

Quelles sont les conséquences de la privatisation des fonctions publiques et des entreprises publiques sur les droits des parties dans la relation travail ?

Quels sont les conséquences des modifications de la structure juridique (par exemple : la fusion, le transfert, la modification de la forme juridique etc...), d'une entreprise privée sur les droits des parties dans la relation de travail ?

1. Les organismes publics de votre État, ou les fonctions publiques au sein de ces organismes, sont-ils confrontés à un phénomène de privatisation ? Est-on en mesure de le quantifier ? Votre législateur a-t-il prévu des restrictions légales ?
 2. votre pays dispose-t-il d'une réglementation spécifique au changement de structure juridique des entreprises (publiques ou privées) ?
 3. dans l'affirmative, en décrire les conditions d'application et les effets dans le cadre des relations employeur/travailleur ?
 - préciser plus particulièrement les obligations qui s'imposent à l'employeur préalablement ou à l'occasion de la mise en oeuvre d'un changement de structure juridique de son entreprise.
 - quels mécanismes juridiques votre pays a-t-il prévu pour garantir le maintien des droits des travailleurs, notamment garantis par conventions collectives au regard des critères de rentabilité maximale recherchée par ce type de changement de structure ?
 - quelles sont les conséquences auxquelles s'expose un travailleur qui refuserait de travailler pour le « nouvel employeur » ?
 - votre pays a-t-il limité le droit du personnel à user d'actions collectives en vue de s'opposer au changement structurel ?
-

Le sujet dont la quatrième commission (droit social) a fait choix en vue de la réunion internationale à tenir en novembre 2005 à Marrakech (Maroc) se subdivise en deux grandes questions, c'est-à-dire :

- 1° le problème des privatisations et de leurs effets sur les droits des parties dans la relation de travail,
- 2° le problème des changements de structure ou de forme juridique des entreprises publiques ou privées et de leurs effets sur les droits des parties dans la relation de travail,

I. privatisations et effets sur les droits des parties dans la relation de travail.

A. Généralités.

1. « *Privatiser* » s'entend du transfert au secteur privé d'une activité relevant jusqu'alors du secteur public.

2. Il convient de rappeler que le personnel de la « *fonction publique* » est nommé par acte unilatéral et que sa situation est statutaire, c'est-à-dire qu'il est régi par un corps de règles générales déterminant de manière impersonnelle les droits et obligations des agents.

La situation statutaire bénéficie à l'agent par cela qu'elle lui assure une stabilité d'emploi. Celle-ci s'analyse en une interdiction imposée à l'autorité de mettre fin à la relation de travail avec son agent, sauf dans les cas et pour les motifs énoncés dans les textes.

Ce régime statutaire bénéficie également à l'autorité, laquelle, par application de la loi du changement, principe général du droit administratif, peut à tout moment modifier les dispositions statutaires pour le futur, ce qui fait apparaître le statut comme un véritable instrument de gestion du personnel.

D'une manière générale, le statut garantit néanmoins l'agent contre l'arbitraire de l'autorité : il forme un ensemble de règles cohérentes et identiques pour tous qu'il appartient à celle-ci de respecter pour l'adoption de mesures individuelles, qu'il s'agisse de l'évaluation, de promotions, de mises en disponibilité ou encore de mesures disciplinaires (Philippe BOUVIER, « *Eléments de droit administratif* », De Boeck § Larcier s.a., 2002, p. 132 et svtes).

Si, de manière générale, le personnel de la fonction publique se trouve sous statut, il est toutefois loisible aux administrations d'engager du personnel sous contrat de travail.

Ce mode de recrutement n'est toutefois admis que dans l'un des quatre cas suivants :

- 1° la nécessité de répondre à des besoins exceptionnels et temporaires en personnel ;

- 2° le remplacement d'agents en cas d'absence totale ou partielle ;
- 3° l'accomplissement de tâches auxiliaires ou spécifiques ;
- 4° l'exécution de tâches exigeant des connaissances particulières ou une expérience large de haut niveau.

Analysant la distinction entre le contrat de travail (loi du 3 juillet 1978) et le statut de droit public, Pierre DENIS (Droit du travail, Larcier 1992, p.8) fait observer que « *La distinction est moins tranchée dans les faits.*

C'est que, dans le secteur privé, la détermination des conditions de travail échappe dans une très large mesure à l'autonomie des volontés individuelles, en raison de l'interventionnisme étatique et du développement des conventions collectives.

Inversement, des négociations ont lieu, dans le secteur public, avec les organisations syndicales, en manière telle que la détermination des certains éléments du statut de la fonction publique n'est plus qu'en apparence l'œuvre unilatérale de l'autorité.

