

Arbeidsrecht

De wijziging van werkgever ten gevolge van een gerechtelijke reorganisatie

Jurgen GOYVAERTS
advocaat bij Curia Leuven
vrij medewerker aan het Instituut Arbeidsrecht KU Leuven

De Wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen (“WCO”)¹ heeft, met ingang van 1 april 2009, het gerechtelijk akkoord afgeschaft en vervangen door de procedure van gerechtelijke reorganisatie. Artikel 61 van die wet voorzagt daarbij ook in een regeling van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ten gevolge van een gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag. Die wettelijke regeling blijft gelden tot de bekrachtiging door de Koning van een CAO gesloten in de Nationale Arbeidsraad ter zake, die mag afwijken van de door de wetgever uitgewerkte regeling. Ter zitting van 5 oktober 2011, hebben de sociale partners in de Nationale Arbeidsraad de CAO nr. 102 betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ten gevolge van een gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag gesloten.²

De CAO nr. 102 vult als het ware de CAO 32*bis* aan, die enerzijds het lot regelt van de werknemers die betrokken zijn bij een wijziging van de werkgever ingevolge de overgang van een (gedeelte van een) onderneming krachtens overeenkomst en anderzijds betrekking heeft op de rechten van de werknemers die overgenomen worden in geval van overname van activa na faillissement³.

I. Situering⁴

De procedure van gerechtelijke organisatie strekt tot het behouden van de continuïteit van het geheel of een gedeelte van de onderneming in moeilijkheden, of van haar activiteiten, en dit onder toezicht van de rechtbank van koophandel.

De procedure van gerechtelijke organisatie laat aan de schuldenaar toe een opschorting toe te kennen met het oog op:

- Hetzij het bewerkstelligen van een minnelijk akkoord met de schuldeisers (of een deel daarvan).
- Hetzij het verkrijgen van het akkoord met de schuldeisers over een reorganisatieplan.

¹ B.S., 9 februari 2009.

² Op datum van de redactie van deze bijdrage is de CAO nog niet algemeen verbindend verklaard.

³ CAO 32*bis* van 7 juni 1985 betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ingevolge de overgang van ondernemingen krachtens overeenkomst en tot regeling van de rechten van de werknemers die overgenomen worden bij overname van activa na faillissement, gewijzigd door de collectieve arbeidsovereenkomsten nr. 32 ter van 2 december 1986, nr. 32 quater van 19 december 1989 en nr. 32 quinquies van 13 maart 2002, www.nar.be; deze CAO's werden algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit.

⁴ Voor een algemene bespreking van de WCO, zie o.m. M. VANMEENEN, “De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van ondernemingen”, *R.W.*, 2008-09, 1282 e.v.; L. QUINTIENS en B. WINDEY, “Rechtspraakoverzicht WCO: De voornaamste tendensen na 2 jaar rechtspraak”, *Limb.Rechtsl.*, 2011, 299 e.v.

- Hetzij de overdracht onder gerechtelijk gezag toe te staan, aan één of meerdere derden, van het geheel of een gedeelte van de onderneming of haar activiteiten.

Het is dus mogelijk maar niet noodzakelijk dat de schuldenaar met de gerechtelijke reorganisatie meteen de overdracht onder gerechtelijk gezag van (een gedeelte van) de onderneming of van haar activiteiten, beoogt. Het verzoekschrift kan ook enkel betrekking hebben op het bewerkstelligen van een minnelijk akkoord met de schuldeisers of op een reorganisatieplan. Het is mogelijk dat de schuldenaar dan later, lopende de gerechtelijke reorganisatie, zijn initiële plannen bijstuurt, en alsnog aanstuurt op een overdracht onder gerechtelijk gezag.

Een overdracht onder gerechtelijk gezag zou desgevallend ook afgedwongen kunnen worden ten opzichte van een schuldenaar die zich nog niet in gerechtelijke reorganisatie bevindt. Onder bepaalde voorwaarden kan ofwel het openbaar ministerie ofwel een derde de schuldenaar in die zin dagvaarden.

Wat de terminologie betreft, hanteert de CAO nr. 102 de termen “schuldenaar” en “(kandidaat-)overnemer”. Die termen zijn het equivalent van de termen “vervreemder” en “(kandidaat-)verkrijger die worden gehanteerd door de CAO 32*bis*, de Richtlijn 2001/23/EG van 21 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgeving der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (hierna “de Richtlijn”) en artikel 61 WCO.

II. Doelstelling van CAO nr. 102

Deze CAO heeft ten eerste als doel om het behoud te regelen van de rechten van de werknemers die betrokken zijn bij een wijziging van juridische werkgever als gevolg van een overdracht onder gerechtelijk gezag van het geheel of een gedeelte van de onderneming of van haar activiteiten bedoeld bij de artikelen 59 tot 70 van de WCO.⁵ De CAO is dus niet noodzakelijk van toepassing op alle werkgevers, maar enkel op die werkgevers die onder het toepassingsgebied van de WCO vallen.

