juge utiles pour étayer la demande », figure dans un alinéa 2 du paragraphe 2, libellé comme suit :

« En outre, le débiteur peut joindre à sa requête toutes autres pièces qu'il juge utiles pour étayer la demande ».

Article 11

(article 20 en projet de la loi du 31 janvier 2009)

1. L'exposé des motifs évoque six paragraphes, alors que l'article 20 en projet n'en comporte que cinq. Il y manque le paragraphe 4 énoncé dans l'exposé des motifs, qui est censé charger « le Roi de fixer les modalités d'accès et de déterminer également [...] la manière dont la confidentialité sera garantie ».

2. Il serait opportun que le paragraphe 5 de l'article 20 en projet, qui reproduit l'alinéa 3 de l'actuel article 20, confirme que, comme l'envisage l'exposé des motifs, le dépôt peut être effectué de manière matérielle et de façon électronique. En outre, ce paragraphe 5 serait mieux situé en paragraphe 2.

Article 13

(article 23 en projet de la loi du 31 janvier 2009)

1. L'exposé des motifs devrait être plus clair quant à la différence des conditions imposées selon que la nouvelle demande d'ouverture émane d'un débiteur qui a déjà obtenu l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire soit « moins de trois ans plus tôt », soit « moins de cinq ans et plus de trois ans plus tôt ». Ainsi, pourquoi les droits acquis des créanciers – obtenus lors de la procédure antérieure – ne sont-ils protégés que dans la seconde hypothèse ?

Quoi qu'il en soit, pour être mieux distinguées, les deux hypothèses pourraient faire l'objet de deux alinéas distincts dans un article 23 rédigé comme suit :

« Art. 23. La procédure de réorganisation judiciaire est ouverte dès que la continuité de l'entreprise est menacée, à bref délai ou à terme, et qu'a été déposée la requête visée à l'article 17, § 1^{er}.

Lorsque le débiteur est une personne morale, la continuité de son entreprise est en tout cas présumée être menacée si les pertes ont réduit l'actif net à moins de la moitié du capital social.

L'état de faillite du débiteur ne fait pas obstacle en soi à l'ouverture ou à la poursuite de la procédure de réorganisation judiciaire.

L'absence des pièces visées à l'article 17, § 2, ne fait pas obstacle à l'application de l'article 59, § 2.

Si la demande émane d'un débiteur qui a déjà sollicité et obtenu l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire moins de trois ans plus tôt, la procédure de réorganisation judiciaire ne peut être ouverte qu'au cas où elle tend au transfert, sous autorité de justice, de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités.

Si la demande émane d'un débiteur qui a déjà sollicité et obtenu l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire plus de trois mais moins de cinq ans plus tôt, la nouvelle procédure de réorganisation ne peut remettre en cause les acquis des créanciers obtenus lors de la procédure antérieure ».

2. Au demeurant, le Conseil d'État se demande si l'alinéa aux termes duquel « l'absence des pièces visées à l'article 17, § 2, ne fait pas obstacle à l'application de l'article 59, § 2 », maintenu, quoique déplacé, dans le texte proposé ci-dessus, a encore un sens dès lors que l'absence des pièces affectera désormais la recevabilité de la requête et rendra donc, en principe, impossible l'application de l'article 59, § 2.

Article 14

(article 24 en projet de la loi du 31 janvier 2009)

La nouvelle phrase de l'article 24, § 1^{er}, alinéa 4, permet au tribunal de mettre l'affaire en continuation, après avoir entendu le requérant, si une omission ou une irrégularité

dans le dépôt de documents n'est pas d'une nature telle qu'elle empêche le tribunal d'examiner si les conditions prévues à l'article 23 sont remplies et si elle peut être réparée par le débiteur.

Or, il convient de distinguer deux hypothèses.

a) Le tribunal ne devrait mettre l'affaire en continuation que dans l'hypothèse où l'omission ou l'irrégularité dans le dépôt de documents, certes susceptible d'être réparée par le débiteur, est d'une nature telle qu'elle l'empêche d'examiner si les conditions prévues à l'article 23 sont remplies. Dans cette hypothèse, l'article 24, § 1^{er}, devrait être rédigé comme suit :

« Le tribunal procède à l'examen de la requête en réorganisation judiciaire dans les dix jours de son dépôt au greffe. Le tribunal peut, après avoir entendu le débiteur, mettre l'affaire en continuation si une omission ou une irrégularité dans le dépôt de documents peut être réparée par le débiteur. Lors de la nouvelle audience fixée, le tribunal prend en toute hypothèse l'affaire en délibéré.

Sauf s'il a renoncé à cette convocation, le débiteur est convoqué par le greffier au plus tard trois jours francs avant l'audience.

Le débiteur est entendu en chambre du conseil, sauf s'il a expressément manifesté sa volonté d'être entendu en audience publique.

Le juge délégué entendu en son rapport, le tribunal statue par jugement dans les huit jours de l'examen de la demande ».

b) Si l'omission ou l'irrégularité dans le dépôt de documents n'est pas d'une nature telle qu'elle empêche le tribunal d'examiner si les conditions prévues à l'article 23 sont remplies et qu'elle peut en outre être réparée par le débiteur, une mise en continuation n'est pas indispensable. L'article 24, § 1^{er}, peut alors plus simplement faire référence à l'article 769, alinéa 2, du Code judiciaire¹ et être rédigé comme suit :

« Le tribunal procède à l'examen de la requête en réorganisation judiciaire dans les dix jours de son dépôt au greffe.

Sauf s'il a renoncé à cette convocation, le débiteur est convoqué par le greffier au plus tard trois jours francs avant l'audience.

Le débiteur est entendu en chambre du conseil, sauf s'il a expressément manifesté sa volonté d'être entendu en audience publique.

Le juge délégué entendu en son rapport, le tribunal statue par jugement dans les huit jours de l'examen de la demande. Le tribunal peut, après avoir entendu le débiteur, faire application de l'article 769, alinéa 2, du Code judiciaire si une omission ou une irrégularité dans

¹ Aux termes de cette disposition, le juge peut autoriser les parties ou leurs avocats à déposer leurs dossiers au greffe après les débats et dans le délai qu'il fixe. Dans ce cas, la clôture des débats a lieu de plein droit au terme du délai susvisé.

le dépôt de documents n'est pas d'une nature telle qu'elle empêche le tribunal d'examiner si les conditions prévues à l'article 23 sont remplies et si elle peut être réparée par le débiteur ».