Il n'en demeure pas moins que, dans le secteur privé subsiste, dans le respect des normes d'un niveau supérieur, la possibilité d'un aménagement individuel de la relation de travail (rien n'interdit, par exemple, de convenir avec tel travailleur, d'un montant de rémunération supérieur au minimum fixé par une convention collective) alors que, dans le secteur public, l'existence d'un statut ne permet pas de tels aménagements. »

3. Comment le phénomène de privatisation s'est-il manifesté en Belgique ?

Il n'existe pas en Belgique de privatisation de « fonctions publiques », au sens de charges publiques, mais bien des privatisations d' « entreprises publiques ».

Ces privatisations ont porté essentiellement sur les entreprises participant du secteur public du crédit (en abrégé I.P.C.), lesquelles ont, soit globalement, soit par secteur d'activités, été déliées de leur mission de service public pour devenir à part entière des sociétés de droit privé.

Quels en ont été les effets sur les droits des parties dans la relation de travail ?

Les agents qui se trouvaient jusqu'ores régis par un statut ont vu leur situation de travail régie par contrat de travail d'ouvriers ou d'employés établis en conformité avec la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail.

Ils perdaient ainsi la stabilité d'emploi garantie par le statut, leur nouvel employeur se trouvant en droit, sauf abus de droit, de mettre fin à leur prestation de travail moyennant préavis ou paiement d'une indemnité compensatoire de préavis.

Hormis les privatisations intervenues dans le secteur public du crédit, la Belgique n'a encore connu que peu de privatisations au sens strict du terme.

Par contre, la Belgique s'est dotée d'un outil législatif permettant à un organisme d'intérêt public qui doit disposer d'une autonomie de gestion dans un secteur industriel ou commercial donné d'obtenir une telle autonomie par la conclusion d'un contrat de gestion avec l'Etat, après adaptation par la loi de son statut organique aux critères de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (Moniteur Belge du 27 mars 1991).

Ce contrat de gestion, conclu pour une durée variant de 3 à 5 ans, porte essentiellement sur les tâches que l'entreprise publique doit assumer en vue de l'exécution de ses missions de service public ainsi que les droits et obligations des parties parmi lesquelles les enveloppes financières octroyées par l'Etat.

Ces entreprises publiques autonomes sont gérées par un conseil d'administration et par un comité de direction.

Les mandats d'administrateur qui s'y trouvent associés, font l'objet d'une convention particulière (« sui generis ») entre les parties concernées, en sorte que l'agent désigné à ce mandat qui se trouve dans un lien statutaire est mis de plein droit en congé pour mission pour la durée de son mandat (6 ans renouvelable) tandis que le travailleur désigné à ce mandat qui se trouve sous lien contractuel avec l'Etat voit son contrat de plein droit suspendu pendant la durée de son mandat

Au terme de leurs mandats, ils retrouvent les avantages résultant de leur ancienne situation juridique et bénéficie des éventuelles améliorations et avantages apportés au cours desdits mandats au statut ou au contrat de travail.

Les entreprises publiques autonomes peuvent par ailleurs adopter la forme de société anonyme de droit public, avec pour conséquence que l'entreprise publique concernée est soumise aux dispositions légales et réglementaires de droit commercial qui sont applicables aux sociétés anonymes pour tout ce qui n'a pas été expressément autrement prévu par la loi du 21 mars 1991 ou par une autre loi spécifique quelconque.

Ces entreprises sont soumises à un contrôle limité du ministre dont elles relèvent, ne sont sujettes à aucune tutelle d'opportunité et sont libérées de toute contrainte pour ce qui n'a pas trait à leurs missions de service public.

Ainsi en a-t-il été pour la Régie des voies aériennes (Belgocontrol, navigation aérienne, et B.I.A.C., activités aéroportuaires), de la S.N.C.B. Holding (chemins de fer), de la Régie des postes (La Poste) ainsi que de la Régie des télégraphes et téléphones (Belgacom).

Dans le contexte de la loi du 21 mars 1991 (article 29), le personnel (sous réserve du personnel contractuel) demeure sous statut ainsi qu'il a été défini ci-dessus.

II. changements de structure ou de forme juridique des entreprises privées et effets sur les droits des parties dans la relation de travail.

A. Généralités

La situation des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou parties d'entreprises ou d'établissement est réglé par la Directive européenne 77/187/CEE du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des états membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises.

La protection prévue par la directive couvre tous les travailleurs à l'exception de ceux soumis à un statut (C.J.C.E. 14 septembre 2000, J.T.T. 2000, p. 300 et svtes).