Tevens regelt de CAO nr. 102 de informatieverstrekking die moet gebeuren ten aanzien van alle werknemers die “betrokken” zijn bij een overdracht onder gerechtelijk gezag, in die ondernemingen waar geen werknemersvertegenwoordigers zijn. Met “betrokken” werknemers wordt zowel de werknemers bedoeld

⁵ De CAO is dus niet noodzakelijk van toepassing op alle werkgevers, maar enkel op die werkgevers die onder het toepassingsgebied van de WCO vallen. Zie artt. 3 en 4 WCO.

die effectief overgenomen zullen worden als de werknemers van de onderneming die niet mee zullen overgaan.⁶

Ten slotte voorziet de CAO nr. 102 in een regeling waarbij zowel de kandidaat-overnemer als de werknemers die effectief overgenomen zullen worden tot een transparant overzicht moeten komen van de rechten en plichten die de werknemers behouden in het kader van de overdracht van hun tewerkstelling naar hun toekomstige nieuwe werkgever, en van de bestaande schulden en schuldvorderingen.

III. Toepassingsgebied van de CAO NR. 102

De CAO nr. 102 is van toepassing ingeval van de tewerkstelling van werknemers en de personen die krachtens een leerovereenkomst arbeid verrichten, alsook van personen die, anders dan krachtens een arbeidsovereenkomst, arbeid verrichten onder het gezag van een persoon.⁷

De CAO is van toepassing op iedere wijziging van werkgever als gevolg van een overdracht onder gerechtelijk gezag van het geheel of een gedeelte van de onderneming of van haar activiteiten bedoeld bij de artikelen 59 tot 70 van de WCO. De omschrijving van het toepassingsgebied van de CAO nr. 102 is ruimer dan de omschrijving van het toepassingsgebied van de CAO nr. 32*bis* en van de Richtlijn. Ook de overdracht van de activiteiten van een onderneming, die niet gepaard gaat met de overdracht van andere bedrijfsmiddelen, valt namelijk onder het toepassingsgebied van CAO nr. 102, indien deze overdracht plaatsvindt in het kader van een gerechtelijke reorganisatie. Dit is een nuance ten opzichte van de CAO 32*bis* en ten opzichte van de Richtlijn. In het kader van deze teksten is er sprake van de overdracht van (het gedeelte van) een “onderneming” bij overeenkomst, wanneer er sprake is van de overdracht van een “georganiseerd geheel van middelen”, en dit met het oog op de voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt. Op basis van die omschrijving wordt in twijfel gesteld dat de CAO 32*bis* en de Richtlijn aan de orde zijn in het geval van de loutere overdracht van een activiteit wanneer deze activiteitenoverdracht niet gepaard gaat met een overdracht van voldoende middelen (in omvang en kwaliteit) noodzakelijk voor de voortzetting van de activiteit onder een identieke of gelijkaardige vorm of wanneer blijkt dat de economische eenheid niet haar identiteit behoudt.⁸ Het is dus belangrijk om op te merken dat

⁶ Dit kan men althans afleiden uit de tekst van artikel 1,§2 van de CAO, waar een onderscheid wordt gemaakt tussen de notie “bij een overdracht onder gerechtelijk gezag betrokken werknemers” en de notie “de werknemers die mee overgenomen zullen worden”.

⁷ Art. 6 CAO nr. 102.

⁸ Het toepassingsgebied van de Richtlijn en van de CAO 32*bis*, zijn al het voorwerp geweest van een uitvoerige rechtspraak van het Europees Hof van Justitie, die niet steeds even consistent lijkt. Verschillende auteurs hebben al gepoogd om hierin een lijn te trekken, o.a. C. BAYART, “Outsourcing en overdracht van onderneming

deze laatste voorwaarden niet worden gesteld voor de toepassing van CAO nr. 102.

IV. Uitsluiting van de extra-legale sociale verzekeringen

Net zoals bij de CAO 32*bis*, en conform artikel 4a van de Richtlijn, regelt CAO nr. 102 niet de overgang van de rechten van de werknemers die voortvloeien uit de stelsels inzake ouderdoms-, overlevings- en invaliditeitsverzekeringen, toegekend uit hoofde van aanvullende stelsels van sociale voorzieningen. De CAO nr. 102 doet evenmin afbreuk aan de bijzondere regelingen die voortvloeien uit de wet en uit andere collectieve arbeidsovereenkomsten.

De kwestie van de extra-legale socialezekerheidsstelsels, zoals pensioenstelsels, bij de overgang van een onderneming, vraagt niettemin om een genuanceerde benadering (zie verder, VI.4).

