

ANNOTATIE

Het failliet van rol van de ondernemingsraad bij faillissement?

mr. dr. L.C.J. Sprengers

*Annotatie bij Gerechtshof Amsterdam, 26-05-2016,
ECLI:NL:GHAMS:2016:2020 (INS-2016-0227, OR-2016-0168, AR-2016-0555)*

1. Inleiding

Onderwerpen die lang sluimeren kunnen soms ineens tot uitbarsting komen. Dat geldt zeker voor de positie van de werknemer bij faillissement en in het bijzonder de rol van de ondernemingsraad daarbij. De opkomst van het flitsfaillissement: de prepack met als doel nog meer slagkracht in de voorfase te creëren om succesvol doorstarten mogelijk te maken heeft als katalysator opgetreden in het recente debat. Het politieke en juridische debat is mede beïnvloed door een aantal spraakmakende voorbeelden: de doorstart van de kinderdagverblijfketen Estro naar een nieuwe onderneming die eigendom was van hetzelfde private equity fund HIG Capital en de mislukte doorstart van de warenhuisketen V&D. De SER-commissie bevordering medezeggenschap heeft in maart 2016 een stroomschema gepubliceerd om meer bekendheid te geven aan de medezeggenschapsregels bij insolventie (<https://www.ser.nl/nl/themas/or-en-medezeggenschap/or-faillissement.aspx>). De wetgever is bezig met een groot wetgevingstraject om te komen tot herijking van het faillissementsrecht, bestaande uit drie pijlers: fraudebestrijding, reorganisatie en modernisering. De pijler reorganisatie valt uiteen in drie delen, de wetsvoorstellen Wet continuïteit ondernemingen I, II en III, waarvan deel I in juni 2016 door de Tweede Kamer is aangenomen. Op het moment dat deze ontwikkelingen spelen komt de Ondernemingskamer met een verrassende beschikking over de vraag of de curator gehouden is advies te vragen op grond van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) over het besluit tot verkoop van een deel van de activa.

2. Oordeel Ondernemingskamer

De Ondernemingskamer geeft aan dat de wet niet met zoveel woorden uitsluitel geeft over de vraag of het adviesrecht van de ondernemingsraad in het algemeen ook (al dan niet onverkort) geldt gedurende het faillissement van de (rechts)persoon die de onderneming in stand hield. De Ondernemingskamer geeft aan dat in de literatuur de meningen hierover verdeeld zijn. En