Afin de tenir compte des arrêts de la Cour de Justice européenne en la matière, le texte de la directive a été modifié par la Directive 98/50/CEE du 29 juin 1998. Encore plus récemment, le Conseil de l'Union Européenne a, pour des raisons de clarté et de rationalité, procédé à la codification de la Directive 77/187/CEE en adoptant une nouvelle Directive 2001/23/CEE du 12 mars 2001.

En droit belge, les principes de la Directive 77/1876/CEE ont été repris par la Convention Collective de Travail n°32bis du 7 juin 1985 conclue au sein du Conseil National du Travail, concernant le maintien des droits des travailleurs repris en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l'actif après faillite ou concordat judiciaire par abandon d'actif. Cette convention collective de travail (ci-après C.C.T. 32bis) a été modifiée à plusieurs reprises et pour la dernière fois par la C.C.T. n°32quinzième du 13 mars 2002.

La convention collective n°32bis est applicable à tout employeur territorialement soumis à la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires (M.B., 15 janvier 1969).

Cette loi s'applique sur le territoire belge indépendamment de la nationalité des employeurs concernés.

L'applicabilité territoriale de la convention collective n°32bis est conditionnée à celle de la directive : il s'impose donc que l'opération entre dans le champ d'application territorial de la directive.

La directive s'applique chaque fois que l'entreprise, l'établissement ou la partie d'entreprise ou d'établissement à transférer se trouve dans le champ d'application territorial du Traité, soit aux membres de l'Union Européenne, mais également aux pays membres de l'Espace économique européen (E.E.E.), soit la Norvège, le Lichtenstein et l'Islande.

B. Conditions d'applications et effets dans le cadre des relations employeur/travailleur.

Les développements subséquents sont extraits de l'ouvrage publié en 2005 par Fr. VERBRUGGE, Conseiller juridique principal chez PARTENA, secrétariat social d'entreprise « *Guide de la réglementation sociale pour les entreprises* » (KLUWER, 2005, pp 486 à 492).

L'extrait est reproduit avec l'accord de son auteur.

Chapitre XVIII

TRANSFERT OU CESSION D'ENTREPRISE

La convention collective de travail n° 32bis du 7 juin 1985, modifiée par la CCT n° 32quinquies du 13 mars 2002 (rendue obligatoire par l'A.R. du 14 mars 2002 – MB 29.03.2002, Ed 2) vise non seulement à garantir le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise (y compris le transfert réalisé dans le cadre d'un concordat judiciaire), mais aussi à assurer certains droits aux travailleurs réengagés en cas de reprise d'actif après faillite.

Transfert conventionnel d'entreprise

1. CHAMP D'APPLICATION

La convention collective n° 32bis a pour objet de maintenir les droits des travailleurs «dans tous les cas de changement d'employeur du fait du transfert conventionnel d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise». Est considéré comme transfert au sens de cette C.C.T., «le transfert d'une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire».

Changement d'employeur - Le transfert d'entreprise doit impliquer un changement d'employeur. En d'autres termes, il faut que, du fait du transfert, une personne physique ou morale ne puisse plus revendiquer la qualité d'employeur à l'égard des travailleurs de l'entreprise transférée (ou partie de celle-ci) et qu'une autre personne physique ou morale acquière, du fait du transfert, cette qualité à l'égard des travailleurs transférés.

Il y aura changement d'employeur lorsque l'identité de l'employeur est modifiée suite à des opérations par exemples de cession, d'absorption ou de fusion.

Par contre, la convention collective n° 32bis ne trouve pas à s'appliquer dans des opérations juridiques qui n'entraînent pas de changement d'employeur telles que des opérations de concentration, de réorganisation ou de restructuration interne, de rachats d'actions, d'offres d'achat ou d'échange (les O.P.A. et O.P.E.).

N.B. - Un simple changement d'actionariat n'entraîne pas non plus l'application de la C.C.T. n° 32bis.

Transfert conventionnel d'entreprise - Le transfert de l'entreprise doit faire l'objet d'une convention libre-ment négociée entre le cédant et le cessionnaire. On vise par là des opérations telles que :

- la cession (vente) de l'entreprise, de l'un de ses départements ou d'une branche d'activité;
- la transformation d'une entreprise personnelle en société;
- la modification du statut juridique de l'entreprise;
 - la fusion par création d'une société nouvelle ou la fusion par absorption;
 - la scission d'une société;
- la reprise par le propriétaire de l'exploitation d'un établissement (café, restaurant) donné à bail, à la suite de la résolution du contrat de bail soit, par le locataire – gérant soit, par le bailleur.

Le transfert réalisé dans le cadre d'un concordat judiciaire est également un transfert conventionnel auquel s'applique le maintien des droits des travailleurs, sous réserve cependant des exceptions fixées à l'art. 8bis de la C.C.T. (voyez le n° 4114).