V. Welke werknemers gaan over?

De CAO nr. 102 voorziet niet in een recht op automatische overdracht van die werknemers die hoofdzakelijk verbonden zijn aan de overgenomen activiteit of activa. De kandidaat-overnemer heeft de keuze van de werknemers die zullen worden overgenomen. Hij moet zijn keuze wel kunnen motiveren. Die motivering moet kunnen rusten zowel op technische, economische of organisatorische gronden als op de afwezigheid van een verboden differentiatie.⁹

De WCO legt de gerechtsmandataris die door de rechtbank is aangeduid om de overdracht te organiseren, op om offertes in te winnen en om bij voorrang te waken over het behoud van het geheel of een gedeelte van de activiteit van de onderneming, rekening houdend met de rechten de schuldeisers. Indien er verscheidene vergelijkbare offertes zijn, moet de rechtbank volgens de WCO de voorkeur geven aan de offerte die het behoud van de werkgelegenheid garandeert door een sociaal akkoord waarover is onderhandeld.¹⁰

De CAO nr. 102 vermeldt nadrukkelijk dat in het bijzonder de werknemersafgevaardigden niet mogen worden benadeeld. In herhaling van de WCO, heeft de CAO nr. 102 dienaangaande een weerlegbaar vermoeden ingesteld. Volgens dit vermoeden wordt de afwezigheid van een verboden differentiatie, tot het bewijs van het tegendeel, geacht bewezen te zijn indien de vóór de overdracht onder gerechtelijk gezag bestaande verhouding tussen het aantal werknemers van (het overgedragen gedeelte van) de onderneming en hun vertegenwoordigers in de organen van die onderneming of dat gedeelte van de onderneming

– Rechtspraak Hof van Justitie”, *Or.*, 2002, 6 e.v.; L. PELTZER, *Conventionele overdracht van ondernemingen*, Kluwer, 2007, 51-107.

⁹ Art. 12 CAO nr. 102.

¹⁰ Art. 62,2° WCO.

na de overdracht gerespecteerd blijft.¹¹ Men zou kunnen stellen dat dit vermoeden een soort “afspiegelingsbeginsel” inhoudt.¹²

VI. Rechtspositie van de overgenomen werknemers

§1. De collectieve arbeidsovereenkomsten

De gerechtsmandataris geeft de kandidaat-overnemer schriftelijk kennis van de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de collectieve arbeidsovereenkomsten gesloten door de schuldenaar. De gerechtsmandataris deelt eveneens het nummer mee van het paritair (sub)comité waaronder de werknemers ressorteren die overgenomen zullen worden.¹³

Op grond van artikel 10 CAO nr. 102 kunnen de schuldenaar of de gerechtsmandataris, de (kandidaat-)overnemer en de vertegenwoordigers van de betrokken werknemers in het kader van een collectieve onderhandelingsprocedure overeenkomen om in de vóór de overdracht bij de schuldenaar collectief bedongen arbeidsvoorwaarden van de werknemers die overgenomen zullen worden, wijzigingen aan te brengen teneinde de werkgelegenheid veilig te stellen, door het voortbestaan van (een gedeelte van) de onderneming of van haar activiteiten, te verzekeren. Dit akkoord moet verplicht opgenomen worden in een CAO.

Bij ontstentenis van een dergelijke CAO blijven de collectief bedongen arbeidsvoorwaarden van de overgenomen werknemers, ten aanzien van de overnemer behouden.

§2. De individuele rechten en plichten van de betrokken werknemers die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst

De rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de op het tijdstip van de overdracht bestaande arbeidsovereenkomst van de overgenomen werknemers door de overdracht gaan in principe op de overnemer over.¹⁴

De WCO voorzag ter zake een systeem gericht op maximale duidelijkheid en rechtszekerheid omtrent de inhoud van die rechten en plichten, ter bescherming van de overnemer. De CAO neemt dit systeem over.

¹¹ Art. 12,4° en 5° CAO nr. 102. Bij de berekening van die verhouding wordt enkel rekening gehouden met de gewone en plaatsvervangende personeelsvertegenwoordigers in de ondernemingsraad en het comité voor preventie en bescherming op het werk, en met de leden van de syndicale afvaardiging.

¹² Het “afspiegelingsbeginsel” wordt in Nederland gehanteerd bij de selectie van de werknemers naar aanleiding van de ontslagen in het kader van een bedrijfsherstucturering.

¹³ Art. 8, §3 CAO nr. 102.

¹⁴ Art. 9 CAO nr. 102.