Article 16

(article 26/1 en projet de la loi du 31 janvier 2009)

Le Conseil d'État s'interroge sur l'utilité du nouvel article 26/1. En effet, d'une part, le contenu de son alinéa 1^{er} – à savoir que « la communication visée à l'article 26, § 2, peut se faire par voie électronique » – pourrait faire l'objet d'un nouvel alinéa 2 inséré à l'article 26, et, d'autre part, ses deux autres alinéas sont identiques aux alinéas 3 et 5 de l'article 26, § 2, en projet.

Article 17

(article 28 en projet de la loi du 31 janvier 2009)

1. Au paragraphe 3, alinéa 2, si telle est bien l'intention de l'auteur de l'avant-projet, comme le laisse entendre l'exposé des motifs, il y a lieu d'écrire « cette personne doit être appelée en intervention forcée par le demandeur à son action » au lieu de « cette personne doit être atraite par le demandeur à son action ».

2. C'est sans doute par erreur que les paragraphes 2 et 3 de l'ancien article 28 n'ont pas été repris.

Article 18

(article 32 en projet de la loi du 31 janvier 2009)

Il conviendrait de compléter l'exposé des motifs afin d'indiquer la raison pour laquelle les mots « au profit de tiers » ont été remplacés par « depuis la constitution du gage ».

Article 19

(article 33 en projet de la loi du 31 janvier 2009)

À la fin de l'alinéa 2 du paragraphe 3 en projet, il y a lieu de supprimer les mots « et que le sursis peut ainsi lui profiter », qui auraient pu figurer dans l'exposé des motifs mais n'ont pas leur place dans le dispositif.

Article 23

(article 39 en projet de la loi du 31 janvier 2009)

1. Le Conseil d'État se demande si le 3^o ajouté à l'alinéa 1^{er} permet de rencontrer la préoccupation exprimée dans l'exposé des motifs, à savoir

« éviter que le débiteur procède quasi automatiquement à la déclaration de la faillite alors que des possibilités de sauvetage subsistent pour la personne morale »

car, en définitive, l'initiative reviendra toujours au débiteur.

2. Par ailleurs, il convient de biffer les mots « il peut également » au 3°.

Article 24

(article 41 en projet de la loi du 31 janvier 2009)

À la lecture conjointe de l'exposé des motifs et des paragraphes 1 et 2, il n'est pas aisé de discerner si l'intervention du juge délégué, dont il est question au paragraphe 2, est susceptible d'ouvrir une procédure alternative à celle exposée au paragraphe 1 ou si elle en constitue une condition préalable, avec pour conséquence qu'il n'y aurait qu'une seule procédure possible de fin anticipée, dont le juge délégué prendrait l'initiative.

Le tribunal peut-il ordonner la fin anticipée de la procédure de réorganisation judiciaire de sa propre initiative, le juge délégué étant « entendu en son rapport » (comme peut le laisser penser le contenu du paragraphe 1^{er}) ou ne peut-il le faire que sur rapport du juge délégué (comme semblent l'indiquer l'exposé des motifs et le paragraphe 2) ?

Il conviendrait de lever cette incertitude et de revoir l'articulation entre les deux paragraphes.

Article 27

(article 46 en projet de la loi du 31 janvier 2009)

À l'alinéa 2 en projet, il convient d'écrire « demande conjointe du créancier et du débiteur » au lieu de « demande conforme du créancier et du débiteur ».

Article 28

(article 49/1 en projet de la loi du 31 janvier 2009)

Le Conseil d'État se demande pourquoi l'alinéa 3 ménage la possibilité de prévoir des pourcentages inférieurs à celui stipulé à l'alinéa 1^{er} « sur la base d'exigences impérieuses liées à la continuité de l'entreprise » sans mentionner l'exigence d'une « motivation stricte que le juge pourra contrôler lors de l'homologation », comme l'indique l'exposé des motifs.

Cet alinéa pourrait être rédigé comme suit :

« le plan peut toutefois proposer des pourcentages inférieurs en faveur des créanciers ou catégories de créanciers susmentionnés sur la base d'exigences impérieuses liées à la continuité de l'entreprise et moyennant une motivation stricte que le juge pourra contrôler lors de l'homologation ».

Article 33

(article 61 en projet de la loi du 31 janvier 2009)

1. Aux termes de son commentaire, l'article 33 de l'avant-projet remplace l'article 61 de la loi du 31 janvier 2009 de « manière à n'énoncer qu'un cadre général, les règles précises étant prévues dans le respect de cette habilitation globale par la convention collective de travail n° 102. Cette manière de procéder assure une meilleure lisibilité de la réglementation applicable en la matière et permet d'éviter les risques de contradiction et les interprétations divergentes entre la loi et la convention collective de travail ».

L'article 61, § 4², en projet dispose que la convention collective de travail conclue au Conseil national du Travail « peut accorder au cessionnaire et au travailleur repris la possibilité de modifier le contrat de travail individuel à l'occasion du transfert sous autorité de justice, pour autant que ces modifications soient principalement liées à des raisons techniques, économiques ou organisationnelles ». L'article 11 de la convention collective de travail n° 102 est rédigé en des termes quasi similaires.

C'est, en principe, aux parties au contrat de travail qu'il appartient de modifier celui-ci. Aussi longtemps que le transfert n'a pas été opéré, le (candidat-)repreneur ou cessionnaire n'est pas l'employeur du travailleur : il est donc tiers à la relation de travail.

Le Conseil d'État n'aperçoit dès lors pas clairement la portée exacte qu'il convient de donner à l'article 61, § 4, en projet. Quant à l'intention des auteurs de la convention collective de travail conclue au sein du Conseil national du Travail ainsi que des auteurs de l'avant-projet de loi, trois lectures sont en effet possibles.