dat uit WODC-onderzoek uit april 2016 blijkt dat de ondernemingsraad tijdens faillissement in de praktijk slechts in enkele gevallen actief wordt betrokken bij de besluitvorming door de curator. Het adviesrecht laat zich naar het oordeel van de Ondernemingskamer niet eenvoudig met het faillissementsrecht rijmen. 'Het adviesrecht gaat uit van de situatie dat de onderneming zich niet in insolvente toestand bevindt. De ondernemingsraad is de vertegenwoordiger van de werknemers enerzijds en overlegpartner van de ondernemer anderzijds, een en ander in het belang van het goed functioneren van de onderneming in al haar doelstellingen. Als uitgangspunt geldt daarbij dat werknemers via de ondernemingsraad worden betrokken bij de totstandkoming van besluiten in de onderneming, waardoor ze in belangrijke mate worden geraakt. Het adviesrecht van artikel 25 WOR is een van de middelen daartoe. De mogelijkheid tot uitoefening daarvan dient te worden geboden op het moment dat het advies nog van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. De invloed van een eventueel advies en daarmee de reikwijdte van een eventueel adviesrecht van de ondernemingsraad wordt in een faillissementssituatie echter wezenlijk beperkt door de noodlijdende toestand van de onderneming en door het doel van het faillissementsrecht. Een van de hoofdtaken van de faillissementscurator betreft immers de vereffening van de boedel: de bestanddelen van de boedel dienen te gelde te worden gemaakt, omdat de gezamenlijke schuldeisers van de failliet uit de opbrengst zoveel mogelijk voldaan kunnen worden. De wet geeft de curator daartoe specifieke bevoegdheden die, ten behoeve van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, afbreuk doen aan de rechten die anderen, onder wie werknemers, in een normale situatie hebben.' Als voorbeeld wordt genoemd het opzeggen van de arbeidsovereenkomst zonder ontslagvergunning door de curator. 'De curator zal bij het te gelde maken van de activa de belangen van de werknemers van de failliete onderneming weliswaar mee laten wegen – zoals hij ook in het onderhavige geval heeft gedaan – maar de hoogte van de opbrengst van de faillissementsboedel zal voor de curator leidend zijn. Het is daarom zeer de vraag in hoeverre het advies van de ondernemingsraad om het voorgenomen besluit van de curator tot verkoop van die activa nog van wezenlijke invloed zou kunnen zijn, gelet op het primaat van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de failliet in het faillissementsrecht. Tot slot overweegt de Ondernemingskamer dat de termijn van een maand ex artikel 25, zesde lid WOR ook niet goed valt in te passen in een situatie van faillissement. Het adviesrecht is derhalve naar oordeel van de Ondernemingskamer in beginsel onverenigbaar met de op afwikkeling van de boedel gerichte rol van de curator.' Of en in welke gevallen een uitzondering op het beginsel denkbaar is kan volgens de Ondernemingskamer in dit geval in het midden blijven, omdat voldoende is vast komen staan dat de curator de onderneming van de gefailleerde vennootschap gedurende faillissementen niet heeft voortgezet. De handelingen als curator waren beperkt uitvoering geven aan het door hem als bewindvoerder tijdens de surseance in gang gezette biedingsproces en het daarna verder afwickelen van de failliete boedels. 'De curator heeft de ondernemingen aldus niet in stand gehouden. Hij was dientengevolge niet gehouden (vooraf) advies van de ondernemingsraad met betrekking tot dat besluit te vragen en evenmin verplicht de kosten van deze procedure voor rekening van de boedels te laten komen.'

3. Commentaar

De vraag of een ondernemingsraad een adviesrecht heeft over het aanvragen van surseance van betaling is in het verleden in de rechtspraak aan de orde geweest. De Hoge Raad heeft in 2001 aangegeven dat er geen adviesrecht hierover aan de ondernemingsraad toekomt (HR 6 juni 2001, *NJ* 2001/477). Er was in eerdere rechtspraak ingegaan op de vraag of het aanvragen van een eigen faillissement adviesplichtig was vanwege een voorgenomen besluit tot beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming (Rb. Den Bosch 9 april 1980, *NJ* 1980/546). Daar was geen sprake van omdat een faillissement niet automatisch inhoudt een besluit tot het beëindigen van de werkzaamheden van de onderneming. In de IJsselwerfzaak ging het om de vraag of er sprake was van een belangrijke wijziging in de verdeling van de bevoegdheden binnen de onderneming. Anders dan de Ondernemingskamer oordeelde de Hoge Raad dat daar geen sprake van was. De benoeming van een bewindvoerder brengt geen verandering in de interne verdeling van de bevoegdheden met zich, waarbij de Hoge Raad verwees naar de wetsgeschiedenis. Zaal geeft in haar proefschrift aan dat dit bij aanvragen van het eigen faillissement wezenlijk anders zou kunnen zijn, omdat de curator bestuurder in de zin van WOR wordt (I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2014, p. 235).

Een andere vraag is of wanneer een faillissement is uitgesproken de bevoegdheden van de ondernemingsraad nog aanwezig zijn en de curator ook gehouden is deze te respecteren. De Ondernemingskamer geeft aan dat de wet hier geen uitsluitel over geeft. Indien de Faillissementswet (Fw) of de WOR zou hebben willen regelen dat daar geen sprake van was, dan had het in de lijn gelegen dat de wetgever dit expliciet geregeld zou hebben of in ieder geval daar in de parlementaire behandeling op gewezen zou hebben. De Ondernemingskamer betreft niet de parlementaire behandeling van de Faillissementswet erbij, waarin met zoveel woorden door de minister is aangegeven dat de ondernemingsraad adviesrecht heeft ten aanzien van besluiten van de curator of bewindvoerder, nadat deze in beeld zijn. In de parlementaire geschiedenis is dit als volgt verwoord: 'Mocht de curator c.q. bewindvoerder het voornemen hebben om besluiten te nemen als bedoeld in onder andere artikel 25 van de WOR dan dient hij daarbij de rechten van de ondernemingsraad te respecteren' (*Kamerstukken II* 1996/97, 24615, 9, p. 16). Ook de SER-commissie bevordering medezeggenschap heeft op 22 maart 2016 een stroomschema over medezeggenschap bij insolventie publiek gemaakt waarin is opgenomen dat de WOR tijdens insolventie van toepassing is, evenals de WMCO en de SER-fusiegedragsregels.