Hoger vermeldde ik al dat de gerechtsmandataris de (kandidaat-)overnemer inlicht omtrent de ondernemingsCAO's en het relevante paritair (sub-)comité. Tegelijk moet de gerechtsmandataris, op basis van de informatie van de schuldenaar, de kandidaat-overnemer schriftelijk in kennis stellen met betrekking tot de rechten en verplichtingen die individueel overeengekomen werden in de arbeidsovereenkomsten tussen de schuldenaar en de werknemers die overgenomen zullen worden. Op hetzelfde ogenblik deelt de gerechtsmandataris deze informatie met een aangetekende brief mee aan iedere individuele werknemer die overgenomen zal worden, en de kandidaat-overnemer ontvangt een afschrift van deze kennisgeving.

Indien een werknemer een onregelmatigheid vaststelt in de informatie die bezorgd werd, kan hij de inhoud ervan betwisten bij de gerechtsmandataris. Hij moet dit doen binnen de maand vanaf de verzending van de aangetekende brief. De kandidaat-overnemer wordt door de gerechtsmandataris van de betwisting op de hoogte gebracht.

Indien de informatie niet correct blijkt te zijn, volgt een rechtzetting en een nieuwe kennisgeving per aangetekende post aan de kandidaat-overnemer en aan de betrokken werknemer.¹⁵

Als sluitstuk van dit systeem, bepaalt artikel 9 van de CAO dat de overnemer ten aanzien van de overgenomen werknemers enkel gehouden is tot de rechten en verplichtingen die de schuldenaar met hen individueel overeenkwam, voor zover de overnemer van die rechten en verplichtingen in kennis werd gesteld in toepassing van de hierboven vermelde procedure.

Dit systeem moet er met andere woorden voor zorgen dat de (kandidaat-)overnemer gespaard blijft van onaangename verrassingen. Beweerde mondelinge afspraken, die niet schriftelijk ter kennis zijn gebracht van de overnemer, zullen hem niet tegenstelbaar zijn. Voor de praktijk betekent dit dat er minder noodzaak is voor de (kandidaat-)overnemer om een voorafgaandelijk onderzoek uit te voeren (“*due diligence*”).

De (kandidaat-)overnemer is overigens niet verplicht om alle rechten en plichten van de werknemer te behouden. Artikel 11 van de CAO nr. 102 laat de (kandidaat-)overnemer en de werknemer toe om in onderling akkoord wijzigingen in de individuele arbeidsovereenkomst aan te brengen, voor zover die wijzigingen, conform de WCO, hoofdzakelijk verbonden zijn aan technische, economische of organisatorische redenen.

§3. Het arbeidsreglement

Het arbeidsreglement gaat als document van interne orde niet over van de schuldenaar op de (kandidaat-)overnemer. Het gebeurt daarentegen zeer vaak dat het arbeidsreglement eveneens een aantal individuele rechten en plichten bepaalt in aanvulling op de individuele arbeidsovereenkomsten. Het gaat hier dus niet om “collectief bedongen” arbeidsvoorwaarden, maar wel om “collec-

¹⁵ Art. 8 CAO nr. 102.

tief toegepaste” arbeidsvoorwaarden, in die zin dat het arbeidsvoorwaarden betreft, die, hoewel ze niet voortvloeien uit collectieve overeenkomsten of akkoorden, van toepassing waren op alle werknemers of op sommige categorieën van werknemers.

Ook hier geldt dat de gerechtsmandataris in zijn kennisgeving aan de (kandidaat-)overnemer, in toepassing van artikel 8 CAO nr. 102, melding moet maken van de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit het arbeidsreglement dat van toepassing is bij de schuldenaar.

Verder bepaalt artikel 10 van de CAO nr. 102 dat men de collectief toegepaste arbeidsvoorwaarden kan afschaffen of wijzigen teneinde de werkgelegenheid veilig te stellen door het voortbestaan van de onderneming of van haar activiteiten, of een deel ervan, te verzekeren. Deze wijziging moet volgens artikel 10 van de CAO gebeuren per CAO.

Dit verhindert niet dat de collectief toegepaste arbeidsvoorwaarden die voortvloeien uit het arbeidsreglement na de overdracht van de tewerkstelling ook op een andere wijze of om een andere reden afgeschaft of gewijzigd kunnen worden, met het oog op bijvoorbeeld een harmonisatie van de arbeidsvoorwaarden. De werkgever moet dan, zoals steeds, de hiërarchie der rechtsbronnen respecteren.¹⁶

§4. Reglementen inzake de extralegale sociale verzekeringen

Zoals hoger vermeld, zijn de stelsels inzake ouderdoms-, overlevings- en invaliditeitsverzekeringen, toegekend uit hoofde van aanvullende stelsels van sociale voorzieningen, in principe uitgesloten uit het toepassingsgebied van de CAO nr. 102. Typische voorbeelden daarvan zijn de “groepsverzekering” inzake pensioen, invaliditeit en/of overlijden, en de hospitalisatieverzekering.

Dat betekent dat de overnemer deze stelsels in principe niet moet overnemen. Daarmee is niet gezegd dat deze stelsels geen betekenis meer hebben.