Ou il s'agit d'encadrer les modifications apportées au contrat de travail en ce qu'elles pourraient faire l'objet d'un accord entre le (candidat-)repreneur ou cessionnaire et le travailleur avant le transfert. Dans ce cas, même constatées dans un avenant au contrat et satisfaisant aux conditions prévues par l'article 61, § 4, en projet, ces modifications ne pourront sortir leurs effets qu'une fois le transfert homologué, c'est-à-dire lorsque le reprenneur ou cessionnaire est l'employeur à part entière du travailleur repris. Si telle est l'intention, il y aurait lieu de préciser que les modifications ainsi apportées au contrat de travail ne sortiront leurs effets qu'à la condition suspensive que la convention de transfert ait été homologuée.

Ou l'encadrement énoncé dans la disposition en projet ne fait que traduire une application orthodoxe des principes qui sous-tendent la loi du 3 juillet 1978 'relative aux contrats de travail'. Ce n'est donc que lorsque le transfert aura été opéré ou à tout le moins homologué que sera mise en œuvre, par l'employeur et le travailleur, l'autorisation donnée par la disposition en projet et l'article 11 de la Convention collective de travail n° 102. Cette hypothèse semble corroborée par les mots « à l'occasion du transfert sous autorité de justice » utilisés dans l'article 61, § 4, en projet, qui constituerait ainsi l'événement butoir permettant aux parties de modifier le contrat de travail. Mais cette hypothèse n'appelle aucun règlement puisque elle va, en droit des contrats de travail, de soi. La disposition en projet serait alors surabondante.

² Actuellement l'article 61, § 2, alinéa 2, de la loi du 31 janvier 2009.

Ou l'objectif poursuivi est d'énoncer, dans l'article 61, § 4, en projet comme dans l'article 11 de la convention collective de travail n° 102, les seuls cas dans lesquels des modifications du contrat de travail pourront être apportées une fois le transfert sous autorité de justice homologué, à savoir dans les cas où les modifications sont principalement liées à des raisons techniques, économiques ou organisationnelles. Cette portée induit effectivement, ainsi que le relevait le Conseil national du Travail, dans l'avis n° 1.779 du 5 octobre 2011, une limitation de la liberté des parties au contrat de travail de modifier celui-ci. Ce principe étant l'un de ceux qui fondent la loi du 3 juillet 1978 précitée, toute atteinte qui y serait portée doit être raisonnable et proportionnée à l'objectif poursuivi. Pour être admissible, il conviendrait dès lors que la limitation que prévoit l'article 61, § 4, en projet soit précisément circonscrite, quant à ses effets, au moment où le transfert sous autorité de justice a lieu.

2. L'article 61, § 5, en projet charge le tribunal du travail d'une nouvelle compétence, qui est d'homologuer la convention de transfert projetée visée au paragraphe 2, 5°, du même article. Il conviendrait de la faire figurer dans le Code judiciaire (articles 580 à 583).

3. L'article 61, § 6, deuxième phrase, en projet énonce que

« Les modifications aux conditions de travail conclues collectivement ou appliquées collectivement sont soumises à la condition suspensive d'une convention collective de travail ».

L'article 10 de la convention collective de travail n° 102 doit être lu à la lumière de son commentaire, plus particulièrement de son point 3 qui précise qu'« [u]ne convention collective de travail reprenant les termes de cet accord collectif doit être conclue entre les parties ».

Il en résulte que l'intention est d'organiser une procédure au cours de laquelle un accord collectif est négocié avant le transfert sous autorité de justice. Cet accord une fois obtenu est l'une des conditions qui permet au candidat-repreneur d'obtenir l'homologation de la convention de transfert mais cet accord doit nécessairement encore faire l'objet d'une convention collective de travail pour pouvoir sortir ses effets.

Dans ce cas, il serait plus clair d'écrire :

« La mise en œuvre des modifications aux conditions de travail convenues collectivement ou appliquées collectivement est subordonnée à la condition suspensive de la conclusion d'une convention collective de travail qui en reproduit les termes ».

Article 36

(article 67/1 en projet de la loi du 31 janvier 2009)

L'article 67/1 en projet n'est pas conforme à ce qu'annonce l'exposé des motifs à propos de la possibilité, pour le mandataire de justice, de mener à terme les activités déjà engagées.

Il conviendrait de compléter la deuxième phrase de l'alinéa 1^{er} en stipulant que « le tribunal peut décider, sur base du rapport du juge délégué, d'autoriser le mandataire de justice à mener à terme les activités déjà engagées ».

Article 54

(article 21 en projet de la loi du 20 septembre 1948)

Afin de traduire les souhaits formulés par le Conseil national du Travail dans l'avis n° 1.779 du 5 octobre 2011 dans le respect des règles de légistique, il convient de rédiger l'article 21, § 12, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi du 20 septembre 1948 comme suit :

« Le sort du conseil d'entreprise existant au moment d'une réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice au sens de la loi du 31 janvier 2009 'relative à la continuité des entreprises' est régi, à moins que les parties à la convention de transfert n'en aient convenu autrement, par les règles suivantes : ».

À la fin de ce même article 12 en projet, un nouvel alinéa énoncera :

« La présente disposition est applicable jusqu'à la prochaine élection d'un conseil d'entreprise ».

Une observation similaire vaut pour l'article 76*bis*, alinéa 1^{er}, en projet (article 58 de l'avant-projet).

*

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het vervangen is bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voormelde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

OPSCHRIFT

Gelet op het grote aantal wetten dat bij het voorontwerp gewijzigd wordt, verdient het aanbeveling het opschrift ervan als volgt te stellen:

“Wet tot wijziging van verscheidene wettelijke regelingen inzake de continuïteit van de ondernemingen”.

DISPOSITIEF

Artikel 3

(ontworpen artikel 2/1 van de wet van 31 januari 2009)

De mogelijkheid van lopende overeenkomsten met opeenvolgende prestaties, waarvan sprake is in de memorie van toelichting en die in het ontworpen artikel 36 aan bod komen, zou beter tot uiting moeten komen in het ontworpen nieuwe artikel 2/1, dat thans gewoon als volgt luidt: “[de] aard van de schuldvordering wordt bepaald op het ogenblik van de opening van de procedure”.