De Ondernemingskamer komt echter tot een andere conclusie waarbij een dubbele redenering wordt gevolgd. Ten eerste is de Ondernemingskamer van mening dat het adviesrecht onverenigbaar is met de op de afwikkeling van de boedel gerichte rol van de curator. Daarvoor worden twee argumenten aangevoerd. Namelijk dat het zeer de vraag is in hoeverre het advies van de ondernemingsraad op een voorgenomen besluit van de curator tot verkoop van de activa nog van wezenlijke invloed kan zijn, gelet op het primaat van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de failliet in het faillissement. Dit argument zou mijns inziens passender zijn om bij de belangenafweging ex artikel 26 lid 4 WOR te betrekken waarbij de vraag of er sprake is van een redelijke belangafweging ingevuld wordt

door de ruimte die in deze omstandigheden nog aanwezig is. Een ondernemer die geconfronteerd wordt met de stopzetting van een subsidie en daardoor zijn ondernemingsactiviteiten drastisch zal moeten inkrimpen heeft een aantal keuzes te maken maar binnen beperkte kaders. Ook daar kan de vraag gesteld worden in hoeverre het advies nog van wezenlijke invloed kan zijn. De invloed zal zich met name richten op de afwegingen die gemaakt worden binnen de kaders van de aanwezige keuze/beleidsvrijheid. De Ondernemingskamer lijkt ervan uit te gaan dat de curator geen keuzevrijheid heeft omdat hij nu eenmaal het belang van de gezamenlijke schuldeisers dient te laten prevaleren. Ik vind dit veel te kort door de bocht. Ook binnen de door de Faillissementswet bepaalde kaders dienen verschillende belangen te worden afgewogen. De Ondernemingskamer onderkent dit in deze beschikking ook door in een bijzin erop te wijzen dat de curator in dit geval bij het te gelde maken van de activa de belangen van de werknemers van de failliete onderneming mee heeft laten wegen. Er waren opties waartussen een afweging is gemaakt. Dit toont bij uitstek al aan dat er een zekere mate van beleidsvrijheid is binnen de kaders van het faillissementsrecht. Dit maakt het vreemd om op voorhand van onverenigbaarheid te spreken, nog los van het feit dat de wettekst daar geen aanleiding toe geeft noch de wetsgeschiedenis. Het tweede argument betreft de samenloop van termijnen die een probleem opleveren. De Ondernemingskamer heeft in het verleden in haar rechtspraak nou juist altijd ruimte geboden om kijkend naar de belangen die spelen te toetsen of de voorschriften van de WOR strikt toegepast dienen te worden dan wel soepel geïnterpreteerd moesten worden. Die ruimte lijkt in een situatie als deze met betrekking tot de toepassing van de termijnen ook voorhanden. Neem daarbij de herhaaldelijk uitgesproken en ook waargemaakte bereidheid van de Ondernemingskamer om indien het nodig is op zeer korte termijn een zitting te beleggen en uitspraak te doen, lijkt dat het termijnenprobleem te relativiseren.