Vooreerst kan het zijn dat zulke toezeggingen vervat zijn in een CAO. Sinds de inwerkingtreding van de Wet van 28 april 2003 betreffende de aanvullende pensioenen en het belastingstelsel van die pensioenen en van sommige aanvullende voordelen inzake sociale zekerheid (de zogenaamde Wet Vandenbroucke)¹⁷, moet de beslissing tot invoering, wijziging of opheffing van een pensioentoezegging zelfs worden genomen bij collectieve arbeidsovereenkomst, indien het pensioenstelsel van toepassing is op alle werknemers van de onderneming en in een persoonlijke bijdrage van de werknemers voorziet, wanneer in de onderneming een ondernemingsraad, een comité voor preventie en bescherming op het werk of een vakbondsafvaardiging bestaat.¹⁸

¹⁶ Art. 51 CAO-wet.

¹⁷ B.S., 15 mei 2003, ed.2, err. B.S., 26 mei 2003.

¹⁸ Art. 7 Wet Vandenbroucke.

Wanneer de sociale toezegging is opgenomen in een CAO, is dit dus een collectief bedongen arbeidsvoorwaarde, die de (kandidaat-)overnemer in principe verplicht zal moeten respecteren, tenzij de partijen bij de overname de inhoud van deze CAO hebben gewijzigd of afgeschaft in toepassing van artikel 10 de CAO nr. 102.

Verder geldt er nog een belangrijke nuancering, die ook al tot uiting is gekomen bij overnames krachtens overeenkomst (CAO 32*bis*). Ook de CAO 32*bis* sluit de extralegale sociale verzekeringen uit haar toepassingsgebied. Echter wordt algemeen aangenomen dat de patronale toelage aan een extralegale sociale verzekering deel uitmaakt van het arbeidsrechtelijke loon van de werknemer. De overnemer is niet verplicht om een extralegale sociale toezegging *an sich* over te nemen en verder te zetten, maar de overnemer moet wel zodanig handelen dat het inkomensniveau van de overgenomen werknemer gewaarborgd blijft. Om die reden wordt aangenomen dat indien de overnemer beslist om een dergelijk stelsel niet verder te zetten, het verlies aan de patronale financiering van het extralegale sociale stelsel (dat onderdeel uitmaakt van het loon van de werknemer) gecompenseerd zal moeten worden, bijvoorbeeld door de toekenning van een extra bruto loon of door de toekenning van een ander gelijkwaardig voordeel.

In het kader van de CAO nr. 102, betekent de betaling van een patronale toelage aan een extralegale sociale toezegging, een “collectief toegepaste” arbeidsvoorwaarde. Een “collectief toegepaste” arbeidsvoorwaarde moet in principe verder toegepast worden door een (kandidaat-)overnemer, tenzij deze arbeidsvoorwaarde per CAO is afgeschaft of gewijzigd.¹⁹

In verband met de extralegale sociale verzekeringen die een dekking bieden tegen het risico van pensioen en overlijden, moet ook worden bekeken of de overnemer die desgevallend zou beslissen om het pensioenstelsel van de schuldenaar voort te zetten, hiermee aansprakelijkheden overneemt die betrekking hebben op de periode van aansluiting van de werknemers die dateert van vóór de datum van de overdracht. Die vraag wordt relevant wanneer een overgenomen werknemer op een latere datum uittreedt uit het pensioenstelsel (omdat hij de onderneming verlaat) of met pensioen gaat. De werknemer heeft op dat ogenblik recht op een “verworven reserve” die berekend wordt met inachtneming van minimum parameters die door de wet zijn voorgeschreven. Bij vaste-bijdragenplannen bijvoorbeeld geldt een “rendementsgarantie” die werd ingevoerd met de Wet Vandenbroucke. In het algemeen gesteld, houdt de rendementsgarantie de verplichting in voor de werkgever om de verworven reserve zo te berekenen dat enerzijds de eventuele persoonlijke bijdragen van de werknemers en anderzijds de werkgeverstoelagen gekapitaliseerd worden aan een door de FSMA vastgestelde rentevoet die gemiddeld wordt toegepast over de ganse periode van aansluiting; indien het werkelijke rendement onder dat bedrag is gebleven, zal de werkgever de reserve moeten aanvullen tot aan het krachtens de rendementsgarantie bepaalde bedrag. Voor de overnemer is het dus cruciaal om te weten of de rendementsgarantie berekend wordt over de ganse periode van aansluiting bij het pensioenstelsel (met inbegrip van de

¹⁹ Art. 10 CAO nr. 102.

dienstjaren bij de vorige werkgever), of uitsluitend over de periode van tewerkstelling bij de overnemer.²⁰

Sinds een wijziging aan de Wet Vandenbroucke middels een wet van 27 oktober 2006, is het duidelijk dat indien de overnemer het pensioenstelsel van de schuldenaar niet overneemt, dit zal gelijkstaan met een uittreding van de werknemers uit het pensioenstelsel van de schuldenaar, en dit op de datum van de overdracht van de tewerkstelling. De werknemers die worden overgedragen, treden in dat geval uit het pensioenstelsel van de schuldenaar uit, en op dat ogenblik wordt hun individueel verworven reserve die betrekking heeft op hun loopbaanjaren tot aan de datum van de overdracht definitief vastgesteld. De werknemers beschikken op dat ogenblik trouwens over een aantal keuzemogelijkheden met betrekking tot de bestemming van hun individueel verworven reserve, op grond van artikel 32 Wet Vandenbroucke.