Artikel 5

(ontworpen artikel 5, vijfde lid, van de wet van 31 januari 2009)

Volgens artikel 5 van het voorontwerp wordt artikel 5, vijfde lid, van de wet van 31 januari 2009 vervangen als volgt:

“Elke belanghebbende kan vrijwillig tussenkomen in de bij de wet bepaalde procedures bij een verzoekschrift dat, op straffe van nietigheid de middelen en de conclusies bevat. Een gedwongen tussenkomst kan alleen gebeuren bij dagvaarding of vrijwillige verschijning overeenkomstig artikel 706 van het Gerechtelijk Wetboek”.

In de gecoördineerde tekst van de wet die deel uitmaakt van het dossier komt die nieuwe tekst evenwel in de plaats van artikel 5, zesde lid, dat als volgt luidt:

“Bij ontstentenis van een dergelijke tussenkomst verwerft degene die, op zijn initiatief of op dat van de rechtbank, is gehoord of een geschrift neerlegt om zijn opmerkingen te laten gelden, iets te vorderen of middelen naar voor te brengen, door dit feit geen hoedanigheid van partij.”

Deze vergissing bij het coördineren heeft tot gevolg dat in de gecoördineerde tekst op een onsamenhangende manier naast elkaar bestaan de oude tekst, naar luid waarvan

“[elke] belanghebbende kan tussenkomen in de bij de huidige wet bepaalde procedures, overeenkomstig de artikelen 812 tot 814 van het Gerechtelijk Wetboek”,

en de ontworpen nieuwe tekst, waarin geenszins naar die artikelen van het Gerechtelijk Wetboek wordt verwezen.

Als door de steller van het voorontwerp wordt bevestigd dat inderdaad niet meer naar die artikelen wordt verwezen, zitten daaraan twee grote nadelen vast.

Ten eerste houdt de nieuwe regeling de neutralisatie in van artikel 813, tweede lid, tweede zin, van het Gerechtelijk Wetboek, waarin wordt bepaald dat gedwongen tussenkomst tussen de partijen in het geding kan worden aangebracht “bij gewone conclusies”. Die mogelijkheid van het gemeen recht, die in overeenstemming is met de beginselen van proceseconomie, zou evenwel behouden moeten blijven.

Ten tweede lijkt de nieuwe tekst eveneens, voor de procedures geregeld onder de gelding van de wet van 31 januari 2009 ‘betreffende de continuïteit van de ondernemingen’, elk gevolg te ontnemen aan artikel 814 van het Gerechtelijk Wetboek, naar luid waarvan “tussenkomst ... de berechting van de hoofdvordering niet [mag] vertragen”, wat nauwelijks verenigbaar lijkt met de bedoeling van het voorontwerp, te weten het duidelijke streven om spoed te zetten achter de procedures.

Artikel 7

(ontworpen artikel 6/1 van de wet van 31 januari 2009)

De Raad van State ziet het nut niet in van het ontworpen artikel 6/1, § 1, dat de bestaande situatie dreigt te compliceren. De wet van 9 juli 2001 ‘houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatediensten’, die in de memorie van toelichting overigens niet ter sprake komt, bevat een artikel 2, tweede lid, 2°, waarin de “geavanceerde elektronische handtekening” gedefinieerd wordt als die welke, onder andere voorwaarden, het mogelijk maakt de ondertekenaar te identificeren. Het ontworpen artikel 6/1 lijkt dan ook naast de “elektronische handtekening” (dezelfde definitie in de wet van 31 januari 2009 als in de wet van 9 juli 2001) en de “geavanceerde elektronische handtekening” (waarvan de definitie alleen in de wet van 9 juli 2001 voorkomt), een derde soort van “elektronische handtekening” in het leven te roepen.

Het nieuwe artikel 6/1, § 3, waarin aan de Koning de bevoegdheid wordt opgedragen om “elke wettelijke bepaling aan (te) passen die een belemmering zou vormen voor de elektronische afwikkeling van de procedures van rechterlijke reorganisatie” druist overigens in tegen artikel 4, § 1, van de wet van 9 juli 2001, dat als volgt luidt: “Behoudens andersluidende wettelijke bepalingen kan niemand verplicht worden rechtshandelingen te stellen via elektronische weg.”

De Raad van State maakt de steller van het voorontwerp er bijgevolg opmerkzaam op dat ervoor moet worden gezorgd dat de wet van 31 januari 2009 en de wet van 9 juli 2001 onderling op elkaar worden afgestemd.

Artikel 8

(ontworpen artikel 10 van de wet van 31 januari 2009)

De preventieve regeling die ingevoerd wordt bij het nieuwe artikel 10, vijfde lid, is ingegeven door artikel 138 van het Wetboek van Vennootschappen.

Er dient op te worden gewezen dat in de wet van 31 januari 2009 naar de onderneming alleen wordt verwezen door middel van de woorden “de schuldenaar”, die zowel het begrip natuurlijk persoon als het begrip rechtspersoon dekken, en dat in het eerste geval het begrip “bestuursorgaan” niet geschikt is.

In plaats van te bepalen dat de personen in kwestie voor de toepassing van deze procedure van hun beroepsgeheim bevrijd zijn, is het overigens beter om in dat geval uitdrukkelijk te bepalen dat artikel 458 van het Strafwetboek, op hen niet van toepassing is overeenkomstig de redactie van artikel 138, vierde lid, van het Wetboek van Vennootschappen.

De tekst zou, zonder wijziging van de strekking ervan, dus beter als volgt worden gesteld:

“De externe accountant, de externe belastingconsulent, de externe erkend boekhouder, de externe erkend boekhouder-fiscalist en de bedrijfsrevisor die bij de uitoefening van hun opdracht gewichtige en overeenstemmende feiten vaststellen die de continuïteit van de onderneming van de schuldenaar in het gedrang kunnen brengen, lichten de schuldenaar hierover op omstandige wijze in, in voorkomend geval via zijn bestuursorgaan. Indien de schuldenaar binnen een termijn van een maand vanaf die kennisgeving niet de nodige maatregelen neemt om de continuïteit van de onderneming voor een minimumduur van twaalf maanden te garanderen, kan de externe accountant, de externe belastingconsulent of de bedrijfsrevisor de voorzitter van de rechtbank van koophandel daarvan schriftelijk inlichten. In dat geval is artikel 458 van het Strafwetboek niet toepasselijk”.