Ten tweede voert de Ondernemingskamer aan dat in beginsel het adviesrecht onverenigbaar is met faillissement. Maar dit is blijkbaar niet altijd zo. Er zijn mogelijk omstandigheden waar dit niet zo is. Maar daar is in dit geval geen sprake van omdat de curator de onderneming niet heeft voortgezet. Hij heeft alleen uitvoering gegeven aan het door hem als bewindvoerder tijdens de surseance in gang gezette biedingsproces en het daarna verder afwickelen van de failliete boedels. Kijkend naar de wetsgeschiedenis bevreemdt ook deze overweging van de Ondernemingskamer. Want ook ten tijde van surseance is de WOR van toepassing en is er gehoudenheid om de ondernemingsraad te raadplegen. Het adviesrecht is gekoppeld aan voorgenomen besluiten, waarover advies gevraagd moet worden op het moment dat dit voorgenomen besluit een voldoende mate van concreetheit heeft gekregen. Vraag is of in gevallen die wel worden aangeduid als flitsfaillissement, waar de plannen bedacht worden voor faillissement en het faillissement gebruikt wordt om het af te wikkelen, het voorgenomen besluit, en daarmee het moment waarop advies moet worden gevraagd, niet ligt voor het faillissement. Hoe dit ook zij, komt het vreemd over om afwezigheid van adviesrecht te motiveren aan de hand van het argument dat nu de curator de onderneming niet voortgezet heeft, er over de beslissingen tot het afstoten van activiteiten geen adviesrecht is. Immers, ook dat is een adviesplichtig besluit namens de rechtspersoon met betrekking tot de onderneming. In de redenering van de Ondernemingskamer zou een curator die langer onderhandelt en in

de tussenperiode om de waarde van de boedel niet te schaden de bedrijfsvoering voortzet, dan mogelijkerwijs wel advies moeten vragen over het verkopen van activa. Als hij de fase voorafgaand aan het faillissement gebruikt heeft om een en ander reeds voor te bereiden is daar geen reden meer toe. Dit overtuigt niet.

4. Wijziging faillissementswetgeving

In juni 2016 heeft de stemming in de Tweede Kamer plaatsgevonden over een wijziging van de Faillissementswet onder meer over het regelen van de prepack door het aanwijzen van de beoogd curator in de fase voor faillissement (Wet continuïteit ondernemingen I, w.o., 34218). Door de Tweede Kamer is een amendement aangenomen waarbij toegevoegd wordt aan artikel 363 lid 4 FW dat wanneer er een ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging is ingesteld, de rechtbank die een verzoek krijgt om in de voorfase van het faillissement al een persoon aan te wijzen die daarna als curator kan gaan optreden daaraan de voorwaarde dient te verbinden 'dat deze ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging bij de voorbereiding van een dreigend faillissement wordt betrokken, tenzij het belang van de onderneming zich hiertegen verzet'. In de toelichting op het amendement (*Kamerstukken II* 2015/16, 34218, 9, p. 2) wordt aangegeven dat de impact van het faillissement voor werknemers over het algemeen groter is dan voor andere schuldeisers. Om die reden en als extra waarborg tegen misbruik achtten de indieners het van het grootste belang dat werknemers worden betrokken bij de voorbereiding van het faillissement en dat zij in het faillissement advies kunnen uitbrengen aan de curator over een verkoop en doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen. In de toelichting op het amendement noch in de voorgestelde wijziging van de wettekst wordt aandacht besteed aan de in de WOR aan ondernemingsraden of personeelsvertegenwoordiging toegekende rol en in welke mate deze in de stille voorbereidingsfase ook nog aanwezig is. Het kan zijn dat de indieners (stilzwijgend) ervan uitgegaan zijn dat de rol van de ondernemingsraad op dit moment non-existent is. Maar dit blijkt niet uit de toelichting.

Sterker nog dan voorheen wordt in de Wet continuïteit ondernemingen I duidelijk gemaakt dat ook in de faillissementsfase een belangenafweging dient plaats te vinden tussen de maximale opbrengst voor de boedel en het behoud van zo veel mogelijk werkgelegenheid (art. 363 lid 1 Fw). Na dit wetsontwerp volgt het voorstel over de Wet continuïteit ondernemingen II over het buitengerechtelijke dwangakkoord en het voorstel van Wet continuïteit ondernemingen III over de doorleveringsverplichting voor leveranciers van essentiële goederen. (Zie Ph. W. Schreurs, *Ondernemingsrecht* 2016/34 met ideeën over verbetering in de positie van de werknemer bij bedrijven in moeilijkheden en de Wet continuïteit ondernemingen III).