Sont exclus toutefois du champ d'application de la convention, les transferts résultant d'une décision judiciaire, d'une décision unilatérale des pouvoirs publics ou du décès de l'employeur, personne physique.

Transfert d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise - La convention collective s'applique aux transferts d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise; suivant le cas, on considère comme entreprise, soit l'entité juridique (exemples : srl, sa), soit l'unité technique d'exploitation au sens de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie (= législation sur les conseils d'entreprise), et comme partie d'entreprise, la division au sens de la loi du 28 juin 1966 relative à l'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises, c'est-à-dire la division qui occupait en moyenne au moins 20 travailleurs au cours de l'année civile antérieure.

Le transfert d'entreprise suppose également un transfert d'actifs c'est-à-dire un ensemble économique qui permet la continuation de l'exploitation.

Il ne peut en effet y avoir transfert d'entreprise que dans la mesure où l'activité poursuivie par le cessionnaire est identique ou, à tout le moins, similaire à celle du cédant.

Constituent ainsi des transferts d'entreprises : un transfert conventionnel d'affaires commerciales ou de fonds de commerce comprenant l'enseigne, l'outillage, le matériel, le mobilier, le stock de marchandises et la clientèle etc.

On notera par ailleurs qu'il n'est pas nécessaire pour qu'il y ait transfert d'entreprise que l'acquéreur reprenne la totalité des biens meubles et immeubles de l'employeur cédant, mais il faut que les éléments repris soient suffisants pour poursuivre l'activité économique existante. La cession peut porter sur la propriété de l'entreprise ou sur le droit d'exploiter l'entreprise (bail conventionnel).

Ni l'interruption des activités, ni la réduction substantielle des activités n'empêchent, en soi, un transfert d'entreprise.

Travailleurs concernés - Le bénéfice des dispositions de la C.C.T. n° 32bis est accordé non seulement aux personnes qui, à la date du transfert, sont liées par un contrat de travail ou d'apprentissage, mais également aux personnes qui, autrement qu'en vertu d'un contrat de travail, fournissent des prestations de travail sous l'autorité du cédant.

La C.C.T. n° 32bis sera également applicable aux personnes qui peuvent établir qu'elles ont travaillé sous l'autorité de l'employeur cédant alors que la qualification de leur contrat était différente (exemple : une personne travaillant sous le couvert d'un faux contrat d'entreprise).

Précisons aussi que l'application de la convention ne peut être invoquée que par les seuls travailleurs dont le contrat est en cours à la date du transfert; dès lors, les travailleurs qui ne sont plus au service de l'entreprise au moment du transfert ne peuvent se prévaloir des dispositions protectrices de la C.C.T. n° 32bis, à moins de prouver que leur licenciement s'est effectué en raison du transfert et qu'il est donc irrégulier (voyez le n° 4109) . .

On relèvera enfin que seuls les travailleurs qui, à la date du transfert, sont occupés dans la partie de l'entreprise transférée peuvent prétendre à l'application de la C.C.T. n° 32bis. Les travailleurs repris par le cessionnaire, mais qui n'étaient pas affectés à la division transférée ne sont pas protégés et ce, même s'ils effectuaient dans l'entreprise cédante des activités pour la division transférée; ce sera par exemple le cas de travailleurs relevant des services généraux communs à l'ensemble de l'entreprise (ex. : entretien des locaux, comptabilité, ressources humaines, vente, etc.) et qui fournissent des prestations pour le compte de plusieurs départements.

2. INFORMATION ET CONSULTATION DES REPRESENTANTS DES TRAVAILLEURS

Préalablement au transfert, le cédant (c'est-à-dire la personne physique ou morale qui, du fait du transfert, perd la qualité d'employeur) et le cessionnaire (c'est-à-dire la personne qui acquiert la qualité d'employeur) doivent informer et consulter les représentants des travailleurs sur les points suivants :

- le(s) motif(s) (économiques, techniques, financiers) du transfert;
- les conséquences économiques, juridiques et sociales du transfert pour les travailleurs;
- les mesures envisagées pour ces derniers.

Ces procédures d'information et de consultation s'exerceront au sein, soit du conseil d'entreprise, soit de la délégation syndicale; ces organes ont une simple compétence consultative et ne peuvent s'opposer à la décision de transfert prise par l'employeur.