Artikel 9

(ontworpen artikel 12 van de wet van 31 januari 2009)

1. Om de bewoordingen ervan in overeenstemming te brengen met die van artikel 10, vijfde lid, zou het nieuwe artikel 12, § 1, vijfde lid, als volgt gesteld moeten worden:

“De rechter mag inlichtingen inwinnen bij de externe accountant, de externe belastingconsulent, de externe erkend boekhouder, de externe erkend boekhouder-fiscalist en de bedrijfsrevisor van de schuldenaar nopens de aanbevelingen die zij hebben gedaan aan de schuldenaar en in voorkomend geval nopens de maatregelen die genomen zijn om de continuïteit van de onderneming te garanderen. In dat geval is artikel 458 van het Strafwetboek niet toepasselijk”.

2. Artikel 12, § 1, laatste lid, waarin wordt bepaald dat de rechter zich van ambtswege naar de hoofdinstelling of naar de zetel van de vennootschap kan begeven indien de opgeroepen schuldenaar niet verschenen is, wordt aangevuld met de volgende vermelding: “De bijstand van een griffier is niet vereist.”

Als de aanwezigheid van een griffier niet vereist is, rijst de vraag of het voor de met het onderzoek belaste rechter mogelijk is om zelf een authentiek proces-verbaal van zijn bevindingen op te maken.

Volgens de logica van de beginselen zou die uitzondering opgenomen moeten worden in artikel 168, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, waarin wordt bepaald dat op de regel dat de griffier de magistraat in alle verrichtingen van diens ambt bijstaat een uitzondering wordt gemaakt wanneer zijn aanwezigheid om dringende redenen niet kon worden gevorderd.

Als ervoor geopteerd wordt zulks niet te doen, zou de ontworpen aanvulling van artikel 12, § 1, laatste lid, als volgt herschreven moeten worden:

“De bijstand van een griffier is niet vereist. De rechter kan geheel alleen proces-verbaal opmaken van zijn bevindingen en van de afgelegde verklaringen”.

3. Het zou beter zijn om in de ontworpen paragraaf 4 te bepalen dat de rechter binnen een termijn van vier maanden niet alleen klaar moet zijn met het onderzoek van de situatie van de schuldenaar, maar ook met het opstellen van zijn verslag.

Artikel 10

(ontworpen artikel 17 van de wet van 31 januari 2009)

Volgens het nieuwe artikel 17, § 2, dient de schuldenaar die het openen van een procedure van gerechtelijke reorganisatie aanvraagt voortaan “op straffe van niet-ontvankelijkheid” bij zijn verzoekschrift een aantal documenten te voegen.

Doordat het niet-overleggen van de vereiste documenten voortaan met niet-ontvankelijkheid wordt bestraft, zou het beter zijn om de huidige bepaling onder 10°, naar luid

waarvan de schuldenaar bij zijn verzoekschrift “alle andere stukken [kan voegen] die [hij] nuttig oordeelt om het verzoek toe te lichten”, onder te brengen in een als volgt luidend tweede lid van paragraaf 2:

“Daarnaast kan de schuldenaar bij zijn verzoekschrift alle andere stukken voegen die hij nuttig oordeelt om het verzoek toe te lichten.”

Artikel 11

(ontworpen artikel 20 van de wet van 31 januari 2009)

1. In de memorie van toelichting wordt gewag gemaakt van zes paragrafen terwijl het ontworpen artikel 20 slechts vijf paragrafen telt. Het ontwerp bevat geen bepaling die beantwoordt aan paragraaf 4, waarvan in de memorie van toelichting sprake is en die geacht wordt “de Koning [ermee te belasten] de toegangswijze te bepalen en ook te bepalen [...] hoe de vertrouwelijkheid wordt gewaarborgd”.

2. Het is raadzaam om in het ontworpen artikel 20, paragraaf 5, waarin het huidige artikel 20, derde lid, wordt weergegeven, te bepalen dat, zoals in de memorie van toelichting aangegeven wordt, de neerlegging materieel maar ook elektronisch kan geschieden. Bovendien zou deze paragraaf 5 meer op zijn plaats zijn als hij paragraaf 2 zou vormen.

Artikel 13

(ontworpen artikel 23 van de wet van 31 januari 2009)

1. In de memorie van toelichting zou meer duidelijkheid verschaft moeten worden over het verschil tussen de voorwaarden die opgelegd worden naargelang het nieuwe verzoek uitgaat van een schuldenaar die hetzij “minder dan drie jaar tevoren”, hetzij “meer dan drie jaar maar minder dan vijf jaar” tevoren reeds heeft verkregen dat een procedure van gerechtelijke reorganisatie geopend werd. Waarom worden de rechten die de schuldeisers onder de eerdere procedure hebben verkregen bijvoorbeeld alleen in het tweede geval beschermd?

Tussen beide gevallen zou hoe dan ook een duidelijker onderscheid worden gemaakt door ze te vermelden in twee aparte leden van een artikel 23 dat als volgt zou worden gesteld:

“Art. 23. De procedure van gerechtelijke reorganisatie wordt geopend zodra de continuïteit van de onderneming, onmiddellijk of op termijn, bedreigd is en het in artikel 17, § 1, bedoelde verzoekschrift is neergelegd.

Indien de schuldenaar een rechtspersoon is, wordt de continuïteit van zijn onderneming in elk geval geacht bedreigd te zijn wanneer de verliezen het netto actief hebben herleid tot minder dan de helft van het maatschappelijk kapitaal.

De staat van faillissement van de schuldenaar sluit op zich niet uit dat een procedure van gerechtelijke reorganisatie kan worden geopend of voortgezet.

Het ontbreken van de in artikel 17, § 2, bepaalde stukken sluit niet uit dat toepassing wordt gemaakt van artikel 59, § 2.

Wanneer het verzoek uitgaat van een schuldenaar die minder dan drie jaar tevoren reeds het openen van een gerechtelijke reorganisatie heeft aangevraagd en verkregen, kan de procedure van gerechtelijke reorganisatie enkel geopend worden indien ze strekt tot overdracht, onder gerechtelijk gezag, van het geheel of een gedeelte van de onderneming of van haar activiteiten.