A contrario zou men kunnen stellen dat de overnemer die wel beslist om het pensioenstelsel van de werknemers over te nemen, later wel in moet staan voor de berekening en financiering van de individueel verworven rechten over de ganse periode van aansluiting van de werknemers, ongeacht het gegeven dat een deel van hun aansluitingsjaren betrekking hebben op dienstjaren bij de schuldenaar. Maar dit wordt niet als dusdanig uitdrukkelijk door de wet gesteld.

§5. Het gebruik

Het gebruik is een rechtsbron in het arbeidsrecht die de individuele arbeidsovereenkomst kan aanvullen. Het gebruik veronderstelt algemeenheid, vastheid en bestendigheid om een bron van verbintenissen te kunnen zijn. Het gebruik kan dus beschouwd worden als een “collectief toegepaste” arbeidsvoorwaarde.

Artikel 8 van de CAO nr. 102 verplicht de gerechtsmandataris enkel om de kandidaat-overnemer in te lichten van de rechten en verplichtingen die individueel overeengekomen werden in de arbeidsovereenkomsten die zullen worden overgenomen en van de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de collectieve arbeidsovereenkomsten en uit het arbeidsreglement. Een informatie over het bestaan van eventuele gebruiken, die de individuele arbeidsovereenkomsten aanvullen, is niet voorzien.

Tenzij het gebruik is afgeschaft of gewijzigd, bij de herziening van de “collectief bedongen” of “collectief toegepaste” arbeidsvoorwaarden, in toepassing van artikel 10 van de CAO, gaat het gebruik dus mee over. De kandidaat-overnemer kan het gebruik dan later wel wijzigen of afschaffen middels een

²⁰ B. HEYLEN en A. VAN DAMME, “Overgang van onderneming en de gevolgen op de aanvullende pensioentoezeggingen”, *Or.*, 2005, 129 e.v., voor een uiteenzetting omtrent de problematiek. Wat de juridische analyse betreft, moet opgemerkt worden dat art. 3, §11, 3^o WAP nadien werd aangepast.

hogere rechtsnorm. Een gebruik kan ook worden opgezegd of in onbruik gera- ken.

VII. De bestaande en toekomstige schulden

Ook inzake de aansprakelijkheid voor de bestaande schulden, neemt de rege- ling van CAO nr. 102 de regeling over die de wetgever had uitgedacht met het oog op een zo groot mogelijke duidelijkheid en zekerheid voor de overnemer.

Op hetzelfde ogenblik dat de (kandidaat-)overnemer wordt ingelicht over de rechten en verplichtingen van de werknemers die overgenomen zullen worden, geeft de gerechtsmandataris de (kandidaat-)overnemer eveneens schriftelijk kennis van de schulden van de schuldenaar die voortvloeien uit de arbeids- overeenkomsten tussen de schuldenaar en de werknemers die overgenomen zullen worden.

De gerechtsmandataris geeft ook kennis van de vorderingen die deze werkne- mers hebben ingesteld tegen de schuldenaar.

Het gaat om een kennisgeving van de schulden en schuldvorderingen die be- staan op het tijdstip van het vonnis dat de procedure van gerechtelijke organi- satie opent, of, bij ontstentenis van dit vonnis, op het tijdstip van het vonnis dat de overdracht onder gerechtelijk gezag beveelt.

Er zijn naargelang de situatie dus twee verschillende momenten waarop het opeisbaar zijn van schulden van de schuldenaar ten aanzien van de werkne- mers die overgenomen zullen worden, dient beoordeeld te worden. Indien er een vonnis is dat de procedure van gerechtelijke reorganisatie opent (art. 24, §2 WCO), dient het opeisbaar zijn van schulden op dat ogenblik beoordeeld te worden. Indien dit vonnis er niet is, dient het opeisbaar zijn van schulden be- oordeeld te worden op het tijdstip van het vonnis dat de overdracht onder ge- rechtelijk gezag beveelt (waarvan sprake in de artikelen 59 en 60 WCO).