Dans les entreprises sans conseil d'entreprise ni délégation syndicale (absence de représentants des travailleurs dans l'entreprise ou dans l'établissement), les travailleurs concernés par le transfert doivent être informés préalablement :

- de la date fixée ou proposée pour le transfert conventionnel;
- en cas de faillite, de la date fixée ou proposée pour la reprise de l'actif;
- du motif du transfert ou de la reprise de l'actif;
- des conséquences juridiques, économiques et sociales du transfert ou de la reprise de l'actif pour les travailleurs;
 - des mesures envisagées à l'égard des travailleurs.

3. MAINTIEN DU CONTRAT ET DES CONDITIONS DE TRAVAIL

Maintien des contrats de travail existants

La convention collective n° 32bis énonce le principe selon lequel les droits et obligations qui résultaient pour le cédant (ancien employeur) d'un contrat de travail existant à la date du transfert, sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire (nouvel employeur).

Les contrats de travail et les droits et obligations qui en découlent ne sont donc pas affectés par le changement d'employeur; les contrats continuent à sortir tous leurs effets tant pour les travailleurs que pour le nouvel employeur (cessionnaire).

En d'autres termes, le transfert d'entreprise entraîne le transfert automatique des contrats de travail concernés par le transfert, de l'entreprise cédante à l'entreprise cessionnaire. Il s'ensuit que :

le travailleur ne peut considérer que son contrat de travail est rompu par l'effet du transfert;

il est interdit de licencier des travailleurs de l'entreprise transférée et ceci, que ce soit à l'initiative du cédant ou du cessionnaire (voyez le n° 4111).

N.B. - La C.C.T. n° 32bis ne règle que le sort des contrats existants à la date du transfert. Les obligations découlant de contrats qui n'existent plus à cette date ne sont donc pas transférés au cessionnaire. Ceci concerne plus particulièrement :

les travailleurs dont le contrat a été résilié moyennant une indemnité compensatoire de préavis ou un préavis déjà écoulé;

les travailleurs dont le contrat a été rompu pour faute grave;

les travailleurs qui ont mis fin volontairement à leur contrat soit par démission, soit de commun accord; les travailleurs prépensionnés par le cédant avant le transfert : seul le cédant reste tenu au paiement de l'indemnité de prépension; à défaut, le paiement peut être assuré par des fonds sectoriels ou par le Fonds de fermeture des entreprises.

On remarquera aussi que lorsque le préavis n'est pas encore entièrement écoulé à la date du transfert, les obligations seront transférées au cessionnaire qui restera lié jusqu'à la fin effective du contrat.

- **Maintien des conditions individuelles de travail**

Le cessionnaire sera tenu de respecter toutes les conditions de travail et autres avantages dont les travailleurs bénéficiaient chez le cédant. Sont ainsi visés, les conditions de travail, le régime de travail, la rémunération, l'ancienneté acquise, la qualification professionnelle, les responsabilités, etc.

Le nouvel employeur ne pourrait à l'occasion du transfert reprendre les travailleurs à des conditions de rémunération moins élevées ou encore subordonner leur reprise à la conclusion de nouvelles périodes d'essai. Le cessionnaire ne peut apporter aux conditions de travail d'autres modifications que celles que le cédant aurait pu lui-même apporter en dehors de l'hypothèse du transfert.

Les conditions de travail pourraient cependant être modifiées moyennant l'accord individuel du travailleur ou être négociées collectivement avec la délégation syndicale de l'entreprise; cette négociation collective devrait alors se concrétiser par la conclusion d'une convention collective d'entreprise signée par les permanents syndicaux et déposée au S.P.F. Emploi, Travail et Concertation sociale.

Exceptions - La C.C.T. n° 32bis ne règle pas le transfert des droits des travailleurs aux prestations prévues par les régimes de retraite, de survie et d'invalidité, à titre de régimes complémentaires de prévoyance sociale.

Le cessionnaire n'est donc pas tenu de poursuivre les régimes d'assurance groupe ou de fonds de pension du cédant.

Il n'est cependant pas porté atteinte aux régimes particuliers résultant de la loi ou d'autres conventions collectives de travail.

- **Maintien des conditions collectives de travail**

Le cessionnaire (nouvel employeur) est en outre tenu de respecter les conventions collectives de travail qui liaient l'ancien employeur, jusqu'à ce que celles-ci cessent de produire leurs effets.

Les conventions collectives dont question ci-dessus s'entendent non pas seulement des conventions collectives conclues au sein d'une commission paritaire, mais aussi des conventions d'entreprise déposées au S.P.F. Emploi, Travail et Concertation sociale.

On notera encore à propos des conditions collectives de travail que la Cour de cassation a jugé que le personnel transféré pouvait aussi légitimement invoquer l'application des dispositions collectives en vigueur chez le cessionnaire dans la mesure où celles-ci se révèlent plus favorables (Cass., 31 mars 2003, J.T.T., 10.09.2003, p. 321).