Wanneer het verzoek uitgaat van een schuldenaar die meer dan drie jaar maar minder dan vijf jaar tevoren reeds het openen van een gerechtelijke reorganisatie heeft aangevraagd en verkregen, mag de nieuwe procedure de rechten die de schuldeisers onder de eerdere procedure hebben verkregen niet in het gedrang brengen”.

2. Afgezien daarvan vraagt de Raad van State zich af of het lid naar luid waarvan “[het] ontbreken van de in artikel 17, § 2, bepaalde stukken (...) niet uit[sluit] dat toepassing wordt gemaakt van artikel 59, § 2”, dat in de tekst die hierboven wordt voorgesteld, verplaatst wordt, maar behouden blijft, nog wel zin heeft, aangezien het ontbreken van stukken voortaan de ontvankelijkheid van het verzoek zal aantasten en het dus in beginsel onmogelijk zal maken artikel 59, § 2, toe te passen.

Artikel 14

(ontworpen artikel 24 van de wet van 31 januari 2009)

De nieuwe zin die in artikel 24, § 1, vierde lid, wordt ingevoegd, biedt de rechtbank de mogelijkheid om, nadat de verzoeker gehoord is, de zaak voor verdere behandeling uit te stellen indien een verzuim of onregelmatigheid in de neerlegging van de stukken niet van die aard is dat de rechtbank daardoor verhinderd wordt te onderzoeken of de voorwaarden bepaald in artikel 23 vervuld zijn en indien dat verzuim of die onregelmatigheid door de schuldenaar hersteld kan worden.

Hierbij dienen evenwel twee gevallen te worden onderscheiden.

a) De rechtbank zou de zaak alleen voor verdere behandeling mogen uitstellen ingeval zich bij de neerlegging van de stukken een verzuim of een onregelmatigheid heeft voorgedaan dat of die door de schuldenaar weliswaar kan worden hersteld maar van dien aard is dat de rechtbank daardoor verhinderd wordt te onderzoeken of de voorwaarden bepaald in artikel 23 vervuld zijn. In dat geval zou artikel 24, § 1, als volgt moeten worden gesteld:

“De rechtbank behandelt het verzoek tot gerechtelijke reorganisatie binnen een termijn van tien dagen na de neerlegging van het verzoekschrift ter griffie. De rechtbank kan, nadat de schuldenaar gehoord is, de zaak voor verdere behandeling uitstellen indien het verzuim of de onregelmatigheid in de neerlegging van de stukken hersteld kan worden door de schuldenaar. Tijdens de nieuwe terechtzitting die vastgesteld wordt, neemt de rechtbank de zaak hoe dan ook in beraad.

Behoudens verzaking aan deze oproeping wordt de schuldenaar uiterlijk drie vrije dagen voor de zitting opgeroepen door de griffier.

De schuldenaar wordt in raadkamer gehoord, tenzij hij uitdrukkelijk de wil heeft geuit om in openbare terechtzitting te worden gehoord.

Nadat zij het verslag van de gedelegeerd rechter heeft gehoord, doet de rechtbank uitspraak bij vonnis binnen een termijn van acht dagen na behandeling van het verzoek”.

b) Indien het verzuim of de onregelmatigheid in de neerlegging van de stukken niet van dien aard is dat de rechtbank daardoor wordt verhinderd te onderzoeken of de voorwaarden bepaald in artikel 23 vervuld zijn en als dat verzuim of die onregelmatigheid door de schuldenaar kan worden hersteld, is het niet onontbeerlijk de zaak voor verdere behandeling uit te stellen. In dat geval kan artikel 24, § 1, waarin gewoon verwezen kan worden naar artikel 769, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek¹, als volgt worden gesteld:

“De rechtbank behandelt het verzoek tot gerechtelijke reorganisatie binnen een termijn van tien dagen na de neerlegging van het verzoekschrift ter griffie.

Behoudens verzaking aan deze oproeping wordt de schuldenaar uiterlijk drie vrije dagen voor de zitting opgeroepen door de griffier.

De schuldenaar wordt in raadkamer gehoord, tenzij hij uitdrukkelijk de wil heeft geuit om in openbare terechtzitting te worden gehoord.

Nadat zij het verslag van de gedelegeerd rechter heeft gehoord, doet de rechtbank uitspraak bij vonnis binnen een termijn van acht dagen na behandeling van het verzoek. De rechtbank kan, nadat de schuldenaar gehoord is, toepassing geven aan artikel 769, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek indien het verzuim of de onregelmatigheid in de neerlegging van de stukken niet van dien aard is dat de rechtbank daardoor wordt verhinderd te onderzoeken of de voorwaarden bepaald in artikel 23 vervuld zijn en als dat verzuim of die onregelmatigheid door de schuldenaar kan worden hersteld”.

¹Luidens die bepaling kan de rechter de partijen of hun advocaten toestaan hun dossiers na de debatten en binnen de termijn die hij vaststelt, ter griffie neer te leggen, in welk geval de sluiting van de debatten van rechtswege plaatsvindt bij het einde van die termijn.

Artikel 16

(ontworpen artikel 26/1 van de wet van 31 januari 2009)

De Raad van State vraagt zich af of het nieuwe artikel 26/1 wel nuttig is. Immers, enerzijds zou de inhoud van het eerste lid van dit artikel – namelijk dat “de mededeling bedoeld in artikel 26, § 2, (...) elektronisch [kan] geschieden” – een nieuw tweede lid kunnen vormen dat in artikel 26 zou worden ingevoegd, en anderzijds zijn de twee overige leden ervan identiek aan het ontworpen artikel 26, § 2, derde en vijfde lid.

Artikel 17

(ontworpen artikel 28 van de wet van 31 januari 2009)

1. Als zulks wel degelijk de bedoeling van de steller van het voorontwerp is, welke indruk door de memorie van toelichting wordt gewekt, dient in paragraaf 3, tweede lid, te worden geschreven “moet die persoon door de verzoeker in het kader van zijn vordering tot gedwongen tussenkomst worden opgeroepen” in plaats van “moet die persoon door de verzoeker betrokken worden bij zijn vordering”.
2. De paragrafen 2 en 3 van het oude artikel 28 zijn wellicht bij vergissing niet overgenomen.