Ook deze elementen worden vermeld in de brief die de gerechtsmandataris per aangetekende post aan de werknemers bezorgt, en een kopie van die kennisge- ving bezorgt hij op zijn beurt aan de betrokken werknemers. Dit geeft de werknemers de mogelijkheid om de hun toegestuurde afrekening te controle- ren. Indien zij vaststellen dat de gegevens fout of onvolledig zijn, kunnen zij de kennisgeving betwisten bij de gerechtsmandataris, en dit uiterlijk binnen de termijn van één maand vanaf de verzending van de aangetekende brief.

De gerechtsmandataris dient de kandidaat-overnemer op de hoogte te brengen van een dergelijke betwisting. De gerechtsmandataris zal tot de rechtzetting van de gegevens overgaan indien hij oordeelt dat deze onjuist of onvolledig zijn (en hiervan vervolgens op nieuw kennis geven aan zowel de (kandidaat-)overnemer en de betrokken werknemer.

In het geval dat er betwisting blijft over de gegevens die zijn opgenomen in de kennisgeving aan de (kandidaat-)overnemer, zal de arbeidsrechtbank die be-

twisting moeten oplossen. De rechten, schulden en schuldvorderingen zullen dan geacht worden te zijn overgegaan op de overnemer zoals zij desgevallend zijn gecorrigeerd in het kader van de oplossing van de betwisting door de arbeidsgerechten.

De schulden die opeisbaar worden tijdens de procedure van gerechtelijke organisatie, de zogenaamde schulden van de boedel, worden niet aan de (kandidaat-)overnemer meegedeeld, vermits deze ten laste blijven van de schuldenaar.

De schulden die pas voor de werknemers opeisbaar zijn na de overdracht, zijn integraal ten laste van de overnemer. In de praktijk moet de overnemer er zich in het bijzonder van bewust zijn dat de berekening van het vakantiegeld en van de sectorale eindejaarspremie gebeurt met verwijzing naar een referentieperiode (bijvoorbeeld, voor het vakantiegeld is dat het voorbije vakantiedienstjaar). Ook als de werknemer tijdens (een gedeelte van) die referentieperiode nog bij de schuldenaar werkte, is de overnemer als enige tegenover de werknemers gehouden voor de volledige eindejaarspremie of het volledige vakantiegeld.

VIII. Informatie en consultatie

De verplichting inzake informatie en consultatie ontstaat al voorafgaand aan de neerlegging van het verzoek bij de rechtbank van koophandel tot het openen van een procedure van gerechtelijke reorganisatie. Het bewijs dat de schuldenaar aan die verplichting heeft voldaan, is één van de stukken die moeten worden voorgelegd aan de rechtbank, wanneer het verzoekschrift wordt ingediend.²¹ Wanneer de schuldenaar bepaalde door de WCO voorgeschreven stukken niet heeft neergelegd binnen een termijn van veertien dagen na de neerlegging van zijn verzoekschrift, kan de rechtbank ambtshalve beslissen de procedure van gerechtelijke reorganisatie te beëindigen na de middelen van de schuldenaar en het verslag van de gedelegeerd rechter te hebben gehoord en, in voorkomend geval, de werknemers of hun vertegenwoordigers die hadden moeten gehoord worden in toepassing van de wettelijke of conventionele verplichtingen tot inlichting en raadpleging van die werknemers.²²

Als de schuldenaar in de loop van de procedure tot gerechtelijke reorganisatie instemt met een overdracht onder gerechtelijk gezag, worden de vertegenwoordigers van het personeel in de ondernemingsraad of, indien er geen is, in het comité voor preventie en bescherming op het werk, of, indien er geen is, de vakbondsafvaardiging, of, indien er geen is, de werknemersafvaardiging gehoord.²³

In de ondernemingen met een ondernemingsraad of een syndicale afvaardiging, gebeurt de informatieverstrekking aan en de raadpleging van de werkne-

²¹ Art. 17, §2, 9° WCO.

²² Art. 41, §2 WCO.

²³ Art. 59, §1, 2° WCO.

mersvertegenwoordigers in overeenstemming met de CAO nr. 9 en door de CAO nr. 5.

In het geval van de afwezigheid van een ondernemingsraad of van een vakbondsafvaardiging, moeten de bij de overdracht betrokken werknemers vooraf in kennis worden gesteld van:²⁴

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

De informatieverplichting berust zowel op de schuldenaar of de gerechtsmandataris als op de kandidaat-overnemer.

Met de “bij de overdracht betrokken werknemers” worden niet alleen de werknemers bedoeld die effectief zullen overgedragen worden, maar ook de werknemers die niet geselecteerd zijn voor de overname moeten hiervan worden in kennis worden gesteld. Die werknemers hebben er ook belang bij om in te schatten wat er gebeurt met de onderneming en om dienaangaande standpunt in te nemen (o.a. wat de selectiecriteria betreft).