4. QUESTIONS PARTICULIERES

• **Le travailleur peut-il refuser d'être «transféré» ?**

Le travailleur ne peut s'opposer à la décision de transfert de l'entreprise, mais par contre, il a le droit de refuser de passer au service d'un employeur qu'il n'a pas choisi.

Si ce refus n'est pas justifié en raison d'une modification substantielle des conditions (essentielle) de travail, il lui appartiendrait de démissionner et à défaut, le cédant aurait intérêt à introduire une action en résolution judiciaire du contrat devant les juridictions du travail par application de l'art. 1184 du Code civil.

Notons également que les parties à un contrat de transfert d'entreprise peuvent parfaitement convenir que certains travailleurs dont les contrats sont destinés à être transférés au cessionnaire resteront au service du cédant, à condition que les travailleurs marquent leur accord sur le maintien de cette relation de travail.

• **Le cessionnaire est-il obligé de reprendre l'ensemble du personnel occupé par le cédant ?**

Selon la Cour de Justice des Communautés européennes (C.J.C.E. 14.1 1.1996, *Ch. D.S.*, 1997, p. 122), mais à l'encontre de l'interprétation adoptée par la jurisprudence belge majoritaire, le cessionnaire a l'obligation de reprendre l'ensemble des travailleurs occupés dans l'entreprise (ou partie d'entreprise) transférée. Le cédant et le cessionnaire ne peuvent en d'autres termes convenir que certains membres du personnel occupés chez le cédant ne seront pas repris par le cessionnaire, sauf accord du ou des travailleur(s) concerné(s) au jour du transfert de l'entreprise.

5. PROTECTION CONTRE LE LICENCIEMENT

Le changement d'employeur ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire.

Il est donc interdit de procéder à un licenciement dont la cause serait le transfert lui-même et qui n'aurait d'autre but que de priver le travailleur du bénéfice des dispositions «protectrices» de la C.C.T. n° 32his. Il suffirait par ailleurs que le congé et le transfert soient suffisamment proches dans le temps pour que le principe de l'interdiction de licencier puisse être invoqué. C'est au juge qu'il appartiendrait, dans ce cas, d'apprécier si la cause du licenciement n'a pas été la prévision du transfert ou le transfert lui-même.

L'employeur (cédant ou cessionnaire) conserve néanmoins le droit de licencier les travailleurs pour un motif grave ou pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation, entraînant des changements sur le plan de l'emploi; on relèvera à cet égard que très souvent, des réorganisations de l'entreprise sont opérées avant ou après le transfert et impliquent une réduction de l'effectif du personnel occupé pour des raisons économiques ou techniques.

Il appartiendra donc à l'employeur de prouver l'existence des raisons justifiant le licenciement et de démontrer, au besoin, qu'il a préalablement envisagé toutes les possibilités de reclassement professionnel en tenant compte des qualifications du travailleur et/ou qu'il a assorti le licenciement de mesures de formation, d'adaptation et de reconversion.

A défaut, on pourrait conclure à un abus de droit ou à un licenciement abusif.

La disposition reprise ci-dessus n'est cependant pas applicable : aux travailleurs qui accomplissent une période d'essai; aux travailleurs licenciés dans la perspective de la pension; aux jeunes liés par un contrat d'occupation d'étudiant.

La Cour de justice des Communautés européennes a toutefois considéré que la Belgique contrevenait à la directive européenne 77/187 en excluant ces trois catégories de travailleurs !

Remarque - Si le contrat de travail est rompu parce que le transfert a entraîné une modification substantielle des conditions de travail au désavantage du travailleur et sans son accord, la rupture sera considérée comme intervenue du fait de l'employeur.

6. RESPONSABILITE SOLIDAIRE DU CEDANT ET DU CESSIONNAIRE

En vertu de la convention collective de travail n° *32quater*, le cédant et le cessionnaire sont tenus *in solidum* (c'est-à-dire solidairement) au paiement des dettes existant à la date du transfert (ex. : arriérés de salaires, primes) et résultant de contrats de travail existant à cette date, à l'exception des dettes qui découlent de régimes complémentaires de prévoyance sociale.

L'obligation *in solidum* autorise donc le créancier (c'est-à-dire le travailleur) à poursuivre «pour le tout» l'un ou l'autre des débiteurs, à savoir le cédant ou le cessionnaire.

Le cédant et le cessionnaire peuvent toutefois aménager par convention leur contribution respective à la dette; cette convention ne sera toutefois pas opposable aux travailleurs concernés par le transfert. Si une convention est conclue, le cessionnaire aura soin d'insérer dans celle-ci une clause par laquelle le cédant garantit l'inexistence d'arriérés de rémunération et, à défaut, s'engage à les prendre totalement en charge. Il serait utile également de préciser dans la convention les modalités de prise en charge des rémunérations différées (exemples : prime de fin d'année, pécules de vacances).