5. Een effectievere rol ondernemingsraad wenselijk

In artikel 19 lid 2 Grondwet is bepaald dat de wet regels stelt over de rechtspositie van hen die arbeid verrichten en over hun bescherming daarbij, alsmede over medezeggenschap. Geconstateerd moet worden dat op dit moment onvoldoende duidelijk is wat de bevoegdheid

van de ondernemingsraad (of personeelsvertegenwoordiging) in geval van insolventie is bij besluiten die de belangen van de werknemers zwaar raken. Het is bevreemdend dat op het moment dat de meest rigoureuze beslissingen aan de orde zijn de rol van de vertegenwoordigers van personeel zo onduidelijk is. Tot aan de hier besproken beschikking van de Ondernemingskamer kon er in ieder geval nog van uitgegaan worden dat de ondernemingsraad, zoals in de parlementaire geschiedenis toegelicht, zijn bevoegdheden behield ten tijde van surseance en faillissement ten aanzien van besluiten van de curator. De Ondernemingskamer gaat er blijkbaar van uit dat medezeggenschap geldt voor mooiweersituaties en ophoudt wanneer het gaat donderen. Ik ben van mening dat de Ondernemingskamer ten onrechte voorbijgaat aan de wetsgeschiedenis en kiest voor de niet-ontvankelijkheidsverklaring vanwege het afwezig zijn van het adviesrecht. Het past beter in de systematiek van de WOR om wel uit te gaan van een adviesrecht en vervolgens in het kader van de belangenafweging ex artikel 26 lid 4 WOR, de specifieke aspecten in faillissement voortvloeiend uit de Faillissementswet mee te nemen. Het is echter te eenvoudig om ervan uit te gaan dat geen wezenlijke invloed kan plaatsvinden in het kader van besluitvorming op grond van de Faillissementswet, omdat alles gericht is op het maximale resultaat voor de boedel. Ook voor de Wet continuïteit ondernemingen I was al duidelijk dat belangen van werknemers meegewogen moeten worden door curatoren. Ook niet te licht moet voorbijgegaan worden aan het feit dat wanneer een bedrijf in dusdanige financiële problemen terechtkomt dat op grond van de Faillissementswet ingegrepen wordt, er dan nog allerlei keuzes te maken zijn waarbij een rol voor de ondernemingsraad van groot belang kan zijn. Bijvoorbeeld de keuze ten aanzien van de selectiecriteria welke werknemers bij een doorstart wel of niet mee overgaan naar de nieuwe eigenaar. Arbeidsrechtelijk is geregeld dat de beschermende bepalingen van de Wet overgang van onderneming niet van toepassing zijn in situatie van faillissement. Dat neemt niet weg dat het verplichten van de curator om inzichtelijk te maken welke criteria hij heeft gehanteerd, mogelijkerwijs ook een preventieve werking heeft ten aanzien van misbruik. Bij misbruik moet niet alleen gedacht worden aan situaties waarbij de aanvraag als geheel ten onrechte is, maar ook het misbruik van de rechteloze positie van het personeel waarbij daarvoor in de plaats geen enkel redelijk criterium wordt gehanteerd. Een belangrijke functie van het moeten informeren en verantwoorden richting ondernemingsraad over de gebruikte selectiecriteria brengt ook met zich dat een curator bij zichzelf te rade zal moeten gaan of hij goed uitlegbare criteria heeft gehanteerd.

Het is daarom van belang om de adviespositie van de ondernemingsraad in een situatie van faillissement te (blijven) regelen. Nu de Ondernemingskamer voor zichzelf in beginsel geen rol ziet weggelegd in de samenloop tussen Faillissementswet en WOR, moet nagegaan worden of die rol niet sterker in het faillissementsrecht verankerd zou moeten worden. Zeker nu in de Faillissementswet met zoveel woorden is opgenomen dat het behoud van zo veel mogelijk werkgelegenheid een rol speelt bij de belangenafweging, lijkt er eens temeer reden om nog beter aandacht te besteden aan de positie van de medezeggenschap.

De Ondernemingskamer lijkt het failliet over de rol van ondernemingsraad bij faillissement

uitgesproken te hebben. Reden voor de wetgever om duidelijker te reguleren dat volwassen medezeggenschap niet alleen bij mooi weer van belang wordt geacht, maar juist ook in de hevigste stormen.