IX. Het lot van de sociale overlegorganen

De gevolgen voor de sociale overlegorganen worden niet uitdrukkelijk geregeld in de CAO nr. 102. Dienaangaande bestaan er al wettelijke regels, namelijk de regels die van toepassing zijn op de overgang van een (gedeelte van) de onderneming krachtens overeenkomst.

Wat de ondernemingsraad betreft, zijn die regels vervat in artikel 21,§10 van de Wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven.

Wat het comité voor preventie en bescherming op het werk betreft, zijn er gelijkaardige regels opgenomen in de artikelen 70-75 van de Welzijnswet.

De relevante regeling inzake de vakbondsafvaardiging is vervat in artikel 20*bis* van de CAO nr. 5.

²⁴ Art. 7 CAO nr. 102.

X. Overeenkomst van voorgenomen overdracht

Tussen de schuldenaar of de gerechtsmandataris en de kandidaat-overnemer wordt een overeenkomst van voorgenomen overdracht gesloten, die minstens het volgende moet bevatten:

- De lijst van de werknemers die overgenomen zullen worden;
- De lijst van de krachtens artikel 8,§1 van de CAO aan de kandidaat-overnemer ter kennis gebrachte schulden en vorderingen;
- De lijst van de rechten en verplichtingen ten aanzien van de werknemers die overgenomen zullen worden, die krachtens artikel 8,§1 en §3 van de CAO aan de kandidaat-overnemer ter kennis worden gebracht en die aan de overnemer worden overgedragen;
- De eventuele wijzigingen aan die rechten en verplichtingen die in het vooruitzicht zijn gesteld in toepassing van de artikelen 10 en 11 van de CAO;
- De eventuele individuele betwistingen met betrekking tot de inhoud van de kennisgeving krachtens artikel 8,§1 van de CAO die niet aanvaard werden door de gerechtsmandataris;
- Het voorgestelde tijdstip van overdracht onder gerechtelijk gezag.²⁵

XI. Tussenkomst van de arbeidsrechtbank

Zoals vermeld, voorzag artikel 61 een voorlopige regeling inzake het lot van de werknemers bij een overdracht onder gerechtelijk gezag. Artikel 61,§6 WCO preciseert dat die wettelijke regeling blijft gelden tot de bekrachtiging door de Koning van een CAO gesloten in de Nationale Arbeidsraad ter zake, die mag afwijken van de door de wetgever uitgewerkte regeling. De algemeen verbindendverklaring per KB van de CAO nr. 102 zal dus, volgens de tekst van de wet, een einde moeten stellen aan de toepassing van artikel 61 WCO.

De vraag is dan wat er gebeurt met artikel 61,§5 WCO dat een bevoegdheid verleent aan de arbeidsrechtbank, als volgt:

“De verkrijger, de vervreemder of de gerechtsmandataris kunnen, bij verzoekschrift aan de arbeidsrechtbank van de zetel van de vennootschap of hoofdinstelling van de schuldenaar, de homologatie vragen van de voorgenomen overdracht in zoverre de overdrachtsovereenkomst de rechten van de werknemers die overgenomen zullen worden aanbelangt. Met de voorgenomen overdracht worden in dit artikel de overdracht zelf, de lijst van de overgenomen of over te nemen werknemers, het lot van de arbeidsovereenkomsten, de vastgestelde arbeidsvoorwaarden en de schulden bedoeld.

²⁵ Art. 13 CAO nr. 102.

De arbeidsrechtbank spreekt zich uit, bij hoogdringendheid, na de vertegenwoordigers van de werknemers en verzoeker te hebben gehoord.” De werknemers die de in paragraaf 3 bedoelde kennisgeving betwisten, worden door de vervreemder of de gerechtsmandataris gedagvaard om voor de arbeidsrechtbank te verschijnen op dezelfde zitting.

Als de homologatie wordt verleend, kan de verkrijger tot geen andere verplichtingen worden gehouden dan die welke voorkomen in de akte waarvan de homologatie is gevraagd.”

De tekst van de CAO vermeldt niets over de mogelijkheid van een homologatie door de rechtbank. In acht genomen de tekst van artikel 61,§6 WCO zouden men dus kunnen stellen dat de homologatie door de arbeidsrechtbank van overdrachtovereenkomst niet langer bestaat na de algemeen verbindendverklaring van CAO nr. 102.

Die conclusie strookt echter niet met de commentaar bij artikel 13 van de CAO, die van die door de wet voorziene mogelijkheid wel melding maakt. Men mag er dus van uitgaan dat de mogelijkheid van homologatie en de procedure die vermeld zijn in artikel 61,§5 WCO ter zake nog gelden.

Indien de arbeidsrechtbank verzocht wordt om de overdrachtovereenkomst te homologeren, zal haar voornaamste inhoudelijke toetsing allicht betrekking hebben op de naleving van objectieve selectiecriteria bij de keuze van de werknemers die al dan niet worden overgenomen.