Concordat judiciaire

Le transfert d'entreprise réalisé dans le cadre d'un concordat judiciaire visé par la loi du 17 juillet 1997 (art. 41) est désormais assimilé par la C.C.T. n° *32quinquies* (art. 2) à un transfert conventionnel auquel s'applique le principe du maintien des droits du travailleur.

Pour rappel, un concordat judiciaire peut être obtenu aux conditions suivantes :

- il faut que l'entreprise ne puisse plus temporairement acquitter ses dettes ou que la continuité de l'entre-prise soit menacée par des difficultés pouvant conduire à une cessation de paiement, à plus ou moins bref délai;
- il est nécessaire en outre que la situation financière de l'entreprise puisse être assainie et que le redressement économique puisse être envisagé; les prévisions de rentabilité doivent démontrer la capacité de redressement financier de l'entreprise.

Si ces conditions sont réunies, le tribunal de commerce peut, à la demande du débiteur ou du parquet, accorder le concordat judiciaire c'est-à-dire une suspension provisoire des paiements pendant une période de 6 mois.

Dans le cadre de ce concordat, le transfert de l'entreprise ou d'une partie de celle-ci peut par ailleurs contribuer à favoriser le remboursement des créanciers et le tribunal de commerce pourrait autoriser un tel transfert s'il permet le maintien d'une activité économique et d'un certain volume de l'emploi.

Si le transfert d'entreprise est réalisé dans le cadre d'un concordat, la C.C.T. n° *32bis* modifiée par la C.C.T. n° *32quinquies* prévoit, en principe, le maintien des droits des travailleurs vis-à-vis du nouvel employeur (voyez le n° 4105 et svts). En d'autres termes, il y aura transfert au cessionnaire des droits et obligations qui résultaient pour le cédant des contrats de travail existant à la date du transfert.

Il faut tenir compte cependant de deux particularités (art. *8bis* de la C.C.T. n° *32bis*) :

- les dettes existant à la date du transfert et résultant des contrats de travail existant à cette date ne sont pas transférés au cessionnaire, à condition que le paiement de ces dettes soit garanti par le Fonds de fermeture des entreprises;
- en outre, il est possible de convenir de modifier les conditions de travail par dérogation au principe du maintien des droits des travailleurs.

Ces modifications seront négociées entre d'une part, le cessionnaire, le cédant ou la ou les personnes exerçant les pouvoirs du cédant et d'autre part, toutes les organisations représentées dans la délégation syndicale; ces modifications des conditions de travail doivent viser la préservation de l'emploi en assurant la survie de l'entreprise ou d'une partie de celle-ci.

Reprise d'actif après faillite

La convention collective n° 32bis règle également certains droits pour les travailleurs réengagés en cas de reprise de tout ou partie de l'actif d'une entreprise en faillite, à condition que la reprise intervienne dans un délai de 6 mois à partir de la date de la faillite (= date de la déclaration de la faillite).

Par «reprise d'actif», on entend, soit l'établissement d'un droit réel sur tout ou partie de l'actif d'une entreprise en faillite ou d'une entreprise faisant l'objet d'un concordat judiciaire, soit la prise en location de tout ou partie de ce même actif.

Travailleurs concernés - Les travailleurs concernés par l'application de la convention sont ceux qui, à la date de la faillite ou du concordat :

- sont encore liés par un contrat de travail ou d'apprentissage;
- ou ont été licenciés au cours de la période d'un mois précédant cette date, à condition qu'ils aient droit à une indemnité de rupture et que celle-ci ne leur ait pas été payée en tout ou en partie à cette date.

Délai pour la reprise des travailleurs - Pour bénéficier de l'application de la C.C.T. n° 32bis, il faut que les travailleurs visés ci-dessus soient réengagés, soit au moment de la reprise de l'actif, soit dans un délai supplémentaire de 6 mois suivant celle-ci.

L'employeur ne doit pas en effet nécessairement reprendre les travailleurs en même temps que les actifs: le second délai de 6 mois permet au «repreneur» d'étaler les engagements dans le temps et de tenir compte des opérations de restructuration. Il est donc possible qu'un travailleur licencié bénéficie de l'application de la C.C.T. n° 32bis, 13 mois après son licenciement !

Remarque importante - Le candidat employeur dispose du libre choix des travailleurs qu'il désire reprendre. Le travailleur est, quant à lui, libre d'accepter ou non de passer au service du nouvel employeur.

