

RECHTSPRAAK

## ondernemingsraad DA/DA

***WOR in beginsel ook tijdens faillissement van toepassing, behoudens handelingen die zien op liquidatie van de onderneming en/of onverenigbaarheid met Fw opleveren.***

*Feiten*

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 oordeelde dat tijdens faillissement de WOR niet geldt.

## Oordeel

De Hoge Raad oordeelt als volgt.

*WOR ook tijdens faillissement van toepassing, tenzij...*

Voor zover het faillissementsrecht dat meebrengt, oefent de curator tijdens het faillissement de bevoegdheden van de ondernemer uit en is hij als zodanig op één lijn te stellen met de ondernemer in de zin van de WOR. Dit sluit niet uit dat hij tevens aangemerkt kan worden als bestuurder in de zin van die wet, namelijk als hij op grond van zijn taken en bevoegdheden op grond van de Faillissementswet alleen dan wel samen met anderen in de onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid. Behoudens het hierna overwogene is de curator in deze hoedanigheden gehouden ervoor zorg te dragen dat de voorschriften gesteld bij of krachtens de WOR tijdens het faillissement worden nageleefd. Het aan de ondernemingsraad toekomende adviesrecht van artikel 25 WOR ziet in beginsel niet op (besluiten tot) verkoop van goederen op de voet van artikel 176 Fw en op (besluiten tot) ontslag van werknemers op de voet van artikel 40 Fw, ook niet als zodanige verkoop of zodanig ontslag tot gevolg heeft dat de onderneming wordt beëindigd. De handelingen van de curator zijn dan gericht op liquidatie van het (ondernemings)vermogen, waartoe de Faillissementswet hem bevoegd maakt, en de door het adviesrecht van artikel 25 WOR beschermde belangen moeten in een dergelijk geval wijken voor de belangen van de schuldeisers bij een voortvarende en voor de boedel zo voordelig mogelijke afwikkeling. Indien echter de verkoop van activa plaatsvindt in het kader van een voortzetting of doorstart van (delen van) de onderneming door dezelfde of een andere entiteit, waarbij het vooruitzicht bestaat van behoud van arbeidsplaatsen, is een daarop gericht besluit adviesplichtig op grond van artikel 25 lid 1 WOR (bijv. onderdeel a of c). Voorts verdient opmerking dat de voorschriften die zijn gesteld bij of krachtens de WOR, niet in alle gevallen verenigbaar zijn met het faillissement van de natuurlijke persoon of rechtspersoon die de onderneming in stand houdt, zodat zij dan niet of niet onverkort kunnen worden toegepast. Zo mag de curator afwijken van de formele vereisten die artikel 25 lid 2-6 WOR stelt in verband met de advisering door de ondernemingsraad als de omstandigheden van het geval dit vergen. De ondernemingsraad en de curator dienen zich bij de verwezenlijking van de doeleinden van de WOR als zodanig jegens elkaar te gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Uit het voorgaande volgt dat onjuist is het oordeel van de Ondernemingskamer dat het adviesrecht van de ondernemingsraad in beginsel niet geldt in de situatie dat de onderneming failliet is verklaard. Datzelfde geldt voor haar oordeel dat voor de toepasselijkheid van het adviesrecht van de ondernemingsraad ten minste is vereist dat de curator de onderneming voortzet. Voorts wordt terecht geklaagd dat de enkele omstandigheden dat de leveranties aan de franchisenemers zijn stopgezet en dat de curator zich heeft beperkt tot het uitvoering geven aan het biedingsproces en de afwikkeling van de boedel, ontoereikend zijn voor het oordeel dat de curator de onderneming niet in stand heeft gehouden in de zin van de WOR.

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 02-06-2017

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2017:982

**Zaaknummer:** 16/04301

**Rechters:** C.A. Streefkerk, G. de Groot, M.V. Polak, C.E. du Perron en M.J. Kroeze

**Wetsartikelen:** 25 WOR