Artikel 18

(ontworpen artikel 32 van de wet van 31 januari 2009)

De memorie van toelichting zou aldus aangevuld moeten worden dat aangegeven wordt waarom de woorden “ten gunste van derden” vervangen zijn door de woorden “van bij de vestiging van het pand”.

Artikel 19

(ontworpen artikel 33 van de wet van 31 januari 2009)

In de ontworpen paragraaf 3, tweede lid, *in fine*, dienen de woorden “en dat die persoon zodoende het voordeel van de opschorting kan genieten” te worden geschrapt, aangezien ze wel in de memorie van toelichting hadden kunnen staan, maar niet thuishoren in het dispositief.

Artikel 23

(ontworpen artikel 39 van de wet van 31 januari 2009)

1. De Raad van State vraagt zich af of de bepaling onder 3° die in het eerste lid wordt toegevoegd, het mogelijk maakt te voldoen aan de betrachting die in de memorie van toelichting wordt aangegeven, namelijk

“vermijden dat de schuldenaar bijna automatisch de aangifte zou doen van het faillissement terwijl er nog reddingsmogelijkheden zijn voor de rechtspersoon”,
aangezien het uiteindelijk steeds de schuldenaar is die het initiatief dient te nemen.

2. Overigens dienen in de ontworpen bepaling onder 3° de woorden “, kan hij” te worden geschrapt.

Artikel 24

(ontworpen artikel 41 van de wet van 31 januari 2009)

Wanneer de memorie van toelichting en de ontworpen paragrafen 1 en 2 in onderlinge samenhang gelezen worden, is het niet gemakkelijk om uit te maken of door het optreden van de gedelegeerd rechter waarvan in paragraaf 2 sprake is, een andere procedure kan worden geopend dan die welke in paragraaf 1 uiteengezet is dan wel of dat optreden daarvan een voorafgaande voorwaarde vormt, met als gevolg dat er slechts één procedure van voortijdige beëindiging mogelijk zou zijn waartoe de gedelegeerd rechter het initiatief zou nemen.

Kan de rechtbank op eigen initiatief de voortijdige beëindiging bevelen van de procedure van gerechtelijke reorganisatie “na het verslag van de gedelegeerd rechter te hebben gehoord” (welke indruk gewekt kan worden door de inhoud van paragraaf 1) of kan ze zulks alleen doen op verslag van de gedelegeerd rechter (zoals blijkbaar te verstaan gegeven wordt in de memorie van toelichting en paragraaf 2)?

Deze onduidelijkheid zou moeten worden weggewerkt en de onderlinge samenhang tussen beide paragrafen zou moeten worden herzien.

Artikel 27

(ontworpen artikel 46 van de wet van 31 januari 2009)

In het ontworpen tweede lid schrijve men “op gezamenlijk verzoek van de schuldeiser en de schuldenaar” in plaats van “op eensluidend verzoek van de schuldeiser en de schuldenaar”.

Artikel 28

(ontworpen artikel 49/1 van de wet van 31 januari 2009)

De Raad van State vraagt zich af waarom in het derde lid de mogelijkheid wordt bewaard om lagere percentages toe te kennen dan die waarvan in het eerste lid sprake is “op [een] dwingende grond die verband houdt met de continuïteit van de onderneming” zonder daarbij melding te maken van het vereiste van “een specifieke motivering die de rechter zal kunnen toetsen bij de homologatie”, zoals in de memorie van toelichting wordt aangegeven.

Dit lid zou als volgt kunnen worden gesteld:

“Het plan kan voor de hierboven vermelde schuldeisers of categorieën van schuldeisers evenwel lagere percentages voorstellen op basis van dwingende vereisten die verband houden met de continuïteit van de onderneming mits daarvoor een specifieke motivering wordt gegeven die de rechter kan toetsen bij de homologatie”.

Artikel 33

(ontworpen artikel 61 van de wet van 31 januari 2009)

1. Luidens de bespreking vervangt artikel 33 van het voorontwerp artikel 61 van de wet van 31 januari 2009 “op een zodanige manier (...) dat het slechts een algemeen wettelijk kader biedt en de meer precieze regels via een wettelijke machtiging worden geregeld door de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 102. Op deze manier wordt een betere leesbaarheid van de in deze materie van toepassing zijnde reglementering verzekerd en worden risico's van tegenstrijdigheid en verschillende interpretaties tussen de wet en de collectieve arbeidsovereenkomst vermeden.”

Het ontworpen artikel 61, § 4², bepaalt dat de collectieve arbeidsovereenkomst gesloten in de Nationale Arbeidsraad “de verkrijger en de overgenomen werknemer [kan] toestaan om de individuele arbeidsovereenkomst ter gelegenheid van de overdracht onder gerechtelijk gezag te wijzigen, voor zover die wijzigingen hoofdzakelijk verbonden zijn aan technische, economische of organisatorische redenen”. Artikel 11 van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 102 is nagenoeg in dezelfde bewoordingen gesteld.

² Momenteel artikel 61, § 2, tweede lid, van de wet van 31 januari 2009.

Het behoort in principe aan de partijen bij de arbeidsovereenkomst om die overeenkomst te wijzigen. Zolang de overdracht niet plaatsgevonden heeft, is de (kandidaat-)overnemer of verkrijger niet de werkgever van de werknemer; hij staat dus buiten de arbeidsverhouding.

Het is de Raad van State dan ook niet duidelijk welke de exacte draagwijdte is die gegeven dient te worden aan het ontworpen artikel 61, § 4. Met betrekking tot de bedoeling van de initiatiefnemers van de collectieve arbeidsovereenkomst gesloten in de Nationale Arbeidsraad, alsook van de stellers van het voorontwerp van wet, zijn immers drie lezingen mogelijk.

Ofwel gaat het erom de in de arbeidsovereenkomst aangebrachte wijzigingen een wettelijk kader te geven, in zoverre ze het onderwerp zouden kunnen uitmaken van een akkoord tussen de (kandidaat-) overnemer of verkrijger en de werknemer vóór de overdracht. In dat geval zullen die wijzigingen, zelfs als ze vastgelegd zijn in een bijvoegsel bij de arbeidsovereenkomst en voldoen aan de voorwaarden gesteld in het ontworpen artikel 61, § 4, pas uitwerking kunnen hebben zodra de overdracht gehomologeerd is, dus zodra de overnemer of verkrijger de volwaardige werkgever is van de overgenomen werknemer. Als dat de bedoeling is, zou gepreciseerd moeten worden dat de aldus in de arbeidsovereenkomst aangebrachte wijzigingen enkel uitwerking zullen hebben op de opschortende voorwaarde dat de overdrachtsovereenkomst gehomologeerd is.

