

RECHTSPRAAK

ondernemingsraad van DA Retailgroep en Retail SSC/DA Retailgroep, Retail SSC en de curator

WOR als uitgangspunt niet van toepassing op een doorstart uit faillissement. OR wel ontvankelijk ondanks onvoldoende OR-leden.

In de loop van 2015 zijn er tussen het DA Holding en Holland Pharma B.V. (hierna: Holland Pharma), onderdeel van het Mosadex-concern (hierna: Mosadex), gesprekken gevoerd over de overname van (delen van) de activiteiten van DA Retailgroep. Nadat surseance van betaling was verleend is onderzocht of een doorstart tot de mogelijkheden behoorde. Bij vonnissen van 29 december 2015 zijn de voorlopig verleende surseances ingetrokken en zijn de faillissementen uitgesproken van DA Retailgroep en Retail SSC, met benoeming van de bewindvoerder tot curator in beide faillissementen. Hoewel het andere bod een iets hogere koopprijs voor de activa inhield, heeft de curator onder meer uit overwegingen van werkgelegenheid van de betrokken werknemers met toestemming van de rechter-commissaris gekozen voor het bod van NDS (hierna: de activatransactie). De OR heeft aan zijn verzoek ten grondslag gelegd dat hij ten onrechte niet in de gelegenheid is gesteld om advies uit te brengen over het besluit tot verkoop (van een deel van de activa) van DA Retailgroep en Retail SSC aan NDS in het kader van een doorstart. Dit besluit komt neer op overdracht van de zeggenschap over (een onderdeel van) de onderneming en voor het overige op beëindiging van de onderneming en op grond van artikel 25 WOR had de curator (als ondernemer in de zin van de WOR) de OR daarom vooraf advies dienen te vragen. Nu de curator dit heeft verzaakt, moet worden geconcludeerd dat hij bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Dat DA Retailgroep en Retail SSC in staat van faillissement verkeerden ten tijde van het besluit, doet aan die conclusie niet af: ook in faillissement gelden de in de WOR verankerde bevoegdheden van de OR. Het feit dat inherent aan een faillissementssituatie is dat een curator snel moet handelen, doet daaraan evenmin af: de curator had het OR-advies op zeer korte termijn kunnen vragen en krijgen. De OR had de curator van informatie kunnen voorzien en inzicht in de belangen van de onderneming en haar werknemers kunnen geven, zodat de curator een beter afgewogen besluit had kunnen nemen en met een potentiële koper betere afspraken had kunnen maken over de manier waarop de selectie van medewerkers zou plaatsvinden, het aantal mensen dat een aanbod zou ontvangen en de uitgangspunten van de arbeidsvoorwaarden.

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt. De Ondernemingskamer overweegt ten aanzien

van de ontvankelijkheid van de OR in zijn verzoek als volgt. De OR bestond sinds zijn laatste verkiezingen in het voorjaar van 2015 uit vijf leden, aangezien bij gebrek aan kandidaten uit de kiesgroep 'kantoor' twee zetels niet konden worden bezet. In deze samenstelling heeft hij sindsdien gefunctioneerd en overleg gevoerd met de bestuurder, zonder dat de bestuurder er zich op heeft beroepen dat er aan de samenstelling een gebrek kleefde. Onder die omstandigheden gaat het beroep van DA Retailgroep c.s. op het ontbreken van het wettelijk voorgeschreven minimumledenaantal niet op. Het feit dat half/eind januari 2016 twee leden van de OR met terugwerkende kracht per 1 januari van dit jaar in dienst zijn getreden bij NSD maakt evenmin dat de OR niet kan worden ontvangen in zijn verzoek. Afgezien van de vraag of het besluit tot indiening van het verzoek is genomen voorafgaand of na het sluiten van de nieuwe arbeidsovereenkomsten medio/eind januari 2016, is dat besluit immers in elk geval door de resterende drie leden van de OR genomen, tezamen vormende een meerderheid van stemmen, hetgeen volgens het toepasselijke OR-reglement een geldig besluit oplevert.

Over de vraag of het adviesrecht van een ondernemingsraad in het algemeen ook (al dan niet onverkort) geldt gedurende het faillissement van de (rechts)persoon die de onderneming in stand hield, geeft de wet niet met zoveel woorden uitsluitel. Richtinggevende jurisprudentie van de Hoge Raad hierover ontbreekt eveneens. De parlementaire geschiedenis biedt evenmin voldoende aanknopingspunten ter beantwoording van die vraag. In de literatuur zijn de meningen verdeeld. Uit het rapport 'Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers' (aan het WODC uitgebracht door Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit) d.d. 5 april 2016 komt naar voren 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 een insolvente toestand bevindt. De ondernemingsraad is 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 zij in belangrijke mate worden geraakt. Het adviesrecht vastgelegd in artikel 25 WOR is een van de middelen daartoe. De mogelijkheid tot uitoefening daarvan dient te worden geboden op een 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 een faillissementscurator betreft immers de vereffening van de boedel: de bestanddelen van de boedel dienen te gelde te worden gemaakt, opdat de gezamenlijke schuldeisers van de failliet uit die opbrengst zo veel 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. Zo heeft de curator bijvoorbeeld de mogelijkheid om – met machtiging van de

rechter-commissaris – de arbeidsovereenkomsten van de werknemers op te zeggen zonder dat een ontslagvergunning is vereist. 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 voor de faillissementsboedel zal voor de curator leidend zijn. Het is daarom zeer de vraag in hoeverre het advies van de ondernemingsraad op een 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 lid 6 WOR ook niet goed valt in te passen in een situatie van faillissement. Het adviesrecht is derhalve naar het oordeel van de Ondernemingskamer in beginsel onverenigbaar met de op de afwikkeling van de boedel gerichte rol van de curator. Of, en zo ja, in welke gevallen een uitzondering op dit beginsel denkbaar is, kan hier, gelet op het volgende, in het midden blijven. Op basis van de stukken en hetgeen ter terechtzitting naar voren is gebracht, is voldoende vast komen te staan dat de curator de onderneming van de gefailleerde vennootschappen gedurende de faillissementen niet heeft voortgezet: zo heeft hij bijvoorbeeld de leveranties aan de franchisenemers vanuit het distributiecentrum direct stopgezet. Zijn handelingen als curator waren beperkt tot het verder, met toestemming van de rechter-commissaris, uitvoering geven aan het door hem als bewindvoerder tijdens de surseances 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 OR met betrekking tot dat besluit te vragen en evenmin verplicht de kosten van deze procedure voor rekening van de boedels te laten komen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-05-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:2020

Zaaknummer: 200.184.273/01 OK

Rechters: A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, M.M.M. Tillema en A.J. Wolfs

Advocaten: P.A.A. Lelijveld, J.P.F.R. Bugter en L. Dolfing

Wetsartikelen: 25 WOR en 26 WOR