Mesures de protection - La réglementation assure aux travailleurs repris certains des droits reconnus en cas de transfert conventionnel d'entreprise. Cela concerne les conditions de travail conclues collectivement ou appliquées collectivement et l'ancienneté.

1. Conditions de travail conclues collectivement : on entend par là, les conditions de travail d'application chez l'ancien employeur résultant de conventions collectives conclues au niveau interprofessionnel ou sectoriel de même que de conventions ou d'accords collectifs conclus au niveau de l'entreprise. Quant aux conditions de travail appliquées collectivement, il faut entendre les conditions de travail qui, bien que ne résultant pas de conventions ou d'accords collectifs, s'appliquaient à l'ensemble des travailleurs de l'ancien employeur ou à des catégories de ce dernier (ex. : les structures salariales; les barèmes de rémunération; les classifications professionnelles; les régimes de travail etc.). Les anciennes conditions collectives de travail sont maintenues à l'égard du nouvel employeur, toutefois si le candidat employeur le désire, des modifications aux conditions collectives de travail peuvent être décidées de commun accord dans le cadre d'une procédure de négociation collective entre le candidat employeur et les représentants des travailleurs intéressés. La négociation pourra porter également sur la durée de la ou des périodes d'essai que le candidat employeur entend insérer dans les contrats individuels de travail.

N.B. - Les conditions de travail individuelles peuvent être redéfinies librement entre les parties contractantes.

2. L'ancienneté : l'ancienneté acquise chez l'ancien employeur de même que la période éventuelle d'interruption d'activité du travailleur précédant son nouvel engagement doit être prise en considération par le nouvel employeur pour la détermination du délai de préavis ou de l'indemnité de préavis. Cette reprise d'ancienneté s'applique également en cas de résiliation du contrat par le travailleur. Elle n'est toutefois pas prise en compte en cas de licenciement par le nouvel employeur durant une période d'essai ou pour l'octroi d'avantages liés à l'ancienneté (ex. : prime de fin d'année, vacances annuelles, vacances complémentaires, etc).

Intervention du Fonds de fermeture en cas de transfert d'entreprise

En marge de la convention collective de travail n° 32bis, la loi du 12 avril 1985 (M.B. 19.06.1985) prévoit à charge du Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprise, le paiement d'une indemnité de transition aux travailleurs réengagés à la suite de la reprise de tout ou partie de l'actif d'une entreprise en faillite ou d'une entreprise faisant l'objet d'un concordat judiciaire.

En contrepartie de cette indemnité, les travailleurs réengagés renoncent cependant au paiement de l'indemnité de rupture et de la prime de fermeture d'entreprise.

Conditions d'application - Pour avoir droit à l'indemnité de transition, les travailleurs doivent : être liés par un contrat de travail ou d'apprentissage à la date de la faillite ou du concordat ou avoir été licenciés au cours du mois précédant cette date et avoir droit à une indemnité de rupture qui n'a pas été payée en tout ou en partie à cette date;

être repris au moment de la reprise de l'actif ou dans un délai supplémentaire de 6 mois suivant celle-ci.

Attention ! Les travailleurs engagés à l'essai par le nouvel employeur et licenciés durant cette période d'essai n'ont pas droit à l'indemnité de transition.

Montant - L'indemnité de transition est égale à la rémunération brute dont le travailleur bénéficiait au moment de l'interruption d'activité. Cette indemnité est toutefois plafonnée à un montant de 1.859,20 € par mois et 22.310,42 € par an.

Période de versement - L'indemnité de transition est versée au travailleur pour toute la période débutant à la date de l'interruption de son activité consécutive à l'interruption totale ou partielle de l'activité de l'entreprise et prenant fin à la date de son engagement par le nouvel employeur.

Elle peut donc être octroyée pour une période de 12 mois maximum voire même 13 mois si le travailleur a été licencié 1 mois avant la faillite.

Non-cumul - L'indemnité de transition ne peut être cumulée avec :
les diverses indemnités de rupture payées par le Fonds de fermeture;
la rémunération due pour le travail presté pendant la période d'interruption totale ou partielle de l'activité de l'entreprise ou pendant une partie de cette période. Ce serait par exemple le cas si le travailleur était engagé par le curateur pour une durée déterminée dans le cadre des opérations de liquidation de la faillite ou si le travailleur retrouvait un travail temporaire chez un autre employeur.

Procédure - C'est au travailleur qu'il appartient d'introduire une demande de paiement auprès du Fonds. Signalons aussi que lorsque le Fonds de fermeture assure le paiement de cette indemnité de transition, il doit effectuer les retenues fiscales et sociales tant légales qu'extra-légales et verser ces montants aux différents organismes intéressés.