Ofwel is het in de ontworpen bepaling geformuleerde wettelijke kader slechts een weergave van een orthodoxe toepassing van de principes die ten grondslag liggen aan de wet van 3 juli 1978 'betreffende de arbeidsovereenkomsten'. Het is dus pas wanneer de overdracht plaatsgevonden heeft, of op zijn minst gehomologeerd is, dat de werkgever en de werknemer uitvoering kunnen geven aan de machtiging verleend bij de ontworpen bepaling en bij artikel 11 van de Collectieve arbeidsovereenkomst n° 102. Deze interpretatie lijkt gestaafd te worden door de woorden "ter gelegenheid van de overdracht onder gerechtelijk gezag" gebruikt in het ontworpen artikel 61, § 4, wat dan het kantelmoment zou worden dat aan de partijen de mogelijkheid geeft de arbeidsovereenkomst te wijzigen. Maar dan is er geen regeling noodzakelijk aangezien zulks in het arbeidsovereenkomstenrecht vanzelfsprekend is. De ontworpen bepaling zou in dit geval dus overbodig zijn.

Ofwel is het de bedoeling om in het ontworpen artikel 61, § 4, en in artikel 11 van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 102, enkel de gevallen op te nemen waarin wijzigingen in de arbeidsovereenkomst aangebracht mogen worden zodra de overdracht onder gerechtelijk gezag gehomologeerd is, namelijk de gevallen waarin de wijzigingen hoofdzakelijk om technische, economische of organisatorische redenen worden aangebracht. Die draagwijdte brengt, zoals de Nationale Arbeidsraad deed opmerken in advies nr. 1.779 van 5 oktober 2011, wel een beperking mee van de vrijheid van de partijen bij de arbeidsovereenkomst om de overeenkomst te wijzigen. Aangezien dat principe een van de principes is die aan de grondslag liggen van de voornoemde wet van 3 juli 1978, moet elke schending ervan redelijk zijn en in verhouding staan tot het nagestreefde doel. Om aanvaardbaar te zijn, zou bijgevolg de beperking zoals bedoeld in het ontworpen artikel 61, § 4, duidelijk afgebakend moeten zijn, wat de gevolgen ervan betreft, op het ogenblik dat de overdracht onder gerechtelijk gezag plaatsheeft.

2. Het ontworpen artikel 61, § 5, draagt de arbeidsrechtbank een nieuwe bevoegdheid op, namelijk het homologeren van de overeenkomst van voorgenomen overdracht bedoeld in paragraaf 2, 5°, van hetzelfde artikel. Die bevoegdheid zou opgenomen moeten worden in het Gerechtelijk Wetboek (artikelen 580 tot 583).

3. De tweede zin van het ontworpen artikel 61, § 6, luidt als volgt:

“De wijzigingen aan de arbeidsvoorwaarden die collectief zijn overeengekomen of worden toegepast zijn onderworpen aan de opschortende voorwaarde van het sluiten van een collectieve arbeidsovereenkomst”.

Artikel 10 van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 102 moet gelezen worden in het licht van de commentaar erbij en meer bepaald punt 3 ervan dat stelt: “De betrokken partijen moeten een collectieve arbeidsovereenkomst sluiten die de bewoordingen van dat collectieve akkoord overneemt”.

Daaruit volgt dat het de bedoeling is om een procedure te organiseren tijdens welke onderhandeld wordt over een collectief akkoord vóór de overdracht onder gerechtelijk gezag. Het verkrijgen van dat akkoord is een van de voorwaarden die de kandidaat-overnemer in staat stelt de homologatie van de overdrachtsovereenkomst te verkrijgen, maar dat akkoord moet nog noodzakelijkerwijs opgenomen worden in een collectieve arbeidsovereenkomst om uitwerking te kunnen hebben.

In dat geval zou het duidelijker zijn om te schrijven:

“Het implementeren van de wijzigingen in de arbeidsvoorwaarden die collectief zijn overeengekomen of worden toegepast, is onderworpen aan de opschortende voorwaarde van het sluiten van een collectieve arbeidsovereenkomst die de bewoordingen ervan overneemt”.

Artikel 36

(ontworpen artikel 67/1 van de wet van 31 januari 2009)

Het ontworpen artikel 67/1 is niet conform hetgeen de memorie van toelichting aankondigt met betrekking tot de mogelijkheid voor de gerechtsmandataris om de reeds aangevatte werkzaamheden te voltooien.

De tweede zin van het eerste lid zou aangevuld moeten worden als volgt: “de rechtbank kan, op het verslag van de gedelegeerd rechter, beslissen om de gerechtsmandataris te machtigen de reeds aangevatte werkzaamheden te voltooien”.

Artikel 54

(ontworpen artikel 21 van de wet van 20 september 1948)

Teneinde de wensen die door de Nationale Arbeidsraad geformuleerd zijn in advies nr. 1.779 van 5 oktober 2011, conform de wetgevingstechnische regels weer te geven, dient het ontworpen artikel 21, § 12, eerste lid, van de wet van 20 september 1948 als volgt gesteld te worden:

“Het lot van de bestaande ondernemingsraad op het ogenblik van een gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de zin van de wet van 31 januari 2009 ‘betreffende de continuïteit van de ondernemingen’ wordt, behalve wanneer de partijen bij de overdrachtsovereenkomst anders overeengekomen zijn, geregeld door de volgende bepalingen:”.

Op het einde van datzelfde ontworpen artikel 12 moet een nieuw lid komen luidende:

“Deze bepaling is van toepassing tot de eerstvolgende verkiezing van een ondernemingsraad”.

Een soortgelijke opmerking geldt voor het ontworpen artikel 76bis, eerste lid (artikel 58 van het voorontwerp).

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Bernadette VIGNERON

Yves KREINS